

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

maggio 2021

1

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d e Il diritto dell'economia

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

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 67, n. 104 (1-2021)



Mucchi Editore

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

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

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

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

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

Publicato nel mese di maggio 2021

Comitato di direzione

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

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

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

Per le citazioni di dottrina:

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

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

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

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

Per le opere collettanee:

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

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

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

Per le citazioni di giurisprudenza:

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

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

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

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

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

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

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

Indice n. 104 (1-2021)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone</i> , La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici	11
<i>Michele Cozzio, Nicoletta Parisi</i> , L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici	37
<i>Silvia Salardi</i> , Nature through the lens of the law: from sustainable development to legal personhood. A philosophical-legal sketch..... »	75
<i>Giulia Bettin, Laura Trucchia</i> , Uscire dall'emergenza: la dimensione economico-lavorativa della disuguaglianza di genere tra problemi e prospettive.....	91
<i>Saul Monzani</i> , La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo.. »	129
<i>Clara Napolitano</i> , Il bene alimentare: necessità e sostenibilità	159
<i>Roberto Saija</i> , Il (difficile) equilibrio tra funzione produttiva e finalità conservative dei beni forestali alla luce del TU n. 34/2018.....	181
<i>Gabriele Serra</i> , Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza	201
<i>Gianfranco Orlando</i> , Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare..... »	233
<i>Viviana Di Capua</i> , Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice..... »	247
<i>Stefania Santamaria</i> , La gestione dei crediti deteriorati tra soluzioni esistenti e proposte. Raffronto tra la normativa nazionale con la proposta di direttiva europea n. 135 del 2018.....	279
<i>Elisa Bellomo</i> , Analisi dell'architettura giuridica delle responsabilità in materia di sperimentazione di farmaci. La decretazione d'urgenza punta sui modelli <i>off-label</i> in tempo di emergenza sanitaria Covid-19.....	291
<i>Alice Caputo</i> , La regolazione delle <i>lobbies</i> nelle politiche anticorruzione tra prevenzione e strumenti repressivi	315
<i>Michela Leggio</i> , L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G	335
NOTE SUI COLLABORATORI	355

La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici

Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone*

SOMMARIO: 1. Le linee guida come atipiche manifestazioni di funzioni amministrative prescrittive. – 2. Lo statuto “sostanziale” delle linee guida: la raffigurazione iconica delle migliori prassi. – 3. Lo statuto legislativo delle linee guida dell’Anac in materia di contratti pubblici. – 4. Linee guida dell’Anac tra ordinamento generale e ordinamento (sezionale) dei contratti pubblici. – 5. Una riflessione nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici: linee guida e norme interne. – 6. Osservazioni finali.

1. *Le linee guida come atipiche manifestazioni di funzioni amministrative prescrittive*

L’adozione di linee guida quale atipica manifestazione di funzioni amministrative prescrittive ricorre sempre più spesso nella produzione normativa e nella prassi degli ultimi anni¹, e ciò senza che a questa incontrollabile e indefinita espansione di “potere” che prolifera negli interstizi dell’ordinamento generale corrisponda sempre una rete di garanzie sufficientemente adeguata: anche e

* Il contributo, che riprende anche analisi già effettuate o in corso di svolgimento dei due A., è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr.1-4 sono stati curati da Pasquale Pantalone, mentre i parr. 5-6 da Fabrizio Fracchia.

¹ Basti soltanto emblematicamente richiamare, tra i più recenti provvedimenti legislativi, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale»), ove il termine “linee guida” compare ben trenta volte. Atti variamente denominati come “raccomandazioni”, “indirizzi”, “linee guida”, “protocolli”, e così via, hanno peraltro caratterizzato la sconfinata produzione normativa e amministrativa occasionata dall’emergenza sanitaria da *Covid-19*: *ex multis*, cfr. Allegati 1 e 2 al DPCM 14 luglio 2020, rispettivamente contenenti «Linee guida per la riapertura delle Attività Economiche, Produttive e Ricreative della Conferenza delle Regioni e delle province autonome del 9 luglio 2020» e «Linee guida per l’informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico», adottati in base all’art. 1, comma 14, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. in l. 14 luglio 2020, n. 74.

soprattutto per questa ragione che si giustifica un'analisi, non soltanto descrittiva, del fenomeno in esame².

Le linee guida non paiono esibire una fisionomia giuridica a sé stante, né sembrano automaticamente riconducibili a una specifica categoria dogmatica già nota al diritto amministrativo. Al contrario, esse presentano natura, contenuto ed effetti multiformi, che spingono l'interprete a procedere, ai fini del loro inquadramento e della valutazione circa la compatibilità con i principi che informano il sistema amministrativistico, a una disamina caso per caso³.

Qualche punto fermo, tuttavia, merita di essere evidenziato, anche tenendo conto della recente riduzione del loro campo di applicazione in un settore centrale quale è quello dei contratti pubblici (v. la novella introdotta dal d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, su cui si tornerà ancora *infra*).

Intanto, di regola, le linee guida non evocano una precisa e puntuale disciplina dal contenuto immediatamente precettivo, ma esprimono indirizzi e orientamenti di tipo sostanzialmente conformativo, cioè «archetipi e moduli di carattere generale, [...] con i quali si indirizzano le attività di altri soggetti ed organi, indicando loro priorità, criteri informativi dell'azione, modalità di attuazione degli obiettivi da perseguire [...]»: (l)a relazione che si instaura tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari non è, per l'effetto, quella che implica l'esercizio di potestà normative, [...] ma è, più verosimilmente, quella che si limita a determinare un coordinamento di una pluralità di rapporti organizzatori tra soggetti diversi o anche tra organi di una stessa amministrazione»⁴.

² Questa preoccupazione ha mosso alcune riflessioni sullo statuto giuridico delle “norme interne” cui possono essere ricondotte, a certe condizioni, anche le linee guida (cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020, *passim*): «(p)er meglio precisare di che cosa si tratta, si potrebbe semplificare osservando che ci si trova al cospetto di “non” norme giuridiche, sottoposte al regime garantista delle fonti dell'ordinamento; di “non” atti puntuali e concreti (contro cui, se lesivi, è eventualmente possibile agire direttamente) essendo schemi prescrittivi che guidano azioni future. Ancora, di “non” materiale irrilevante ai fini del concreto agire dei poteri pubblici; di “non” regole prodotte attraverso meccanismi definiti, stabiliti e “limitati” dall'ordinamento generale (come accade, ad esempio, nelle ipotesi di autolimita *ex art.* 12, l. 241/1990, o di talune linee guida); di “non” meri atti presupposti o endoprocedimentali, in ordine ai quali la riflessione giuridica e l'elaborazione giurisprudenziale hanno condotto approfondimenti e analisi sufficientemente condivisi» (*Ibid.*, 14).

³ Si concorda in questo senso con G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 278, che a proposito delle linee guida parla di «etichetta di contenitori diversi». In tempi recenti, l'inquadramento dogmatico delle linee guida ha suscitato un ampio dibattito nella dottrina pubblicistica e nella giurisprudenza amministrativa, reso ancor più vivace dall'esteso potere regolatorio devoluto all'Anac in materia di contratti pubblici. Al riguardo, sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, 238 ss., nonché ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi indicati.

⁴ Così Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137.

La tendenziale esclusione della portata normativa delle linee guida viene di regola fondata sull'intangibilità del principio di tipicità delle fonti⁵. Non è un caso che, almeno a livello statale, si sia talora discutibilmente fatto ricorso all'atipico «decreto di natura non regolamentare», proprio al fine di scongiurare il carattere normativo di tali atti⁶.

Gli indirizzi, le raccomandazioni e le istruzioni generali contenuti nelle linee guida sono generalmente espressi in forma discorsiva e ambiscono a rappresentare le *best practices* del settore di riferimento⁷. Esse possono assumere le funzioni più varie⁸: tra le più ricorrenti, vi è quella di fornire un supporto in ordine all'interpretazione e all'applicazione di una determinata fonte normativa tipica⁹, che non possono, in ogni caso, sostituire o integrare¹⁰.

⁵ Ad avviso di Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916 (che ha reso il parere sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 165/2001), siccome tali atti costituiscono «lo strumento tipico di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti», la possibilità che possano essere adottati anche dalle (tradizionali) amministrazioni pubbliche «non risult(erebbe) giustificata», posto che queste ultime devono esercitare il potere normativo «attraverso i tradizionali atti regolamentari» e il potere amministrativo di indirizzo attraverso «atti amministrativi generali quali circolari e direttive». In dottrina, c'è chi ne propone, invero, la collocazione all'interno delle c.d. «fonti terziarie» del diritto amministrativo ogniquivolta assumano concretamente una rilevante efficacia prescrittiva: M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 737.

⁶ Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137. Per un recente esempio di questa tipologia di atti, v. art. 6-ter, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

⁷ V. art. 35, comma 5.2, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui le linee guida del Dipartimento della funzione pubblica sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli devono essere «ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia». Di recente, cfr. art. 5, l. n. 24/2017, che prevede, in caso di assenza delle linee guida cui devono attenersi gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle relative prestazioni, l'osservanza delle «buone pratiche clinico-assistenziali»; ancora, v. art. 1, comma 1021, della l. n. 205/2017 che, al fine di adeguare l'ordinamento interno al regolamento Ue n. 679 del 27 aprile 2016, demanda al Garante per la protezione dei dati personali, la definizione, tra l'altro, di «linee guida o buone prassi» in materia di trattamento dei dati personali.

⁸ Per una rassegna esemplificativa, v. V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016, 100 ss.

⁹ Cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui gli organi di governo adottano «atti di indirizzo interpretativo e applicativo» di atti normativi. A titolo esemplificativo, v. Cons. Stato, sez. atti normativi, 9 settembre 2016, n. 1657.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 7 ottobre 2008, n. 5311, che, in tema di aborto terapeutico, ha statuito che le regioni non possono, con atti amministrativi dal contenuto prevalentemente operativo (denominati, appunto, «linee guida»), incidere sul contenuto di norme lasciate volutamente indeterminate dal legislatore. Cfr., altresì, Tar Piemonte, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1563, secondo il quale la competenza a emanare linee guida in materia di produzione di energia elettrica da biomasse da parte della Provincia non può essere esercitata per porre vincoli più stringenti di quelli dettati dalla normativa nazionale, né tanto meno entrare in conflitto con la medesima, poiché «essa sarebbe certamente priva di qualsivoglia supporto normativo». In merito alla *peer review* quale criterio di valutazione delle riviste scientifiche, Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584, ha precisato che «la *soft law* può riguardare gli spazi di controllo della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto». Ancora, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, che ha reso un parere sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 165/2001, ove si è ribadita la necessità di evitare che il ricorso allo strumento delle linee guida o di indirizzo miri a introdurre parte della disciplina delegata dalla fonte di rango primario, al di fuori di qualsiasi controllo del Parlamento e della stessa possibilità di sindacato da parte della Corte costituzionale.

Pur non presentando un carattere immediatamente cogente, inoltre, le linee guida non paiono prive di efficacia giuridica¹¹, essendo piuttosto espressione di una obbligatorietà “graduata” a seconda del caso concreto¹².

Il grado massimo di obbligatorietà si rinviene nelle ipotesi in cui le linee guida siano “recepite” in leggi o regolamenti, da cui ne assumono il tipico regime giuridico¹³. Altre volte, invece, a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, esse hanno la capacità di imporsi quali «canoni oggettivi di comportamento» dei soggetti a cui si indirizzano¹⁴, anche in considerazione del prestigio e dell'autorevolezza tecnico-scientifica dell'autorità che le abbia adottate¹⁵. In ulteriori occa-

¹¹ Da ultimo, v. Tar Lazio, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6540, par. 4.3.2., che annovera tra gli effetti “giuridici” principali degli atti riconducibili alla *soft regulation* (o *soft law*), tra cui le linee guida, «[...] quello di costituire una sorta di “scudo” per gli operatori che ne osservassero il contenuto, i quali, in questo modo, si metterebbero al riparo da possibili contestazioni (specie sotto il profilo della responsabilità civile e penale) rispetto alle scelte adottate». Sul punto sembra concorde anche la dottrina: V. Italia, *Le “linee guida” e le leggi*, cit., 15 ss., secondo il quale le linee guida sono «atti normativi particolari, emanati da un'Autorità amministrativa, hanno una forma specifica e stabiliscono un particolare vincolo giuridico» (21).

¹² Sul concetto del diritto «a *textures multiples*», v. C. Thibierge, *Le droit souple*, in *Rev. Trim. dr. civ.*, 2003, 599 ss. e Conseil d'État, *Le droit souple. Étude annuelle*, in www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple, 2013, richiamati in dottrina da M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 733 ss. In termini critici sul menzionato rapporto del Conseil d'État, v. V. Italia, *Le “linee guida” e le leggi*, cit., 26-27 (in part. nota n. 6).

¹³ V., ad esempio, Tar Lazio, sez. II-ter, 30 novembre 2016, n. 11973, con riferimento alle norme UNI EN, elaborate dal Comité Européen de Normalisation, le quali «devono ritenersi (non solo regole di buona tecnica ma, altresì) norme vincolanti in presenza di leggi o di regolamenti di recepimento». Sul punto, in senso conforme, cfr. Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16229; sez. II, 15 dicembre 2008, n. 29333; Corte cost. 18 giugno 2015, n. 113. Gli esempi sono innumerevoli e coinvolgono la maggior parte dei soggetti pubblici titolari di poteri normativi: *ex multis*, a livello statale, v. d.m. 10 ottobre 2008, n. 83, recante linee guida per l'attuazione del d.m. 29 novembre 2007, n. 267, contenente la disciplina delle modalità procedurali per il riconoscimento della parità scolastica e per il suo mantenimento; d.m. 10 settembre 2010 recante linee guida per il procedimento di autorizzazione unica degli impianti che producono energia da fonti rinnovabili; d.m. 22 maggio 2014, n. 74951, che ha approvato le linee guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale; d.m. 27 giugno 2015, n. 458, recante «linee guida valutazione qualità della ricerca (VQR) 2011-2014». A livello regionale e locale, cfr., ad esempio, v. delib. Giunta regionale della Basilicata n. 1119/2007, che ha approvato apposite «linee guida vincolanti applicative dei Regolamenti n. 852/2004 e 853/2004 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'igiene dei Prodotti Alimentari sulla Sicurezza Alimentare nella Regione Basilicata»; delib. Giunta comunale di Roma capitale n. 13 del 5 agosto 2016 di approvazione delle linee guida per l'attuazione delle deliberazioni assunte dal Commissario Straordinario.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1360, con riguardo alle linee guida emanate dall'Enac, in base al codice della navigazione e alle regole internazionali sul traffico e sulla sicurezza della navigazione aerea, per la redazione dei piani di rischio comunali. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358, ha qualificato alcuni comunicati dell'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici come «canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza». Secondo B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista regolaz. mercati*, 2, 2016, «la dimensione dell'effettività (della *soft law*) – ossia della sua capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento – è coesistente al suo essere e condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua “giustiziabilità”».

¹⁵ Così, ad esempio, Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 14 luglio 2017, n. 8514, che ha reputato legittimo il parziale diniego di accesso a talune informazioni commerciali considerate riservate, adottato dall'Agenzia italiana del farmaco, in conformità alle linee guida dell'Agenzia europea per i medicinali (finalizzate all'individua-

sioni, ancorché ritenute prive di natura normativa, sono espressamente qualificate come «vincolanti»¹⁶, o, comunque, la loro inosservanza determina conseguenze giuridiche sfavorevoli nei confronti del “trasgressore”¹⁷. Ancora, la ricorrente qualificazione giurisprudenziale delle linee guida alla stregua di circolari o direttive amministrative assegna a tali atti una efficacia precettiva (interna) nei confronti degli uffici chiamati a darne attuazione attraverso il principio del “*comply or explain*”. Il mancato rispetto di tale principio non resta, però, relegato nel solo ambito interno dell’amministrazione, potendo anche “innescare” il sindacato giurisdizionale sull’eccesso di potere¹⁸.

Gli esempi appena ricordati dimostrano come il non infrequente accostamento delle linee guida al coacervo di “regole” che sono in genere ricondotte al concetto di *soft law*¹⁹ non sembra adeguatamente giustificato, almeno nella misura in cui le linee guida siano espressione di un potere amministrativo attribuito a un soggetto pubblico dall’ordinamento generale²⁰. Nel diritto amministrativo si

zione della documentazione ostensibile all’interno di un dossier registrativo presentato dal richiedente l’autorizzazione all’immissione in commercio): queste ultime, «benchè non costituenti una fonte primaria del diritto nel nostro sistema giuridico, [...] assumono senz’altro quantomeno un valore orientativo che, per l’indiscusso prestigio scientifico dell’Ente di provenienza, è particolarmente pregnante e può, dunque, senz’altro essere assunto a parametro di individuazione dei dati confidenziali da sottrarre all’accesso». Sulla valenza «decisamente» orientativa, se non pienamente conformativa, di talune linee guida regionali adottate in ambito farmaceutico, v. Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 15 novembre 2016, n. 11336.

¹⁶ Cfr. delib. Agcom n. 23/09/CIR del 16 aprile 2009, recante «Disposizioni attuative delle procedure di cui alla delibera 274/07/CONS in merito alla fornitura del codice di migrazione da parte degli operatori di rete fissa», ove si prevede che, in presenza di determinate condizioni, l’Autorità provveda ad emettere «linee guida vincolanti sul comportamento che gli operatori dovranno tenere nel processo di migrazione».

¹⁷ Cfr. art. 1, comma 15, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. in l. 14 luglio 2020, n. 74, secondo cui il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida adottati al fine di prevenire o ridurre il rischio di contagio da *Covid-19*, che non assicura adeguati livelli di protezione, determina la sospensione dell’attività economica, produttiva e sociale interessata fino al ripristino delle condizioni di sicurezza.

¹⁸ M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 147 ss. In termini analoghi nell’ordinamento francese, cfr. Cfr. D. Costa, *La normatività graduata nel diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, intervento al Convegno Aipda 2015.

¹⁹ In ordine alle origini e al significato della *soft law* non è possibile in questa sede soffermarsi, per cui si rinvia all’ampia letteratura, nazionale e straniera, sul punto: *ex multis*, v. F. Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in *EUI Working Paper LAW no. 93/5*, Firenze, 1994; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*; F. Terpan, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 1, 2015, 68 ss.; G. Weeks, *Soft Law and Public Authorities. Remedies and Reform*, Oxford and Portland, 2016, *passim*; B. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, cit.; M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation, e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista regolaz. mercati*, 2, 2016; Id., *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss.

²⁰ Parte della dottrina (M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737) ha invero sostenuto che il “posto” riservato ai mezzi di *soft law* nel (sotto)sistema delle fonti di diritto amministrativo sarebbe piuttosto angusto, in quanto «o questi mezzi rimangono innocui [...] ovvero, ogni qual volta assumono concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia». In termini analoghi, sui riflessi in ordine alla “giustiziabilità” degli atti di *soft regulation*, cfr. M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit. V., altresì, il rapporto del Consiglio di Stato francese sul *droit souple* (Conseil d’État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013), che ammette

assiste, invero, a un «indurimento» della *soft law* (*recte* delle linee guida) non solo mediante il recepimento del “diritto soffice” all’interno delle fonti tradizionali²¹ ma soprattutto grazie al pervasivo controllo “qualificatorio” effettuato dal giudice amministrativo, attento a rinvenire in tali atti la presenza di una pur minima valenza precettiva al fine di non attenuare l’effettività della tutela giurisdizionale²².

Infine, pur nella varietà dei soggetti pubblici che ne fanno uso²³, non può non rilevarsi come le linee guida rientrano, con maggiore frequenza, tra le eterogenee manifestazioni dei poteri di regolazione delle Autorità indipendenti²⁴. Oltre a produrre effetti diversamente precettivi nei confronti di soggetti terzi²⁵, esse spesso predeterminano, in funzione di autovincolo, la stessa attività (non solo regolatoria) delle *authorities*²⁶.

il controllo del giudice amministrativo sugli atti di *droit souple*, ove questi possano determinare lesioni di situazioni giuridiche. Sul tema della “giustiziabilità” delle linee guida dell’Anac, cfr. F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 381 ss.

²¹ M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

²² Ciò si verifica soprattutto in riferimento agli atti di regolazione “flessibile” delle Autorità indipendenti: M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737; M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss.; N. Longobardi, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016.

²³ Per un interessante esempio, v. delib. n. 19/SEZAUT/2017/INPR del 21 luglio 2017, con cui la Corte dei conti, sez. Autonomie, ha adottato «Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all’art. 24, d.lgs. n. 175/2016» rivolte agli enti territoriali.

²⁴ M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737 ss.; M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss. In riferimento alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali quali «atti di regolazione non normativa», v. F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Napoli, 2017, 245 ss.; *Contra* A. Frosini, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, 3703. Esistono, invero, numerosi atti equipollenti alle linee guida che vengono adottati dalle Autorità indipendenti, quali: raccomandazioni, istruzioni, guide operative, atti interpretativi, e così via.

²⁵ Con riferimento ai mercati finanziari, M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., evidenzia come la *soft regulation* sia tutt’altro che “soft”: al contrario, essa è definibile come “cripto-hard”, dettando vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, avverso cui risulta impossibile l’applicazione degli strumenti di tutela tradizionali. Inoltre, soprattutto a livello europeo, la *soft law* non costituisce esclusivamente uno strumento di regolazione delle condotte degli operatori privati ma è anche un mezzo di *governance* e di equilibrio del sistema: così B. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, cit.

²⁶ Anche M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., dà atto di questo fenomeno nei mercati finanziari, che ha la funzione «di rafforzare l’enforcement dell’attività puntuale, consentire una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale, rendere accettabili da parte dei destinatari le decisioni applicative e, non da ultimo, facilitare anche il controllo giurisdizionale». Più specificamente, sul potere di auto-vincolo, attraverso atti di *soft law*, della Commissione europea nel settore bancario, v. Corte di giust. Ue, 19 luglio 2016, C-526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45. Riguardo alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali, v. F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 246. *Ex multis*, v. delib. Agcom n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»; delib. Agcm del 22 ottobre 2014, recante «Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90», su cui v. F. Ghezzi, G. D. Pini, *Le nuove linee guida dell’Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, 1196 ss.

2. *Lo statuto “sostanziale” delle linee guida: la raffigurazione iconica delle migliori prassi*

Sotto un profilo “sostanziale” e non propriamente giuridico, non sembra ardito ricorrere alla figura dell’“icona” per descrivere le caratteristiche che hanno (o che dovrebbero avere) le linee guida nel diritto amministrativo²⁷.

Negli studi sulla semiotica di Charles Sanders Peirce, il filosofo statunitense annovera l’icona tra i tre tipi fondamentali di “segni” (insieme all’“indice” e al “simbolo”), distinti secondo la relazione che li unisce alla realtà esteriore. In particolare, secondo Peirce, l’icona è «un segno che si riferisce all’oggetto che essa denota semplicemente in virtù di caratteri suoi propri, e che essa possiede nello stesso identico modo sia che tale oggetto esista effettivamente, sia che non esista [...]. Una cosa qualsiasi, sia essa qualità, individuo esistente, o legge, è un’icona di qualcosa nella misura in cui è simile a quella cosa ed è usata come segno di essa»²⁸.

L’icona presuppone dunque una relazione di somiglianza o di analogia con l’oggetto che rappresenta, nel senso che essa è dotata almeno di una delle qualità (o ha la stessa configurazione) dell’oggetto significato: ad esempio, una macchia di sangue per il colore rosso, oppure un quadro, un’onomatopea, un diagramma, e così via²⁹.

Pertanto, così come – per restare negli esempi dianzi ricordati – alcune opere d’arte possono talora rappresentare un’icona dell’oggetto che esibiscono (si pensi all’immagine di Marilyn Monroe intesa comunemente quale icona della femminilità), allo stesso modo – e nei limiti di una mera suggestione di carattere descrittivo – anche una linea guida si traduce (o dovrebbe tradursi) nella raffigurazione iconica di una prassi amministrativa virtuosa, nella misura in cui è “simile” all’oggetto che rappresenta (una *best practice*, appunto) ed è usata come “segno” di essa.

In altri termini, la linea guida ha carattere iconico in quanto dovrebbe costituire il risultato dell’“astrazione” di una moltitudine di fattispecie concrete che, in ragione del loro carattere virtuoso, vengono elevate a “regole” (*recte* indirizzi, raccomandazioni o suggerimenti) vevoli per disciplinare in futuro fattispecie analoghe: una sorta di “standardizzazione”, sulla base delle *best practices* sperimentate in concreto, dei comportamenti che i destinatari delle linee guida devono tenere nell’ambito specifico preso in considerazione dalla linea guida, in vista del raggiungimento di obiettivi di buon andamento e di semplificazione.

²⁷ Dobbiamo questa intuizione a una conversazione tenuta col Prof. Alberto Zito in occasione di un seminario tenuto presso l’Università Bocconi nel corso dell’anno 2017.

²⁸ C.S. Peirce, *Opere*, Milano, 2003, 153. In argomento, v., altresì, C. Morris, *Lineamenti di una teoria dei segni*, Lecce, 2009, 78 ss.

²⁹ V. voce «icona», in *Il Vocabolario Treccani*, Roma, 1994, 751.

D'altra parte, una simile ricostruzione non pare del tutto estranea alla legislazione e ai risultati – ancorché non del tutto consolidati – cui è giunta la giurisprudenza, laddove non è infrequente l'accostamento delle linee guida alle migliori prassi. Inoltre, la suggestione qui descritta delle linee guida intese quali icone o modelli di *best practices* amministrative che sorgono “dal basso” potrebbe trovare un riscontro anche nei generali (e sempre più sentiti) obiettivi di miglioramento della qualità delle regole³⁰: ciò risulta particolarmente rilevante ai nostri fini, se si pone mente al fatto che – come visto sopra e come si vedrà meglio *infra* con riguardo all'Anac – le linee guida sono spesso espressione degli estesi poteri di regolazione affidati alle *authorities*.

Nei numerosi pareri resi dal Consiglio di Stato sugli atti normativi del Governo (ma ciò vale a maggior ragione per l'attività di regolazione delle Autorità indipendenti)³¹ è stata, infatti, sottolineata l'importanza dell'istruttoria dell'attività normativa e dell'effettiva implementazione dell'AIR e della VIR, anche e soprattutto al fine di adeguare la normativa esistente alle sopravvenienze fattuali e giuridiche e di registrare, dunque, le *best practices* da diffondere e far cessare, invece, quelle scorrette³².

L'accostamento delle linee guida alla figura dell'icona appare interessante non solo per la relazione “di somiglianza” che le prime mostrano con l'oggetto che rappresentano, ossia le migliori prassi legate all'ambito materiale cui si riferiscono e che elevano a modello. Esse, infatti, assurgono anche a “rappresentazioni derogabili”: così come le icone non esibiscono la totalità degli aspetti e dei caratteri dell'oggetto che raffigurano (per il cui apprezzamento è necessaria la visualizzazione dell'oggetto nel modo in cui appare nella realtà), le linee guida sono il

³⁰ In argomento, cfr., di recente, F. Fracchia, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 9 ss.

³¹ Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, che ha reso il parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante «Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione», ha precisato che, sebbene l'ambito soggetto di applicazione dello schema di regolamento sottoposto al suo esame fosse relativo alla sola amministrazione dello Stato, «la qualità della normazione è un'esigenza particolarmente avvertita per la “regolazione” elaborata dalle Autorità amministrative indipendenti (AI) e destinata a delicati settori economici».

³² Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, par. 18: «(l)a VIR mira, per l'appunto, a verificare se un intervento normativo abbia realmente conseguito gli obiettivi attesi e a raccogliere dati e misurazioni, principalmente di ordine quantitativo, allo scopo di apportare alle regolamentazioni le eventuali correzioni (cd. “*fine tuning*”) la cui necessità sia emersa nella fase di concreta applicazione delle norme. Inoltre la VIR serve a verificare (e se del caso a correggere) anche il metodo seguito per l'AIR, qualora siano emersi, nella fase attuativa, effetti non considerati al momento dell'analisi del contesto oggetto dell'intervento normativo. Ciò consente un “ritorno di esperienza”, da parte della VIR, che potrebbe rendere le future AIR sempre più accurate. Ancor più significativo è il contributo che la VIR può fornire al fine della riduzione di un fenomeno che, secondo questa Sezione, potrebbe essere denominato di “consumismo normativo”, alludendo la locuzione all'atteggiamento dei regolatori rispetto alle sopravvenienze, in genere fronteggiate con l'introduzione nell'ordinamento di nuove disposizioni anche quando sarebbe sufficiente emendare ed adeguare quelle esistenti». In termini, Cons. Stato, sez. atti normativi, 4 agosto 2016, n. 1784

frutto di un'astrazione che richiede una competenza specifica e che non esclude che i soggetti chiamati a darne attuazione possano derogarvi, con la spendita di una maggiore competenza, alla luce delle circostanze del caso concreto³³.

Infine, l'icona, nell'arte, è un genere specifico e peculiare, risultato anche di uno sforzo di semplificazione comunicativa: è suggestivo osservare che pure le linee guida costituiscono un "genere" letterario giuridico in parte nuovo, più "discorsivo" nella formulazione lessicale, oltre che maggiormente orientato alla (o preoccupato della) comunicazione.

3. *Lo statuto legislativo delle linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici*

Le linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici presentano alcune specificità rispetto alle altre linee guida conosciute dall'ordinamento.

Esse godono innanzitutto di un espresso fondamento nella legge delega n. 11/2016 e in numerose disposizioni del d.lgs. n. 50/2016: non sono, pertanto, espressione di poteri di regolazione innominati.

Anzi, la stessa fonte legislativa fornisce ulteriori indicazioni all'interprete. Le linee guida sono, infatti, annoverate tra gli «strumenti di regolazione flessibile» adottabili dall'Autorità e, parimenti, possono essere «anche dotate di efficacia vincolante»³⁴. Ai sensi dell'art. 213 del codice, per l'emanazione delle linee guida, l'Anac si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale. Deve essere, altresì, indicata dall'Autorità la data in cui gli strumenti di regolazione flessibile, tra cui le linee guida, acquistano efficacia (che di regola coincide con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e che, in casi di particolare urgenza, non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta medesima).

Sempre a livello procedimentale, è stabilito che l'Anac trasmetta al Parlamento, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione, tra cui le linee guida, «ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per nume-

³³ Risulta, in questo senso, calzante il riferimento al *nudging* per descrivere la regolazione flessibile dell'Anac in materia di contratti pubblici: sul punto, v. S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac*, in *Rivista regolaz. mercati*, 1, 2017, 91 ss. La predetta tecnica regolatoria, fondata sullo studio dei comportamenti dei destinatari della regolazione, trae la propria efficacia dall'"induzione" al compimento di determinate condotte, piuttosto che dalla loro "imposizione".

³⁴ Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016.

ro di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti».

A prescindere dall'inquadramento giuridico degli atti adottati dall'Anac, resta, in ogni caso, ferma l'impugnabilità di ogni decisione assunta dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

In linea generale parrebbe, dunque, emergere un vero e proprio statuto legislativo del potere di regolazione dell'Anac attuato attraverso le linee guida: come visto, si tratta di atti regolatori qualificati come «flessibili» dalla legge; si è, altresì, ricordato che le linee guida hanno talora «efficacia vincolante» nei confronti dei loro destinatari; sono adottate secondo la nota procedura del *notice and comment*, tipica delle Autorità indipendenti di regolazione; sono assistite da significative forme di pubblicità come se fossero degli atti soggettivamente e oggettivamente normativi; devono essere, in taluni casi, trasmesse al Parlamento dopo la loro adozione; sono sempre impugnabili davanti al giudice amministrativo.

Vero è che alcuni di questi caratteri non sono legislativamente definiti, per cui non è chiaro, ad esempio, se la «flessibilità» degli strumenti di regolazione attenga alla formulazione (discorsiva) del precetto, al procedimento (più snello) di adozione, o agli effetti (non immediatamente precettivi) prodotti dall'atto. Non sono, altresì, definiti i rapporti – apparentemente inconciliabili – tra il carattere «flessibile» e la portata talora «vincolante» delle linee guida dell'Anac; così come difetta l'individuazione di un criterio discrezionale tra natura vincolante o non vincolante dei singoli atti.

Si tratta evidentemente di delicati problemi interpretativi, densi di conseguenze giuridiche, e la cui soluzione è rimessa di fatto alla valutazione dell'interprete nelle singole fattispecie concrete.

Cionondimeno, i caratteri legislativamente richiamati appaiono sufficienti a distinguere le linee guida dell'Anac dalle altre linee guida conosciute dall'ordinamento e, dunque, a giustificare una loro trattazione specifica. Basti, invero, il solo riferimento alla possibilità che alcune delle linee guida dell'Anac possano produrre effetti vincolanti *ex lege*: eventualità che esclude, già in radice, l'accostamento di tali atti regolatori agli altri atti di indirizzo variamente denominati e, più in generale, al fenomeno della *soft law*³⁵.

Per la verità, il nostro ordinamento conosce anche altre ipotesi di linee guida a efficacia vincolante non dissimili da quelle adottabili dall'Anac in materia di

³⁵ Al riguardo, occorre però precisare che, come ancora si dirà diffusamente nel testo, con il d.l. n. 32/2019 (cd. «Sblocca Cantieri»), conv. in l. n. 55/2019, il Governo si è «riappropriato» di ampi spazi di potestà normativa in materia di contratti pubblici, prima devoluti all'Anac: sul punto cfr. art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. 50/2016. Per una ricognizione precisa dei nuovi ambiti di competenza normativa del Governo v. R. De Nicolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 «Sblocca Cantieri»*, in *Urb. e app.*, 2019, 4, 443 ss.

contratti pubblici: è il caso, ad esempio, delle linee guida «contenenti le regole tecniche e di indirizzo» per l'attuazione del codice dell'amministrazione digitale³⁶. In sede consultiva, il Consiglio di Stato, richiamando espressamente il proprio parere reso sullo schema di codice dei contratti pubblici³⁷, ha qualificato le predette linee guida dell'AgID – anche in ragione delle peculiarità di ordine procedimentale previste per la loro emanazione – come atti di regolazione di natura tecnica aventi efficacia vincolante *erga omnes* e, dunque, pienamente giustiziabili davanti al giudice amministrativo³⁸.

In proposito, risulta comunque rilevante il fatto che le linee guida dell'Anac non abbiano solo una funzione attuativa o integrativa del dettato legislativo, ma svolgano anche una importante funzione orientativa, garantendo in molti casi la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, nonché lo sviluppo delle migliori pratiche³⁹.

D'altra parte, non si può non tenere conto anche delle finalità impresse dal legislatore allo strumento regolatorio delle linee guida dell'Anac, le quali rispondono sia a un'istanza di semplificazione normativa rispetto al preesistente apparato normativo⁴⁰, sia a un'esigenza di «flessibilità» che si traduce, appunto, nella possibilità di orientare l'attività amministrativa delle stazioni appaltanti verso obiettivi di efficienza, di qualità e di buone prassi⁴¹.

³⁶ Art. 71, d.lgs. n. 82/2005, come recentemente modificato dal d.lgs. n. 217/2017, secondo cui, «(l)'AgID, previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice [...]».

³⁷ Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

³⁸ Cons. Stato, comm. spec., 10 ottobre 2017, n. 2122 (che ha reso un parere sulle più recenti modifiche apportate al codice dell'amministrazione digitale con il d.lgs. n. 217/2017). In precedenza, le summenzionate «regole tecniche» erano incorporate in un decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, adottato sulla base di un procedimento piuttosto complesso, che prevedeva, tra gli altri, anche il concerto del Ministro della giustizia e dei Ministri competenti.

³⁹ Art. 213, comma 2, del codice. S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista regolaz. mercati*, 1, 2016.

⁴⁰ In ordine alle critiche relative alla rigidità e alla complessità del regolamento unico di attuazione e esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici, v. Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855. Tra gli obiettivi principali del legislatore delegante vi è, infatti, quello «di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti [...]» (art. 1, lett. d), l. n. 11/2016). Secondo I.A. Nicotra, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice*, in I.A. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 35, «(i)l nuovo scenario normativo risponde ad una scelta culturale di maggiore adattabilità alle esigenze del mercato, in vista del perseguimento dell'obiettivo di una regolamentazione di qualità e nello stesso tempo semplice e comprensibile. In una parola si declina nel campo della regolazione il principio della trasparenza».

⁴¹ M. Ramajoli, Intervento al seminario dal titolo «Le Linee guida dell'ANAC: nuove fonti?», Trento, 23 febbraio 2017, esprime dubbi in ordine al raggiungimento dei pur dichiarati obiettivi di semplificazione, soprattutto alla luce dell'attuazione «frazionata» nel tempo del codice attraverso una pluralità di linee guida, alcune delle quali – peraltro – non immediatamente «operative». In termini analogamente critici, v. G.D. Com-

Inoltre, le linee guida dell'Anac, a prescindere dal loro carattere vincolante o meno, costituiscono una manifestazione regolatoria *sui generis*, in quanto non si indirizzano – se non mediatamente – agli operatori economici, ma contengono delle “regole” che si rivolgono innanzitutto alle stazioni appaltanti. Esse non si traducono dunque in una “regolazione” economica in senso proprio di un mercato ma esprimono un insieme di “vincoli” eteronomi all'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti, che solo indirettamente si ripercuote sul “mercato”⁴².

La specificità delle linee guida dell'Anac affiora anche nella giurisprudenza, che non ha mancato di sottolineare l'esigenza di distinguere, anche a livello linguistico, le linee guida vincolanti in materia di contratti pubblici dalle linee guida adottate in altri settori dell'ordinamento⁴³.

4. *Linee guida dell'Anac tra ordinamento generale e ordinamento (sezionale) dei contratti pubblici*

A tacere dei pur rilevanti problemi qualificatori delle linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici (su cui si tornerà più diffusamente *infra*), non può non rilevarsi come i più recenti interventi legislativi e l'opera della giurisprudenza abbiano in parte ridimensionato siffatti problemi, assoggettando gli atti delle Autorità indipendenti di regolazione a un regime giuridico omogeneo, indipen-

porti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 182 e M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2017, 847-848.

⁴² Sul punto sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 66 ss. e 287 ss.

⁴³ V. Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, che, in riferimento alla originaria denominazione di “linee guida” degli atti di indirizzo in materia di pubblico impiego, ha ammonito che «l'uso della medesima terminologia (avrebbe potuto) portare a confondere tali strumenti con quelli, del tutto diversi, delle linee guida in materia di contratti pubblici, che, se vincolanti, hanno natura di atti di regolazione [...]. Si suggerisce pertanto un intervento correttivo, o quanto meno, chiarificatore, anzitutto sul piano terminologico, usando la più appropriata espressione “linee di indirizzo” al fine di fugare ogni dubbio sulla natura amministrativa di tali linee guida [...]». V., altresì, Cons. Stato, sez. atti normativi, 22 dicembre 2016, n. 2712, che ha reso un parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, recante i criteri e le modalità di nomina degli arbitri, il supporto organizzativo alle procedure arbitrali e le modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione di prestazioni in favore degli investitori che, a una certa data, detenevano strumenti finanziari subordinati emessi da talune banche popolari. In ordine alla previsione, ad opera del suddetto schema di decreto, della possibilità per la Camera arbitrale dell'Anac di elaborare «linee guida», il Consiglio di Stato ha rilevato come quest'ultima espressione «p(otesse) ingenerare confusione, trattandosi di atti certamente diversi – per natura e funzione – dalle linee guida previste dal Codice dei contratti pubblici. Considerato che esse sono previste in funzione applicativa delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che non hanno alcun fondamento nella norma primaria, è certamente da escludere l'efficacia vincolante. Si tratta, piuttosto, di atti di indirizzo, volti a favorire orientamenti uniformi».

dentemente dalla loro natura⁴⁴: in effetti, le “decisioni” dell’Anac – comunque giuridicamente inquadrate e sebbene aventi carattere flessibile – sono atti amministrativi soggetti per legge a determinate garanzie procedurali, nonché alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo⁴⁵. D’altra parte, se si assume la pluralità e l’atipicità delle fonti secondarie, il primo riferimento per l’individuazione dello statuto del potere “normativo” dell’Anac dovrebbe essere proprio la disposizione legislativa che conferisce il potere medesimo.

Anche la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, ancorché legislativamente fondata⁴⁶, sembrerebbe “stemperarsi” sul piano degli effetti – in ogni caso precettivi – che tali atti producono nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a osservarli nello svolgimento della propria attività di affidamento delle commesse pubbliche. Anche le linee guida non vincolanti, infatti, ancorché non obbligatorie in senso proprio, certamente sono “condizionanti”, dal momento che della loro eventuale inosservanza si deve dar conto con una congrua motivazione. L’obbligo di motivare lo scostamento, unito alla sindacabilità dell’atto da parte del giudice amministrativo, nonché all’autorevolezza della “fonte” da cui le linee guida promanano, fanno sì che tali atti si impongano comunque quali canoni oggettivi di comportamento per le stazioni appaltanti.

Nel tentativo di individuare il “risvolto” giuridico della peculiare forza conformativa che le linee guida dell’Anac – ma il discorso si può estendere a qualsiasi altro strumento di regolazione flessibile utilizzabile dall’Autorità – assumono nel “mercato” dei contratti pubblici potrebbe essere di qualche interesse ricorrere a quella particolare relazione organizzativa intersoggettiva che va sotto il nome di coordinamento amministrativo⁴⁷.

Le linee guida, infatti, parrebbero non (sol)tanto la manifestazione di un potere di regolazione di un mercato in senso proprio, quanto piuttosto l’espressione di una generale potestà di coordinamento affidata all’Anac dall’ordinamento generale, volta a conformare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella “gestione” della fattispecie contrattuale.

Nonostante l’incertezza che aleggia in ordine alla nozione giuridica di “coordinamento”, questa particolare figura organizzatoria non appare inidonea a dar

⁴⁴ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 141 ss.

⁴⁵ M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 738 ss.

⁴⁶ Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016.

⁴⁷ Sul punto, v., *ex multis*, V. Bachelet, *L’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*; Id, voce «Coordinamento», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 630 ss.; M.S. Giannini, *Intervento*, in Aa.Vv., *Coordinamento e collaborazione nelle vite degli enti locali (Atti del V° Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione)*, Milano, 1961, 114 ss.; Id, *Diritto amministrativo*, I-II, Milano, 1970, 299 ss.; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 184 ss.; F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, in part. 3 ss. Più di recente, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, *passim*; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 159 ss.

conto – almeno in chiave esplicativa – del complesso dei poteri affidati all’Anac in materia di contratti pubblici.

Il coordinamento, infatti, «può definirsi come una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia. Essa comporta in ogni caso nell’ufficio coordinatore il potere di impartire direttive (in senso tecnico) e negli uffici coordinati l’obbligo di tenerle presenti e di non discostarsene se non per plausibili motivi. Poiché tuttavia l’autonomia degli uffici e soprattutto degli enti [...] è di diversa gradazione, il legislatore attribuisce in molti casi all’organismo coordinatore anche il potere di emanare provvedimenti generali, determinazioni e persino – in materie o casi determinati – veri e propri ordini, giungendo così talora a configurare rapporti che potrebbero dirsi di gerarchia impropria»⁴⁸.

Al netto del fatto che non si è al cospetto di uffici, il potere di dettare linee guida sembra proprio rientrare tra le (più importanti) manifestazioni eterogenee di una vera e propria potestà di coordinamento intersoggettivo affidata all’Anac nel “mercato” dei contratti pubblici.

Siffatto coordinamento è, in primo luogo, ravvisabile nella posizione di sovraordinazione dell’Autorità rispetto ai soggetti deputati all’aggiudicazione delle commesse pubbliche: in questo senso, è sufficiente scorrere il catalogo dei poteri che l’ordinamento ha assegnato all’Anac per avvedersi della “signoria” di cui gode l’Autorità nell’ambito in esame⁴⁹. Per converso, l’accennata sovraordinazione non può, in ogni caso, debordare in gerarchia, posto che i soggetti pubblici coordinati mantengono comunque uno spazio di autonomia decisionale che non sarebbe in alcun modo tollerabile nelle relazioni gerarchiche⁵⁰.

In secondo luogo, la forte spinta funzionale del coordinamento, che è sempre orientato al perseguimento di finalità di pubblico interesse⁵¹, è particolarmente evidente in seno alla *mission* affidata all’Anac, che è appunto volta ad “armonizzare” le potestà pubbliche conferite alle stazioni appaltanti, in vista della realizzazione dei differenti interessi pubblici che informano l’ambito in analisi.

Importante notare, infine, come l’«elasticità» e la «forza espansiva» del coordinamento consenta di assommare su di sé potestà eterogenee (tra cui, per quanto qui più interessa, quelle estrinsecantesi in atti para-normativi atipici come le

⁴⁸ V. Bachelet, voce «Coordinamento», cit., 635.

⁴⁹ Al riguardo, sia consentito rinviare a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 221 ss.

⁵⁰ Segnali, in questo senso, giungono dalla giurisprudenza amministrativa, anche se essi non si riferiscono al complesso dei poteri che l’Autorità esercita nel settore dei contratti pubblici, ma riguardano più specificamente l’estensione della potestà di vigilanza dell’Anac sul rispetto delle norme in tema di inconfirmità e di incompatibilità degli incarichi all’interno delle pubbliche amministrazioni. V. *supra* cap. III, par. 5.1.

⁵¹ V. Bachelet, voce «Coordinamento», cit., 635; F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», cit., in part. 3 ss.

linee guida), le quali, pur aventi differenti gradi di obbligatorietà, determinano «un complesso di vincoli» che certamente conformano la discrezionalità dei soggetti coordinati⁵².

Posto che «l'attività di coordinamento è qualificata dallo scopo cui è diretta», essa sarebbe priva di effettività se l'organismo coordinatore non potesse introdurre questo insieme di vincoli eteronomi all'attività delle stazioni appaltanti. In altri termini, l'inderogabile esigenza dell'Anac di realizzare il disegno unitario che l'ordinamento ha affidato alla sua cura, presuppone che «il coordinamento [...] non (possa) essere attuato se non sulla scorta di meccanismi che rendano imprescindibile l'osservanza degli indirizzi o impulsi, con attivazione, nell'ipotesi di violazione, di mezzi di tutela giuridica [...]»⁵³. La flessibilità dei meccanismi connaturati al coordinamento non pregiudica, però, l'autonomia riconosciuta ai soggetti coordinati, i quali possono compiere scelte anche divergenti rispetto alle «indicazioni» dell'atto di coordinamento (come, nel nostro caso, di una linea guida non vincolante), purché sia fornita una congrua motivazione.

Una simile ricostruzione non sembra contraddetta dalla giurisprudenza che, al contrario, non ha mancato di inquadrare il generale fenomeno delle linee guida proprio nell'alveo del potere di coordinamento, laddove ha statuito, ancorché con riferimento a potestà diverse da quelle in esame, che «(l)a relazione che si instaura tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari non è [...] quella che implica l'esercizio di potestà normative, [...] ma è, più verosimilmente, quella che si limita a determinare un coordinamento di una pluralità di rapporti organizzatori tra soggetti diversi o anche tra organi di una stessa amministrazione»⁵⁴.

Questo peculiare ruolo di coordinamento dell'Anac nel «mercato» dei contratti pubblici sembra riecheggiare la teoria degli «ordinamenti sezionali» di gianiniana memoria⁵⁵, nella misura in cui al vertice di questi ultimi «[...] trovasi un pubblico potere (cioè un organo dello Stato, un ente pubblico, o altra figura sog-

⁵² F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», cit., 2.

⁵³ Ancora, F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», cit., 7-8.

⁵⁴ Così Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137.

⁵⁵ Circa la tesi di Giannini, v. M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 111 ss.; Id., *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, 1 ss.; Id., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del primo congresso di sociologia*, IV, Roma, 1950, 455 e ss.; Id., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 219 ss. e in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1958, 957 ss. Id., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in *Aa.Vv., La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991. In generale, v. F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, voce dell'*Enc. Diritto*, XXXIV, 1985, 1 e ss.; S. Amoroso, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. econ.*, 1995, 363 ss.; Id., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca e borsa*, I, 1995, 58 ss.

gettiva pubblica), che emana delle disposizioni alle quali i vari soggetti debbono uniformarsi [...]»⁵⁶.

Invero, a differenza degli ordinamenti sezionali (che sono stati definiti tali «in quanto limitati ai soggetti che svolgono una *data* attività»⁵⁷), il “mercato” dei contratti pubblici non riguarda un ambito materiale specifico in senso proprio (come l’energia, il credito, le comunicazioni elettroniche, o i trasporti), ma sembra piuttosto essere caratterizzato dalla presenza di una particolare tipologia di vicenda economico-giuridica⁵⁸: le commesse pubbliche. In altri termini, il baricentro del fenomeno non pare tanto determinato dall’oggetto (nel senso, appunto, di ambito materiale, come sopra si è detto) sul quale incide l’attività concreta dell’organismo coordinatore di vertice (o del soggetto coordinato), quanto piuttosto dal tipo di vicenda di cui quest’ultimo si occupa.

La questione, in ogni caso, sarà ripresa nel corso del prossimo paragrafo.

5. *Una riflessione nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici: linee guida e norme interne*

Una ulteriore riflessione s’impone sulla scia del filone di ricerca romaniano relativo alla pluralità degli ordinamenti giuridici⁵⁹.

⁵⁶ M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., 111. Il ruolo “verticistico” che occuperebbe un determinato potere pubblico in un ordinamento sezionale (come la Banca d’Italia nell’ordinamento creditizio o il Coni in quello sportivo) corrisponderebbe, invero, a uno solo dei tre elementi tipici (cioè, l’organizzazione) individuati da Giannini per la definizione di un ordinamento giuridico. Unitamente all’organizzazione, devono, infatti, essere presenti a tal fine gli ulteriori elementi della pluri-soggettività e della normazione. Peraltro, l’Anac, a differenza – ad esempio – del Coni, non è espressione di un potere pubblico che nasce “dal basso” a fronte dell’esigenza di garantire l’autogoverno di una o più comunità che esprimono un interesse comune (come avviene, appunto, nel settore sportivo): essa è pur sempre un’amministrazione calata “dall’alto”, che non agisce in base agli interessi dei soggetti “regolati”, ma persegue gli obiettivi stabiliti dall’ordinamento generale.

⁵⁷ Id., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., 111.

⁵⁸ Si usa il termine “vicenda” non in senso tecnico-giuridico.

⁵⁹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, *passim*. La teoria romaniana è stata oggetto di studi e sviluppi approfonditi da parte della dottrina: v., *ex multis*, A. E. Cammarata, *Il concetto del diritto e la “pluralità degli ordinamenti giuridici”* (1926), in Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 185 ss.; W. Cesari-Sforza, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, 1381 ss.; M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, cit., 1 ss.; F. Modugno, *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti giuridici*, Milano, 1985, 249 ss.; Id., voce «Pluralità degli ordinamenti» (voce), in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 3 ss.; C. Pinelli, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giur. cost.*, 1986, 1856 ss.; A. Catania, *Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano*, in S. Cassese, M. D’Alberti et al. (a cura di), *L’unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 401 ss. Per una sintesi delle varie posizioni emerse in dottrina, v. G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, 32 ss.

Un'ormai non più recente dottrina⁶⁰, trattando in particolare (ma non solo) delle norme interne, aveva approfonditamente analizzato il problema della relazione tra ordinamenti e i momenti di collegamento tra gli stessi.

Per quanto riguarda la questione che qui ci impegna, si può osservare che svariate sono le modalità attraverso le quali schemi prescrittivi prodotti in seno a ordinamenti speciali (e, cioè, norme prodotte in quel contesto) diventano rilevanti in un ordinamento generale e, dunque, in esso spiegano parte della propria efficacia, disciplinando o concorrendo a disciplinare fattispecie che si trovano, per così dire, nel perimetro appunto dell'ordinamento generale.

Tra i vari criteri di collegamento⁶¹ vengono in evidenza il rinvio recettizio o materiale, il rinvio formale (o alla fonte), la presupposizione.

Nei primi due casi, in realtà, si avrebbe un riconoscimento diretto e pieno della prescrizione, sicché essa non si può più configurare in senso proprio come norma interna (che è tale soltanto nella misura in cui la prescrizione non abbia piena efficacia nell'ordinamento generale); nell'ipotesi di presupposizione questa situazione di "assorbimento" non ricorre⁶², posto che la norma non ha piena efficacia nell'ordinamento generale o rinviante e si limita a disciplinare un elemento di una fattispecie (classico esempio sarebbe il caso della colpa rispetto alla fattispecie dell'illecito, oppure la qualificazione di Capo di Stato estero presupposta da una norma penale).

Prima di entrare nel cuore del problema, giova preliminarmente osservare che Bassi opera una stimolante distinzione tra presupposizione e rinvio formale⁶³. In quest'ultima figura vi sarebbe una rinuncia, da parte dell'ordinamento generale, alla diretta regolamentazione e, dunque, una sorta di volontaria autolimitazione della propria competenza regolatrice: l'ordinamento generale, tuttavia, si dichiara competente a disciplinare il rapporto (e il precetto entra a fare parte dell'ordinamento generale), sicché solo per ragioni tecniche desume il criterio regolatore da diverso ordinamento. Nella presupposizione, invece, si assisterebbe a una sorta di declinazione della propria competenza regolatrice da parte dell'ordinamento generale.

Ciò chiarito, ci si può ora chiedere se le linee guida possano configurarsi alla stregua di norme interne che diventano rilevanti nell'ordinamento generale in virtù del meccanismo della presupposizione (sicché si avrebbe una norma dell'or-

⁶⁰ F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963, *passim*. V. altresì F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, cit., 42 ss.

⁶¹ V. altresì F. Modugno, voce *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Enc. Diritto*, XXXIV, 1985, 1 ss.

⁶² F. Bassi, *op. cit.*, 159 ss.

⁶³ F. Bassi, *op. cit.*, 237 ss.

dinamento particolare che opera direttamente la qualificazione del fatto e una norma strumentale dell'ordinamento generale).

Questa "mossa teorica" avrebbe l'indubbio vantaggio di sgomberare il campo dal complicato approfondimento circa la possibilità di riconoscere alle linee guida natura di fonti dell'ordinamento generale: esse, infatti, sarebbero appunto richiamate dall'ordinamento generale e dalle sue fonti, senza che ciò – alla stessa stregua di quanto accade in tutti gli altri casi in cui il meccanismo della presupposizione opera nel nostro ordinamento – comporti alcuna significativa alterazione dell'articolazione delle stesse.

Siffatta opzione non è priva di suggestione e di un qualche fondamento, ove si consideri – per riprendere lo spunto di cui al par. precedente – che la disciplina dei contratti pubblici sembra appunto esibire i connotati di un ordinamento (speciale rispetto a quello generale)⁶⁴, soprattutto in riferimento al soggetto posto al suo vertice: ossia, un'autorevole organizzazione che, negli spazi concessi da un ordinamento generale, sovrintende l'attività contrattuale di tutti i soggetti pubblici, emanando "disposizioni" generali, di vigilanza, sanzionatorie, comunque conformative della discrezionalità che compete alle stazioni appaltanti. Né pare privo di significato il fatto che i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, ancorché formino oggetto di sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento generale, sono soggetti a un rito speciale⁶⁵, quasi che il momento processuale completi la specificità dell'ordinamento di settore.

Non solo: l'Anac si giustifica anche e soprattutto in ragione delle proprie competenze tecniche, sicché si potrebbe ragionare circa la possibilità che le norme interne di quell'ordinamento emanate dall'Anac (ché tali appaiono, appunto, le "linee guida") acquisiscano rilevanza nell'ordinamento generale in quanto da esso presupposte (da una norma dell'ordinamento generale che disciplina una fattispecie, lasciando in "bianco" solo un elemento, oggetto dello schema prescrittivo ricavabile dalla linea guida) e per una precisa scelta dello stesso, che si dichiara implicitamente incompetente.

Invero, non è agevole calare un modello teorico elaborato per le norme interne su di una realtà complessa e sfuggente come quella delle linee guida.

L'operazione richiederebbe intanto di potere configurare, accanto a un ordinamento generale, un ordinamento speciale dei contratti. Sul punto già si è indu-

⁶⁴ La prospettiva di tipo "ordinamentale" per la descrizione del fenomeno in analisi non sembra, infatti, del tutto isolata in dottrina: in proposito, cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 308, che accosta le linee guida non vincolanti dell'Anac alle direttive amministrative, anche in considerazione del fatto che l'Autorità «è titolare del potere di regolazione del settore "contratti pubblici", per il che dispone di tutta una serie di poteri anche di controllo e di vigilanza nei confronti delle stazioni appaltanti e dei soggetti esecutori di contratti pubblici, tanto da dar luogo ad un "sistema ordinamentale" o comunque ad un legame organizzativo che per definizione si innerva tramite lo strumento della direttiva».

⁶⁵ Cfr. artt. 120 e ss., d.lgs. n. 104/2010.

giato, pur dovendosi aggiungere che le opinioni della dottrina non sono univoche quanto alla fisionomia degli ordinamenti e ai presupposti che debbono sussistere (e alla soglia “istituzionale” che deve essere raggiunta) ai fini della loro configurazione (schematicamente, si va dalla nozione più estesa di Santi Romano – per cui ogni istituzione è un ordinamento – alla tesi, più “restrittiva”, degli ordinamenti sezionali di Giannini, che lascia “scoperte” importanti aree di fatti non ordinamentali). Anzi, ancora a monte, si potrebbe contestare che la disciplina dei contratti costituisca – come invece si è sopra sinteticamente osservato – un ordinamento speciale, posto che è completamente riassorbito⁶⁶ in quello generale e, dunque, non appare dallo stesso distinto. A supporto di questa tesi si potrebbe tra l’altro invocare l’art. 1, comma 1, lett. t), l. 28 gennaio 2016, n. 11, che prevede l’impugnabilità delle linee guida assunte dall’Anac «innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa» (con ciò riconoscendo che si fa questione di atti a rilevanza esterna).

Non solo, chi dovesse negare la plausibilità della teoria romaniana⁶⁷ reciderebbe alla radice la possibilità dello sviluppo dell’argomentazione qui prospettata.

In ogni caso, a tacere di queste ultime e rilevanti problematicità, collocandosi all’interno della logica del collegamento tra ordinamenti, non possono non considerarsi ulteriori profili problematici.

Intanto, non sembra peregrino indugiare su di un’ulteriore via illuminata dagli studi di Bassi, quella, cioè, che accanto alla presupposizione (e, quindi, al rinvio indiretto a norme interne) quale momento di collegamento in grado di conferire rilevanza alle c.d. norme interne (nel caso: le linee guida) nell’ordinamento generale, ammette la possibilità di un “riconoscimento indiretto” e parziale di un intero ordinamento⁶⁸, come accade, ad esempio, per l’ordinamento dei privati attraverso la disciplina delle obbligazioni naturali⁶⁹.

Nel caso delle linee guida, in effetti, appare difficile sostenere che (*ante* riforma del 2019) ci sia un riconoscimento solo parziale dell’ordinamento speciale che consenta alle norme (e, cioè, alle linee guida) di produrre effetti meramente parziali nell’ordinamento giuridico generale.

⁶⁶ V. sul punto N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 197; F. Modugno, voce *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit.

⁶⁷ È peraltro indubbio che esistano indici normativi univoci a favore della esistenza di più ordinamenti giuridici. A tacere dell’art. 7 Cost., si pensi alle numerose norme di fonte primaria che parlano di ordinamenti (ad es. art. 2, commi, 3, 5 e 9 *bis*, artt. 4, 12 e 23, l. 241/1990).

⁶⁸ F. Bassi, *op. cit.*, 301 e ss.

⁶⁹ Di presupposizione con riferimento a (interi) ordinamenti parlava anche Santi Romano, *L’ordinamento giuridico*, 1918, rist. Firenze, 1951 (la citazione si riferisce a questa edizione), 156. L’A. usa un’immagine molto evocativa: gli ordinamenti, in tal caso, vengono in evidenza «non nelle loro singole parti e, perciò non nelle norme o nei precetti in cui constano, ma ciascuno nella loro unità, come chiusi, a somiglianza di ciò che avviene in certe operazioni matematiche, fra parentesi» (157).

La rilevanza e l'estensione delle linee guida vincolanti era tale che il fenomeno poteva piuttosto essere inquadrato ricorrendo all'immagine di un ordinamento che prende in considerazione tutti gli effetti delle linee guida, le quali non sono affatto colte, per così dire, incidentalmente (rimanendo per altri profili indifferenti all'ordinamento generale medesimo) o limitatamente alla disciplina di "spezzoni" di fattispecie regolate dall'ordinamento generale. Per altro verso (in continuità con il rilievo testé indicato), le fattispecie cui si applicavano le linee guida vincolanti non apparivano affatto esterne rispetto all'ordinamento generale.

Né quelle fattispecie risultavano propriamente esterne rispetto all'ordinamento generale (ancora una volta, per differenza, è illuminante il richiamo alla tematica delle obbligazioni naturali⁷⁰).

Pure ipotizzando di invocare il meccanismo del rinvio formale, si verificherebbe un completo inglobamento delle linee guida nell'ordinamento generale.

La preoccupazione teorica che si cela dietro l'ordine di argomentazione qui delineato è evidente, nel senso che andrebbe attentamente verificato se, almeno fino al c.d. decreto "Sblocca Cantieri", non si sia fatto questione (non già di una mera presupposizione, bensì) addirittura del richiamo diretto di un intero ordinamento o di un ampio e indifferenziato meccanismo di rinvio formale.

L'estensione delle materie incise dalle linee guida, si potrebbe cioè osservare, è (era) talmente significativa da non consentire di adottare una prospettiva di parziale apertura da parte dell'ordinamento generale verso parti di specifiche prescrizioni di un ordinamento diverso.

La latitudine del fenomeno starebbe a indicare che, al di là della qualificazione tecnica del momento di collegamento, la disciplina di interi settori, nel contesto dei contratti, è (era) rimasta riservata alle linee guida, quasi a guisa di abdicazione totale o tendenzialmente generalizzata della propria funzione regolatrice da parte dell'ordinamento generale, che apre contestualmente spazi a favore di altri atti prescrittivi.

Tutto ciò riporta in primo piano il tema del difetto di responsabilità politica in capo a chi esercita sostanzialmente un potere prescrittivo rilevante nell'ordinamento generale⁷¹.

Non è un caso che la giurisprudenza e parte della dottrina avessero già cercato di apprestare limiti e di tracciare confini attraverso una meticolosa indagine qualificatoria.

Le linee guida vincolanti erano state ad esempio "agganciate" alla funzione di regolazione, riconosciuta dall'ordinamento generale e, dunque, parrebbe,

⁷⁰ F. Bassi, *op. cit.*, 310.

⁷¹ Vi è poi la questione del rispetto del principio di legalità unitamente a quella del carattere di delega in bianco del meccanismo prefigurato dall'ordinamento. Per un'analisi più approfondita di questi temi, v. P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 297 ss.

estranea sia alla logica dei rapporti interordinamentali, sia alla teorica delle fonti in senso più tradizionale, mentre quelle non vincolanti, come detto, erano viceversa state ricondotte al modello della circolare.

Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di codice dei contratti pubblici⁷², aveva individuato tre differenti tipologie di «atti attuativi» del codice dei contratti pubblici: gli atti e le linee guida adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; le linee guida dell'Anac dotate di efficacia vincolante, nonché quelle prive di tale carattere⁷³.

Ai primi⁷⁴ era stata riconosciuta la natura regolamentare e, in particolare, la loro assimilazione, «anche indipendentemente dal *nomen iuris* fornito dalla delega e dallo stesso codice», al modello generale dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, con la conseguente soggezione, sotto il profilo sia sostanziale che procedimentale, al regime giuridico proprio dei predetti atti⁷⁵.

La natura regolamentare delle c.d. linee guida “ministeriali”⁷⁶ sarebbe desumibile dai caratteri di generalità, astrattezza e innovatività dell'ordinamento delle disposizioni ivi contenute, alla stessa stregua di quelle incluse in qualsiasi atto regolamentare tipico.

Il riconoscimento della natura normativa delle linee guida “ministeriali” non determina soltanto l'assoggettamento di tali atti al regime giuridico dei regolamenti

⁷² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, parr. II.g).2 ss.

⁷³ Le tipologie di atti attuativi del codice non si esauriscono, invero, nella classificazione proposta dal Consiglio di Stato, ma contemplanano un novero assai esteso ed eterogeneo di provvedimenti (e di procedure previste per la loro adozione). Al momento dell'emanazione del decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) il Consiglio di Stato (comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782) ha “contato” 55 atti attuativi (17 decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, 16 atti dell'Anac, 6 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, 16 decreti di altri Ministri), oltre ai regolamenti di organizzazione con cui l'Anac disciplina l'esercizio di propri compiti specifici. Con il d.l. n. 32/2019 (cd. “Sblocca Cantieri”), conv. in l. n. 55/2019, invero, si è prevista l'adozione del regolamento governativo di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. 50/2016, che, in larga parte, sostituisce taluni atti attuativi del codice con riferimento a determinate materie.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, art. 84, comma 12, del codice, che affida a un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, sentite le competenti Commissioni parlamentari, l'individuazione delle modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'art. 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici.

⁷⁵ Tra cui, la necessaria conformità allo specifico precetto legislativo attributivo del potere regolamentare; la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; l'adozione previo parere del Consiglio di Stato; la sottoposizione al visto e alla registrazione della Corte dei conti; la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale; inoltre, come ogni altro regolamento, possono essere disapplicati in sede giurisdizionale. Così, Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, par. II.g).4, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.3.; comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282, par. 1.1.; comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 360.

⁷⁶ La medesima qualificazione giuridica è stata attribuita dal Consiglio di Stato alle «direttive generali» adottate, ai sensi dell'art. 1, comma 7, del codice, dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, previo accordo con l'Anac, al fine di disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero: cfr. Cons. Stato, comm. spec., 11 maggio 2017, n. 1119, par. II.1.

ministeriali, ma incide anche sulla loro tecnica di redazione: essa, infatti, non può essere basata sulla formulazione discorsiva delle condotte da tenere, bensì deve fondarsi sull'individuazione di precetti chiari e ordinati in base a un articolato⁷⁷.

Le linee guida vincolanti, come anticipato, parrebbero estranee alla logica dei rapporti interordinamentali, posto che viene in rilievo un centro normativo autonomo e proprio dell'ordinamento generale.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, le linee guida vincolanti avrebbero natura di «atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare»⁷⁸. Dunque, la natura (e i poteri) del soggetto pubblico emanante si rifletterebbe sulla qualificazione dell'atto emanato, anche se, rispetto ai poteri di regolazione delle altre *authorities*, le linee guida vincolanti dell'Anac presenterebbero dei caratteri distintivi, specie con riguardo al rapporto col principio di legalità⁷⁹. Esse sarebbero, difatti, maggiormente “imbrigliate”, poiché definite in modo più puntuale dalla norma primaria, la quale demanda all'Autorità lo sviluppo e l'integrazione di un precetto legislativo già compiuto⁸⁰. In altri termini, le linee guida vincolanti dell'Anac non sarebbero espressione di poteri regolatori “in bianco” o individuati “per obiettivi”, bensì il risultato di «poteri neutrali di attuazione della legge»⁸¹.

A differenza delle linee guida vincolanti, che formano parte dell'ossatura della disciplina attuativa del codice e che hanno proprio lo scopo di integrare, con precetti di dettaglio, la disciplina generale posta a livello legislativo, a quelle “non

⁷⁷ Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282, par. 1.3.

⁷⁸ Così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4. Parimenti, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, che ha reso il parere sullo schema di regolamento per il rilascio di pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211 del codice, ove si è osservato che l'inquadramento delle linee guida vincolanti come atti di regolazione delle Autorità indipendenti «può essere giustificata solo a patto di inquadrarla nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la *hard law*». In termini, Cons. Stato, comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22.

⁷⁹ Ancora, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

⁸⁰ Cfr., ad esempio, «Linee Guida n. 5 - Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici», adottate ai sensi dell'art. 78, comma 1, del codice e qualificate come vincolanti dal Consiglio di Stato in sede consultiva, in quanto dotate di «valenza integrativa del precetto primario»: Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919, par. 3.1. Oppure, v. «Linee Guida n. 7 - Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016», sulla cui natura vincolante si è espresso Cons. Stato, comm. spec., 1° febbraio 2017, n. 282.

⁸¹ Così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4. La maggiore pregnanza del principio di legalità sarebbe, peraltro, assicurata dal “controllo di conformità” effettuato, già prima dell'emanazione dell'atto, dal Consiglio di Stato in sede consultiva, senza che da ciò possa comunque derivare una sorta di «cappello protettivo di legittimità» in una eventuale fase di contenzioso (sono numerosi gli esempi in cui siffatto controllo è stato ampiamente esercitato dal Consiglio di Stato: v., *ex multis*, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919, in part. par. 2.2. ss.; comm. spec., 1° febbraio 2017, n. 282, par. 3). Invero, si rivendica opportunamente l'esercizio *ex post* di un pieno sindacato giurisdizionale di ragionevolezza sulla linea guida eventualmente oggetto di impugnazione: così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.5.

vincolanti” era stata riconosciuta una finalità differente, ontologicamente connotata alla loro stessa valenza semantica: quella, cioè, di “guidare” e “supportare” le stazioni appaltanti nell’esercizio della discrezionalità amministrativa che istituzionalmente gli compete, fornendo raccomandazioni, istruzioni operative e indirizzi generali, emanando indicazioni conoscitive e interpretative per prevenire incertezze esegetiche e contenziosi, indicando le migliori prassi⁸².

La natura non vincolante delle linee guida in esame giustifica una formulazione più marcatamente discorsiva del loro contenuto e un corrispondente minor rigore nella definizione delle linee di indirizzo impartite all’amministrazione. Inoltre, è fatta salva la facoltà per le stazioni appaltanti di discostarsi dalle indicazioni dell’Anac, purché venga fornita, «anche a fini di trasparenza», una puntuale e adeguata motivazione che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa in relazione alle peculiarità della fattispecie concreta⁸³ e alla condizione che essa sia comunque rispettosa delle disposizioni del codice e dei principi generali dell’ordinamento europeo e di quello nazionale⁸⁴.

Anzi, secondo il Consiglio di Stato, sarebbe proprio questa l’«essenza» della non vincolatività dell’atto regolatorio, a cui deve accompagnarsi l’enunciazione chiara e intelligibile delle ragioni di *best practice* poste a base delle linee di indirizzo in esso contenute, le quali devono comunque essere formulate in modo tale da consentire alle stazioni appaltanti scelte eventualmente diverse – purché puntualmente e adeguatamente motivate – da quelle operate nelle linee guida⁸⁵.

La predicata assenza di vincolatività non equivale, come già ricordato sopra, a irrilevanza giuridica della condotta della stazione appaltante eventualmente contrastante col dettato della linea guida: al di fuori della già citata ipotesi di motivato non adeguamento, la violazione della linea guida può, infatti, assurgere a elemento sintomatico dell’eccesso di potere (così come avviene per la violazione

⁸² In questo senso, v. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, in part. par. B.2. Invero, non può tacersi la valenza talvolta integrativa del precetto legislativo anche a opera delle linee guida non vincolanti, come peraltro confermato dallo stesso Consiglio di Stato: ad esempio, v. Cons. Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903, par. 1, ha precisato come l’Anac, nell’adozione delle linee guida sul sotto-soglia, «si sia limitata a chiarire alcuni aspetti applicativi, a volte anche in senso integrativo, dell’art. 36 del Codice [...]». O ancora, in ordine alla possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, in luogo di quelle semplificate, per l’affidamento di contratti sotto-soglia, ha evidenziato come tale indicazione «integr(i) il dettato della legge, che si limita a fare genericamente salva la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie». A seguito dell’entrata in vigore del c.d. “decreto Sblocca Cantieri”, l’affidamento di contratti sotto-soglia sarà disciplinato dal regolamento di cui all’art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. 50/2016.

⁸³ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.

⁸⁴ Così Cons. Stato, comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 361.

⁸⁵ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, B.4.2, il quale, d’altro canto, ammonisce circa il rischio di eccessi di raccomandazione o chiarificazione «che possono compromettere l’agevole individuazione del precetto», così come il rischio «di trascendere rispetto alla funzione tipica di *soft law*, attraverso l’irrigidimento delle regole».

delle circolari amministrative), potendo perciò, essa stessa determinare l'invalidità dell'atto applicativo non conforme⁸⁶.

Le linee guida non vincolanti, secondo la tesi più accreditata accolta dal Consiglio di Stato, erano, appunto, qualificabili come direttive o circolari amministrative⁸⁷ e, dunque, il problema teorico avanzato in questa sede – ossia la configurabilità delle linee guida alla stregua di norme interne – sembrerebbe porsi soltanto per questa peculiare tipologia di atti. Così confinata, la questione potrebbe in effetti essere tralasciata utilizzando il meccanismo della presupposizione.

6. Osservazioni finali

In ogni caso, al di là della condivisibilità della ricostruzione teorica da cui hanno preso le mosse queste ultime considerazioni, due riflessioni finali si impongono con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici.

Intanto, il principale “argine” (non colto nell'analisi di Bassi) costituito dalla responsabilità politica del centro regolatore sembra profilarsi quale controlimitte costituzionale rispetto al richiamo diretto di altri ordinamenti o di vasti e indifferenziati settori di prescrizioni espresse da asseriti ordinamenti speciali (e, cioè, di quei meccanismi che finiscono per configurare fonti sub-primarie o fattispecie equipollenti di riconoscimento diretto).

In secondo luogo, almeno per chi intenda continuare ad aderire alla prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici, la scelta operata dal c.d. “decreto Sblocca Cantieri” andrebbe letta appunto come una riappropriazione da parte delle fonti dell'ordinamento generale di bisogni regolatori consegnati in precedenza (e forse in modo eccessivamente ampio) a ordinamenti speciali.

Difatti, con la novella introdotta dal d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, il legislatore ha riconsegnato alla fonte regolamentare governativa taluni ambiti materiali della disciplina attuativa del codice dei contratti pubblici prima devoluti alla regolazione “flessibile” dell'Anac.

Il regolamento (da adottare *ex art.* 17, comma 1, lett. a) e b), l. 400/1988, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della nuova norma)⁸⁸ reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: nomina, ruolo e compiti del

⁸⁶ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.3.

⁸⁷ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.3. V. anche Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 2704, che ha assimilato le linee guida n. 6 dell'Anac (non vincolanti) «[...] ad una (mera) circolare interpretativa».

⁸⁸ Cfr. art. 216, comma 27-*octies*, d.lgs. 50/2016. Alla data in cui si scrive, il regolamento in questione non ha ancora visto la luce, sicché restano a tutt'oggi efficaci le linee guida dell'Anac e i decreti attuativi adottati in base alle previgenti disposizioni legislative del Codice dei contratti pubblici.

responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; direzione dei lavori e dell'esecuzione; esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; collaudo e verifica di conformità; affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; lavori riguardanti i beni culturali.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento, inoltre, cessano di avere efficacia le linee guida *ex art.* 213, comma 2, del codice, vertenti sulle materie indicate sopra nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.

Si assiste dunque a una riduzione dello spazio di incidenza regolatoria dell'Anac, specie con riguardo ad alcune materie disciplinate dalle linee guida ministeriali e da quelle a efficacia vincolante, che divengono oggetto di riserva governativa⁸⁹. Restano nondimeno in capo all'Anac importanti – ma più limitate rispetto al passato – competenze regolatorie (vincolanti), che spaziano da quelle relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, a quelle concernenti i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, nonché alle linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti *in house*.

Il regolamento si “riappropria” anche di ambiti materiali soggetti alla disciplina posta da talune linee guida non vincolanti, come nel caso di quelle adottate ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice, per i contratti cd. “sotto-soglia”. Non viene però intaccata la competenza regolatoria generale di cui all'art. 213, comma 2, del codice, attraverso cui l'Anac «garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

In conclusione, pare potersi osservare che la sfera di azione del regolamento emanando riduce, anche se non elimina, la potestà regolatoria dell'Anac.

Senza scomodare il tema delle fonti, ma attingendo alla sistematica delle norme interne, si profila ora un richiamo (residuale e quantitativamente accettabile, che non implica un'alterazione delle fonti dell'ordinamento generale) soltanto di alcune delle proposizioni prescrittive che esprime l'ordinamento derivato che fa capo ad Anac.

⁸⁹ Ad esempio, il regolamento governativo sostituirà le linee guida dell'Anac, adottate ai sensi dell'art. 31, comma 5, del codice, sui compiti del RUP.

Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone - Abstract

La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici

Il saggio approfondisce la natura giuridica delle linee guida adottate dalle pubbliche amministrazioni e, in particolare, di quelle emanate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel settore dei contratti pubblici. Gli Autori svolgono ulteriori riflessioni teoriche sul tema alla luce della nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici

The legal nature of guidelines: an evolutionary trajectory in the public procurement field

According to an administrative law perspective, the paper aims at analyzing the legal nature of guidelines adopted by public administrations, with specific reference to the ones issued by the National Anticorruption Authority in the public procurement law field. The Authors also offer some theoretical reflections on the subject matter in the light of the traditional Italian theory of the plurality (and connections) of legal systems.

L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici

Michele Cozzio, Nicoletta Parisi

SOMMARIO: 1. L'emersione dell'emergenza sanitaria a livello globale e la risposta italiana. – 2. Gli obblighi internazionali dello Stato a fronte della situazione di emergenza. – 3. Gli effetti della pandemia sul mercato dei contratti pubblici. La contrattazione pubblica nella fase dell'emergenza. – 4. L'azione di *governance* svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel contesto emergenziale. – 5. Riflessioni sul futuro del sistema italiano dei contratti pubblici tra soluzioni per l'emergenza e soluzioni per la ricostruzione. – 6. C'è ancora spazio per gli appalti pubblici sostenibili?

1. *L'emersione dell'emergenza sanitaria a livello globale e la risposta italiana*

Nel volgere di poche settimane, tra febbraio e marzo 2020, l'emergenza sanitaria causata dal virus denominato Covid-19 si è imposta sulle priorità delle agende politiche in tutto il mondo. Le statistiche e i *reports* delle organizzazioni internazionali attestano l'estensione globale, la pervasività, la persistenza e la drammaticità di questa crisi¹.

Quanto stiamo vivendo è stato descritto efficacemente dallo storico e filoso Yuval Noah Harari: «L'umanità sta affrontando una crisi globale. Forse la più

* La presente pubblicazione contiene i risultati di una ricerca svolta anche nell'ambito del progetto MIUR PRIN 2017–2017CRLZ3F: PolitiCanti. The Politicisation of Corruption and Anticorruption Strategies in Italy (unità locale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza; responsabile Prof. Dino G. Rinoldi). Le riflessioni sono condivise dagli Autori, per quanto i contenuti dei § 2, 4 e 5 sono stati curati da Nicoletta Parisi e quelli dei § 1, 3 e 6 da Michele Cozzio.

¹ Si veda il sito web dell'*European Centre for Disease Prevention and Control* che offre informazioni costantemente aggiornate sulla distribuzione geografica dei casi e dei decessi da Covid 2019 nel mondo; si vedano anche i *situation reports* sul tema *Coronavirus disease (COVID-19)* elaborati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, nonché i grafici che descrivono l'andamento della pandemia a livello globale, *Dashboard della malattia da coronavirus dell'OMS (COVID-19)*.

grande della nostra generazione. Le decisioni che le persone e i governi prenderanno nelle prossime settimane probabilmente incideranno in profondità sul mondo per anni. Influiranno non solo sui nostri sistemi sanitari ma anche sull'economia, la politica e la cultura [...]. Nello scegliere tra varie alternative, dovremo chiederci non solo come superare i pericoli immediati, ma anche in che tipo di mondo vivremo quando la tempesta sarà passata. Certo, la tempesta passerà, il genere umano sopravvivrà, molti di noi saranno ancora qui, ma vivremo in un mondo diverso»².

Il 9 gennaio 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'isolamento, da parte delle autorità sanitarie cinesi, di un nuovo ceppo di coronavirus mai identificato prima nell'uomo (Covid-19). Il virus è stato associato a un focolaio di casi di polmonite registrati a partire dal 31 dicembre 2019 nella città di Wuhan, nella Cina centrale³.

Il 30 gennaio, l'OMS ha dichiarato quest'epidemia «un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»⁴ e l'11 marzo ha riconosciuto la condizione di «pandemia»⁵, parola di cui ormai sono noti il significato e le implicazioni. Dalla dichiarazione del Direttore generale dell'OMS emerge l'attenzione per questa situazione nuova: «non abbiamo mai visto una pandemia scatenata da un coronavirus» e, al contempo, la preoccupazione per i livelli allarmanti di gravità e diffusione, «non abbiamo mai visto una pandemia che può essere controllata».

A novembre 2020, in occasione della 73esima assemblea generale dell'OMS a Ginevra, viene rilevata la continua progressione della pandemia, che ha segnato in tutto il mondo «*the grim milestone*» di 50 milioni di persone infettate e oltre 1,2 milioni di morti. Si tratta, peraltro, di dati parziali, posto che le cifre complessive non tengono conto, ad esempio, dei morti causati dall'interruzione dei servizi sanitari essenziali. A fronte di questo scenario, il Direttore generale dell'OMS, aprendo i lavori dell'Assemblea generale, avverte che «nessuno conosce gli effetti a lungo termine di questo virus sul corpo umano o sul tipo di mondo che i nostri figli e nipoti erediteranno».

² Così nella rivista *Internazionale*, 27 marzo 2020 n. 135.

³ Alcuni studi segnalano che numerosi casi di polmonite ascrivibili al virus Covid-19 erano presenti nell'area cinese di Wuhan già a partire da agosto 2019; si veda part. E.O. Nsoesie, B. Rader, Y.L. Barnoon, L. Goodwin, J.S. Brownstein, *Analysis of hospital traffic and search engine data in Wubhan China indicates early disease activity in the Fall of 2019*, giugno 2020.

⁴ Si veda la dichiarazione del Direttore generale dell'OMS circa la situazione di *Public Health Emergency of International Concern*, in sigla PHEIC, espressa nell'ambito del Comitato di Emergenza di cui all'*International Health Regulations*.

⁵ Si veda la dichiarazione dello stato di pandemia da parte del Direttore generale dell'OMS dell'11 marzo 2020.

L'Italia è tra le aree europee che, all'inizio del 2020⁶, sono state colpite per prime e in misura più significativa dal virus. La reazione delle Istituzioni è stata tempestiva: il 31 gennaio 2020, in anticipo rispetto alla dichiarazione di pandemia dell'OMS, il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza fino al 31 luglio 2020 (poi prorogato fino al 30 aprile 2021)⁷, motivato dal rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Alla dichiarazione del Governo sono susseguite decine di interventi legislativi e amministrativi, mediante decreti legge (e relative leggi di conversione)⁸, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti ministeriali, circolari, direttive, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, delle Regioni e dei Comuni.

L'insieme di norme e misure emergenziali ha composto un esteso e frammentato quadro giuridico caratterizzato, in primo luogo, dall'incidenza e limitazione delle libertà individuali ed economiche⁹ in modo a tal punto penetrante che molti, tra studiosi e giuristi, hanno parlato di Stato di eccezione, di dittatura, di situazione che accosta emergenza sanitaria e guerra¹⁰, di violazione di diritti costi-

⁶ Lo studio dell'Istituto Superiore di Sanità condotto sull'analisi delle acque di scarico dei principali centri urbani del nord Italia evidenzia la presenza di tracce del virus già a dicembre 2019, particolarmente nei campioni prelevati a Torino e Milano. La notizia è stata diffusa dall'Istituto Superiore della Sanità: si veda il comunicato del 18 giugno 2020 n. 39.

⁷ Si veda la delibera del Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2021, pubblicata nella Gazz. Uff. del 20 gennaio 2021, n. 15. Il fondamento normativo della delibera è riconducibile al d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, partic. artt. 7, co. 1, lett. c, e 24, co. 1.

⁸ Il primo in ordine di tempo è stato il decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*). I decreti legge sono previsti dall'art. 77 della Costituzione italiana, l'unico articolo della Carta costituzionale che disciplina la potestà normativa del Governo in casi straordinari di necessità e urgenza. Nel periodo febbraio-giugno 2020 l'*Osservatorio Emergenza Covid-19* promosso da *Federalismi.it* ha censito 670 provvedimenti statali e regionali. Una panoramica dell'articolato quadro giuridico sviluppatosi a seguito dell'emergenza sanitaria in Italia è disponibile nel dossier periodicamente aggiornato del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Misure sull'emergenza coronavirus (Covid-19) - Quadro generale*.

⁹ Sono libertà e diritti garantiti dalla Costituzione italiana, vi rientrano la libertà di circolazione (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), il diritto di professare la propria fede religiosa nei luoghi di culto (art. 19), il diritto allo studio (artt. 33-34), la libertà di iniziativa economica (art. 41), la libertà di espressione del pensiero (art. 21) e soprattutto la libertà personale (art. 13) e i diritti inalienabili della persona di cui all'art. 2 e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

¹⁰ Lo ha ricordato, tra gli altri, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 3, 575-588, sottolineando anche la terminologia utilizzata dalla politica e dai mezzi di comunicazione ("guerra"; "emergenza"; "lotta"; "attacco"; "difesa"; "patriottismo"; "orgoglio di essere italiani").

tuzionali¹¹, come pure della necessità, una volta affrontata la difficile situazione della pandemia, di costruire contenuti e limiti di un “diritto dell'emergenza”¹².

Un secondo elemento peculiare è riconducibile all'alterazione dei processi decisionali e di produzione delle regole, necessitata dalla rapidità valutativa e dalle semplificazioni richieste per l'assunzione delle decisioni in tempi brevissimi¹³. Il contesto emergenziale, in altre parole, ha messo a nudo una situazione tanto fulminea quanto impreveduta di verticalizzazione del potere¹⁴, rispetto alla quale

¹¹ Si veda, ad esempio, la lettera aperta al Presidente del Consiglio, sottoscritta da trenta giuristi italiani, con l'invito al ripristino delle garanzie costituzionali, a fronte di limitazioni che «generano gravi dubbi di costituzionalità e rappresentano un pericoloso precedente per lo Stato di diritto», nonché di interventi restrittivi delle libertà costituzionali e meccanismi di sorveglianza pericolosi. Nel senso di un mancato rispetto della Carta costituzionale, si veda anche G. Marchianò, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da coronavirus: i DPCM*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, 1 e ss. in modo assai critico M. D'Amico, *Emergenza, diritto, discriminazioni*, Gruppo di Pisa, 2020, 19, secondo la quale vi è stata una solo formale copertura democratica alla limitazione delle libertà fondamentali, presentando la situazioni anomalie di non poco momento; nonché G. Guzzetta, *Lo avete letto il decreto? La Costituzione non c'è più*, in *Il riformista*, 5 novembre 2011, 1 e 7; M. Ainis, *Il confine fragile tra potere e libertà*, in *La Repubblica* 14 ottobre 2020, 29. Più cauto l'orientamento espresso da M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 2, 137 e ss., il quale evidenzia che l'adozione di provvedimenti eccezionali a causa della portata estrema del rischio sanitario non determina lo stato di guerra, lo stato di assedio, la dittatura, il riconoscimento di pieno poteri al Governo o al Parlamento, né lo stato di eccezione; l'Autore ricorda, infine, che «per i giuristi, le parole e le categorie ch'esse descrivono pesano come macigni, sicché occorre sempre misurarle bene e usarle il più possibile nel loro significato tecnico». Per una posizione radicalmente differente (nel senso di abbandonare l'approccio del “sistema delle fonti” a favore di quello del “sistema delle norme” si veda A. Ruggeri, *Disordine delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consultaonline*, 9 novembre 2020, a favore di una nuova “razionalizzazione” costituzionale p. 611, specificamente per la congiuntura pandemica v. nota 17.

¹² Sul punto P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1, 692 e ss. segnala che pur non essendovi in Italia «alcuno stato di guerra» formalmente dichiarato, risulta in essere in via di fatto uno «stato di eccezione», rispetto al quale il Governo non sarebbe dotato dei poteri necessari. Si veda anche S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 2, 532 e ss.

¹³ Sul tema si veda P. Severino, *Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale: alcuni spunti tra protezione dei diritti fondamentali, modelli di governance e ripresa economica*, in Aa.Vv., *Il Mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, Quaderni del CNEL, maggio 2020, 169 e ss.

¹⁴ A questo fenomeno di verticalizzazione è associata, da alcuni osservatori, una quota significativa di «confusione» tra le diverse modalità di produzione emergenziale del diritto. Sul tema si veda part. F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 3, 258 e ss.; nonché M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 3, 176 e ss.; M. Francaviglia, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 361-384; M. Bignami, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Questione giustizia*, 2020, 2; G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2021, 1, 384 e ss. Sulla conflittualità tra Stato e Regioni derivata da questa confusione si veda, tra i numerosi commenti, A. Poggi, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, 9 settembre 2020 e ivi la bibliografia riportata; anche F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto stato/regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 333-360; G. Scaccia, C. D'Orazi, *La concorrenza fra*

il fenomeno (forse) più sorprendente è stata l'accettazione – nella primavera del 2020 – di questa situazione da parte dell'opinione pubblica e della popolazione¹⁵.

Vero è che le scelte adottate dalle Autorità nazionali stanno avendo un impatto fortissimo anzitutto sulla vita sociale.

Mediante decreti e ordinanze sono state prescritte drastiche misure di confinamento.

Ad esempio, è stato imposto il divieto di mobilità delle persone al di fuori del Comune di residenza, con possibilità di derogarlo solo per specifiche esigenze lavorative, ragioni di assoluta urgenza o motivi di salute. Sono stati vietati anche gli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico, nonché altre forme di contatto sociale, manifestazioni culturali, sportive e religiose; sono state sospese le attività delle scuole e delle Università (ad eccezione delle attività didattiche svolte da remoto).

Le restrizioni sono state applicate inizialmente nelle aree dove venivano rilevati focolai del virus, mentre dal mese di marzo 2020 sono state estese a tutto il territorio nazionale.¹⁶ Da giugno 2020, col temporaneo decrescere dell'emergenza (durante la prima 'ondata', il picco di contagi e decessi in Italia è stato registrato nei mesi di marzo e aprile), la mobilità e le attività sociali sono riprese, unitamente all'obbligo del rispetto delle misure per il contenimento del rischio di contagi e per la sicurezza delle persone.

stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 3.

¹⁵ Aspetto evidenziato da G. De Rita, *Verticalizzazione dei poteri*, in AA.VV., *Il Mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, cit., 63 e ss., il quale si spinge a indicare, provocatoriamente, che il pericolo maggiore creato da questa verticalizzazione del potere potrebbe rinvenirsi nella quieta obbedienza alle norme emergenziali. Sul tema si segnala lo studio di S. Castriota, M. Delmastro e M. Tonin, *Con il coronavirus sale lo share dei Tg*, in *lavoce.info*, del novembre 2020, dal quale si evince che l'attenzione ai dati comunicati dai media nazionali durante la prima ondata della pandemia (marzo-maggio 2020) ha fatto sì che l'opinione pubblica fosse disposta – anche in regioni a basso contagio – a misure di contenimento che avrebbero suscitato resistenza se fossero state invece paramtrate ai soli dati dei media locali. Ciò ha creato lo spazio politico – rilevano gli Autori – per l'adozione di provvedimenti di contenimento e di azioni preventive anche nelle regioni meno colpite dal coronavirus. Diverso atteggiamento è quello registrato nei mesi successivi (part. ottobre 2020 e, più recentemente, marzo e aprile 2021), ove a fronte della riacutizzazione dei contagi e dei ricoveri ospedalieri dovuti a patologie causate dal Covid, le misure governative di confinamento sociale e blocco delle attività economiche hanno suscitato proteste e reazioni contrarie in molte aree dell'Italia; in tal senso, si vedano gli articoli apparsi sui principali quotidiani nazionali nel periodo tra ottobre e novembre 2020, nonché tra marzo e aprile 2021.

¹⁶ La popolazione, come detto, le ha accettate di buon grado, vuoi per la paura del contagio e per gli inviti all'obbedienza diffusi dalle autorità medico-scientifiche, vuoi per le pesanti sanzioni pecuniarie (da 400 a 3mila euro) previste in caso di violazione. Sul tema della paura quale fonte del diritto governativo emergenziale si rinvia alle riflessioni di F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., 258, secondo il quale «forse non era questo l'intendimento del nostro governo in una situazione a dir poco inaspettata, tuttavia è vero che far leva sulla paura funziona sempre».

I mesi autunnali del 2020 evidenziano una nuova situazione di emergenza associata alla riacutizzazione dei contagi¹⁷, protrattasi nel primo quadrimestre del 2021, dalla quale derivano nuove misure di confinamento sociale e blocco delle attività economiche, variamente articolate regione per regione sulla base del monitoraggio dei dati epidemiologici e di specifici di indicatori di rischio¹⁸.

Anche le attività produttive, industriali e commerciali sono interessate da restrizioni.

Nella prima fase acuta dell'emergenza, tra marzo e aprile 2020, il blocco è stato generale, con la sola eccezione delle attività ritenute essenziali: supermercati e generi alimentari, negozi di prima necessità, farmacie, servizi bancari, postali, finanziari, assicurativi, trasporti, settore agricolo e zootecnico. L'esercizio delle attività economiche è temporaneamente ripreso a partire da maggio 2020, subordinato al rispetto di rigorosi protocolli di sicurezza¹⁹. In molti settori, specie della pubblica amministrazione, è stato imposto l'utilizzo di forme di lavoro "agile" o "a distanza" (cd. *smart working*)²⁰. La riacutizzazione dei contagi che il Paese sta vivendo, a partire da ottobre 2020, comporta nuovamente l'adozione di restrizioni per lo svolgimento delle attività economiche²¹.

Le conseguenze sono registrate dai report della Commissione europea: la pandemia da Covid ha causato e sta causando in tutta l'Unione effetti pesantissimi sul piano economico. I dati elaborati dalle Istituzioni europee descrivono la crisi più grave dal secondo dopoguerra, di dimensioni di gran lunga maggiori della crisi economico-finanziaria del 2007²².

¹⁷ Si vedano i dati pubblicati dall'Istituto Superiore della Sanità, con particolare riferimento all'aggiornamento pubblicato il 30 ottobre 2020.

¹⁸ Si veda, da ultimo, il d.l. 1 aprile 2021 n. 44, recante *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*.

¹⁹ Si veda il *dossier* del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *La Fase 2 per le attività produttive nell'attuale emergenza epidemiologica da COVID*, del 10 giugno 2020.

²⁰ Sul punto si segnala che con proprio decreto del 4 novembre 2020, il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione ha istituito l'*Osservatorio del Lavoro Agile* con lo scopo di verificare lo stato di attuazione nonché l'impatto sulla capacità organizzativa e funzionale degli Enti.

²¹ Per una panoramica aggiornata dei provvedimenti adottati dal Governo si rinvia alla pagina web www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo.

²² Si veda, Commissione europea, *European Economic Forecast. Autumn 2020*, del 5 novembre 2020; anche la Comunicazione della Commissione, *Su ulteriori misure di risposta alla COVID-19*, COM(2020) 678, del 28 ottobre 2020. In questo contesto, il Governo italiano sta intervenendo con misure economiche di sostegno verso la popolazione e gli operatori economici. Si segnala, ad esempio, la legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione, con modificazioni, del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), con la quale sono stati disposti interventi per 55 miliardi di euro a favore della sanità, delle politiche sociali, del credito e delle attività produttive, somma che va ben oltre la quota della spesa pubblica programmata annualmente dalla legge di bilancio dello Stato. Più recente è il d.l. 22 marzo 2021 n. 41 (*Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*) cd. decreto *Sostegni*, che dispone stanziamenti per quasi 32 miliardi di euro destinati a potenziare gli strumenti di contrasto alla diffusione del contagio da COVID-19 e a contenere l'impatto sociale ed economico delle

2. *Gli obblighi internazionali dello Stato a fronte della situazione di emergenza*

La situazione di emergenza acclarata deve essere affrontata e gestita dall'ordinamento italiano in aderenza con (e nel rispetto degli) obblighi derivanti dal diritto internazionale, ai quali l'Italia si è liberamente vincolata²³, a maggior ragione dal momento che la Costituzione italiana non contempla espressamente un regime giuridico per questo tipo di situazioni²⁴, pur essendo dotata di presidi al riguardo, potendosi rinvenire essi in particolare nel già richiamato art. 77 della Costituzione e nella l. n. 833/1978, nonché nel d.lgs. n. 1/2018²⁵.

Vengono in rilievo norme (di diversa portata giuridica, ovvero di *hard* e *soft law*) a livello universale contenute in *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*²⁶, a livello europeo entro le due organizzazioni intergovernative regionali alle quali l'Italia partecipa essendo di entrambe di esse anche Paese fondatore: l'Unione europea e il Consiglio d'Europa. Ambedue questi ordinamenti hanno reagito alla situazione di emergenza determinata dalla pandemia affrontando la questione sia sul versante del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone sia su quello, strettamente correlato, del diritto dei contratti pubblici.

Con riferimento all'Unione, giova ricordare che essa «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani [...] [valori che sono] comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»²⁷. A questa norma assai generica è data concretezza dall'art. 6 dello stesso Trattato dell'Unione che, intervenendo a disciplinare il sistema delle fonti dell'ordinamento, afferma in successione che di questo fanno parte la Carta dei diritti fondamentali di Nizza-Strasburgo (2000-2007), «che ha lo stesso valore

misure di prevenzione adottate. Si segnala, inoltre, che dal 29 marzo 2020 è attivo il gruppo di lavoro costituito da Banca d'Italia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Associazione Bancaria Italiana, Mediocredito Centrale e Sace per assicurare l'utilizzo delle misure di supporto alla liquidità per famiglie e imprese.

²³ Il riferimento è agli artt. 1, seconda frase, 11 e 117, co. 1, della Carta costituzionale.

²⁴ Così M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 25.

²⁵ Sul punto si veda ancora M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit. e Id., *Avviso ai naviganti nel Mar pandemico*, in *Questione giustizia*, 8 ottobre 2020.

²⁶ Gli *Standards minimi* sono stati elaborati a partire dall'art. 1, co. 3, della Carta di San Francisco (istitutiva delle Nazioni Unite), la quale dichiara che scopo dell'Organizzazione è anche «promuovere e incoraggiare [negli Stati membri] il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione». In materia si veda E. Sommario, *Stati di emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018, specific. Cap. II.

²⁷ Si veda l'art. 2 Trattato dell'Unione europea (TUE).

giuridico dei Trattati», e i principi generali in materia di diritti dell'uomo «garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»²⁸. La Convenzione europea di salvaguardia è, dunque, una fonte normativa esterna all'Unione (perché stipulata nel quadro del Consiglio d'Europa), che però sostanzia i principi generali del diritto dell'Unione, questi invece fonte interna di quest'ultima Organizzazione²⁹.

I rapporti strettissimi fra i due ordinamenti sono di tutta evidenza, dal momento che “a monte” si prevede l'intreccio fra fonti normative e, “a valle”, si determina in concreto un continuo travaso di principi dall'uno all'altro e viceversa, valorizzato dal dialogo fra le due Carte dei diritti e fra le due Corti europee (di Strasburgo e di Lussemburgo)³⁰: dialogo che, al di là di qualche divergenza, rimane intenso e costruttivo³¹.

A proposito della materia contrattuale in senso stretto, l'Unione europea si è pronunciata immediatamente dopo l'emergere della pandemia, rivolgendosi alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri con una Comunicazione inter-

²⁸ Art. 6.1 e art. 3, TUE. Il par. 2 evoca la Convenzione di salvaguardia come futura fonte dell'ordinamento dell'Unione, quando questa avrà perfezionato la propria adesione ad essa. Sull'intreccio di fonti in materia di protezione dei diritti della persona e sul loro reciproco interagire ci si permette di rinviare a N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 653 ss. Si vedano anche i contributi raccolti nel volume a cura di P. Bilancia, E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, ma ancora di grande attualità.

²⁹ Attualmente la collocazione dei principi nella gerarchia delle fonti dell'Unione è controversa in dottrina, oltre che differenziata a seconda del tipo di principio: per tutti, si veda E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Milano, 2008, 47; nel senso che il principio riguardante la tutela di diritti e libertà fondamentali della persona faccia già parte delle fonti primarie dell'Unione si veda R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, 168; per l'ipotesi – reputata peraltro «questione astratta» – che questo principio sia subordinato al Trattato istitutivo (ma comunque situato a «livello gerarchicamente superiore al diritto derivato») si veda U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, 279.

³⁰ In tema si rinvia all'articolato saggio di A. Ruggeri, *Relazione introduttiva*, in A. Ruggeri, D. Rinoldi, V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali*, Napoli, 2016, 1 ss.; si veda anche N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 653-678; G. Canzio, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il dialogo fra le Corti*, in *Nuova Antologia*, 2019, 17 ss.; R. Mastroianni, *Sui rapporti fra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, 19 giugno 2020. A proposito della dimensione “orizzontale” del dialogo fra Corti (italiana e straniera) si veda da ultimo M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 12-14.

³¹ Non a caso l'Unione europea nel corso dell'esercizio denominato “Stato di diritto” ha sottolineato che «le misure di risposta alla crisi devono rispettare [...] i principi e i valori fondamentali sanciti dai trattati»; e in relazione specificamente ai provvedimenti di emergenza nella valutazione dei singoli Stati membri ha verificato «principalmente se [questi provvedimenti] fossero circoscritti nel tempo, se la loro stretta necessità e proporzionalità fossero garantite da meccanismi di salvaguardia e se potessero essere soggetti a un controllo parlamentare e giudiziario e alla vigilanza dei media e della società civile». Si veda la Comunicazione della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM(2020) 580, del 30 settembre 2020, (§ *La pandemia di COVID-19: una prova di resilienza per lo Stato di diritto*).

pretativa del disposto delle direttive europee in materia³², la quale individua le «opzioni» e i «margini di manovra» che gli Stati hanno per fronteggiare le esigenze di beni, lavori e servizi pubblici derivanti dalla pandemia nel rispetto integrale delle direttive dell'Unione³³.

Vero è che la disciplina giuridica statale nonché le prassi adottate nell'ambito di situazioni di emergenza deve essere rispettosa delle norme e dei principi in materia di diritti e libertà fondamentali anche quando incidente in materia di contratti pubblici.

Ora, per le situazioni di emergenza il riferimento convenzionale d'obbligo in ambito europeo è l'art. 15 della Convenzione di salvaguardia, secondo il quale gli Stati possono adottare, ricorrendo determinati presupposti, misure in deroga agli obblighi stabiliti dalla Convenzione stessa. Nel rispetto di tali presupposti, gli Stati possono quindi legittimamente introdurre limitazioni in materie toccate dai provvedimenti adottati contro la pandemica, quali principalmente – per la questione generale che rileva in questo studio – il diritto al godimento dei propri beni inteso come comprensivo anche dell'esercizio di attività economiche³⁴. La Corte europea interviene in via sussidiaria (rispetto alle giurisdizioni nazionali)³⁵ per valutare se il margine di discrezionalità delle autorità nazionali nel determinare ed applicare le limitazioni dei diritti sia stato esercitato nel quadro della legalità convenzionale.

Una seconda opzione è contemplata sempre dall'art. 15 della Convenzione, a mente del quale quando si riproducano nella comunità nazionale situazioni di emergenza determinate dalla guerra o da altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, lo Stato può adottare misure in deroga agli obblighi convenzionali (ma non a quelli che tutelano diritti e libertà assoluti³⁶), purché esso si attenga alla stretta necessità richiesta dalla situazione e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

³² Si veda la Comunicazione del 1° aprile 2020, *Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, in *GUUE* n. C 108/2020.

³³ Dalla Comunicazione emerge che l'orientamento della Commissione è diretto sulla via non della deroga (mediante sospensione) delle norme europee, ma piuttosto su quella di ricavare da esse la disciplina delle situazioni di emergenza, utilizzando dunque le norme che principalmente permettono di ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette, ricorrendo alla procedura negoziata, ovvero ancora all'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato, nell'ipotesi in cui esso sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

³⁴ Ma vengono in considerazione anche le regole che presidiano l'equo processo, la libertà di movimento e di circolazione, l'esercizio di diritti e libertà connessi alla sfera della vita privata, alla manifestazione pubblica della propria fede religiosa o del proprio credo o più in generale del proprio pensiero, di associazione e di riunione, se tali limitazioni sono strumentali alla protezione della salute, della sicurezza nazionale, per la difesa dell'ordine, più in generale per esigenze di interesse generale. A proposito del bilanciamento fra attività economiche e diritto alla salute si veda R. Rivero, *Salute, lavoro e coronavirus nella ricorrenza del 1 maggio*, in *Questione Giustizia*, 1 maggio 2020.

³⁵ Sulla sussidiarietà del sistema europeo di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali si veda ancora D. Rinoldi, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Art. 15, co. 2, CEDU.

Si determina, così, per volontà dello Stato non una limitazione di diritti e libertà fondamentali individuali stabiliti dalla Convenzione, bensì una sospensione nell'applicazione di essa, sulla base di quattro presupposti (non coincidenti con quelli che legittimano le limitazioni introdotte, in via per così dire fisiologica, nell'esercizio dei diritti)³⁷.

Sebbene lo «stato di emergenza» dichiarato dal Governo italiano non sia coincidente con la «situazione di emergenza» di cui all'art. 15 CEDU, perché il primo è esclusivamente funzionale ad attivare alcune competenze delle autorità amministrative, è indubbio che alcune delle sopra descritte misure introdotte dalle norme italiane per fronteggiare la pandemia abbiano determinato limiti nell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone così penetranti da poter essere apprezzate anche come deroga a questi ultimi, atteggiandosi più come una situazione destinata a determinare la sospensione e non la mera restrizione nell'esercizio dei diritti³⁸.

Conformemente a quanto deciso da una decina di altri Paesi europei, anche l'Italia avrebbe potuto, dunque, notificare al Segretario generale del Consiglio d'Europa le misure assunte per fronteggiare la pandemia nonché l'arco della loro durata³⁹. Ciò perché la situazione in cui versa anche la comunità nazionale italiana è realmente di emergenza (dunque senza alcun dubbio ricadente entro le ipotesi consentite per invocare una deroga nell'applicazione della Convenzione) e le misure adottate sono oggettivamente invasive nella sfera individuale dalla prospettiva dell'esercizio di diritti e libertà fondamentali⁴⁰.

³⁷ Si tratta dei seguenti presupposti: (i) la minaccia alla vita della nazione determinata dalla guerra o da altro pericolo pubblico; (ii) la stretta necessità (proporzionalità) delle misure adottate per affrontare la situazione di minaccia; (iii) il rispetto di altri vincoli internazionali eventualmente implicati; (iv) la non derogabilità di alcune poche norme convenzionali, quali quelle che contemplano il diritto alla vita (pur in parte derogabile, se non altro nei casi di guerra), il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il divieto di schiavitù e di retroattività della norma penale.

³⁸ In generale sulla distinzione fra limitazioni e deroghe nel rispetto di diritti fondamentali protetti dalla Convenzione europea di salvaguardia si v. D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., cap. VI. In particolare sul fatto che le norme adottate per far fronte alla pandemia abbiano introdotto in Italia una sospensione più che una deroga ad essi si veda *infra*, nota 57.

³⁹ Il comma 3 dell'art. 15 dispone infatti che «Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione».

⁴⁰ A. Bernardi reputa che le misure adottate dai diversi Stati siano talmente penetranti nei confronti della gran parte degli abitanti del pianeta da aver conseguito l'effetto di «*priva[rli]* [...] per un lasso di tempo tuttora sconosciuto ma comunque consistente di molti dei loro più elementari diritti e libertà fondamentali» (*Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Diritto penale e processo*, 2020, n. 4, p. 441; corsivo aggiunto). Si pronuncia nel senso che «l'emergenza pone un problema di deroga alle garanzie» R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del Coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, 2-3. Sposta il discorso dalla sospensione dei diritti alla «sospensione del bilanciamento dei diritti fondamentali in nome dell'emergenza» M. D'Amico, *Emergenza, diritto, discriminazione*, cit., 25 e 29.

Una siffatta decisione dell'Italia avrebbe anche avuto effetti prudenziali di non poco momento. Si è infatti in presenza di un'emergenza che ha un'estensione mondiale, il cui andamento dunque non è nell'esclusivo dominio delle autorità italiane. Ne deriva una grande incertezza circa la durata (e dunque la "pesantezza") delle limitazioni introdotte da provvedimenti nazionali.

Infine, non sembra trascurabile domandarsi se il protrarsi dello stato di emergenza non determini il venir meno della situazione straordinaria di necessità e di urgenza, per acquistare i caratteri dell'ordinarietà. In questa ipotesi le fonti normative utilizzate sulla base del presupposto dell'eccezionalità della situazione cesserebbero di essere una base legale legittimante – ai sensi della Convenzione europea di salvaguardia – una così penetrante limitazione dei diritti fondamentali della persona, e ciò tanto che lo Stato abbia invocato la facoltà di deroga del disposto convenzionale, quanto nell'ipotesi opposta: nella prima ipotesi perché, non ricorrendo più la situazione di emergenza, non è più giustificabile una deroga; nella seconda ipotesi perché le misure non sarebbero fondate sulla legge⁴¹.

3. *Gli effetti della pandemia sul mercato dei contratti pubblici. La contrattazione pubblica nella fase dell'emergenza*

Le restrizioni causate dall'emergenza sanitaria dovuta al Covid stanno avendo un impatto fortissimo sul mercato degli appalti pubblici e delle concessioni, di fatto irrigidendo un ganglio strategico dell'economia nazionale, il cui valore complessivo nel 2019, sulla base dei dati dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, è stato superiore a 169 miliardi di euro⁴².

Le conseguenze si possono osservare da diverse prospettive.

⁴¹ In questo senso v. le considerazioni di M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., par. 2 (iv). Sul punto, va ricordato che doglianze da questa prospettiva – ovvero relative alla durata delle misure assunte in deroga alla Convenzione di salvaguardia – non hanno mai trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che rimette allo Stato parte contraente questo apprezzamento, mentre viceversa acquista rilevanza, appunto, entro l'ordinamento costituzionale di ciascuno di essi. Si vedano considerazioni al proposito nelle motivazioni delle sentenze rese dalla Corte dei diritti dell'uomo nei casi *Ireland v. the United Kingdom*; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*; *Marshall v. the United Kingdom* (decision); *A. and Others v. the United Kingdom* par. 178. Sulla rilevanza del tempo nelle (ovvero sulla necessaria temporaneità delle) limitazioni dei diritti fondamentali in tempi di emergenza si veda G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocati dal Covid-19*, in *Questioni giustizia*, 27 marzo 2020.

⁴² Si consideri che il valore di questo mercato nel 2018 è stato superiore a 140 miliardi di euro. Sul tema si rinvia ai dati presenti nella *Relazione annuale* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) presentata il 2 luglio 2020, 149 e ss. Il dato riguarda le procedure bandite per l'aggiudicazione di appalti pubblici nei settori ordinari e speciali (riferiti all'acqua, all'energia, ai trasporti e ai servizi postali). Il dato è sottostimato rispetto all'entità reale di questo mercato, poiché non tiene conto di alcune tipologie di contratti rilevanti, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.

3.1. *Le soluzioni giuridiche per far fronte alla situazione di lock down*

Un primo angolo di visuale porta a considerare le soluzioni per far fronte agli effetti delle misure di confinamento sociale e blocco delle attività economiche, (effetti) che si possono ricondurre, innanzitutto, all'interruzione dei cantieri delle opere pubbliche e delle forniture di beni e servizi.

Da questa prospettiva è possibile distinguere tra soluzioni (già) presenti nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) e soluzioni introdotte *ex novo*, di natura emergenziale, che sospendono provvisoriamente la disciplina del Codice e/o la integrano con procedure / misure 'parallele', la cui efficacia è limitata nel tempo.

Tra le soluzioni del primo tipo, rientra l'art. 107 (*Sospensione*) del Codice dei contratti pubblici, il quale permette alle amministrazioni di disporre la sospensione temporanea dei contratti per «circostanze speciali non prevedibili al momento della stipulazione» nonché per ragioni di necessità o di pubblico interesse. La sospensione può essere stabilita per il tempo strettamente necessario e, cessate le cause che l'hanno determinata, l'esecuzione riprende con indicazione del nuovo termine contrattuale. L'appaltatore può chiedere la risoluzione del contratto se la sospensione è superiore ad un quarto della durata del contratto o comunque a sei mesi, in ogni caso senza diritto ad alcun indennizzo. Qualora l'amministrazione rifiuti la richiesta di risoluzione, l'appaltatore ha diritto alla rifusione dei maggiori costi derivanti dal prolungamento della sospensione.

La disciplina sulla sospensione fissata dall'art. 107 è stata integrata da una normativa speciale, derogatoria, applicabile dal 15 settembre 2020 fino al 31 dicembre 2021, la quale circoscrive le ipotesi di sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione delle opere pubbliche sopra-soglia⁴³. L'obiettivo del legislatore è quello di evitare interruzioni non strettamente necessarie, indicando (in modo più specifico rispetto all'art. 107) i presupposti che legittimano la sospensione: (i) contrarietà a disposizioni penali, vincoli europei e alle norme del Codice antimafia⁴⁴; (ii) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, incluse le misure per contrastare l'emergenza sanitaria globale da Covid-19; (iii) gravi ragioni di ordine tecnico; (iv) gravi ragioni di pubblico interesse.

⁴³ Si veda l'art. 5, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* (noto anche come *decreto Semplificazioni*) convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120.

⁴⁴ Quest'ultimo fa riferimento alla disciplina organicamente raccolta nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*, in attuazione della delega di cui agli artt. 1 e 2 della l. 13 agosto 2010, n. 136.

Con riferimento alla sospensione, è sorto, tra l'altro⁴⁵, il problema del pagamento delle prestazioni eseguite dall'appaltatore nel settore dei lavori pubblici. La normativa nazionale, infatti, non prevede l'emissione dello «stato di avanzamento dei lavori»⁴⁶ in corrispondenza della sospensione dell'esecuzione dell'appalto, il che impedisce il pagamento – in tempi brevi – degli importi maturati dall'appaltatore fino alla data della sospensione. Nel contesto emergenziale causato dal Covid-19, questa regolamentazione è risultata particolarmente gravosa per le imprese, causando difficoltà che si sommano a quelle già patite per l'interruzione delle attività, con accentuazione del rischio di chiusura⁴⁷.

A fronte di tali problematiche, il legislatore è intervenuto con una misura di natura eccezionale applicabile, *una tantum*, agli appalti di lavori in corso di esecuzione al 20 luglio 2020⁴⁸. In particolare, ha disposto che entro quindici giorni da tale data, il direttore dei lavori è tenuto ad adottare lo stato di avanzamento ed emettere il certificato di pagamento, il quale deve essere effettuato entro i successivi quindici giorni.

La soluzione ha permesso in tempi brevi, «anche in deroga a specifiche clausole contrattuali», il pagamento degli operatori.

Non sempre, infine, vi sono le condizioni per la sospensione dei contratti.

Si considerino, ad esempio, i servizi di pulizie e ristorazione in ambito sanitario e socio-assistenziale, oppure i cantieri con lavori urgenti. In questi casi, l'appaltatore continua a erogare le prestazioni subendo l'aggravio dei costi necessari per garantire la messa in sicurezza dei lavoratori e delle persone coinvolte (costi dovuti alla riorganizzazione dei turni del personale, alla dotazione di mascherine e strumenti di protezione, all'attivazione di interventi sistematici di sanificazione, etc.)

⁴⁵ Tra le criticità derivate dalla situazione di emergenza e dalle misure di contenimento, va segnalata anche la riduzione della domanda di servizi nell'ambito dei contratti di concessione, situazione che determina per il concessionario la riduzione significativa dei ricavi attesi, con evidente alterazione del piano economico – finanziario associato a questa tipologia di contratti. Sul tema, e sulle conseguenze, si rinvia al contributo di F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 13 e ss. Per l'analisi delle criticità correlate alla fase di esecuzione degli appalti pubblici si veda A. Varlaro Sinisi, *L'impatto dell'emergenza COVID-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 3, 317 e ss.; anche S. Fantini, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 641.

⁴⁶ Lo stato di avanzamento lavori è il documento che periodicamente attesta l'avvenuta esecuzione di una certa quantità di lavori/attività al fine di calcolare l'importo che l'amministrazione deve pagare all'appaltatore per lo svolgimento del contratto.

⁴⁷ Sul punto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva prospettato una modificazione legislativa nel senso di permettere alle amministrazioni l'emissione dello stato di avanzamento al momento della sospensione, rendendo possibile il pagamento delle attività eseguite. Si veda l'atto di segnalazione dell'ANAC del 29 aprile 2020, n. 5.

⁴⁸ Si veda l'art. 8, co. 4, lett. a) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

Per tali maggiori costi, non imputabili a negligenza delle parti né prevedibili, si applica l'art. 106 (*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*) del Codice dei contratti pubblici, norma che consente l'adozione di modifiche contrattuali senza la necessità di indire nuove procedure di aggiudicazione, sempreché le modifiche siano necessarie e nel limite del 50% del valore iniziale del contratto. Spetta alle amministrazioni comunicare *ex post* il contenuto e l'entità delle modificazioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Al riguardo, con riferimento agli appalti riguardanti servizi di pulizia e lavanderia in ambito sanitario e ospedaliero (in corso di esecuzione alla data del 31 gennaio 2020) sono state adottate specifiche soluzioni. In particolare, se dall'applicazione delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza da Covid-19 deriva un incremento del prezzo superiore al 20 per cento del valore del contratto iniziale, le amministrazioni possono procedere alla modificazione del contratto (secondo le modalità già contemplate dal citato art. 106) oppure – ed è questa la novità – alla sua risoluzione⁴⁹.

In questo modo, il legislatore ha introdotto un'ipotesi specifica di risoluzione, il cui esercizio comporta per l'amministrazione l'obbligo del pagamento all'appaltatore delle sole prestazioni regolarmente eseguite⁵⁰. La misura ha natura derogatoria alla disciplina ordinaria; non a caso il legislatore l'ha circoscritta *ratione materiae* e *ratione temporis*, stabilendo che l'eventuale risoluzione debba essere dichiarata dall'amministrazione entro il 15 ottobre 2020.

Con altra misura, ispirata alla necessità di sostenere le imprese e garantire la prosecuzione di attività e servizi, il legislatore ha stabilito che per gli appalti di lavori in corso di esecuzione (alla data del 15 settembre 2020) siano riconosciuti all'appaltatore i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione del piano di sicurezza e coordinamento. Tali costi vengono computati sulle somme a disposizione delle stazioni appaltanti previste nei quadri economici dell'intervento, «se necessario utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta»⁵¹.

Molte altre le soluzioni sono state introdotte *ex novo* per far fronte agli effetti causati dalle restrizioni.

⁴⁹ Si veda l'art. 4-bis, co. 2, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁰ Giova ricordare che l'amministrazione potrebbe sempre esercitare anche il rimedio del recesso (ai sensi dell'art. 109, co. 1, del Codice dei contratti pubblici), tuttavia, in questo caso, spettano all'appaltatore non solo il pagamento dei lavori, dei servizi e delle forniture eseguiti, del valore dei materiali presenti in cantiere o in magazzino, ma anche il decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.

⁵¹ Si veda l'art. 8, co. 4, lett. b) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

Tra le più significative, si segnala l'esclusione della responsabilità dell'appaltatore per i ritardi causati dal rispetto delle misure emergenziali, esclusione che viene estesa anche al caso di penali connesse a ritardi o mancati adempimenti⁵².

Il legislatore, in altre parole, ha stabilito in maniera generalizzata che la diffusione dell'emergenza sanitaria e le misure di contenimento adottate sono da ritenersi una causa di forza maggiore che, incidendo in tutto o in parte sull'esecuzione dei contratti, non determina l'imputabilità dell'appaltatore. Tale esimente sussiste solo nei casi in cui vi sia un collegamento tra i ritardi o gli inadempimenti contrattuali e l'applicazione delle misure emergenziali.

Su questo tema, si segnala anche l'intervento operato col decreto legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120 (cd. *decreto Semplificazioni*), il quale stabilisce espressamente che il rispetto delle misure di contenimento – qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nei termini previsti – costituisce circostanza non imputabile all'esecutore (purché questi lo richieda espressamente).⁵³

Un'altra regola introdotta *ex novo* ha riguardato la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi compresi tra il 23 febbraio 2020 e il 15 maggio 2020⁵⁴. L'impatto (e le criticità) di questa soluzione sul mercato dei contratti pubblici sono intuibili. Per evitare il blocco generalizzato delle procedure di aggiudicazione, il legislatore ha stabilito che le amministrazioni adottino misure idonee ad assicurare la ragionevole durata e la rapida conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli urgenti. Sulla base di tale precisazione, le amministrazioni hanno potuto quindi valutare l'opportunità di sospendere o no le procedure di aggiudicazione già programmate e/o in corso di esecuzione tra il 23 febbraio e il 15 maggio.

Nella direzione di evitare prolungamenti delle procedure di aggiudicazione si pone, da ultimo, la soluzione adottata col "*decreto Semplificazioni*", per la quale le stazioni appaltanti devono provvedere, entro il 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione delle procedure il cui termine di presentazione delle offerte sia scaduto al 22 febbraio 2020⁵⁵.

⁵² Si veda l'art. 91, co. 1, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, secondo il quale «Il rispetto delle misure di contenimento [...] è sempre valutato ai fini dell'esclusione [...] della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

⁵³ Si veda l'art. 8, co. 4, lett. c) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁴ Si veda l'art. 103, co. 1, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, e poi modificato dall'art. 37 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23 convertito dalla l. 5 giugno 2020 n. 40.

⁵⁵ Si veda l'art. 8, co. 2, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

Lo stesso decreto ha imposto misure dirette alla velocizzazione delle procedure di aggiudicazione col fine dichiarato di incentivare gli investimenti nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché di far fronte alle ricadute economiche negative⁵⁶. Le misure introdotte sono nette nell'incentivare chi agisce e sanzionare, viceversa, l'inerzia⁵⁷. In particolare, per le procedure sotto-soglia qualora la determina a contrarre o l'atto di avvio del procedimento sia adottato entro il 31 dicembre 2021, l'aggiudicazione deve avvenire entro due mesi dalla data dell'atto, aumentati a quattro nel caso della procedura negoziata⁵⁸. Il termine è esteso a sei mesi per le procedure sopra-soglia⁵⁹. In tutti i casi, vengono comunque fatte salve le ipotesi di sospensione delle procedure per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

L'efficacia di queste misure è accompagnata dall'introduzione di una ipotesi di responsabilità erariale del responsabile unico del procedimento per il mancato rispetto dei termini previsti, la mancata tempestiva stipulazione del contratto, nonché il tardivo avvio dell'esecuzione. Inoltre, qualora tali ritardi siano imputabili all'operatore economico, essi costituiscono causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento⁶⁰.

3.2. *Le soluzioni giuridiche per far fronte alla domanda di beni e servizi*

Un altro angolo di visuale è quello che tiene conto delle soluzioni applicabili per soddisfare l'enorme aumento della domanda pubblica, specie di apparecchi medici, dispositivi di protezione (guanti, mascherine, ventilatori polmonari), infrastrutture ospedaliere e informatiche.

L'emergenza causata dal Covid ha determinato, infatti, un picco della domanda di particolari beni e servizi, unitamente all'esigenza per le amministra-

⁵⁶ Si veda l'art. 1, co. 1 d l'art. 2, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁷ Sul tema si veda anche A. Ruffini, *Decreto semplificazioni: come cambiano le procedure di affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 597 e ss.

⁵⁸ Si veda l'art. 1, co. 1 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁹ Si veda l'art. 2, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁶⁰ Così sia per l'art. 1, co. 1, (procedure sotto-soglia), sia per l'art. 2, co. 1 (procedure sopra-soglia), del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit. Ugualmente significativa è la previsione dell'art. 21, co. 2, del medesimo decreto legge, con la quale il legislatore introduce una sorta di scudo erariale (vigente tra il 17 luglio 2020 ed il 31 dicembre 2021), circoscrivendo l'area dei pregiudizi risarcibili subito dall'Amministrazione in ragione di condotte illecite dei propri funzionari, allo scopo di ridurre le ipotesi cd. di amministrazione difensiva o di paura della firma; sul tema si veda E. Amante, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del d.l. n. 76 del 2020*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 63 e ss.

zioni di acquistarli in tempi rapidissimi, con ampia discrezionalità, superando gli oneri normalmente associati alle procedure di negoziazione pubblica. Questa situazione sta determinando un vero e proprio *shock* del sistema nazionale dei contratti pubblici, il cui funzionamento – a causa anche di un quadro normativo frammentato, stratificato, poco coordinato – è ritenuto oneroso, burocratico, non idoneo al perseguimento di obiettivi di speditezza e buon funzionamento⁶¹.

Alcune soluzioni sono presenti nelle norme del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016)⁶², altre rinviano a misure introdotte *ex novo* dal legislatore.

Tra le prime, si segnalano quelle che permettono la riduzione dei tempi delle procedure di aggiudicazione⁶³. Le amministrazioni, infatti, possono ridurre i termini ordinari di presentazione delle offerte «per ragioni di urgenza debitamente motivate».

Questa soluzione ha il pregio di limitare in modo significativo i termini⁶⁴ e, al contempo, garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di fatto assicurando un minimo livello di concorrenza anche nei casi di urgenza. Non può sottacersi, tuttavia, che tale riduzione riguarda solo una fase (iniziale e marginale) delle procedure (inerente la presentazione delle offerte); in questo senso, l'accelerazione impressa può risultare complessivamente insufficiente rispetto all'urgenza richiesta.

Sul punto sembrerebbero più incisive le soluzioni da ultimo richiamate nel paragrafo precedente e introdotte col *decreto Semplificazioni*, le quali fissano (sulla carta) tempi rapidi e certi (due, quattro o sei mesi) per l'affidamento degli appalti.

⁶¹ Queste valutazioni sono basate sui risultati delle misurazioni effettuate sulla capacità di gestione delle risorse pubbliche nell'ambito dello studio di C. Carlucci, C. Giorgiantonio, T. Orlando, *Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinazioni*, pubblicato nella Collana Questioni di Economia e Finanza - Occasional Papers della Banca d'Italia, dicembre 2019. Considerazioni analoghe si possono presentare sulla base del *Single Market Scoreboard - Public Procurement*, strumento di misurazione curato dalla Commissione europea per monitorare il funzionamento del mercato dei contratti pubblici negli Stati membri dell'UE. Le misurazioni vengono effettuate applicando un *set* di indicatori ai dati riguardanti gli appalti di interesse europeo pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Questo sistema ha il pregio di offrire una visione diretta delle *performances* di tutti gli Stati dell'UE, in particolare delle capacità di effettuare acquisti ottenendo un buon rapporto qualità-prezzo nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento, buon andamento. Dal confronto con le mediane europee, l'Italia non presenta risultati positivi.

⁶² Per una dettagliata panoramica delle soluzioni previste dalla normativa dei contratti pubblici si veda il documento dell'ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel Codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, del 22 aprile 2020.

⁶³ Si veda l'art. 60, co. 3 e l'art. 61, co. 6, del Codice dei contratti pubblici. L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19 costituisce una valida motivazione per rendere più spedite le procedure per opere, beni e servizi di prima necessità

⁶⁴ Nel caso delle procedure aperte i termini per la presentazione delle offerte si riducono da 35 giorni a 15 per le procedure aperte, e a 10 giorni per le offerte elettroniche; nel caso delle procedure ristrette (nelle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e soltanto quelli invitati dalle amministrazioni possono presentare offerte) il termine viene ridotto a 10 giorni.

Il Codice dei contratti pubblici offre altre soluzioni che permettono alle amministrazioni di effettuare gli acquisti nell'arco di pochi giorni o anche poche ore.

Ci si riferisce, innanzitutto, alla «procedura negoziata senza previa pubblicazione», ammessa in casi assolutamente eccezionali e tassativamente previsti, tra i quali «l'estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili». Si tratta di una procedura che, proprio per le condizioni in cui è consentita, è stata pensata dal legislatore (sia europeo⁶⁵ che nazionale⁶⁶) come derogatoria delle generali garanzie di pubblicità e trasparenza. Rappresenta, dunque, una procedura di natura eccezionale⁶⁷, il cui utilizzo deve essere oggetto di adeguata motivazione da parte delle amministrazioni⁶⁸.

La speditezza consentita da questa procedura interessa principalmente la fase di selezione delle offerte. L'amministrazione, infatti, può negoziare direttamente con un numero limitato di operatori (almeno cinque), nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione⁶⁹.

Al riguardo, va segnalato che il *decreto Semplificazioni*, intervenendo con obiettivi di velocizzazione e semplificazione delle procedure, ha operato una sorta di liberalizzazione della procedura negoziata.

Nell'ambito del regime temporaneo e derogatorio introdotto dal decreto, infatti, essa diviene 'procedura ordinaria' per l'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee⁷⁰, applicabile anche al di fuori dei casi ecce-

⁶⁵ La procedura negoziata senza preventiva pubblicazione è oggetto di regole comuni stabilite dall'Unione europea, applicabili a tutti gli Stati membri (art. 32 della direttiva 2014/24/UE). Quella del legislatore europeo è, invero, una disciplina estremamente scarna, che si limita a precisare i casi e le circostanze che possono giustificare l'utilizzo della procedura, senza fornire precisazioni quanto a eventuali forme di pubblicità, tempi procedurali, numero di candidati ed altri obblighi. Il punto è stato confermato anche dalla Commissione europea che ha pubblicato una serie di chiarimenti sull'interpretazione di questa procedura: «Nessuna fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna». Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, cit., pt. 1. Diversamente, la normativa nazionale disciplina questa procedura con alcune regole aggiuntive, di cui le amministrazioni devono tener conto.

⁶⁶ Si veda l'art. 36, co. 2, lett. c, e l'art. 63 del Codice dei contratti pubblici.

⁶⁷ In questo caso, poiché le amministrazioni derogano al principio fondamentale della trasparenza sancito dai Trattati, la Corte di Giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale; sul tema, per una panoramica della giurisprudenza europea, si veda P. Michiara, *Procedure negoziate*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio, F. Titomanlio (a cura di), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea. Raccolta dei principali arrêts della Corte di Giustizia. Tomo 1*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, tomo 1, 27 e ss.

⁶⁸ Si veda l'art. 32, par. 2, lett. c) della direttiva europea 2014/24/UE, a mente del quale questa procedura può essere utilizzata «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati».

⁶⁹ Si veda l'art. 63, co. 6, del Codice dei contratti pubblici.

⁷⁰ Così sia per l'art. 1, co. 2, lett. b, del d.l. legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit. Sul tema si veda A. Ruffini, *Decreto semplificazioni: come cambiano le pro-*

zionali tassativamente previsti. Il legislatore richiede sempre la previa consultazione di un numero minimo di operatori economici, variabile in relazione al valore del contratto⁷¹. Viene confermato, inoltre, l'obbligo del criterio di rotazione degli inviti, che deve tener conto «anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate».

Un'altra procedura semplificata riguarda l'acquisto di opere, beni e servizi «di somma urgenza o di protezione civile»⁷². Essa è applicabile previa redazione di un «verbale di somma urgenza», nel quale il tecnico dell'amministrazione indica i motivi dello stato di emergenza, le cause che lo hanno provocato e le attività necessarie per rimuoverlo. Sulla base di questo verbale, può essere disposta l'immediata esecuzione del contratto.

In entrambe le procedure, le imprese attestano con autocertificazione il possesso dei requisiti richiesti dalla legislazione ai fini della stipulazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici. L'amministrazione verifica l'esistenza dei requisiti entro sessanta giorni dall'affidamento e, qualora accerti la mancanza, recede dal contratto risultando obbligata al solo pagamento delle prestazioni già eseguite. Di tale circostanza viene data comunicazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Vi sono anche altre soluzioni introdotte *ex novo* per far fronte all'improvviso aumento e all'urgenza della domanda pubblica. Si segnalano, ad esempio, le disposizioni finalizzate a facilitare gli acquisti di dispositivi di protezione e medicali in deroga al Codice dei contratti pubblici, consentendo anche il pagamento anticipato dell'intera fornitura⁷³. Disposizioni specifiche, inoltre, consentono l'applicazione della procedura negoziata senza pubblicazione per la realizzazione di iniziative a sostegno dell'internazionalizzazione delle imprese nazionali⁷⁴.

Fino al 31 dicembre 2021, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata anche per effettuare acquisti di beni e servizi informatici nonché servizi di connettività. In questi casi, le amministrazioni selezionano l'appaltatore tra quattro operatori economici, di cui almeno una «*start-up* inno-

cedure di affidamento, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 597 e ss.

⁷¹ In particolare, l'art. 1, co. 2, lett. b, del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, cit. impone la consultazione di: almeno cinque operatori economici per l'affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie europee nonché per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro; di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro; almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee.

⁷² Si veda l'art. 163 del Codice dei contratti pubblici.

⁷³ Si veda l'art. 5-*bis* e l'art. 5-*quinquies* del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in legge dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020 n. 27.

⁷⁴ Si veda l'art. 72 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in legge dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020 n. 27. Tra le misure permesse, si segnala, la realizzazione di una campagna di comunicazione a favore delle esportazioni italiane e l'internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall'emergenza del COVID-19.

vativa» o un «piccola e media impresa innovativa». I contratti possono avere una durata massima di tre anni. Viene riconosciuta alle amministrazioni una facoltà di recesso unilaterale esercitabile entro dodici mesi dall'esecuzione, senza oneri a carico dell'amministrazione⁷⁵.

Soluzioni per acquisti semplificati, in deroga al Codice dei contratti pubblici, sono introdotte a favore delle istituzioni scolastiche per dotarsi di dispositivi mobili, di piattaforme e strumenti digitali per l'apprendimento a distanza⁷⁶.

Fino al 31 luglio 2020, infine, le forniture di beni e servizi da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza Covid possono avvenire mediante affidamento diretto se siano finanziate in via esclusiva tramite donazioni da persone fisiche o giuridiche private, a condizione che l'affidamento sia conforme ai motivi delle donazioni⁷⁷.

Quelle descritte sono solo alcune delle soluzioni che permettono alle amministrazioni di reagire ai bisogni causati dall'emergenza sanitaria e di dotarsi di beni e servizi necessari nel più breve tempo possibile.

3.3. *Prime considerazioni sul rinnovato quadro normativo applicabile ai contratti pubblici*

Le osservazioni condotte dai diversi angoli di visuale, dimostrano che la reazione delle Istituzioni all'emergenza sanitaria è stata tempestiva, le scelte adottate coraggiose (l'Italia è stato il primo Stato europeo a imporre drastiche restrizioni alla vita sociale ed economica), le soluzioni non prive di arguzia.

Con riferimento al settore degli appalti pubblici non può tuttavia sottacersi il numero e la frammentazione dei provvedimenti susseguiti già prima della fase emergenziale: il contesto delineato dal Codice dei contratti pubblici del 2016, infatti, risulta attraversato da continue e profonde innovazioni, intraprese col decreto *Sblocca cantieri* nel corso del 2019⁷⁸ e poi proseguite nel 2020, incalzate dall'emergenza e dalla necessità di consentire una rapida ripresa delle attivi-

⁷⁵ Si veda l'art. 75 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, cit.

⁷⁶ Si veda l'art. 120 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, cit.

⁷⁷ Si veda l'art. 99, co. 3, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, cit.

⁷⁸ Il riferimento è al decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 (*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*) convertito, con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019 n. 55, su cui si veda C. Contessa, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2019, 1, 201 e ss.; P.M. Piacentini, *Inascoltate cassandre. Riflessioni sulla nascita di una legge*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2019, 3, 651 e ss.; G. Taglianetti, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, 2, 155 e ss.; P. De Lise, *Relazione introduttiva al convegno IGI. Italia versus Europa*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2019, 1, 205 e ss.; M.C. Colombo, V. Cavarra (a cura di), *Decreto sblocca Cantieri. Guida operativa alla riforma degli appalti pubblici dopo la legge di conversione*, edizio-

tà, nel rispetto degli standard di sicurezza. Ne deriva, come detto, una situazione di fortissima frammentazione, anomala rispetto alla maggior parte degli altri Stati dell'Unione europea⁷⁹.

La pandemia ha messo in evidenza, tra l'altro, i limiti culturali e giuridici delle regole del sistema nazionale di contrattazione pubblica, rendendo urgenti interventi di semplificazione che il legislatore ha perseguito con soluzioni che sospendono provvisoriamente le regole 'ordinarie' e/o le integrano con regole e procedure 'parallele'.

Si tratta di soluzioni la cui validità temporale è circoscritta alla situazione emergenziale (fino al 31 dicembre 2021); tuttavia, proprio perché ispirate da motivazioni valide (superare, nel momento di difficoltà, le criticità croniche del sistema) potrebbero rappresentare un riferimento utile (se si dimostreranno efficaci) per intervenire, *post* Covid, in forma organica sulla legislazione del settore.

Non mancano, per altro, ragioni per mantenere un atteggiamento critico⁸⁰.

La situazione di emergenza, infatti, sta imponendo nuovi e provvisori equilibri tra i valori che presidono il funzionamento del mercato dei contratti pubblici: più velocità, meno trasparenza, meno pubblicità, meno concorrenza, meno formalismo, meno responsabilità (per i funzionari), meno controlli⁸¹.

È in situazioni come queste, allorquando le ragioni dell'emergenza rideterminano le priorità e le regole dell'agire delle amministrazioni, che diviene strategica l'azione di *governance* del settore.

ne Sole24Ore, Milano, 2020; Aa.Vv., *Contrattualistica Pubblica: quale futuro? Studi in ricordo di Gianni Marco Di Paolo*, Roma, 2019.

⁷⁹ Si veda. C. Rangone, *Misure di rilancio e di liberalizzazione procedurale in Francia, Germania, Spagna, Belgio, Portogallo e Polonia*, cit., il quale provocatoriamente si chiede se «davvero l'Italia pensa di andare lontano con le deroghe, saltando pubblicità e gare?». Si veda anche C. Contessa, *Le novità del "Decreto Semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 757; D. Immordino, *Semplificazione, il costo della deresponsabilizzazione*, in *lavoce.info*, 12 novembre 2020. Meno critico l'orientamento di S. De Marinis, P. Piselli, *Legge Semplificazioni, così l'Italia punta sugli appalti pubblici per la ripresa*, in *AgendaDigitale.it*, 25 settembre 2020.

⁸⁰ Si veda. C. Rangone, *Misure di rilancio e di liberalizzazione procedurale in Francia, Germania, Spagna, Belgio, Portogallo e Polonia*, relazione presentata al Convegno IGI (*Il Decreto Semplificazioni è legge tra criticità ed evoluzioni giurisprudenziali*) svoltosi a Roma il 22 settembre 2020, disponibile on line <http://www.igi-talia.it/doc/conv2209-20rangone.pdf>.

⁸¹ Troviamo una situazione simile anche in Spagna come segnala J.M. Gimeno Feliu, *La crisis sanitaria covid-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*, 22 aprile 2020, secondo il quale «la crisis sanitaria permite eludir el principio de tensión competitiva de los mercados, relajar reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento de empleo, fomentar la compra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega».

4. *L'azione di governance svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel contesto emergenziale*

Il Codice dei contratti pubblici dispone che il governo del mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche in Italia sia affidato all'indirizzo e al coordinamento di una «Cabina di regia»⁸², quale struttura nazionale di riferimento anche in materia di cooperazione con la Commissione europea, ai fini sia di applicazione delle norme europee, sia di adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri.

Coadiuvata la Cabina di regia l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), le cui responsabilità e funzioni sono individuate sempre nello stesso Codice⁸³. La Cabina di regia – pur formalmente costituita – non è mai diventata operativa e l'ANAC ha esercitato in grande misura un ruolo di supplenza: ciò a motivo del fatto di essere l'unica istituzione del Paese ad avere una visione conoscitiva d'insieme del mercato degli appalti pubblici, grazie alla Banca Dati che detiene e grazie all'esercizio dei poteri consultivi, di vigilanza e regolatori. È indubbio, tuttavia, che questo assetto mostra una grave debolezza del sistema, che manca di un'autorità di governo politico del settore: l'ANAC è infatti – come meglio si dirà – un'autorità amministrativa indipendente, il cui ruolo non consente l'assunzione di decisioni di portata politica.

In modo anomalo rispetto alla costituzione di altri enti amministrativi, l'istituzione e l'individuazione del ruolo di ANAC non si rinvengono in una sola legge; da questa prospettiva essa può essere considerata un'autorità “a formazione progressiva”. Essa si costituisce nel 2014⁸⁴ a seguito dell'incorporazione dell'*Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici* (AVCP) nella *Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (CIVIT), ma i poteri e le competenze ad essa attribuiti risalgono già alla legge 190/2012 e a successivi atti legislativi⁸⁵.

⁸² Art. 212 d. lgs. n. 50/2016, cit.

⁸³ Art. 213 doc. ult. cit.

⁸⁴ Si veda d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114. La *ratio* della scelta del Legislatore del 2014 deve essere rintracciata nella pressante esigenza di fronteggiare la situazione di grave allarme sociale determinatosi nell'occasione delle vicende giudiziarie che hanno visto coinvolti importanti appalti legati alla realizzazione dell'Esposizione Universale di Milano (*EXPO 2015*) e del Modulo Sperimentale Elettromeccanico (MOSE) della Laguna veneziana. Si è avvertita, pertanto, la necessità di costituire un unico presidio a tutela della legalità nella gestione della cosa pubblica, ricomprendendo nella strategia complessiva di prevenzione della corruzione anche gli appalti pubblici, settore di alta rilevanza economica e strategica, esposto forse più di ogni altro al rischio di illiceità e di mala gestione.

⁸⁵ Si veda N. Parisi, M. Chimenti, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 419 e ss.; N. Parisi, *La centralità dell'Anac nella regolazione e vigilanza per prevenire la corruzione*, in V. Italia (a cura di), *Codice degli appalti/2 – La guida alle nuove regole*, *Il Sole24 Ore*, maggio 2016, 9 e ss.

Indipendente dall'occasione contingente che ne ha determinato la costituzione, l'azione cui ANAC è chiamata ha l'obiettivo di creare nelle amministrazioni un tessuto culturale contrario all'attecchire della corruzione responsabilizzando ciascun ente pubblico all'assunzione di un ruolo proattivo nell'organizzazione interna e della propria attività, e affidando nel contempo ai cittadini la responsabilità di un controllo diffuso sull'agire della pubblica amministrazione tramite strumenti di trasparenza⁸⁶.

La dimensione amministrativa del suo ruolo e della sua attività emerge dalle funzioni ad essa conferite, dalle modalità del loro esercizio e dagli ambiti nei quali è chiamata ad intervenire. In una prospettiva sintetica, il suo ruolo consiste di competenze che intervengono a tre diversi livelli: il contributo all'elaborazione di strategie di prevenzione dell'illegalità e più propriamente della corruzione di cui deve dotarsi ciascun ente della Pubblica Amministrazione italiana, utilizzando la metodologia internazionalmente accreditata cd. del *risk assessment e management*⁸⁷; il presidio delle norme sull'integrità del pubblico dipendente, nel tentativo di scongiurare casi di conflitto di interesse, di incompatibilità e inconferibilità anche tramite l'adozione di codici di comportamento "sartoriali"; il presidio ancora una volta della disciplina sulla trasparenza amministrativa, al fine di assicurare tanto la conoscibilità dell'agire pubblico quanto il diritto fondamentale della persona all'informazione⁸⁸.

In ciascuno di questi tre ambiti ANAC ha poteri di intervento. Ricopre funzioni di vigilanza e controllo (anche tramite l'esercizio di poteri istruttori e ispettivi), di regolazione (tramite l'adozione di atti di portata generale), di soluzione delle controversie in via precontenziosa, consultive, di ordine e sanzionatorie, di *advocacy*, di informazione (tramite la gestione dei flussi informativi), nonché di approfondimento e diffusione delle conoscenze, di coordinamento interistituzionale, di amministrazione attiva, aggiungendosi a tutte queste alcuni poteri monocratici attribuiti al suo Presidente, nonché l'azione di una Camera arbitrale.

Una particolare attenzione è riservata alla prevenzione dell'illegalità e della corruzione nel settore dei contratti pubblici, a motivo della sua alta rilevanza economica e strategica per il Paese e dell'esposizione, forse maggiore che in altri settori, al rischio di condotte di disvalore.

⁸⁶ Si veda R. Cantone, *Intervento del Presidente dell'ANAC (nell'occasione della presentazione della Relazione annuale)*, Roma, 2019, 20-21.

⁸⁷ Organization for Economic Co-operation and Development - OECD, *Trust in Government Ethics Measures in OECD Countries*, 2020; Comunicazione della Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, COM(2019) 163 final, 3 aprile 2019; si veda S. Manacorda, G. Forti, F. Centonze (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, Berlin, 2014.

⁸⁸ Sinteticamente e complessivamente sulle origini di ANAC, sulla sua natura giuridica e sulle funzioni da essa ricoperte si veda R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 301 ss.

Ora, il presupposto dell'efficacia dell'azione di prevenzione (non importa in quale settore) è l'approccio collaborativo. L'approccio individuato dal legislatore con la legge 190/2012 non è dunque quello del controllo *ex post* sull'operato degli enti, ma piuttosto quello di indirizzarne i comportamenti, nella ricerca di soluzioni utili a garantire, insieme al risultato detto, anche la corretta azione amministrativa⁸⁹.

Si tratta di un approccio collaborativo che ha molte dimensioni: si manifesta nei rapporti con i portatori di interesse (pubblici e privati) che operano nei settori di sua competenza; con le associazioni esponenziali della società civile; con le singole persone interessate dalle attività svolte dall'Autorità; con le altre istituzioni ed enti pubblici, nazionali e internazionali⁹⁰.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, le menzionate soluzioni giuridiche apprestate in sede di urgenza dal Governo hanno avuto anche effetti deteriori non voluti, ai quali l'Autorità ha cercato di far fronte e porre riparo – pur non potendo intervenire direttamente sulla legislazione di rango primario – utilizzando alcune delle competenze attribuitele e adottando misure repute incisive⁹¹.

Si segnalano, ad esempio, i provvedimenti contenuti nei decreti legge n. 18/2020 (denominato «Cura Italia») e n. 23/2020 (denominato «Liquidità»), che hanno determinato un effetto paralisi sul mercato dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 103 del decreto legge «Cura Italia», disponendo la sospensione di tutti i termini relativi ai procedimenti amministrativi (su istanza di parte) pendenti al 23 febbraio o iniziati in momento successivo a questa data, avrebbe potuto avere una portata dirompente col rischio, in primo luogo di causare immediatamente una paralisi ingiustificata delle gare e, in secondo luogo di determinare una penuria di approvvigionamenti anche solo indirettamente funzionali alla gestione dell'emergenza sanitaria.

Con propria delibera⁹², l'Autorità ha proposto soluzioni praticabili per consentire una rapida ripresa dei procedimenti amministrativi interrotti o rallentati. Si tratta di soluzioni a legislazione invariata, individuate estrapolando dal Codice

⁸⁹ Si veda M. Chimenti, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. Nicotra (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016, 49; anche M.G. Della Scala, *I profili organizzativi della prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC tra funzionalità e semplificazione*, in M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 764.

⁹⁰ Particolarmente significativo è, per esempio, il dialogo avviato con il Consiglio di Stato, al quale ANAC ha chiesto di pronunciarsi su alcuni propri atti di regolazione, aventi portata generale. Di questo approccio è espressione anche il potere di *advocacy*, ovvero di indirizzare a Governo e Parlamento segnalazioni su disfunzioni, applicazioni distorte delle norme, possibili interventi legislativi per chiarire dubbi interpretativi o superare criticità applicative; di stipulare, per il miglior esercizio delle rispettive competenze, protocolli di collaborazione con organi nazionali, enti internazionali, università e organizzazioni non governative.

⁹¹ Così L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Roma (Banca d'Italia), 2020, 323-324.

⁹² Si veda ANAC, delibera del 9 aprile 2020 n. 312.

dei contratti pubblici le norme che consentono l'affidamento dei contratti pubblici in forma semplificata in presenza di situazioni di urgenza e/o di emergenza.

In questa stessa prospettiva, l'Autorità ha predisposto un documento ricognitivo di tutte le disposizioni che accelerano e semplificano le procedure di aggiudicazione⁹³, nonché un *vademecum* che raggruppa gli istituti applicabili in caso di emergenza sparsi tra Codice dei contratti pubblici, norme speciali e ordinanze della protezione civile⁹⁴.

L'Autorità ha inoltre esercitato poteri di consultivi, di regolazione e di vigilanza (*ex post*) sulle procedure di «somma urgenza e di protezione civile» utilizzate dalle amministrazioni, con riferimento ai prezzi relativi a beni e servizi acquistati per fronteggiare l'emergenza. Tramite indicazioni di *benchmarking*, essa ha controllato il rialzo ingiustificato dei prezzi e ha risposto alle tante «istanze di congruità» formulate dalle amministrazioni. Si consideri che nel mese di maggio 2020 quest'attività consultiva ha riguardato acquisizioni per complessivi 43 milioni di euro.

Anche in vista della ripresa delle attività produttive, l'Autorità ha segnalato a Governo e Parlamento l'opportunità di prevedere misure *ad hoc* riferite allo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e all'esecuzione degli stessi⁹⁵.

Essa ha inoltre richiesto al Governo e al Parlamento l'adozione di un intervento normativo urgente per esonerare le amministrazioni e le imprese dal pagamento previsto per le procedure di gara avviate⁹⁶ fino alla data del 31 dicembre 2020⁹⁷. Questa misura offre un contributo concreto agli operatori del mercato che soffrono per problemi di liquidità finanziaria, al contempo costituisce un incentivo per la partecipazione delle imprese a nuove procedure di aggiudicazione.

Nella stessa direzione si pone la proposta al Governo e al Parlamento circa l'adozione di una norma che consenta all'Autorità di mettere a disposizione parte del proprio bilancio (circa 40 milioni di euro) per esonerare – dal 19 maggio 2020 e fino al 31 dicembre 2020 – gli operatori e le amministrazioni dal pagamento richiesto per avere il «codice identificativo di gara» (denominato CIG). Il codice è assegnato dall'Autorità ad ogni procedura attivata dalle amministrazioni e consente la tracciabilità di tutti i flussi finanziari collegati al contratto (a fini

⁹³ Si veda la delibera dell'ANAC del 22 aprile 2020.

⁹⁴ Si veda *Vademecum ANAC per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici*, del 30 aprile 2020.

⁹⁵ ANAC, atto di segnalazione n. 4, del 9 aprile 2020.

⁹⁶ Si veda l'art. 1, co. 65 e co. 67 della legge 23 dicembre 2005 n. 266.

⁹⁷ Si veda ANAC, delibera del primo aprile 2020 n. 289.

di controllo e antiriciclaggio). In questo modo, la tracciabilità è fatta salva, senza attribuzione di maggiori spese agli operatori⁹⁸.

Particolare enfasi è posta sull'esigenza di procedere rapidamente verso la digitalizzazione delle procedure, così da conseguire anche una situazione di trasparenza amministrativa che l'urgenza tende a far trascurare⁹⁹. Con ciò l'Autorità tenta di indirizzare la prassi verso l'adozione di comportamenti omogenei nelle procedure di gara e nella fase di esecuzione fornendo un contributo costruttivo in un momento drammatico per la crescita del Paese¹⁰⁰.

Un'altra misura ha riguardato un insieme di raccomandazioni alle amministrazioni al fine di ridurre il rischio di accettare garanzie finanziarie non valide o di incorrere in contenziosi e contestazioni¹⁰¹. Queste indicazioni sono state elaborate insieme ad altre autorità amministrative indipendenti (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni – IVASS, Banca d'Italia, Autorità Garante del Mercato e della concorrenza – AGCM).

Esercitando i propri poteri di vigilanza sul mercato, l'Autorità è intervenuta in vario modo in tema di sospensione degli adempimenti amministrativi, proroga dei termini, nonché sospensione dei procedimenti di propria competenza, per consentire alle amministrazioni di concentrarsi sulle attività connesse all'emergenza sanitaria e agli operatori di non essere gravati da adempimenti amministrativi.

Ha inoltre inteso valorizzare la forma di vigilanza denominata «collaborativa»¹⁰², rendendosi disponibile a stipulare in tempi rapidi i relativi protocolli di attivazione. In questo modo, è stato possibile supportare le amministrazioni, specie con riferimento agli affidamenti per la gestione dell'emergenza e dell'urgenza.

L'Autorità ha adottato soluzioni specifiche per l'esercizio della funzione di vigilanza, al fine di evitare che le istruttorie incidano sull'operatività delle amministrazioni e rallentino i procedimenti. In particolare, essa ha posto attenzione al ricorrere di comportamenti speculativi e predatori da parte dei soggetti situati nei diversi punti della catena di fornitura di beni e servizi funzionali all'emergenza sanitaria, con lo scopo di individuare le criticità che si sono prodotte e, conseguen-

⁹⁸ Si veda ANAC, comunicato del Presidente, del 20 maggio 2020. Il Governo ha inserito la previsione di quanto proposto dall'Autorità nell'art. 65 del decreto legge n. 34/2020 («decreto rilancio»), convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77. ANAC ha inoltre comunicato che le erogazioni per l'acquisto di buoni spesa e per acquisti diretti di generi alimentari non sono assoggettate all'obbligo di acquisizione del CIG, né ai fini della tracciabilità, né ai fini dell'assolvimento degli obblighi comunicativi verso l'Autorità (comunicato del Presidente del 9 aprile 2020).

⁹⁹ Si veda il comunicato del Presidente dell'ANAC del 9 aprile 2020; anche la delibera del 9 aprile 2020 n. 312; *adde* il documento *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020.

¹⁰⁰ Si veda L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, 323-324, cit.

¹⁰¹ Si veda il comunicato dell'ANAC del 28 maggio 2020.

¹⁰² Si veda l'art. 213, co. 3, lett. h, Codice contratti pubblici.

temente, i correttivi per superarle. Quanto alle prime, grazie a un'indagine conoscitiva sul panorama degli affidamenti in regime emergenziale, l'Autorità ha rilevato problemi sul fronte: dell'abnorme lievitazione dei prezzi; degli scostamenti di qualità e quantità rispetto alle forniture di beni; interruzioni nelle relazioni contrattuali; mancato possesso dei requisiti per contrarre con le amministrazioni¹⁰³.

Va segnalata, infine, la funzione recentemente assegnata all'Autorità in tema di vigilanza sui finanziamenti previsti nel ciclo di programmazione del bilancio dell'Unione europea 2021-2027. Questa funzione è stata assegnata al termine di un lavoro di concertazione interistituzionale durato più di un anno, proseguito in parallelo all'approvazione del regolamento dell'Unione europea sul funzionamento dei fondi di finanziamento a gestione concorrente nel periodo suddetto¹⁰⁴. In particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha deciso di presidiare la valutazione della fase relativa all'accertamento della «condizione abilitante orizzontale» mediante l'operato dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

L'Autorità ha molto insistito sull'esigenza che gli *standard* di trasparenza non venissero abbassati, nonostante la necessità di procedere rapidamente nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Pur avendo deliberato la sospensione degli obblighi di pubblicazione stabiliti nel Codice sulla trasparenza e, contestualmente, la sospensione della propria attività di vigilanza, ha comunque sollecitato le amministrazioni alla pubblicazione dei dati nella misura in cui la situazione lo rendesse possibile¹⁰⁵.

Sempre in tema di trasparenza, l'Autorità ha posto una particolare attenzione al regime delle liberalità destinate alle amministrazioni, invitandole alla pubblicazione dei dati, sia di quanto ricevuto, sia di quanto utilizzato¹⁰⁶.

¹⁰³ Si veda ANAC, *Relazione annuale al Parlamento - 2019*, Roma, 2020, 24.

¹⁰⁴ Si veda la proposta di Regolamento recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti, COM(2028) 375 final, del 29 maggio 2018.

¹⁰⁵ Si veda il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 9 aprile 2020, *Indicazioni in merito all'attuazione delle misure di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, nella fase dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e all'attività di vigilanza e consultiva di ANAC*.

¹⁰⁶ Si veda il Comunicato del Presidente del 29 luglio 2020 in merito alla *Pubblicazione dei dati sulle erogazioni liberali a sostegno del contrasto all'emergenza epidemiologica COVID-19. Modello di rendiconto delle donazioni ricevute ai sensi dell'art. 99 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18*. Globalmente sul contributo di ANAC alla soluzione dei problemi amministrativi determinati dalla pandemia si veda M. Corradino, *Vi spiego cosa ha fatto l'Anac durante la pandemia (e non solo)*, in *formiche.net*, 26 maggio 2020.

5. *Riflessioni sul futuro del sistema italiano dei contratti pubblici tra soluzioni per l'emergenza e soluzioni per la ricostruzione*

Quanto fin qui descritto, costituisce il contesto nel quale si inseriscono le misure e gli interventi messi in atto nel settore dei contratti pubblici dalle Istituzioni, dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e dalle Amministrazioni per far fronte alle necessità causate dall'emergenza del Covid.

Questo contesto sostanzia il primo livello della risposta approntata dall'Italia: la risposta all'emergenza.

Sebbene la crisi sanitaria non sia terminata, è opportuno volgere già da ora l'attenzione al livello successivo, quello della ricostruzione, in particolare al quadro giuridico nel quale si muoveranno lo Stato e le amministrazioni quando la situazione di pandemia sarà avviata a soluzione. In altre parole, occorre pensare le basi della «nueva normalidad», che «debe servir para una nueva oportunidad, a modo de 'think tank' (frente a la tendencia del 'no think, thanks'), para repensar [...] nuestra arquitectura jurídica»¹⁰⁷.

Ancora non vediamo con chiarezza quello che potrà succedere, né abbiamo la pretesa di conoscerlo e di presentare conclusioni definitive. La crisi è stata talmente inattesa, tanto virulenta e si sta tanto prolungando che ogni previsione rischierebbe, allo stato attuale, di risolversi in un azzardo.

Tuttavia vi sono le condizioni per tracciare alcune coordinate lungo le quali ripensare le regole e il funzionamento (anche) del mercato dei contratti pubblici.

A questo mercato, infatti, è assegnata una funzione cruciale per la ripartenza delle attività economiche.

Gran parte delle risorse che l'Unione europea e gli Stati membri, compresa l'Italia, stanno stanziando per reagire alla contrazione dell'economia¹⁰⁸ transite-

¹⁰⁷ Si veda J.M. Gimeno Feliu, *La 'nueva' normalidad*, in *Heraldo*, 16 giugno 2020.

¹⁰⁸ Come segnala la Commissione europea le restrizioni imposte per contenere la diffusione del virus hanno rallentato l'attività economica. Le catene di approvvigionamento e le linee di produzione sono state interrotte, come pure gli scambi di beni e servizi. La spesa delle famiglie e gli investimenti privati sono scesi ai minimi storici. L'economia dell'Europa e la maggior parte dei suoi ecosistemi industriali hanno funzionato con una capacità molto ridotta. Secondo le stime della Commissione, il prodotto interno lordo (PIL) dell'UE è sceso di circa il 15 % nel secondo trimestre del 2020 rispetto allo stesso periodo del 2019. Si prevede che l'economia dell'UE registrerà una contrazione di oltre il 7% nel 2020. L'impatto e il potenziale di ripresa dipendono anche dalla struttura demografica ed economica di ciascuno Stato, in alcuni la recessione sarà vicina al 10% contro una media del 6-7,5% in tutti gli altri; si veda la Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 final, del 27 maggio 2020 ed anche Commission staff working document, *Identifying Europe's recovery needs*, SWD(2020) 98 final, del 27 maggio 2020; la Comunicazione, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, COM(2020) 442 final, del 27 maggio 2020; European Commission's Directorate-General for Economic and Financial Affairs, *European Economic Forecast. Spring 2020*, mayo 2020.

rà attraverso la realizzazione di infrastrutture materiali e tecnologiche, il potenziamento dei servizi, le iniziative collegate al *Green Deal*¹⁰⁹ e all'economia circolare¹¹⁰.

La domanda pubblica si presenta come uno dei *driver* prioritari per rilanciare crescita, investimenti, produzione. Nella fase della ricostruzione si preannuncia, quindi, un ruolo centrale dello Stato e dell'Amministrazione, che disporranno di maggiori spazi di ingerenza nell'economia e sul mercato¹¹¹.

Per poter avviare con credibilità questo processo occorre che l'amministrazione risolva i propri tradizionali problemi di inefficienza; il rischio è che gli ostacoli, *in primis* quelli di natura burocratica¹¹², il barocchismo e l'opacità dei processi decisionali siano così elevati da formare praticamente una barriera insormontabile all'utilizzo delle risorse.

Ecco perché è avvertito il bisogno di una «nueva normalidad». Al riguardo v'è una linea di pensiero comune in Italia e in Spagna, secondo il quale: «l'obiettivo non può essere un puro e semplice ritorno alla normalità, a come prima dello scoppio dell'epidemia. E anche se fosse un obiettivo praticabile [...] non sarebbe augurabile per molti e per la società nel suo insieme»¹¹³.

5.1. Le direttrici del cambiamento

Il mercato dei contratti pubblici è strategico per l'economia di un paese: sempre, ma in particolare in questa contingenza. I dati relativi al primo quadrimestre 2020 evidenziano una fortissima contrazione rispetto al 2019, sia per il numero delle procedure che degli importi, pari a meno 40%¹¹⁴. Il rischio di una

¹⁰⁹ Il *Green Deal* è parte del programma della Commissione europea (2019-2024) presentato dalla neo Presidente Ursula von der Leyen e votato dalla maggioranza dei membri del Parlamento europeo il 27 novembre 2019; si veda U. von der Leyen, *Orientamenti politici per la prossima Commissione (2019-2024). Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa*. Nell'ambito del *Green Deal* vengono sviluppate le iniziative riguardanti il cambiamento climatico, la produzione di energia da fonti rinnovabili, la transizione verso un'economia a zero emissioni; si veda la Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, dell'11 dicembre 2019.

¹¹⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, COM(2020) 98 final, dell'11 marzo 2020.

¹¹¹ Si veda F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, cit., 583 e 586.

¹¹² Si veda L. Ricolfi, *La società signorile di massa*, Milano, 2019, 208-211.

¹¹³ Si veda C. Saraceno, *Uno stress test dai cui esiti ripartire*, in AA.VV., *Il Mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, cit., 158; anche J.M. Gimeno Feliu, *La 'nueva' normalidad*, in *Heraldo*, cit.

¹¹⁴ I dati relativi alle procedure di affidamento superiori ai 40 mila euro – rilevati dalla Banca Dati Nazionali dei Contratti Pubblici detenuta da ANAC – pur non consolidati a motivo del limitato spazio temporale intercorrente fra l'acquisto del CIG e il suo perfezionamento (che avviene a fine gara), sono ricavabili dalla *Relazione al Parlamento – 2019*, cit., par. 3 del capitolo COVID.

recessione che potrebbe essere profonda, dannosa e prolungata richiede interventi e risorse pubbliche straordinarie.

Da qui si dovrebbe ripartire.

Mancano, invero, orientamenti condivisi sulla strategia della “ripartenza” e le divergenze spesso risultano inquinate da posizioni ideologiche.

Ad esempio, si sostiene la necessità dell’abrogazione del Codice dei contratti pubblici, considerato l’unico vero responsabile della paralisi del Paese, perché troppo bizantino e complesso¹¹⁵.

La parola d’ordine è semplificazione, a partire dal sistema di prevenzione della corruzione, reputato inutile, dispendioso, oggetto di tante e troppe regole, spesso fra loro scoordinate.

Vero è che i dati delle agenzie di contrasto al crimine restituiscono una fotografia differente della realtà del Paese. Sia a livello internazionale che nazionale¹¹⁶ viene sottolineata l’esigenza di prevenire l’ingresso dell’economia illegale nell’economia legale, tanto più nell’attuale fase dell’emergenza che, facilitando la permeabilità del tessuto economico alle infiltrazioni criminose, necessità di risposte di *policy* stringenti.

Anche le informazioni della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici offrono una fotografia diversa rispetto a quella di un Paese bloccato dalla burocrazia. La flessione del mercato (per volume totale e per numero di procedure) è rilevata solo nel primo quadrimestre 2020 (gennaio-aprile) e le cause vanno trovate esclusivamente nell’emergenza sanitaria.

In questo confuso scenario, è stata avanzata la proposta di introdurre un regime derogatorio per ogni pubblica amministrazione, battezzato “modello Genova” perché in questa città si è potuta realizzare in tempi rapidi la costruzione del ponte che ha sostituito quello crollato il 14 agosto 2018. Secondo questo modello, ogni stazione appaltante potrà essere governata da un commissario straordinario che opererà, appunto in deroga, al di fuori del rispetto di ogni norma fuorché i principi europei e la legislazione penale e antimafia.

Una seconda proposta consisterebbe nell’adottare il “modello Genova” soltanto per un certo numero di grandi opere, consegnando al Codice dei contratti pubblici la restante realtà degli affidamenti: insomma, un doppio registro norma-

¹¹⁵ Si vedano le opinioni sostenute da M. Balducci, *L’Anac tra pubblica amministrazione e semplificazione. I consigli del prof. Balducci*, in *formiche.net*, 2020.

¹¹⁶ FATF/GAFI, *Covid-19-related Money Laundering and Terrorist Financing. Risks and Policy Responses*, Paris, maggio 2020. Si veda UIF (Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia), *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l’emergenza COVID-19*, comunicazione del maggio 2020; G. Pelosi, *Coronavirus, Scizzeri (anticorruzione): anche dopo l’emergenza rischio criminalità economica*, in *Il Sole24Ore*, 29 aprile 2020, 1-3. In tema si consulti anche: P. Morosini, *Emergenza socio-economica e pericolo mafioso*, in *Questione Giustizia*, 16 ottobre 2020.

tivo, con una situazione di privilegio per pochi, senza un reale costruttivo intervento sugli innegabili difetti dell'attuale sistema¹¹⁷.

ANAC sostiene un terzo approccio, nell'intento di far "quadrare il cerchio" tra esigenze di semplificazione, contrasto alla criminalità tramite la leva della prevenzione, buona amministrazione ed efficienza degli appalti pubblici. Prese per buone le regole e le deroghe introdotte per far fronte all'emergenza, l'Autorità si sta muovendo con un'altra prospettiva giuridica, più organica, di sistema, di lungo periodo.

Semplificare è necessario¹¹⁸.

Contrastare l'infiltrazione illegale nell'economia "pulita" è un imperativo categorico¹¹⁹.

La buona amministrazione della cosa pubblica deve essere un obiettivo primario: la pubblica amministrazione è l'ossatura di un Paese e il "luogo" principale della tutela dei diritti delle persone. Solo una buona amministrazione è in grado di dare forza all'attività di impresa, essendo un suo interlocutore credibile e competente.

¹¹⁷ La soluzione del commissario straordinario è stata oggetto di specifica previsione ad opera del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. *Sblocca cantieri*), convertito dalla L. 14 giugno 2019 n. 55, segnatamente dell'art. 4 rubricato *Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali*, da ultimo modificato dall'art. 9 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020 n. 120. Il legislatore stabilisce che i Commissari straordinari possono essere utilizzati per la realizzazione di interventi infrastrutturali caratterizzati da complessità progettuale, da particolare difficoltà esecutiva, da complessità delle procedure. I Commissari possono assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operare in deroga al Codice dei contratti pubblici, fatto salvo il rispetto di principi generali (concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), del Codice delle leggi antimafia, dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti pubblici. Sul tema si veda P. Mantini, *La legge della Sibilla. Il nuovo diritto pubblico della ricostruzione dell'Italia centrale tra semplificazioni amministrative e rigenerazione urbana*, Roma, 2020, 207 e ss.; anche C. Micciché, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 419 e ss.

¹¹⁸ In tal senso si sono pronunciate alcune autorevoli istituzioni internazionali – in particolare la Banca Mondiale e l'OECD – traendo le proprie valutazioni dall'analisi dei dati, dove l'attività d'impresa è maggiormente accessibile e semplice, minore è la diffusione (e la percezione) della corruzione. Si veda, World Bank, *Doing Business 2017: equal opportunity for all*, Washington; OECD, *Cutting Red Tape: National Strategy for Administrative Simplification*, 2006.

¹¹⁹ Se non altro per dare pienezza di applicazione ai principi costituzionali secondo i quali «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3.2). Sul fatto che questa norma sia una declinazione del principio di diritto internazionale che contempla la libertà dei traffici economici e la correlata responsabilità degli Stati a garantirla in regime di concorrenza, in particolare anche contrastando la distribuzione patologica della ricchezza che discende dalle pratiche corruttive si veda N. Parisi, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la vulgata opinio*, in corso di pubblicazione in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2020, n. 2.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'adempimento del proprio compito di autorità amministrativa indipendente, ha proposto una strategia che si articola principalmente su tre pilastri.

Il primo di essi è rappresentato dalla digitalizzazione integrale delle procedure di affidamento pubblico, nelle cinque fasi in cui esse si articolano, così da assicurare trasparenza integrale e la rapidità delle procedure che il mezzo informatico consente; si conseguirebbe anche l'obiettivo di professionalizzare l'acquirente pubblico al fine di avere affidamenti più efficienti. Un'unica banca dati nazionale dei contratti pubblici nella quale ogni amministrazione pubblica riversa e trova le informazioni, i dati e i documenti utili, dando così concretezza al principio *once only* tanto sostenuto dall'Unione europea¹²⁰.

Il secondo pilastro consiste nella proposta di adottare una norma che consenta alle stazioni appaltanti di ricorrere – con la tranquillità e sicurezza che oggi non hanno – alle procedure di urgenza ed emergenza già stabilite dal Codice, negli articoli 63 e 163, sopra descritte, per un periodo limitato e per gli affidamenti legati alla pandemia.

Il terzo pilastro attiene a un serio ripensamento della normativa di settore, tramite una sua semplificazione, senza alcun ricorso a regimi derogatori¹²¹.

Tutto ciò richiede un "colpo d'ala": a situazioni eccezionali occorre rispondere con soluzioni non convenzionali, coraggiose, non cedendo alla tentazione di considerare questa pandemia soltanto una parentesi nel fluire dell'ordinarietà. Essa è stata invece una cesura violenta, che ha messo in luce le crepe dei nostri sistemi democratici, la tenuta dell'economia e, con essa, dell'intera società. Questa crisi può darci grandi insegnamenti.

Già da altri è venuta la suggestione di un nuovo «contratto sociale» tra governo, imprese dell'economia reale e della finanza, istituzioni e società civile¹²²: tramite un dialogo costruttivo anche con le istituzioni europee. Come dopo altre tragedie, l'opera di ricostruzione necessita di un clima di fiducia reciproca, che va accompagnato da un quadro di regole durature, in grado di garantire (quanto meno favorire) canoni di efficienza, trasparenza e *accountability*.

Questo ragionamento conduce alla necessità di intervenire sul quadro normativo: ma ciò solo nella misura strettamente indispensabile a garantire un cambio di passo dell'intero sistema-Paese, su basi appunto di reciproca fiducia, in una prospettiva collaborativa, partendo dal mercato dei contratti pubblici proprio a motivo della sua valenza strategica per la crescita del Paese.

¹²⁰ Commissione europea, *EU-wide digital Once-Only Principle for citizens and businesses. Final Report*, 2017.

¹²¹ Questa strategia è stata adottata dal Consiglio dell'ANAC con decisione del 27 maggio 2020.

¹²² Si veda I. Visco, *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia*, 29 maggio 2020.

La proposta è dunque quella non di ripensare un intero sistema normativo codicistico¹²³, ma di intervenire chirurgicamente sul Codice vigente: “dimagrendo” le norme eccedenti la portata delle direttive dell’Unione europea¹²⁴; rimanendo solidamente ancorati a questo contesto giuridico; dando vigore a istituti ivi previsti ma non ancora attivati¹²⁵, secondo linee strategiche di intervento che facciano perno sulla digitalizzazione come leva per la semplificazione delle procedure.

Occorre un poderoso investimento di risorse finanziarie, di persone, di professionalizzazione delle competenze nella pubblica amministrazione, per poter raccogliere la sfida e avviare un nuovo corso.

6. *C'è ancora spazio per gli appalti pubblici sostenibili?*

Pensando al futuro del sistema dei contratti pubblici viene naturale chiedersi cosa rimarrà delle idee, delle politiche, delle misure che prima dell’insorgere della pandemia orientavano gli Stati e le economie mondiali verso modelli di sviluppo sostenibile.

Del resto, al paradigma della sostenibilità erano indirizzate anche le regole italiane ed europee dei contratti pubblici.

A partire dal 2000, prima la Corte di Giustizia e poi il legislatore dell’Unione hanno introdotto nei sistemi di contrattazione degli Stati membri la possibi-

¹²³ Il continuo mutare del quadro normativo non giova; come si è espressa l’Autorità Nazionale Anticorruzione nella propria ultima *Relazione al Parlamento -2019*, cit., 13: «L’incertezza giuridica del quadro normativo influisce inevitabilmente sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici poiché laddove il dato normativo si presenta frammentato e non chiaro, si incorre nel rischio di un’applicazione errata o distorta delle disposizioni di riferimento, di un allungamento dei tempi occorrenti per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, oltre che della fase di esecuzione dei relativi contratti, e un conseguente aumento del contenzioso. Sotto altro profilo, un quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza, scoraggiando gli investimenti anche di imprese estere e, questione da evidenziare, può favorire la commissione di eventi corruttivi». Sulla questione si vedano anche le suggestioni di F. Patroni Griffi, *La ripresa? Necessarie leggi più chiare. Ma attenti alla corruzione*, in *Corriere della Sera*, 14 aprile 2020, 8.

¹²⁴ Un esempio limpido di questa esigenza sta nel disposto dell’art. 63 del Codice dei contratti pubblici che risulta ben più complesso nella propria applicazione rispetto all’art. 32 della direttiva n. 24/2014 in virtù dell’aggiunta di un comma 8 di ispirazione esclusivamente nazionale e dunque violando il divieto di *gold plating*.

¹²⁵ Pensiamo in particolare alla professionalizzazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 38) e conseguentemente alla loro drastica riduzione, al rating d’impresa (art. 83) ma anche a un diverso più semplice sistema di qualificazione degli operatori economici (art. 84).

lità per le amministrazioni di favorire tutele ambientali, sociali, di sicurezza dei lavoratori¹²⁶ nonché soluzioni per la prevenzione e il contrasto alla corruzione¹²⁷.

In tal modo, l'Unione ha incorporato tra le ragioni di pubblico interesse che orientano la stipulazione dei contratti pubblici anche finalità diverse da quella strettamente economica e di tutela della concorrenza. L'intento è quello di valersi della leva economica degli appalti pubblici – «cd. uso strategico dei contratti pubblici» – per la realizzazione di altre politiche/obiettivi (inclusione sociale, innovazione, tutela ambientale, responsabilità sociale)¹²⁸.

Questa visione costituisce l'approdo di un'evoluzione durata oltre 20 anni, alla quale hanno concorso tutti i formanti del diritto europeo (dottrinale, politico, legislativo, giurisprudenziale, economico e sociale).

Nell'ultimo quinquennio, infine, l'Unione si è impegnata a sviluppare finalità e obiettivi «dell'economia circolare»¹²⁹ anche nel mercato dei contratti pubblici¹³⁰, di qui la nozione sempre più ricorrente di «contrattazione pubblica circolare».

¹²⁶ Tale aspetto costituisce, ad esempio, uno dei tratti caratterizzanti della riforma europea del *public procurement* attuata nel 2014 dalle direttive 2014/23/UE *sulle concessioni*, 2014/24/UE *sugli appalti pubblici*, 2014/25/UE *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*, pubblicate nella *G.U.U.E.* L 94 del 28 marzo 2014. Le regole europee orientano l'attività negoziale al conseguimento di obiettivi riguardanti l'innovazione, l'inclusione sociale, la crescita economica, la tutela ambientale, la lotta alla corruzione. Questa visione è esplicitata nei considerando delle direttive: «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 [...] in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici [...] permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» (considerando 2, dir. 2014/24/UE); si veda anche la Comunicazione della Commissione europea, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM(2017) 572 final, del 3 ottobre 2017, con osservazioni di M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1, 53-62.

¹²⁷ Si considerino, esemplificativamente, i codici di condotta, le attività di formazione, i meccanismi di disciplina interna alle società, i patti di integrità. Sul tema si veda G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università degli Studi di Trento, 2019.

¹²⁸ Si veda lo studio W. Kahlenborn, J. Frijdal, C. Moser, M. Essig, *Strategic use of public procurement in Europe. Final report to the European Commission*, Berlin, 2011; PricewaterhouseCoopers, *Uso estratégico de la contratación pública en la promoción de políticas ecológicas, sociales y de innovación*, 2015. In letteratura, tra gli altri, T. Medina Arnaiz, *Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea*, in J.M. Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor, 43-105; J.M. Gimeno Feliu, *La ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor (Navarra), 2019, 97 e ss.; R. Caranta, M. Trybus (eds.), *The Law of Green and Social procurement in Europe*, Copenhagen, 2012; É. Muller (sous la dir.), *La commande publique : un levier pour l'action publique ?*, Parigi, 2018.

¹²⁹ Si veda la Comunicazione, *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM(2015) 614 final, del 2 dicembre 2015, che nell'introduzione segnala come la transizione verso un'economia circolare, in cui il valore delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile e la produzione di rifiuti è ridotta al minimo, è una componente indispensabile degli sforzi messi in campo dall'Unione europea per sviluppare un'economia che sia sostenibile; anche la Comunicazione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, cit.

¹³⁰ Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018.

Tale orientamento trova riscontro in iniziative di condivisione promosse a livello internazionale.

Ad esempio, il *Global Compact* è uno strumento di natura pattizia adottato nel 1999 dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, che impegna gli aderenti (Stati e imprese) a dichiarare di sostenere e applicare nella propria sfera di attività dieci principi fondamentali in materia di diritti umani, lavoro, ambiente, lotta alla corruzione¹³¹.

Di pari importanza è l'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, adottata il 25 settembre 2015 dai 193 Stati membri delle Nazioni Unite, in occasione della 70^a Assemblea generale¹³². L'Agenda è portatrice di una visione su tre dimensioni dello sviluppo sostenibile (economica, sociale e ambientale), che si realizza attraverso 17 *Obiettivi di Sviluppo Sostenibile* (in sigla *OSS*), a loro volta ripartiti in 169 «target» ognuno dei quali deve essere realizzato, entro il 2030 sia a livello governativo che privato, sia a livello nazionale e internazionale che locale.

Il conseguimento di questi «target» è oggetto di monitoraggio sistematico condotto dall'ONU, dagli Stati e dalle autorità sub statali (in Italia le Regioni)¹³³.

Nell'*Agenda 2030*, l'OSS n. 12 «Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo» prevede esplicitamente la finalità di «Promuovere pratiche in materia di appalti pubblici che siano sostenibili, in accordo con le politiche e le priorità nazionali» (target 12.7), il cui perseguimento è oggetto, tra l'altro, dall'indicatore «Livello di applicazione delle politiche sostenibili e dei piani di azione nel settore degli appalti pubblici» (indicatore 12.7.1)¹³⁴.

A fronte di questo scenario, non può disconoscersi che le gravi conseguenze causate dalla pandemia e la necessità di fornire risposte all'emergenza hanno por-

¹³¹ Sono principi derivati dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani*, dalla *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, dalla *Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo* e dalla *United Nations Convention against Corruption*; per una descrizione dei principi e della loro attuazione nel mondo e in Italia si rinvia al sito web *Global Compact Network Italia*.

¹³² Si veda la Risoluzione n. A/70/1 dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

¹³³ Con riferimento sull'attuazione degli obiettivi dell'Agenda 2030 in Italia si veda il sito dell'Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASVIS), ove sono riportati anche i risultati delle misurazioni a livello regionale; anche ISTAT, *Rapporto SDGS 2020. Informazioni statistiche per l'Agenda 2030 in Italia*, Roma, 2020; si veda anche il dossier *L'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile*, pubblicato il 26 settembre 2019 dal Servizio studi della Camera dei deputati.

¹³⁴ Va segnalato anche l'obiettivo n. 16 (*Pace, giustizia e istituzioni solide*), ugualmente pertinente nella misura in cui propone agli Stati la costruzione di istituzioni responsabili, trasparenti ed efficaci, anche funzionali a ridurre infiltrazioni della corruzione e abusi di potere (target 16.5-7). Per una visione complessiva degli indicatori <https://unstats.un.org/sdgs/indicators/indicators-list>. La Comunicazione della Commissione, *Verso un'Europa sostenibile entro il 2030*, COM(2019) 22 final, del 30 gennaio 2019, segnala come linee programmatiche dell'*Agenda 2030* concorrono ad aggiornare la programmazione e le politiche delineate nella Comunicazione, *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020, del 3 marzo 2010; si veda anche lo studio *Europe's approach to implementing the Sustainable Development Goals: good practices and the way forward*, 2019. Sul tema si veda anche C. D'Orta, *Green deal 2030, un progetto per garantire sostenibilità e promuovere un «ambientalismo maturo»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2021, 1, 50 e ss.

tato in secondo piano il dibattito sugli obiettivi dell'*Agenda 2030* e dello sviluppo sostenibile. È naturale chiedersi, dunque, se in futuro il mercato dei contratti pubblici continuerà ad essere orientato verso obiettivi propri dell'economia circolare e della sostenibilità¹³⁵.

Non siamo portatori, come detto, della pretesa di conoscere quel che succederà, tuttavia, molti segnali positivi inducono a credere che l'economia circolare e le misure correlate alla contrattazione pubblica sostenibile e circolare continueranno ad essere tra le priorità delle politiche europee e nazionali, svolgendo una funzione di traino nella ricostruzione.

Un primo segnale importante proviene dall'Unione europea. Le proposte presentate il 27 maggio 2020 dalla Commissione nell'ambito del piano per la ripresa dell'Europa, segnatamente *Next Generation EU*¹³⁶ e il bilancio rafforzato per il periodo 2021-2027¹³⁷ indicano l'obiettivo di rilanciare l'economia proprio attraverso un approccio verde, sociale e digitale. In particolare, la Commissione europea ha proposto di riservare il 25% del bilancio dell'UE per il periodo 2021-2027 a questi obiettivi¹³⁸.

Un altro segnale – di tipo culturale – emerge dalla crescente attenzione riservata alle tematiche ambientali e sociali: sono sempre più numerosi gli Stati, le Regioni e le città che attraverso la contrattazione pubblica promuovono strategie per favorire la transizione verso l'economia circolare.

In questo senso, anche la pandemia ha mostrato un 'lato positivo': sono sotto gli occhi di tutti le immagini dei nostri cieli e dei nostri mari magicamente purificati da poche settimane di blocco dei traffici stradali, navali, aerei e degli scarichi industriali. Ecco che «sarebbe straordinariamente importante non dimenticare mai quelle immagini, certamente non per fermare lo sviluppo di queste attività, ma per riprenderle in una logica di evoluzione compatibile con l'ambiente»¹³⁹.

Infine, sempre per effetto della pandemia abbiamo 'toccato con mano' i benefici che possono derivare dallo sviluppo e dalla diffusione delle tecnologie. Nel settore dei contratti pubblici, l'uso della tecnologia delinea probabilmente

¹³⁵ Sul punto si veda anche I. Solmone, G. Vaggi, *Se la pandemia mette in dubbio l'Agenda 2030*, in *lavoce.info*, 4 agosto 2020.

¹³⁶ Si veda la Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, cit., pt. 1, la quale precisa che il rilanciare dell'economia europea avverrà promuovendo transizioni verdi e digitali e rendendola più equa, più resistente e più sostenibile per le generazioni future.

¹³⁷ Si veda la Comunicazione, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, cit.

¹³⁸ Nella stessa direzione è stato riorientato il programma delle attività della Commissione per il 2020, si veda la Comunicazione, *Programma di lavoro adattato 2020 della Commissione*, COM(2020) 440 final, del 27 maggio 2020.

¹³⁹ Si veda P. Severino, *Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale...*, cit., 173-174. Sul tema, con visione generale, si veda anche F. Barca, E. Giovannini, *Quel mondo diverso*, Bari, 2020, edizione curata da G. Riva.

una delle prospettive di sviluppo più promettenti¹⁴⁰, non solo perché in grado di perseguire vera semplificazione delle procedure attuazione della trasparenza, ma anche per il supporto che essa può offrire alla realizzazione di forme di contrattazione pubblica di tipo sostenibile e circolare.

¹⁴⁰ Così anche ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'autorità*, 27 maggio 2020.

L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici

L'emergenza sanitaria causata dalla pandemia del Covid-19 e le misure di contrasto adottate in Italia hanno avuto un impatto fortissimo sulla vita sociale e sulle attività produttive, industriali e commerciali. Le conseguenze hanno investito anche il settore dei contratti pubblici, ganglio strategico dell'economia nazionale, con effetti che lo scritto evidenzia da diversi angoli di visuale mostrando le soluzioni disponibili e introdotte ex novo per mantenerlo vitale, anche per il tramite delle misure messe in atto dall'Autorità indipendente del settore. L'ultima parte del lavoro sposta l'attenzione sul livello successivo, quello della ricostruzione, in particolare sul quadro giuridico nel quale si muoveranno lo Stato e le amministrazioni, atteso che la domanda pubblica sarà uno dei driver prioritari per rilanciare crescita, investimenti, produzione. Per avviare con credibilità questo processo occorre risolvere alcuni problemi radicati e, prima ancora, condividere una strategia che faccia sintesi delle (molte e diverse) visioni.

The health emergency caused by Covid-19: the impact (current and future) on the national public contracts system

The health emergency caused by the Covid-19 pandemic and the counter measures adopted in Italy have had a tremendous impact on both social life and productive, industrial and commercial activities. The consequences have also affected the public contracts sector, a strategic ganglion of the national economy, with effects that the paper highlights from different perspectives, showing the solutions currently available, introduced from scratch too in order to keep it vital, also through the measures implemented by the independent sector authority. The last part of the paper shifts the attention to the next level, namely that of reconstruction. In particular the attention is placed on the legal framework in which the State and the administrations will have to move, since public demand will be one of the priority drivers to relaunch growth, investments, production. To credibly initiate this process, it is necessary to solve some deep-rooted problems and, even before, to share a strategy that summarizes the (many and different) visions.

Nature through the lens of the law: from sustainable development to legal personhood. A philosophical-legal sketch

Silvia Salardi

SUMMARY: 1. Introduction: legal protection of nature between technicalities and moral change. – 2. Nature through the lens of the law: from exploitation and usefulness to conservation and protection. – 3. What do we gain by qualifying nature as a legal Person. – 4. Legal trends and court decisions: attributing legal personhood to natural resources. – 5. (Un)conclusive remarks.

1. *Introduction: legal protection of nature between technicalities and moral change*

The Anthropocene narrative¹ highlights that human activities are the main cause of climate changes and environmental degradation, in other words the destruction of nature. This narrative also gives us an indirect warning: as we are responsible for the current environmental disaster, we have a duty to intervene. Interventions can be made at different levels, and the legal one is part of the possible solutions².

The recognition of the relevance of legal rules as an essential mechanism through which sustainable use of natural resources can be granted is part of the recent legal history, although the concept of forest sustainability is older and was

¹ «The Anthropocene [...] is a term that has become increasingly used [...] to denote the present time interval, in which many geologically significant processes and conditions have been, and continue to be, profoundly altered by human activities.» See P.L. Gibbard and M.J.C. Walker, *The term 'Anthropocene' in the context of formal geological classification*, in eds. C.N. Waters, J.A. Zalasiewicz, M. Williams, M.A. Ellis, A.M. Snelting, *A stratigraphical basis for the Anthropocene*, London, 2014, 395, 29-37, 29 ff.

² E. Biber, *Law in the Anthropocene epoch*, in *Geo. L. J.*, 2017, 106, 1-68.

first mentioned in the publication of *Sylvicultura Oeconomica* in 1713³ where the three pillars of sustainability were formulated (environmental equilibrium, economic security, and social justice). More recently, attempts to protect nature were based on the concept of sustainable development, which integrates environmental sustainability, economic, and social development. At its very basic, this concept acknowledges that «Human beings have evolved within, depend on and are part of the world of nature»⁴. The evolution of this concept from political principles and declarations to legally binding rules⁵ shows that the law has become an essential, albeit not exclusive, stimulus to operationalizing the basic elements of sustainable development, to codifying values, and facilitating its attainment⁶. However, to manage nature from the sustainable development's perspective has not proven decisive. Indeed, as some authors declare, the wide reach of the notion of sustainable development based on the three pillars model emerging from the Rio process in 1992 and further strengthened and made even more explicit during the Johannesburg Summit in 2002⁷ has been reduced to mean, in many cases, solely «corporate sustainability»⁸. Thus, despite some positive effects produced by this *limited* approach to sustainability, humanity is still facing the «tragedy of the commons»⁹ because what is lost following this strict notion is the ideal of sustainability as a moral achievement being this aspect a constitutive part of the sustainable development's story. Indeed, the reductionist view on sustainable development has its limits because its focus is mainly on the technical and procedural approach to environmental problems, which are of

³ H. Carlowitz, *Sylvicultura oeconomica, oder haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur wilden Baum-Zucht*, TU Bergakademie Freiburg, 2000, reprint der Ausgabe 1713.

⁴ M. Holdgate, *From care to action: making a sustainable future*, London, 1996, 1 ff.

⁵ See F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; S. Salardi, *Il diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile: Quali progressi dopo Rio? Rivista giuridica dell'ambiente*, 2008, 3-4, 657-683.

⁶ M.C. Cordonier Segger, A. Khalfan eds., *Sustainable development law principles, practices and prospects*, Oxford, 2004; S. Salardi, *Sustainable development: definitions and models of legal regulation. Some legal-theoretical outlines on the role of law*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2011, 1, 77-100.

⁷ Following this approach, sustainable development requires rethinking the balance between economic development and exploitation of natural resources. It means more than the simple integration of environmental criteria into developmental decisions. It demands a radical shift in institutional and political thinking and understanding of our living on earth. As stated by the Johannesburg Declaration on Sustainable Development we have to 'assume a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development -economic development, social development and environmental protection- at the local, national and global levels' see <http://www.un-documents.net/jburgdec.htm>.

⁸ See P. Dauvergne, *The sustainability story: exposing truth, half-truths, and illusions*, in eds. S. Nicholson, S. Jinnah, F. Biermann and O. Young, *New Earth Politics: Essays from the Anthropocene*, Cambridge, 2016, 387-404, 391 ff. The recalled vision is not totally compliant with the meaning of sustainable development as originally envisioned, indeed as Wood underlines it «requires a massive departure from business as usual», S. Wood, *Voluntary environmental codes and sustainability*, in *Environmental law for sustainability. A reader*, Portland, 2006, 266 ff.

⁹ G. Hardin, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 162, 1243-1248.

course a crucial factor in developing effective legal tools, although they are not the only one to be taken into account for an adequate comprehensive implementation. To follow the strict view risks hiding a more all-embracing ethical vision on nature as an entity that could have an intrinsic value. Differently from the mere technical approach that «requires a change only in the techniques»¹⁰, as is the case for corporate sustainability, the conception of nature having intrinsic value demands changes in prioritization of our values and moral standards. In order to achieve this goal, we have different tools. Based on what the law can offer, attempts were made recently to gain some ethical mileage in the search for solutions to environmental deterioration by qualifying nature or its constitutive elements as legal Persons. In fact, starting the second decade of the 21st century, in different countries¹¹ around the world decisions were made to assign legal personhood to nature or to individual natural resources. This trend is very fascinating as it goes to the heart of the anthropocentric vision of nature that has characterized a great part of the relationship between humans and nature throughout history, and it obliges to revisit that relationship. This trend demands indeed to redefine that relationship by considering nature and human beings one and the same at the legal level. As a consequence, a further positive effect of this redefinition would be the achievement of higher ethical standards in our everyday life because what is assumed following this trend is that extension in morality is the basic step to move forward towards designing solutions at other levels.

In order to bring about faster changes in the moral sphere, the law could contribute by assigning legal personhood to nature. This operation is indeed not just technical, rather it represents a symbolic and value laden choice. In order to understand the valuable contribution of attributing legal personhood to nature we need to analyze and contextualize the concept of Person within the legal realm. This operation will serve a twofold aim: firstly, to highlight the advantages of this trend both for humans and for the environment based on the optimistic assumption that following it can contribute to strengthening the original narrative of sustainable development and to reaching higher moral standards based on which changes in ideas and behaviors can be achieved; secondly, to revitalize the

¹⁰ G. Hardin, *op. cit.*, 1243 ff.

¹¹ The process started in 2006 with the legal recognition in Pennsylvania and went on with further legal steps ranging from constitutional recognition of the rights of Nature to adoption of legal acts and resolutions at the local level. Countries involved in this process are Ecuador, Bolivia, Mexico, New Zealand, Colombia, India, Bangladesh, Uganda, California and Colorado. In addition, ongoing legal and policy processes relating to the rights of Nature are reported in the 2019 UN General Assembly Report of the Secretary-General *Harmony with Nature* (A/74/236) available at <https://undocs.org/pdf/symbol=en/A/74/236>. These ongoing trends include a wider range of countries and local communities, including some European nations. Further pending cases of recognition of rights to Nature are addressed by C. M. Kaufmann, *Mapping Transnational Rights of Nature Networks and Laws: New Global Governance Structures of More Sustainable Development*, prepared for the International Studies Association Annual Conference, Toronto, March 29, 2020.

debate in those countries where the strong anthropocentric tradition is strongly rooted and expressed through legal categories.

2. *Nature through the lens of the law: from exploitation and usefulness to conservation and protection*

In the philosophical-legal debate, especially in western tradition, nature has been alternatively conceived as the source and generator of value for specific groups and actors (for instance in the Natural law tradition) or as the constant conjunction of causes and effects linked by the principle of casuality (Legal positivism perspective)¹². Despite being very different positions on nature, these two conceptions point at nature as something of immediate human utility¹³, object of unlimited exploitation. As a direct consequence of this understanding, for quite a long time, environmental protection has been developed as anthropocentric in focus not recognizing an intrinsic value to nature. The shift from usefulness to humans and wild exploitation to appreciation of the close ethical relationship between humans and natural resources was promoted by the influential philosopher and scientist Aldo Leopold. In his well-known book entitled *A Sand County Almanac*, he argued in favor of a holistic biocentric morality and developed ideas that became crucial in modern environmental ethics. According to Leopold, what he termed *land ethic* «changes the role of Homo sapiens from conqueror of the land community to plain member and citizen of it»¹⁴. Leopold's land ethic incorporates a holistic approach¹⁵, which is the main factor for the conceptual shift from exploitation to protection. In the legal sphere, the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling is a paradigmatic example of the acceptance of this important shift in focus. In this convention whales are no longer considered just a resource for human consumption. Rather, they belong to species that have to be conserved. Further examples concerning ecosystem protection are the 1992 Biological Diversity Convention, the 1991 Protocol on Environmental Protection and the 1980 Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, just to mention a few. The emergence of these international legal norms has changed the nature of environmental conser-

¹² H. Kelsen, *Pure theory of law*, New Jersey, 2005.

¹³ There have been some attempts to draw on the principles of Natural law in order to extend rights to animals and nature and consequently to refuse Cartesian view on nature as a means for the use and purposes of humans, see for instance J. Lawrence, *Philosophical and practical treatise on horses: and on the moral duties of man towards the brute creation*, London, 1796.

¹⁴ A. Leopold, *A sand county almanac*, New York, 1949, 240 ff.

¹⁵ P.F. Cramer, *Rethinking environmental protection. A natural approach to nature*, Maryland, 2000.

vation. As a matter of fact, these norms have internationalized Leopold's suggestion and recognition that human beings cannot exist without preserving the environment. However, the focus remains anthropocentric, though «a more dilute anthropocentrism which recognizes the interrelatedness and interdependence of the natural world of which human beings form a part»¹⁶.

When the sustainable development narrative began between the 1980s and 1990s, the attempt was to further use the assumptions of that weak anthropocentrism to move towards the equal balance between economic, social, and environmental interests (three pillars model). The idea was that economic, social, and environmental considerations had to be integrated in all sectoral policies, with all elements having equal weight. This three pillars model won political and legal approval and prevailed over other models concerning sustainability¹⁷. In the European Union, this is evidenced by the legal relevance attributed to the principle of integration in Article 6 of the Amsterdam Treaty, being this principle the main tool to implement the three pillars model¹⁸. However, the treaty does not provide a strict obligation to equally treat environment and economy from a legal-judicial perspective. The lack of a strict obligation to equally weight the three pillars was one reason for turning to a more technical and business-oriented conception of sustainability as referred to earlier by limiting the notion to mere technical solutions (environmental impact assessment being one example of this trend). And as a result, the law itself has been reduced to a means of technicalities losing sight of the broader ethical vision of sustainability that could have been promoted through legal rules. As Sienkiewicz notes «[r]egulatory measures are merely one aspect of what should be a comprehensive environmental policy [...] In addition to regulatory measures, comprehensive environmental policy should include education, collaboration, tax-based incentives [...]»¹⁹. In order to achieve such a comprehensive approach, regulatory measures of a technical kind are important, albeit not enough. The virtuously *performative* quality of the law is needed²⁰. This is the ability of the law to lead towards a social coexistence based

¹⁶ C. Redgwell, *Life, the universe and everything: a critique of anthropocentric rights*, in eds. A. Boyle and M. Anderson, *Human rights approaches to environmental protection*, Oxford, 2003, 71-87, 73ff.

¹⁷ From a strict legal perspective, international law experts have studied different legal regimes following the Johannesburg Summit in 2001 in order to analyze the level of integration of environmental protection into different legal instruments. The best example of integration is represented by 'highly integrated new regimes.' These are legal regimes which include social, economic, and environmental aspects in the negotiation process, in the final agreement, and in the mechanisms used to solve conflicts. One example is the 2005 Cartagena Protocol on Biosafety, see M.C. Cordonier Segger, A. Khalfan eds., *op. cit.*; M.C. Cordonier Segger, C.G. Weeramantry eds., *Sustainable justice reconciling economic, social and environmental law*, Leiden, 2004.

¹⁸ M.C. Cordonier Segger, C.G. Weeramantry eds., *op. cit.*; D. French, *op. cit.*

¹⁹ A. Sienkiewicz, *Toward a legal land ethic: punitive damages, natural values, and the ecological commons*, in *Penn St. Envtl. L. Rev.*, 2006, 91, 95-96, 96 ff.

²⁰ L. Ferrajoli, *Principia Juris*, Roma-Napoli, 2007.

on higher standards of decency and shared ethical values by means of its language and symbolic power of some of its categories. Attribution of legal personhood to nature goes in this direction.

As we will see in the following paragraph, the concept of Person in the law is indeed not just technical, but it is symbolic and value laden. And these features of the concept can contribute to strengthening the attempts of concretely recognizing intrinsic value to nature and natural resources and, in so doing, to promote equal weighting of environment with economic and societal interests as requested by the original ethical vision of sustainable development.

3. *What do we gain by qualifying nature as a legal Person?*

Legislations and court decisions that have attributed the qualification of Person to nature are distributed around the world²¹, albeit not everywhere, though the trend is expanding. As we will see in what follows, problems concerning legal recognition of personhood to Nature do not depend on a technical impossibility. Rather, they are the outcome of a value laden choice influenced by the controversial semantic history of the concept of Person. This is indeed a polysemous concept whose meaning changes according to the context in which it is deployed. Legally speaking, Person has been at the center of heated debates between Natural law's defenders and advocates of Legal positivism. Debates on the definition of Person, of who is Person, of who has the properties needed to be included in its definition, have been tightly interwoven into larger controversies over the desirability of policies mandating inclusion or exclusion as for the distribution of benefits and rights²². In the legal sphere, Person is not a descriptive concept, rather a normative one. In general, it is a scheme used when some acts are qualified by norms²³. In other words, it is a mechanism to judge human behaviors: it allows us to authorize, prohibit, oblige or forbid behaviors. In legal doctrine two conceptions of legal personhood can be identified: a strict technical approach and an *axiological* one. In the European context, the most relevant theoretical approach can be traced back to Hans Kelsen's definition of the concept of Person. In his view, Person is a normative concept referring to the personification of a set of norms regulating the conduct of human beings: natural/physical Person refers to

²¹ See supra footnote 11.

²² Qualification of nature as Person represents one example of the different situations in which the attribution of this qualification has been debated historically. The status of the embryo is one field of heated controversies in ethical discussions. But recently, proposals were made to qualify robots characterized by autonomous and self-learning abilities as legal Person (e-personality), thus entitling them to rights and duties.

²³ U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1985.

the acts of a single human being, whereas juridical Person refers to the acts of a collectivity of human beings like a society²⁴. Instead, the *axiological* approach is best understood with reference to the process of «constitutionalization of the Person». During this process the Person loses its strict technical features and neutrality, and it becomes the legal tool to construct one's individuality and to identify the values underpinning the legal system²⁵.

In European constitutions and in the Charter of Fundamental Rights, the Person is entitled to fundamental rights irrespective of differences among individuals. Whereas individual and difference are descriptive concepts, Person and rights are normative concepts. Following this perspective, individual identities or differences amongst individuals are equally protected and respected as they belong to the intimate, intangible, and unquestionable sphere of every Person. Thus, equality as equal freedom of rights is the *equality of differences*, which represents the value or the dignity of the Person²⁶. This idea of equality is the result of the separation of the law from nature and also from morality. In other words, equality is the equal right of everybody to affirm and protect one's own identity by virtue of the equal value associated with all differences that make Person an individual different from others and each individual Person like everybody else²⁷.

The narrative of fundamental/human rights, and specifically of equality, is therefore strictly connected to the abovementioned ideal of Person. This narrative allows going to the heart of power organization and manifestation. As Luigi Ferrajoli deftly observes, human rights limit the exercise of any power by framing the «sphere of undecidable»²⁸. In this sense, human rights represent a bulwark against any form of power, not only state power but also economic and technological powers. Recognition of human rights oblige institutions and governments to protect those rights by creating conditions to concretely implement them.

This focus on obligations of institutions as the correlative of the rights of the Person is a relevant argument in favor of extension of rights to nature or natural resources. Indeed, following this perspective, to attribute legal personhood to nature would mean to qualify nature as Person, thus obliging institutions to protect it against any power as it would be part of the «sphere of undecidable». Of course, to move in this direction means to be in favor of a broader applicability of the concept of Person, recognizing that legal categories are not fixed and can be extended for good reasons. This extension within the human rights framework can produce some positive effects for the destiny of nature, in particular

²⁴ H. Kelsen, *op. cit.*

²⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Napoli, 2012.

²⁶ L. Ferrajoli, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

the elevation of nature to a «level of moral and legal considerability commensurate with that of humans»²⁹. As an indirect consequence, this could have positive implications for the popular understanding of nature and environment because the language of rights has an evocative power functional to shaping higher moral standards of behavior. And this performative effect could also be experienced in the judicial context as encouragement to «develop a viable body of law» as Stone already prophesized³⁰. Thus, rights-talk, albeit not being a universal panacea, could contribute to achieving those goals of sustainability, as originally envisioned (equal consideration of environment, economy, and society), which have not been reached so far. Attribution of rights directly to nature may result in the recognition that this personified entity has a right to be protected, to not being destroyed, and to be restored when exploited and so on. As was observed, «for such rights to perform their function there would have to be a standard against which to measure whether what is being claimed is too much or too little»³¹. In light of this statement, I think that to achieve a comprehensive protection of nature as well as of humans it is important to introduce two conceptually different, albeit interrelated, categories of rights, namely, on the one hand, *environmental rights* concerning directly humans and indirectly nature and *rights of nature/environment* directly concerning nature and indirectly humans.

Although these two expressions are often used interchangeably, especially in common language, upon deeper analysis it is evident that they refer to different subjects entitled to rights, humans on the one side and nature on the other. Recognition and enforcement of both categories of rights could produce the necessary shift to change the course of environmental degradation as it could produce the best results in terms of preserving, managing, and protecting nature. Of course, rights of nature/environment will be exercised indirectly through human action as is the case for some human beings. Consider, for instance, the two extreme cases of newborns or patients in permanently vegetative states. However, the conceptual distinction between the two categories of rights could serve the specific purpose of virtuously shaping attitudes and behaviors as a manifestation of the virtuously *performative* ability of the law.

In light of the previous considerations, we can argue that to extend legal personhood to nature is in principle technically possible also in contexts characterized by a strong anthropocentric approach like the European one. Problems may arise when it comes to enforcement, which does not only mean to expand the list

²⁹ C. Redgwell, *op. cit.*, 83 ff.

³⁰ C.D. Stone C D Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review*, 1972, 45, 450-501, 489 ff.

³¹ J.G. Merrills, *Environmental protection and human rights: conceptual aspects*, in eds. A. Boyle and M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, 2003, 25-41, 33 ff.

and the entities entitled to their exercise, but to effectively enforce them³². In the following paragraph, legal trends and court decisions will be considered that have already established an operative legal basis for recognition of the rights to Nature.

4. *Legal trends and court decisions: attributing legal personhood to natural resources*

Needless to say, legislation and court decisions are two interrelated ways of building the traits for a global constitutionalism³³, as judicial enforcement is the concrete action through which legal implementation of rules is granted. But there is an additional crucial aspect of judicial activity, namely that it contributes not only to implementing policies and the resulting rules, but it is essential to their establishment and enforcement. Thus, legislating and deciding are not conflictual activities, but mutually supportive. If the aim is to achieve higher standards of environmental protection by attributing legal personhood to nature both the legislative and the judicial branches of the state architecture should work in tandem to grant the «sphere of undecidable»³⁴ to those qualified as Person. This is what occurred in some legal systems³⁵ like the Ecuadorian one. In what follows, this case and the most representative legislations and court decisions of the past 15 years will be mentioned in order to highlight the international legal trend on this topic³⁶, in which European legislators and courts are currently absent. But some trends show that this gap could be filled soon³⁷.

From the legislative perspective, the first revolutionary step was made in 2006 when the rural community of Tamaqua Borough issued the *Tamaqua Borough Sewage Sludge Ordinance*³⁸. In section 7.6 it is stated that «Borough residents, natural communities, and ecosystems shall be considered to be “persons”

³² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1996.

³³ S. Rodotà, *op. cit.*, 68 ff.

³⁴ L. Ferrajoli, *op. cit.*

³⁵ Recognition of the rights to Nature may follow three ways: through courts' decisions; through the introduction of the legal identity of Nature in constitutions or acts; by using new pro Natura argumentative methods, see European Economic and Social Committee, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature. Study*, 2019, p. 14, available at <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-03-20-586-en-n.pdf>. Last accessed January 2021.

³⁶ Further countries representing this trend are for instance: Bangladesh, which became the first country to grant all its rivers the same legal status as humans in 2019. This means they will be treated as living entities in a court law; Uganda, which recognized the rights of Nature in the 2019 National Environment Act; Ohio, which did the same with the Lake Erie Bill of Rights in 2019, though it was declared unconstitutional in 2020; local communities in Colorado and California adopting the rights of Nature into their legislations.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ The text of the ordinance is available at <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload666.pdf>. Last accessed July 2020.

for purposes of the enforcement of the civil rights of those residents, natural communities, and ecosystems». In this ordinance, those who have the right/duty to act in the name and on behalf of ecosystems qualified as Persons are the residents of the community. Following this perspective, nature, in particular ecosystems, are considered as those humans that cannot act and exercise their rights directly as referred to earlier. Three years later, the small city of Shapleigh in Maine issued a similar rights-based water extraction ordinance prohibiting Nestlé Corp. from extracting groundwater to fill their water bottles. In 2008 Ecuador introduced the rights of nature at the constitutional level. Article 71 clearly states that «Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes»³⁹. In the same direction legal provisions were adopted in Bolivia⁴⁰ in 2010 and in Mexico between 2014 and 2017. As for Bolivia, two acts were promulgated: Act n. 071 de *Derechos de la Madre Tierra* (December 21, 2010) and Act n. 300 *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien* (October 15, 2012)⁴¹. In 2014 in Mexico, the State of Guerrero passed a constitutional amendment that recognized the rights of nature in Article 2 and in Article 18 of the Constitution of Mexico City. In 2017 in New Zealand, the river Te Awa Tupua was declared legal Person in the *Te Awa Tupua Act*, which states «Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person»⁴².

These rules, whether legislation or constitutional provisions, show that attribution of rights directly to nature by qualifying it as Person is an increasingly widespread legal trend supported by the United Nations⁴³. In 2009, indeed, the General Assembly of the United Nations affirmed the intrinsic value of nature and the earth-centric approach, well expressed by the selected notion of *Harmo-*

³⁹ English translation of the Constitution available at <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>. Last accessed July 2020

⁴⁰ In Ecuador and Bolivia, the rights of Nature are part of a more general philosophical vision inspired by the concept of *Buen Vivir*, which means living in harmony with nature, with oneself, and with others. See S. Baldin, I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia, *Visioni LatinoAmericane*, 2014, 10, 25-39; A. P. Benalcázar, *Il Buen Vivir -sumak kawsay- la costruzione di un paradigma per una diversa umanità (Ecuador)*, in eds. R. Martufi and L. Vasapollo, *Futuro indigeno. La sfida delle Americhe*. Milano, 2009.

⁴¹ Respectively available at <https://bolivia.infoleyes.com/norma/2689/ley-de-derechos-de-la-madre-tierra-071> and http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/FAO-countries/Bolivia/docs/Ley_300.pdf. Last accessed July 2020.

⁴² Article 14 (1) Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017.

⁴³ This new trend represents an important, albeit not definitive, shift in the UN approach to Nature that has long been characterized by the anthropocentric vision as testified by the 1972 UN Conference on the Human Environment; 1987 World Commission on Environment and Development; 1992 United Nations Conference on Environment and Development; 2001 World Summit on Sustainable Development; 2015 UN Sustainable Development Summit.

ny with Nature.⁴⁴ On the dedicated website, it is explicitly recognized «that planet Earth and its ecosystems are our home and that “Mother Earth” is a common expression in a number of countries and regions, and we note that some countries recognize the rights of nature in the context of the promotion of sustainable development»⁴⁵.

Beyond the legislative and constitutional changes, there are some paradigmatic court decisions that base their judgment on or at least discuss as possible future development the recognition of rights and legal personhood to nature. These are decisions from courts in different countries that try to concretely implement the rights of nature. In what follows the most relevant cases are chronologically listed.

The 2011 Ecuadorian case is the first case of judicial enforcement of the rights of nature. Two landowners demanded the observance of the rights of nature protected in Article 71 of the Ecuadorian Constitution. The case was presented before the Provincial Court of Justice of Loja and an injunction in favor of the Vilcabamba River was granted. The Court ruled on the rights of nature «to exist, to be maintained and to the regeneration of its vital cycles, structures and functions»⁴⁶. In 2015 the Supreme Court of New York, dealing with the legal status of two chimpanzees discussed whether these animals could be qualified as legal Persons. Although the court denied legal personhood to the chimpanzees, there were interesting arguments that showed how dynamic and transient the meaning of Person has been during history. As the court recognized: «the concept of legal personhood [...] has evolved significantly since the inception of United States [...] Not very long ago, only caucasian male, property-owing citizens were entitled to full panoply of legal rights under the United States Constitution.»⁴⁷ And the court quoted a previous decision stating that «if rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied»⁴⁸.

In 2016 Colombia's *Tribunal Constitucional* ordered protection of the Aratro River as an autonomous entity subject to rights⁴⁹. In the following year, in March 20, 2017 the High Court of Uttarakhand at Nainital, India⁵⁰ declared the Ganges and Yumana rivers as living persons with rights akin to other living enti-

⁴⁴ 2009 The first UN General Assembly Resolution on Harmony with Nature (*A/RES/64/196*) was adopted. More information available at <http://www.harmonywithnatureun.org/chronology/>. Last accessed July 2020.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Wheeler c. Director de la Procuraduría General del Estado de Loja, Juicio No. 11121-2011-0010.

⁴⁷ The Nonhuman Rights Project v. Stanley, Supreme Court of the State of New York, New York County, Decision and Order, Intex. No. 152736/15, July 29, 2015, 18 ff.

⁴⁸ Obergefell v. Hodges, US, 135 S Ct 2602, 2015.

⁴⁹ Decision T-622/ 2016 The Aratro River as a 'subject of rights'.

⁵⁰ Mohd. Salim v. State of Uttarkhand and Others. Writ Petition (PIL) No. 126/2014, March 20, 2017.

ties. The court employed the concept of *juristic person* stating that «a juristic person, like any other natural person is in law also conferred with rights and obligations and is dealt with in accordance with law. In other words, the entity acts like a natural person but only through a designated person»⁵¹. This decision was followed by a second one⁵² in which the same High Court declared the Himalayan mountain ranges, glaciers, rivers, streams, rivulets, lakes, jungles, air, forests, meadows, dales, wetlands, grasslands and springs «as the legal entity/legal person/juristic person/ juridical person/moral person/artificial person for their survival, safety, sustenance and resurgence»⁵³.

The legal provisions and court decisions discussed are not isolated attempts to revisit the *semantic pendulum* of the concept of legal Person and its strict connection with rights. In fact, the movement to extend legal personhood to nature «continues to build momentum»⁵⁴ and «the concept of legal rights for nature is becoming part of mainstream environmental law»⁵⁵, although, as mentioned above, not a globally accepted one yet. Resistance to this change do not depend on the technical impossibility of extending the category of Person to nature, but on different reasons like the legal tradition and understanding of legal categories, the historically rooted primacy of technology over nature, and the religious tradition that contributed to crystallizing the strong anthropocentric vision⁵⁶. These factors may represent an obstacle, but not an absolute one, as traditions and legal categories are not set in stone and can be changed to serve new unprecedented purposes. Today, the environmental emergency demands a radical change in our ethical view on nature at a global level. The trend discussed in the current paragraph can produce positive effects only if it finds global acceptance and enforcement.

5. (Un)conclusive remarks

In the legal sphere, the idea of extending the concept of legal personhood to include non-human entities goes back over 100 years. For instance, in the USA in 1913 Sir John Salmond suggested revolutionary uses of legal forms to achieve utilitarian objectives. He clearly stated that «A legal person is any subject-matter

⁵¹ *Ibidem*, 62 ff.

⁵² Lalit Miglani v. State of Uttarakhand and Others. Writ Petition (PIL) No. 140 of 2015, March 30, 2017.

⁵³ *Ibidem*, 65 ff.

⁵⁴ E. O'Donnel, *Legal rights for rivers. Competition, collaboration and water governance*, New York, 2019, 1ff.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ See S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia, Visioni LatinoAmericane*, 2014, 10, 25-39.

to which the law attributes a merely legal or fictitious personality. This extension, for good and sufficient reasons, of the conception of personality beyond the limits of fact -this recognition of persons who are not men- is one of the most noteworthy feats of the legal imagination»⁵⁷. Salmond's statements highlight a basic, albeit still often neglected, reality: legal categories, principles, and concepts are not set in stone. They are not fixed, given entities⁵⁸ that have to be accepted and implemented in positive law as maintained by many advocates of the Natural law tradition or by those who are interested in maintaining the *status quo* so that their power is not put into question. Rather, legal categories are created by men for men. This point is crucial in the current discussion about recognition of rights to nature through legal personhood. Indeed, to choose to ascribe rights directly to nature has a twofold meaning. The first is technical, that is, to confer legal standing (the ability to sue and be sued) which enables Persons to go to court and protect their rights directly or indirectly. The second is value laden. As matter of fact, although strictly legally speaking, Nature and humans will have a different degree of legal capacity and subjectivity, the most effective outcome of this operation lies in its largely symbolic significance. It impacts on the perception humans have of nature by representing nonhuman entities as equal to humans. And this operation serves the purpose of affirming values in ways that draw them back into the social field from which they emerged, reconnecting them with ongoing political and cultural struggles. It is our choice to decide how far the concept of Person can be extended to include new entities. The success of this activity depends on different factors: educational, cultural, ethical, political, and so on. So far, despite the courageous decisions as referred to earlier, the judicial and legal trend recognizing rights to nature is still scarce and therefore unable to promote the dramatic shift needed to overcome environmental degradation by promoting higher standards of moral behaviors. To be effective the choice of assigning legal personhood to nature should be a global shared one, but we are still far away from reaching such a common consensus. A further general legal problem concerns judiciary enforcement. As a matter of fact, when nature does not have any formally identified guardians, the enforcement of the attributed rights relies on generic entities like citizens or NGOs.

To conclude, what could be more general positive outcomes of the legal recognition of rights directly to nature regards both the elevation of moral standards concerning our relationship with natural resources and the narrative of sustainable development as originally envisioned. As concerns this last point, two may be the relevant results in this field depending on what policy makers want

⁵⁷ J.W. Salmond, *Jurisprudence*. 4th ed. London, 1913, 279 ff.

⁵⁸ P. Borsellino, *Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?* In eds. A. Ballarini, *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, 2018, 107-128.

to emphasize. First, the three pillars model demanding equal consideration of the economic, social, and environmental aspects could be strengthened by treating nature as legal Person because judicial treatments of the three pillars (economy, society, and environment) would no longer be based on the traditionally well rooted asymmetric relationship between development and environment, which usually results in the former prevailing over the latter in court decisions. Secondly, in case the before mentioned balancing outcome should be hindered by the strongly hierarchically rooted economic interests that usually predominate over environmental ones, legal personhood attributed to Nature could be pivotal in strengthening the logic of obligations underlying the original conception of sustainable development⁵⁹ that interrelates protection of environment with granting intergenerational equity.

In other words, the perspective that integrates *environmental rights* and *rights of environment* could be the successful way to protect both human beings and the environment from which their lives depend.

⁵⁹ On this point see F. Fracchia, *op. cit.*

Silvia Salardi - Abstract

Nature through the lens of the law: from sustainable development to legal personhood. A philosophical-legal sketch

The Anthropocene narrative highlights that human activities are the main cause of climate changes and environmental degradation. To limit this disaster interventions can be made at different levels, and the legal one is part of the available options. Starting the end of the 1980s attempts to protect nature were based on the concept of sustainable development. However, to manage nature from the sustainable development's perspective has not proven decisive. Starting the second decade of the 21st century, in different countries throughout the world decisions were made to recognize the qualification of legal personhood to nature or to single natural resources. The paper tries to highlight the advantages of this trend both for humans and for the environment based on the optimistic assumption that following it can contribute to strengthening the original narrative of sustainable development and to reaching higher moral standards based on which changes in ideas and behaviors can be achieved.

La natura attraverso la lente del diritto: dallo sviluppo sostenibile alla personalità giuridica. Uno spunto filosofico-giuridico

La narrativa dell'Antropocene sostiene che le attività umane siano la causa principale del cambiamento climatico e del degrado ambientale. Per limitare questa catastrofe si possono attuare interventi a vari livelli, tra cui quello giuridico. A partire dalla fine degli anni Ottanta, i tentativi compiuti per proteggere la natura sono stati basati sul concetto di sviluppo sostenibile. Tuttavia, la gestione delle risorse naturali dal punto di vista dello sviluppo sostenibile si è rivelata non decisiva. A partire dal secondo decennio del Ventunesimo secolo, in diversi paesi del mondo sono state prese decisioni per riconoscere la personalità giuridica alla natura o alle singole risorse naturali. L'articolo si propone di sottolineare i vantaggi di questo modello sia per gli esseri umani che per l'ambiente, basandosi sulla premessa ottimistica che questo potrà contribuire a rafforzare la visione originaria dello sviluppo sostenibile e a raggiungere standard morali più elevati su cui basare cambiamenti nelle idee e nei comportamenti.

Uscire dall'emergenza: la dimensione economico-lavorativa della disuguaglianza di genere tra problemi e prospettive

Giulia Bettin, Laura Trucchia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le donne e il mercato del lavoro italiano. – 3. Le logiche degli interventi normativi in tema di lavoro femminile e disuguaglianza di genere. – 4. Fattori socio-culturali che contribuiscono alla disparità: segregazione occupazionale e lavoro di cura. – 5. Gli ostacoli da rimuovere come sfide non soltanto normative: gli stereotipi sociali e culturali. – 6. L'impatto della pandemia sulle disuguaglianze di genere. – 7. Le proposte in campo. – 8. Conclusioni: verso una strategia della parità.

1. *Premessa*

La disuguaglianza di genere continua ad essere un tema di primo piano a livello internazionale. L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile¹, sottoscritta nel 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, contiene 17 obiettivi per lo sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*), che si pongono in continuità con i precedenti obiettivi di sviluppo del millennio (*Millennium Development Goals*) sottoscritti nel 2000². Il quinto obiettivo dell'Agenda 2030 riguarda la parità: raggiungere l'uguaglianza di genere ed emancipare tutte le donne e ragazze. Le disuguaglianze di genere investono diversi ambiti: sanità, istruzione, mondo del lavoro e partecipazione politico-istituzionale. Se grossi passi in avanti sono stati fatti a livello mondiale almeno dal pun-

* Sebbene il lavoro sia frutto di riflessioni comuni, a Giulia Bettin sono attribuibili i paragrafi 1-2-4-6 e a Laura Trucchia sono attribuibili i paragrafi 3-5-7-8.

¹ Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU 70/1 del 25 settembre 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, in https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

² Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU 55/2 del 8 settembre 2000 *United Nations Millennium Declaration*, in <https://undocs.org/A/RES/55/2>.

to di vista del diritto all'istruzione primaria, permangono grosse disparità nell'accesso ai gradi di istruzione superiore, alle cure mediche, ad un lavoro dignitoso ed equamente retribuito, così come nella rappresentanza nei processi decisionali, politici ed economici.

La Strategia Europa2020, finalizzata alla promozione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva in tutti i paesi dell'Unione Europea, prevede esplicitamente, nell'ambito degli orientamenti integrati Europa 2020, che debba «essere aumentata la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e deve essere garantita la parità di genere, compresa la parità di retribuzione. Dovrebbe essere promossa la conciliazione tra vita professionale e familiare, in particolare l'accesso a costi ragionevoli all'istruzione di qualità per la prima infanzia, ai servizi di assistenza e all'assistenza a lungo termine»³.

Il *World Economic Forum* da oltre un decennio cerca di misurare le disuguaglianze di genere attraverso un indicatore sintetico, il *Global Gender Gap Index*. L'ultima edizione del rapporto, pubblicata a inizio 2021, ha mostrato come sarà necessario più di un secolo su scala globale per arrivare alla piena parità di genere. Focalizzandosi esclusivamente sulla sfera della partecipazione economica, l'attesa si allunga a 268 anni.

L'Italia si trova al 63esimo posto della graduatoria a livello mondiale: i buoni risultati per quanto concerne l'accesso all'istruzione e alle prestazioni sanitarie sono controbilanciati, in negativo, da una partecipazione all'economia e alla vita politico-istituzionale ancora troppo limitate. Sulla sfera economica, in particolare, si sta perdendo terreno nel confronto internazionale, benché i dati dimostrino progressi enormi rispetto alla situazione del mercato del lavoro nazionale di 50 anni fa.

Analogamente, il *Gender Equality Index* costruito per monitorare i progressi in tema di parità di genere nei paesi dell'Unione Europea mostra come l'Italia si trovi al 14esimo posto della graduatoria europea per il 2020, con un valore (63.5 punti su 100) ancora inferiore rispetto alla media europea (67.9 su 100). In termini comparativi, l'Italia è il paese europeo che dal 2010 in poi ha mostrato i progressi più rapidi, sebbene questi non siano omogenei tra le diverse aree prese in considerazione, come dimostra l'ultimo posto in graduatoria per quanto concerne il lavoro.

L'obiettivo di questo articolo è dunque approfondire la dimensione economico-lavorativa delle disuguaglianze di genere in Italia, analizzandone l'entità e le possibili cause, anche alla luce della recente emergenza legata alla pande-

³ Decisione (UE) 2015/1848 del Consiglio sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione per il 2015 (http://publications.europa.eu/resource/cellar/f8ee454a-730a-11e5-9317-01aa-75ed71a1.0012.03/DOC_1).

mia Covid-19, e offrendo al contempo una valutazione sugli interventi normativi posti in essere a riguardo.

2. *Le donne e il mercato del lavoro italiano*

Il divario di genere nella sfera lavorativa può essere osservato e quantificato tenendo conto di tre dimensioni principali: partecipazione al mercato del lavoro, retribuzione e progressione nella carriera. Si tratta di dimensioni fortemente interrelate tra loro, che discendono da cause comuni rintracciabili nello sbilanciamento del carico di lavoro domestico e di cura, che grava quasi interamente sulle donne, nella maggiore discontinuità della carriera lavorativa femminile, principalmente dovuta alla maternità, e nella “segregazione” educativa e occupazionale, che vede le donne quasi assenti in molti settori dinamici e ad elevata occupabilità.

Per quanto riguarda la partecipazione, il tasso di occupazione femminile in Italia risulta ancora significativamente inferiore rispetto a quello maschile. A inizio 2020 il divario era pari a circa 18 punti percentuali, quasi il doppio di quello osservato a livello europeo, poco al di sopra dei 10 punti percentuali. L'Italia si trova infatti agli ultimi posti in Europa per quanto riguarda la partecipazione femminile, scontando peraltro difficoltà strutturali del mercato del lavoro che fanno registrare nel nostro Paese anche uno dei tassi di occupazione complessiva (maschi e femmine) più bassi dell'intera Unione⁴.

I progressi registrati nel nostro Paese negli ultimi 40 anni sono tuttavia evidenti: nel 1980 lavorava appena una donna su tre, a inizio 2020 una su due. Il trend positivo dell'occupazione femminile non ha risentito in misura significativa della Grande Recessione degli anni Duemila, i cui effetti si sono concentrati prevalentemente in settori a prevalenza maschile, come il manifatturiero e l'edilizia. Discorso diverso vale, come vedremo, per la crisi attuale, legata all'emergenza Covid-19, che sta interessando maggiormente quei settori dei servizi come il commercio, il turismo, la ristorazione, dove la quota di occupati donne sul totale risulta più elevata.

I dati a livello nazionale celano tuttavia un divario Nord-Sud diventato ormai strutturale: nel Mezzogiorno, il tasso di occupazione complessivo si fermava al 48% nel 2019, mentre quello femminile era di poco superiore al 35%. La scarsa dinamicità del tessuto imprenditoriale esistente, unita ad un ampio ricorso al lavoro informale fanno sì che per le donne che vivono nelle regioni del Sud

⁴ Nel 2019, la percentuale di occupati sulla fascia 20-64 anni in Italia era pari al 63 per cento, contro una media del 73 per cento per l'Unione a 28 paesi. Cfr. dati Eurostat all'indirizzo https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/-/t2020_10&lang=en.

la partecipazione alla vita lavorativa continui a risultare particolarmente ostica, e l'unica strada percorribile diventi, in molti casi, l'emigrazione verso le zone maggiormente produttive del Centro e del Nord, oppure verso l'estero.

La partecipazione femminile al mercato del lavoro italiano si concentra nel settore pubblico: tra i dipendenti pubblici, la quota maschile è pari a poco più del 40%, rappresentando invece quasi il 60% dei lavoratori dipendenti del settore privato⁵.

Il divario salariale tra uomini e donne viene solitamente valutato sia in termini di retribuzione oraria lorda, sia in termini di salario annuale. Se il primo risulta abbastanza contenuto in Italia, il secondo è decisamente elevato, superiore alla media dell'Unione Europea. Le donne italiane infatti guadagnano in media il 5,3%⁶ in meno degli uomini su base oraria, mentre il divario retributivo di genere nel salario annuale medio sale al 43,7%.

L'apparente discrepanza tra i due dati è in realtà riconducibile a diversi fattori che caratterizzano l'occupazione femminile. Innanzitutto, va considerata l'elevata incidenza, tra le lavoratrici, del part-time e del tempo determinato, e quindi in generale una situazione di maggiore precarietà dell'impiego. Oltre un terzo delle donne lavora con un contratto part-time in Italia, mentre tra gli uomini l'incidenza è inferiore al 10%⁷. Il ricorso al part-time è aumentato nell'ultimo decennio da parte di tutti i lavoratori, senza che si riducesse l'ampio divario di genere esistente, stabilmente superiore ai 20 punti percentuali. Esso risulta una peculiarità femminile anche per quanto riguarda l'ambito specifico del pubblico impiego, in cui le donne rappresentano oltre l'80% dei dipendenti che ricorrono alle varie forme di part-time, orizzontale, verticale e misto⁸. Per quanto riguarda il carattere dell'occupazione, il peso dei contratti a tempo determinato sul totale dell'occupazione dipendente tende a essere strutturalmente superiore tra le donne, anche se la differenza rispetto agli uomini è andata assottigliandosi sempre di più negli ultimi anni fino a scendere al di sotto di un punto percentuale (17,3% tra le donne e 16,7% tra gli uomini, nel 2019)⁹.

Entrambi i fattori sono condizionati dalle necessità di conciliare i tempi di lavoro e di cura della famiglia, su cui torneremo nel dettaglio in seguito, e dalla frammentazione delle carriere lavorative delle donne, soggette a discontinuità più o meno lunghe – se non interruzioni definitive – in corrispondenza della mater-

⁵ Cfr. dati INPS relativi all'ultimo anno disponibile (2018) dell'Osservatorio sui Lavoratori pubblici e dell'Osservatorio sui lavoratori dipendenti.

⁶ Cfr. dati EIGE per il 2016 disponibili all'indirizzo <https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/data-talks/what-lies-behind>.

⁷ Cfr. banca dati Istat resa disponibile dall'Istat all'indirizzo www.dat.istat.it.

⁸ Cfr. dati INPS dell'Osservatorio sui Lavoratori pubblici, cit.

⁹ Cfr. banca dati Istat, cit.

nità. La letteratura economica a livello internazionale ha da tempo messo in luce come i divari tra uomini e donne nel mercato del lavoro siano direttamente legati alle “penalità” conseguenti alla nascita di un figlio, che interessano prevalentemente le carriere femminili e si confermano un fenomeno pervasivo, benché eterogeneo, in tutte le economie avanzate. Fino alla nascita del primo figlio, le traiettorie dei guadagni di uomini e donne risultano simili, ma subito dopo la prima maternità i guadagni delle donne calano sensibilmente, mentre in generale non si registra alcun impatto sui guadagni degli uomini. Laddove una piccola contrazione vi sia, essa è associata, come nel caso della Svezia¹⁰, a politiche di *welfare* più generose in termini di congedi di paternità o comunque orientate a incentivare i padri a trascorrere maggior tempo con i figli nei primi mesi di vita. Anche nei Paesi notoriamente più all'avanguardia sul fronte delle politiche per la famiglia e dell'uguaglianza di genere, come appunto la Svezia e la Danimarca, si osserva tuttavia una penalizzazione sostanziale per le madri lavoratrici, persistente nel tempo e pari a circa il 20-25% della retribuzione pre-maternità anche a dieci anni di distanza dalla nascita del primo figlio. Tale penalità di lungo periodo è ancora maggiore in altri Paesi: 31% nel Regno Unito, 44% negli Stati Uniti, 51% in Austria e 61% in Germania.

Il cosiddetto *motherhood gap* in realtà non può essere ricondotto semplicemente al divario salariale di genere, perché è osservabile anche tra donne con figli e donne senza figli. In Italia, un recente studio¹¹ ha mostrato come le traiettorie salariali di donne con e senza figli siano pressoché identiche fino alla gravidanza, ma inizino a divergere subito dopo. Se prima della maternità la differenza salariale tra la futura madre e una donna senza figli era nulla, tale differenza quindici anni più tardi ammonta al 53% della retribuzione media pre-maternità.

I fattori che la determinano, nel caso italiano, sono riconducibili al minor numero di settimane retribuite, alla maggior incidenza del part-time tra le lavoratrici madri e alla riduzione del salario settimanale in termini di lavoro equivalente a tempo pieno (*full-time equivalent*). In generale, l'evidenza raccolta conferma che le donne, in seguito alla nascita di uno o più figli, tendono a sperimentare una sorta di deprezzamento del proprio capitale umano, dovuto ai periodi di interruzione obbligatoria dell'attività lavorativa, che spesso vengono allungati attraverso l'utilizzo di ulteriori congedi facoltativi, soprattutto qualora non vi sia un'offerta sufficiente, e accessibile, di servizi di supporto alla genitorialità. Tale discontinuità limita la capacità di accumulare esperienza e in molti casi risulta penalizzante nelle progressioni di carriera verso posizioni caratterizzate da maggiori responsa-

¹⁰ H.J. Kleven, C. Landais, J. Posch, A. Steinhauer e J. Zweimüller, *Child Penalties Across Countries: Evidence and Explanations*, in *American Economic Association: Papers and Proceedings*, 2019, 122 ss.

¹¹ A. Casarico e S. Lattanzio, *Quanto mi costi: l'effetto maternità sulle donne*, in *lavoce.info*, 2020.

bilità. Spesso sono le donne stesse a preferire, al rientro dalla maternità, il passaggio a contratti part-time, o comunque a incarichi di minore responsabilità, che permettono una migliore conciliazione con le esigenze familiari, ma sono allo stesso tempo associati a una retribuzione inferiore¹².

La penalizzazione sul lavoro legata alla presenza di figli si manifesta già negli anni immediatamente successivi all'ingresso sul mercato del lavoro dei laureati italiani: a cinque anni di distanza dalla laurea, tra coloro che hanno figli il tasso di occupazione risulta pari all'89,7% per gli uomini, rispetto al 62,4% per le donne¹³. Le laureate con figli risultano penalizzate anche rispetto alle laureate senza figli, che a cinque anni dal conseguimento del titolo hanno un tasso di occupazione pari all'83,7%. Tra i laureati con figli si allarga anche il differenziale retributivo di genere, che è pari al 26,8% a favore degli uomini, contro il 16,9% calcolato sulla popolazione complessiva (con e senza figli).

Consideriamo a questo punto la terza dimensione del divario di genere menzionata all'inizio: quella riguardante le progressioni di carriera. Le posizioni lavorative di gestione e supervisione sono ricoperte in larga maggioranza da uomini, i quali ricevono più promozioni rispetto alle donne e di conseguenza vengono anche pagati di più. Mediamente a livello europeo la presenza femminile nelle posizioni apicali è scarsa: nel 2019 le donne rappresentano il 18% dei dirigenti, il 28% dei consiglieri di amministrazione e il 37% dei *managers*¹⁴. In Italia la quota di dirigenti e *managers* risulta inferiore (28 e 12%, rispettivamente), mentre per quanto riguarda i consigli di amministrazione la situazione appare più rosea rispetto alla media UE, con una presenza femminile pari al 36%. Questo grazie all'introduzione, nel 2011, di quote di rappresentanza di genere per i consigli di amministrazione e i collegi sindacali delle società quotate in Borsa e delle società a controllo pubblico, attraverso la l. n. 120 del 12 luglio 2011 Golfo-Mosca e il d.P.R. n. 251 del 30 novembre 2012. Al primo rinnovo degli organi sociali, successivo all'entrata in vigore della legge, si prescrive che venga inserito almeno un quinto dei membri del genere meno rappresentato. Al secondo e al terzo rinnovo la quota sale a un terzo. L'effetto di questo provvedimento si è concretizzato, secondo la Commissione Europea¹⁵, in una crescita delle donne nelle aziende quotate italiane pari a 32 punti percentuali tra il 2010 e il 2018, una per-

¹² D. Grimshaw e J. Rubery, *The motherhood pay gap*, Working Paper n.1/2015, International Labour Office, Ginevra.

¹³ Almalaurea, 8 marzo. *Differenze di genere su occupazione e retribuzioni*, Almalaurea, Bologna, 2020.

¹⁴ Eurostat, *Only 1 manager out of 3 in the EU is a woman*, Newsrelease n. 40/2020, Eurostat Press Office.

¹⁵ Eurostat, *2019 Report on equality between women and men in the EU*, Unione Europea, Lussemburgo, 2019, 29 ss.

formance particolarmente positiva in Europa insieme a quella della Francia, che ha varato un provvedimento analogo¹⁶ sempre nel 2011.

L'applicazione delle leggi sulle quote di genere ha dunque permesso un balzo in avanti nella presenza di donne nei consigli di amministrazione delle società quotate e controllate; in assenza di tali norme, la quota femminile sarebbe cresciuta più lentamente, come si osserva negli altri paesi europei che non si sono mossi in tale direzione. Un'analisi più approfondita indica tuttavia che l'applicazione puntuale delle nuove norme non ha ancora promosso cambiamenti profondi all'interno del sistema economico italiano. Poche società quotate sono infatti andate oltre le disposizioni normative, superando la soglia minima prescritta dalla legge in appena il 15% dei casi per quanto riguarda il Consiglio di Amministrazione e nel 26% dei casi per quanto riguarda il Collegio Sindacale¹⁷. Inoltre, non sembra emergere, almeno per il momento, un più vasto effetto a cascata della normativa all'interno delle imprese: l'introduzione delle "quote rosa" negli organi collegiali non ha prodotto un incremento significativo nella presenza femminile nelle posizioni apicali o tra le occupazioni a più elevato reddito. Le posizioni di maggiore rilievo all'interno dei consigli di amministrazione, quali Amministratore Delegato o Presidente, sono raramente occupate da donne, come già sottolineato in precedenza. Guardando alle 100 maggiori società quotate italiane per capitalizzazione di mercato, sebbene le donne rappresentino ormai più di un terzo dei componenti degli organi di governo ricoprono circa un decimo delle cariche di Presidente e poco più di un decimo delle cariche esecutive; le Amministratrici delegate infine sono appena l'8,5%¹⁸. Anche tra le società italiane che non sono oggetto di norme specifiche sulla parità di genere emerge negli ultimi anni un trend positivo, sebbene molto più lento, che riflette principalmente un ricambio generazionale nella direzione di una maggiore presenza femminile tra gli amministratori più giovani.

L'importanza della presenza femminile nelle posizioni apicali, a prescindere da considerazioni relative all'equità nell'accesso alle progressioni di carriera, è essenziale per colmare lacune nei processi decisionali, che spesso non considerano problematiche specifiche dell'occupazione femminile, anche per la mancanza di dati di genere a disposizione¹⁹. Gli esempi riportati nella vasta letteratura esistente sulla disparità di genere e la valorizzazione delle donne sul lavoro vanno dalla necessità, apparentemente banale, di prevedere parcheggi appositi per le dipen-

¹⁶ Loi n° 2011-103, 27 janvier 2011, *Représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle*, in www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023487662&categorieLien=id.

¹⁷ Cerved, *Le donne ai vertici delle imprese*, Rapporto 2020.

¹⁸ MEF, *Il bilancio di genere. Conto del bilancio dello Stato 2019, 2020*, 166 ss.

¹⁹ C. Criado Perez, *Invisibili*, Einaudi, Torino, 2020.

denti in gravidanza²⁰, non considerata fino a quando una dirigente donna non si trova a vivere l'esperienza in prima persona, a questioni più serie legate agli standard di sicurezza sul lavoro, basati su parametri o su risultati di indagini che perlopiù fanno riferimento a una popolazione esclusivamente maschile. Le conseguenze in questo caso possono essere un maggiore rischio, per le donne, di infortuni sul lavoro, qualora si trovino a utilizzare attrezzature o ad indossare indumenti protettivi tarati sulla corporatura maschile, o di sviluppare malattie anche gravi legate all'esposizione a specifiche sostanze i cui limiti massimi prescritti dalla legge sono definiti ancora una volta senza tenere in considerazione le differenze esistenti tra uomini e donne²¹.

La segregazione verticale non è un fenomeno limitato al settore privato, ma si estende trasversalmente anche al pubblico impiego. Nel mondo accademico, essa viene misurata per mezzo di un indicatore, adottato anche a livello europeo, che quantifica l'effetto "soffitto di cristallo" rapportando l'incidenza del personale femminile nel personale accademico complessivo all'incidenza delle donne tra i professori ordinari²². Nonostante un trend decrescente negli ultimi anni, il valore dell'indice per il 2018 pari a 1,53 indica concretamente la sottorappresentanza delle donne nelle posizioni apicali della carriera universitaria, in linea con quanto registrato anche a livello europeo (1,68 nel 2016 per l'UE-28). Le donne nell'accademia italiana rappresentano infatti meno del 39% dei professori associati e solo il 24% dei professori ordinari²³.

3. *Le logiche degli interventi normativi in tema di lavoro femminile e disuguaglianza di genere*

A fronte della situazione che emerge dall'analisi dei dati relativi alle diverse dimensioni della disuguaglianza di genere nel mondo del lavoro, sembra importante valutare quanto e come gli interventi normativi in tema di lavoro femminile abbiano influito sulla sua evoluzione.

²⁰ S. Sandberg, *Facciamoci avanti. Le donne, il lavoro e la voglia di riuscire*, Milano, 2013.

²¹ C. Criado Perez, *op. cit.*, 162 ss.

²² Il *Glass Ceiling Index* rapporta la quota di donne sul personale accademico totale (esclusi i titolari di assegni di ricerca) alla quota di donne sui professori ordinari. Un valore dell'indicatori pari a uno identifica una situazione di perfetto equilibrio. Valori superiori a uno indicano invece la presenza di un effetto "soffitto di cristallo", che si traduce in difficoltà via via crescenti per ricoprire la posizione di professore ordinario al crescere del valore stesso.

²³ MEF, Il bilancio di genere. Conto del bilancio dello Stato 2019, 2020, 244 ss.

L'approccio tradizionale distingue a questo proposito vari periodi, ognuno caratterizzato dalle diverse finalità, di tutela, di pari trattamento o di pari opportunità, prevalentemente perseguite dal legislatore²⁴.

Come si vedrà in questo caso più che di una evoluzione vera e propria si è trattato di scelte che hanno previsto la coesistenza e la sovrapposizione di differenti logiche e la compresenza di diverse anime spesso in contrasto tra loro, logiche e anime che tuttora stentano a trovare composizione.

I primi interventi normativi dedicati ai problemi del lavoro delle donne hanno affrontato i profili della tutela: in un contesto più ampio di regole giuridiche e sociali dall'impronta nettamente conservatrice, che riconoscevano alla donna uno status subordinato all'autorità maschile, il principio di tutela del lavoro femminile, affacciatosi sul finire dell'800, era costituito infatti da norme sulla tutela della maternità, sulla limitazione dell'orario e sulle condizioni di lavoro²⁵, in un quadro caratterizzato per il resto da una elevata disparità di trattamento nella vita familiare e dalla totale esclusione della donna dalla vita pubblica.

È significativo che fin dall'inizio tali norme furono accolte da atteggiamenti contrastanti: all'opposizione degli industriali, che vedevano limitata la possibilità di sfruttamento del lavoro considerata una condizione essenziale per lo sviluppo dell'impresa, si affiancava la contrarietà del movimento femminista che vedeva nelle norme di tutela una strada verso l'espulsione delle donne dal mondo del lavoro, mentre uno sguardo meno ostile era quello dei sindacati, consapevoli delle condizioni inumane del lavoro delle donne dell'epoca.

Questa doppia anima, protettiva ed espulsiva della legislazione appare rafforzata nel periodo fascista ed è evidente se si considerano gli effetti sull'accesso al lavoro e sui salari: da un lato i vincoli e i limiti previsti scoraggiano le assunzioni delle donne, dall'altro i salari più bassi costituiscono una attrattiva per impiegare la manodopera femminile nei settori marginali. Il lavoro femminile viene così tollerato solo se necessario ad integrare quello del capofamiglia, per fronteggiare

²⁴ La bibliografia è ampia: tra gli altri cfr. M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979; ID, *La costituzione e il lavoro delle donne: eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. Gigante, a cura di, *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007, 75; F. Covino, *Donna lavoratrice (dir. Cost.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2015, 128; M. D'Amico, S. Leone, *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano, 2017; M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzione di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, 2018; B. Pezzini, A. Lorenzetti, a cura di, *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019.

²⁵ Il riferimento è in particolare alla l. n. 242 del 19 giugno 1902, che ha previsto l'istituzione del congedo di maternità, pur senza prevedere né retribuzione né garanzia di conservazione del posto il divieto di impiegare donne in lavori sotterranei e ragazze minorenni in turni di notte e la riduzione della giornata lavorativa femminile a dodici ore alla l. n. 1176 del 17 luglio 1919 in base alla quale le donne sono ammesse «a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti i pubblici impieghi», tranne per «quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali, o l'esercizio dei diritti o potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello stato» (art. 7).

il pericolo di disoccupazione maschile alle donne vengono vietati alcuni lavori²⁶ e viene incoraggiato il lavoro a domicilio, sottoprotetto e sottopagato, ritenuto compatibile con la funzione familiare.

La Costituzione, entrata in vigore nel 1948, ha innovato profondamente il quadro, gettando le basi per quelle che poi diventeranno le successive “politiche di genere”, con l’introduzione nel nostro ordinamento giuridico del principio di eguaglianza, con i riferimenti alla pari dignità sociale e alla necessaria rimozione degli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l’uguaglianza tra i cittadini (art. 3) e, con specifico riferimento al lavoro, prevedendo la parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici (art. 37).

È evidente il diretto riferimento costituzionale innanzitutto ai profili relativi all’accesso e alla retribuzione e la strada scelta dal legislatore per dare attuazione all’art. 37 è quella della coesistenza e del temperamento delle norme di protezione del lavoro femminile con i principi della parità salariale e della parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici²⁷.

Ma conciliare uguaglianza e protezione significa soprattutto affrontare i momenti di tensione e contraddizione tra i due aspetti: da un lato pur in presenza dell’accento posto sull’attuazione del principio di parità salariale, il lavoro femminile sembra essere sempre relegato a mansioni e a ruoli di secondo piano, e dunque sottovalutati sia dal punto di vista professionale che retributivo; dall’altro lato le norme di tutela, con il potenziamento delle norme a tutela della lavoratrice madre, non sono sufficienti a proteggere la donna dalle fatiche del lavoro

²⁶ Nel 1926 le donne vengono escluse dalle cattedre di lettere e filosofia nei licei e dall’insegnamento di alcune materie negli istituti tecnici e nelle scuole medie, viene loro preclusa la nomina a dirigenti o presidi di istituto, vengono raddoppiate le tasse scolastiche alle studentesse, scoraggiando così le famiglie a farle studiare. Nei bandi di concorso per gli impieghi pubblici è prevista l’esclusione delle donne o la riserva di pochi posti, mentre nel 1938 viene fissato il limite generale del 10% all’impiego di personale femminile negli uffici sia pubblici che privati.

²⁷ Particolarmente importanti sono la l. n. 860 del 26 agosto 1950 sulla tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri e la l. n. 7 del 9 gennaio 1963 sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio e modifiche alla l. n. 860 del 26 agosto 1950. La tendenza a tutelare il ruolo sociale della donna e a reprimere le discriminazioni sul lavoro è evidente nella l. n. 66 del 9 febbraio 1963 sulla Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni (*«la donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge»*) e a partire dagli anni ’70 con la l. n. 898 del 1 dicembre 1970 sullo scioglimento del matrimonio; la l. n. 300 del 20 maggio 1970 (Statuto dei lavoratori) che, anche se non si rivolge esplicitamente alle donne, vieta negli articoli 15 e 16 ogni atto o patto discriminatorio, sia esso individuale o collettivo; la l. n. 1044 del 6 dicembre 1971 per l’assistenza all’infanzia che prevede l’istituzione di asili-nido pubblici; la l. n. 1204 del 30 dicembre 1971, di riforma della legge sulla lavoratrice madre, che assicura un’efficace protezione fisica alle gestanti e contiene previsioni per la salvaguardia del posto di lavoro; la l. n. 151 del 19 maggio 1975, di riforma del diritto di famiglia, che stabilisce la parità dei coniugi e sostituisce la “patria potestà” con la “potestà parentale”; la l. n. 405 del 29 luglio 1975 che istituisce i Consulenti familiari; la l. n. 194 del 22 maggio 1978 sulla tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria di gravidanza.

domestico e non riescono a contrastare le discriminazioni delle lavoratrici soprattutto con riferimento alle possibilità di carriera²⁸.

La logica della parità, affiancata a quella della tutela, diventa centrale con la l. n. 903 del 9 dicembre 1977, sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

La parità viene perseguita attraverso il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, nell'orientamento, nella formazione, nelle classificazioni professionali, nella carriera, nella retribuzione, colpendo sia le discriminazioni dirette che le discriminazioni indirette e abrogando le previgenti norme protettive, salve le disposizioni della l. n. 1204 del 30 dicembre 1971, sulla tutela delle lavoratrici madri.

Di nuovo si ha la compresenza di più anime in contrasto tra loro²⁹ che si rivelano sia nella sempre maggiore consapevolezza che sul piano dell'uguaglianza formale può esserci tensione tra il principio di parità e la presenza di norme protettive, sia nella esigenza di integrare, sul piano dell'uguaglianza sostanziale, l'approccio antidiscriminatorio con l'adozione di misure positive, giustificate da elementi di specificità che non possono non essere presi in considerazione per riequilibrare le posizioni di partenza.

È per questo che alla logica della tutela, mai del tutto abbandonata, e alla logica della parità viene affiancata la logica delle pari opportunità, che richiede a sua volta di saper distinguere e conciliare uniformità e differenze di ruoli e di interventi.

Proprio su questa scia si pone la l. n. 125 del 10 aprile 1991, recante «*Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*», intervento significativo, caratterizzato dall'introduzione e dal riconoscimento delle azioni positive e seguito da interventi normativi che hanno agito in direzioni diverse: dalla riduzione delle disparità di fatto derivanti dalla formazione scolastica e professionale, alla spinta verso la diversificazione delle scelte professionali con l'accesso al lavoro autonomo attraverso la formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale, fino alla promozione, mediante una diversa organizzazione del lavoro, della possibilità di intervenire sulle condizioni e sul tempo di lavoro, per facilitare l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali ed una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi³⁰.

²⁸ M.V. Ballestrero, *La legislazione italiana sul lavoro femminile: evoluzione e prospettive*, relazione al Convegno su *Le politiche del lavoro femminile in Italia e negli Stati Uniti*, Roma, 1982

²⁹ Cfr. ad esempio le norme sul divieto di lavoro notturno per le donne che, seppure accompagnato da numerose deroghe, nell'intenzione del legislatore rispondeva non solo a finalità generali di protezione della manodopera femminile, ma anche a considerazioni particolari di ordine sociale riguardanti, ad esempio, i rischi di aggressione ed il maggior carico di lavoro familiare gravante sulla donna

³⁰ Nel mondo del lavoro con la già citata l. n. 125 del 10 aprile 1991, nell'imprenditoria con la l. n. 215 del 25 febbraio 1992, nella formazione soprattutto con l'utilizzo del Fondo Sociale Europeo che prevede le politiche volte alla promozione delle pari opportunità tra uomini e donne fra le principali linee d'intervento.

L'importanza di un nuovo approccio viene avvertita anche nell'ambito del pubblico impiego: la riforma avviata con il Decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993 sulla c.d. "privatizzazione del pubblico impiego" afferma anche in quest'ambito la natura obbligatoria della promozione delle pari opportunità ed introduce istituzioni specifiche come i Comitati pari opportunità, oggi trasformati nei Comitati unici di garanzia (CUG)³¹.

Nel complesso, in ossequio alla stessa Costituzione, che nel concetto di uguaglianza sostanziale non chiede di negare le differenze ma semmai di prenderne atto e di valorizzarle, il legislatore riconosce che è necessario permettere «a ciascuno/a di rafforzarsi, di svilupparsi, assumendo come punto di partenza se stessi, le proprie aspettative o energie, non rispondere a un modello stereotipato o asessuato di lavoratore o di cittadino»³² e vengono approvate così le prime normative volte ad accrescere il coinvolgimento delle donne nella vita politica attiva e la loro partecipazione agli organismi decisionali, anche attraverso l'introduzione di quote e riserve³³.

Anche a proposito delle quote si può parlare di compresenza di più anime che emergono fin dall'inizio, nella tensione tra le nuove norme introdotte e i principi dell'ordinamento.

Con riferimento al principio di uguaglianza, innanzitutto, dove la tensione è sul piano del divieto di discriminazione, che richiede proporzionalità, temporaneità e gradualità delle misure di riequilibrio di genere e l'opzione per la neutralità della disciplina al fine di escludere la configurazione di una discriminazione al contrario, ma è anche sul piano sostanziale, nella dialettica tra misure volte

Allo stesso periodo risalgono: la l. n. 166 del 1 giugno 1991 sul trattamento economico delle lavoratrici madri dipendenti da amministrazioni pubbliche; la l. n. 236 del 19 luglio 1993 sul vincolo, nei licenziamenti collettivi, di non effettuare espulsioni di lavoratrici in misura percentuale superiore a quella del personale femminile occupato nell'impresa delle medesime dimensioni e con interventi a favore delle lavoratrici madri durante la mobilità (art. 6);

³¹ Cfr. l'art. 7 sulla parità e pari opportunità sia per l'accesso al lavoro sia per il trattamento sul lavoro relativamente alla gestione delle risorse umane, l'art. 61 sulla pari dignità di uomini e di donne sul lavoro e sulla partecipazione delle dipendenti delle Pubbliche amministrazioni ai corsi di formazione e di aggiornamento professionale.

³² M. Allegretti, *Introduzione*, in *Etica e politiche di genere*, Bari, 2010, 77.

³³ Così, la l. n. 81 del 25 marzo 1993 in cui viene sancito l'obbligo per gli enti comunali e provinciali di stabilire norme per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organismi collegiali, nonché negli enti, aziende e istituzioni da essi dipendenti; la l. n. 157 del 3 giugno 1999 in materia di rimborso delle spese elettorali, il cui art. 3, comma 1, mira a favorire la partecipazione attiva delle donne nella vita politica, disponendo che «ogni partito o movimento politico destina una quota pari ad almeno il 5% dei rimborsi ricevuti per consultazioni elettorali ad iniziative volte ad accrescere la partecipazione attiva delle donne alla vita politica»; infine, il già citato d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 che riserva alle donne un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso. È in questo periodo inoltre che si istituiscono e si rafforzano gli organismi a tutela della parità: con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 405 del 28 ottobre 1997 sono disciplinate l'istituzione e l'organizzazione del Dipartimento per le Pari Opportunità nell'ambito della Presidenza del Consiglio.

a garantire la parità di chances fra gli individui, che agiscono innalzando le soglie di partenza, e misure che invece attribuiscono direttamente un risultato.

Tensione c'è anche con riferimento al principio meritocratico, che vede le azioni positive e la previsione di quote tra le misure di riequilibrio della "democrazia partecipativa"³⁴, e nei confronti dell'art. 41 della Costituzione, tra misure che mirano a orientare l'attività a fini sociali e libertà di iniziativa economica, tra intervento correttivo del mercato in presenza di un suo fallimento e libero accesso alla competizione.

La dialettica tra pari opportunità e non discriminazione, tra logica della solidarietà e logica del mercato emerge in particolare a seguito degli interventi sempre più significativi a livello europeo che chiedono di essere attuati all'interno degli ordinamenti nazionali.

In questo senso è stato certamente decisivo l'impulso europeo per tutta la più recente normazione italiana sul lavoro femminile e la disuguaglianza di genere³⁵.

Da un lato, con il Decreto legislativo n. 198 del 11 aprile 2006 recante «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna», vengono riorganizzate in forma codificata le regole sulle pari opportunità, prima sparse in vari provvedimenti disomogenei: si riafferma la parità retributiva a norma dell'art. 28 e con l'art. 29, che si riferisce sia alle discriminazioni dirette sia a quelle indirette, vengono vietate discriminazioni tra uomini e donne nell'assegnazione delle mansioni e nelle progressioni di carriera.

Si estende inoltre l'ambito applicativo di alcune disposizioni in tema di azioni positive e si rafforzano gli interventi diretti a rimuovere le posizioni di svantaggio della donna nella vita lavorativa, nelle formazioni economiche, nella vita familiare.

Comincia infine a farsi strada il nuovo obiettivo della conciliazione vita-lavoro che continua a caratterizzare anche l'evoluzione normativa più recente: a partire dal decreto legislativo n. 61 del 25 febbraio 2000, finalizzato ad attuare la Direttiva 97/81/CEE del 15 dicembre 1997, con il quale si disciplina il lavoro a tempo parziale, si susseguono provvedimenti legislativi in tema di lavoro part-time, volti ad agevolare la flessibilità nei tempi della prestazione lavorativa, che

³⁴ Sul punto cfr. in particolare il parere del Consiglio di Stato, Sez. I, 4 giugno 2014 n. 01801

³⁵ Tra le numerosissime iniziative europee di centrale importanza sono innanzitutto la Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

culminano con la l. 8 marzo 2000,³⁶ e con il d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001³⁷, che individuano nella conciliazione vita-lavoro lo strumento fondamentale per una più equa distribuzione dei ruoli di donne e uomini nella famiglia e nella società e che nell'ottica di un riequilibrio dei ruoli introducono disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità e richiamano l'attenzione delle regioni e degli enti locali sull'importanza di riorganizzare i tempi delle città.

Anche per quanto riguarda il lavoro nella pubblica amministrazione il Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001 afferma all'art. 1 che le pubbliche amministrazioni garantiscono pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori, garanzia integrata oggi anche dall'art. 7 che prevede l'assenza di qualunque forma di discriminazione, diretta o indiretta, relativa al genere e la promozione di un ambiente di lavoro ispirato al benessere organizzativo e contrastando ogni forma di violenza morale o psichica³⁸. Mentre si continua ad assistere alla compresenza delle differenti logiche caratterizzanti gli interventi sul lavoro femminile, dalla tutela alla parità fino alle pari opportunità e al diritto dis-eguale con le azioni positive³⁹, l'elemento significativo è a questo punto l'incontro tra due prospettive ancora diverse, quella interna, basata sui principi fondamentali della Costituzione, e quella europea, fondata sui Trattati e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La promozione della parità di genere è un compito fondamentale per l'Europa: l'uguaglianza tra donne e uomini rappresenta un valore fondamentale dell'Unione europea (art. 2 TUE), uno dei suoi obiettivi (art. 3 TUE), un vettore di crescita economica. L'Unione mira a promuovere la parità tra donne e uomini in tutte le sue attività (art. 8 TFUE), nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso (art. 10 TFUE), può adottare provvedimenti legislativi per combattere tutte le forme di discriminazione, incluse quelle fondate sul sesso (art. 19 TFUE) e in ambito lavorativo l'UE può intervenire per garantire le pari opportunità e la parità di trattamento nei settori dell'impiego e dell'occupazione (articoli 153 e 157 del TFUE)⁴⁰.

³⁶ Recante *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*.

³⁷ Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della l. n. 53 del 8 marzo 2000.

³⁸ L'articolo 57 del medesimo decreto legislativo ha previsto che le pubbliche amministrazioni costituiscono al proprio interno il «Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni» che ha sostituito, unificando le competenze in un solo organismo, i già presenti comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del mobbing.

³⁹ Il riferimento è soprattutto alla già citata l. n. 120 del 12 luglio 2011 c.d. legge Golfo-Mosca e al d.P.R. n. 251 del 30 novembre 2012 di attuazione, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati.

⁴⁰ Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui il Trattato di Lisbona ha riconosciuto forza giuridica vincolante, oltre a ribadire, all'art. 21, il divieto di ogni forma di discriminazione fonda-

Ad una disciplina come quella nazionale, che mentre tende ad assicurare condizioni lavorative pari per le donne, nel frattempo le protegge e conserva di fatto un ordine sociale in cui il lavoro di cura grava “per natura” sulle donne, se ne contrappone dunque un'altra, nella quale gli uomini e le donne rilevano in quanto attori economici del mercato del lavoro, ai quali deve essere assicurata piena parità nell'accesso alle occasioni di lavoro.

Così da un lato il primato del diritto dell'Unione ha comportato la progressiva anche se non totale sostituzione del modello protettivo con quello emancipatorio, dall'altro il principio di non discriminazione di matrice europea, nato per il mercato, ha visto ampliarsi l'area della sua applicazione con l'individuazione di nuovi fattori di protezione, e si è arricchito di contenuti grazie anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, rivelandosi capace di operare oltre le logiche del mercato, per il perseguimento di obiettivi di coesione sociale, oltre che economica, e di solidarietà.

Si deve inoltre all'influenza europea il riconoscimento da parte degli stati del *gender mainstreaming*, vera e propria strategia politica trasversale che mira alla realizzazione delle pari opportunità richiedendo l'incorporazione della dimensione di genere in ogni area di intervento⁴¹.

L'importanza di aderire a questa nuova logica parte dall'osservazione di un dato di fondo: la spinta europea ha contribuito senza dubbio a rafforzare il principio di uguaglianza tra uomini e donne e la sua applicazione all'interno dell'Unione e degli Stati membri in diversi settori, chiedendo di ridurre le disuguaglianze di genere in particolare nel lavoro e nella politica, ma l'effettività delle diverse norme approvate non ha avuto carattere omogeneo e si è rivelata scarsa soprattutto nei paesi dove tradizioni culturali e sociali di stampo familistico e patriarcale hanno da sempre incentivato le donne a dedicarsi all'attività di cura familiare piuttosto che alla partecipazione al mercato del lavoro salariato o alla vita politica.

ta sul sesso, l'origine etnica o la razza, le convinzioni particolari e le opinioni politiche, sancisce il principio di parità tra donne e uomini in tutti i campi della vita sociale (art. 23)

⁴¹ Significativa in questo senso l'evoluzione della normativa in tema di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, che con l'approvazione della Direttiva n. 2 del 16 luglio 2019 ha segnato una tappa importante ai fini della promozione ed attuazione dei principi di parità e pari opportunità. Le amministrazioni pubbliche sono chiamate a svolgere un ruolo propositivo e propulsivo fondamentale per la rimozione di ogni forma di discriminazione, sia diretta che indiretta, nei luoghi di lavoro e la direttiva si pone l'obiettivo di promuovere e diffondere la piena attuazione delle disposizioni vigenti, di aumentare la presenza delle donne in posizioni apicali, di sviluppare una cultura organizzativa di qualità tesa a promuovere il rispetto della dignità delle persone all'interno delle amministrazioni pubbliche. Nell'ambito di ciascuna pubblica amministrazione le indicazioni fornite dalla direttiva sono destinate, in particolare, ai vertici delle amministrazioni, ai titolari degli uffici responsabili delle politiche di gestione delle risorse umane e dell'organizzazione del lavoro, sia a livello centrale che a livello decentrato, ai dirigenti pubblici, a chiunque abbia responsabilità organizzativa e di gestione di personale, nonché ai Comitati unici di garanzia (CUG) e agli Organismi Indipendenti di valutazione (OIV).

Per quanto ci riguarda è evidente allora che mentre sul piano del diritto, e in particolare del diritto del lavoro, molto è stato fatto nell'avvicinarsi e nel bilanciarsi delle diverse logiche di intervento, quello del lavoro femminile rimane ancora un problema aperto dal punto di vista culturale e sociale: per questo è necessario allargare lo sguardo alle politiche dell'istruzione, del *welfare* e a tutela della famiglia, che restano gli ambiti all'interno dei quali è tuttora necessario individuare gli ostacoli di fatto, culturali, sociali ed economici, ancora da rimuovere in base.

4. *Fattori socio-culturali che contribuiscono alla disparità: segregazione occupazionale e lavoro di cura*

Un aspetto importante da considerare in una lettura approfondita dei divari occupazionali e salariali tra uomini e donne è il fenomeno della “segregazione orizzontale” che caratterizza la partecipazione femminile al mercato del lavoro. Le donne sono scarsamente rappresentate in alcuni dei settori a più alta occupabilità e maggiormente remunerativi. In Europa, la domanda di professionisti nelle discipline scientifico-tecnologiche (scienza, tecnologia, ingegneria e matematica, sintetizzate nell'acronimo inglese STEM) crescerà ad un ritmo pari a circa l'8% all'anno tra il 2014 e il 2025, contro un tasso di crescita medio del 3% per la domanda di tutte le altre figure professionali. Si stima che a questo si assocerà quindi un aumento dell'occupazione nei settori STEM superiore al 6%⁴². In Italia le donne nel 2017 rappresentavano appena il 15% del totale degli occupati nei settori ICT (*Information and Communication Technology*), il 31% degli occupati nei settori ad alta tecnologia, il 34% nelle professioni in campo scientifico e ingegneristico⁴³. Al contrario, ci sono occupazioni prevalentemente femminili, caratterizzate però da livelli salariali più bassi e scarse possibilità di carriera. Oltre nove insegnanti su dieci nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria sono donne⁴⁴, e la stessa incidenza femminile caratterizza anche il settore dei servizi per la persona (estetica e parrucchieri) e di assistenza alla famiglia⁴⁵ (collaboratori domestici, badanti).

Questa distribuzione squilibrata ha le sue radici nella segregazione nei percorsi di studio a livello secondario superiore, e soprattutto universitario. Nel

⁴² CEDEFOP, *Rising STEMs*, Thessaloniki, 2014.

⁴³ Cfr. dati Eurostat all'indirizzo <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20190211-1>.

⁴⁴ Cfr. l'indagine OCSE, *Gender imbalances in the teaching profession*, 2017, in base alla quale si è di fronte ad una eccessiva femminilizzazione della docenza che riguarda in particolare scuole primarie e secondarie di primo grado e parzialmente le scuole secondarie di secondo grado, mentre all'università permane un divario di genere a sfavore delle donne, crescente con la progressione di carriera.

⁴⁵ INPS, *Lavoratori domestici. Anno 2019. Statistiche in breve*, INPS, Roma, 2020.

2019⁴⁶ le donne italiane con almeno il diploma sono quasi i due terzi del totale, quota di circa 5 punti percentuali superiore a quella degli uomini; una differenza che nella media Ue è di appena un punto percentuale. Le donne laureate sono il 22,4% contro il 16,8% degli uomini; vantaggio femminile ancora una volta più marcato rispetto alla media Ue. Tale risultato deriva anche da una crescita dei livelli di istruzione femminili più veloce rispetto a quella dei maschi: in cinque anni la quota di donne almeno diplomate e di quelle laureate è aumentata, in entrambi i casi, di 3,5 punti (+2,2 punti e +1,9 punti i rispettivi incrementi tra gli uomini). Del totale della popolazione laureata, le donne rappresentano stabilmente oltre la metà (il 58,7% nel 2019)⁴⁷. Ciò nonostante, la composizione per genere dei vari ambiti disciplinari è fortemente eterogenea. Nel complesso, nel 2019 il 37,3% degli uomini ha una laurea STEM contro il 16,2% delle donne. Il confronto con altri Stati indica peraltro come in Italia il divario di genere, nelle scelte delle discipline tecnico scientifiche, appaia un po' meno marcato che negli altri Paesi europei. La quota complessiva di 25-34enni italiani con un titolo terziario nelle discipline STEM è simile alla media dei 22 paesi dell'Unione europea membri dell'OCSE (25,4%). Se per la componente maschile il divario è di 6 punti, per le giovani laureate l'incidenza delle discipline STEM è persino superiore a quella registrata nella media Ue22 e negli altri grandi Paesi europei.

Per quanto riguarda i corsi di primo livello, in Italia le donne rappresentano la maggioranza dei laureati nei gruppi disciplinari insegnamento (93,8%), linguistico (84,2%), psicologico (79,9%) e professioni sanitarie (71,0%). Al contrario, rappresentano la minoranza nei corsi di tipo ingegneristico e scientifico (poco più del 26%). La stessa distribuzione si conferma anche nei percorsi biennali di secondo livello. Guardando agli iscritti⁴⁸, nell'ambito delle discipline umanistiche e sociali il 61% dei corsi di laurea è frequentato in prevalenza da ragazze e solo il 12,6% è a prevalenza maschile. Viceversa, nelle discipline STEM il 51,5% dei corsi è a prevalenza maschile, contro il 21,1% a prevalenza femminile.

Un'analisi più attenta alla dimensione di genere conferma tuttavia grossi divari a parità di gruppo disciplinare. Anche quando le donne intraprendono i percorsi STEM, le penalizzazioni permangono, soprattutto in termini retributivi: a cinque anni dalla laurea, la retribuzione media dichiarata è pari a 1.716 euro netti mensili per gli uomini, 1.412 per le donne⁴⁹. Tenendo in considerazione l'incidenza dei contratti a tempo parziale tra le lavoratrici, il differenziale tende a diminuire leggermente, ma si mantiene comunque significativo.

⁴⁶ Istat, *Livelli di istruzione e ritorni occupazionali. Anno 2019*, Istat, Roma, 2020.

⁴⁷ Almalaurea, *Profilo dei laureati 2019. Rapporto 2020*, Almalaurea, Bologna, 2020, 48 ss.

⁴⁸ MEF, *Il bilancio di genere. Conto del bilancio dello Stato 2019, 2020*, 150 ss.

⁴⁹ Almalaurea, 8 marzo. *Differenze di genere su occupazione e retribuzioni*, Almalaurea, Bologna, 2020.

Il lavoro di cura della famiglia e della casa, o più in generale il lavoro non retribuito, risulta il fattore determinante per spiegare la maggior parte delle disparità di genere discusse finora.

Secondo i dati dell'EIGE⁵⁰, che misura l'indice sull'uguaglianza di genere nell'UE e si basa su sei indicatori chiave (potere, tempo, conoscenza, salute, denaro e lavoro), mentre in generale ci si trova di fronte ad un progressivo, se pur non uniforme, miglioramento, i risultati ottenuti dai diversi paesi con riferimento all'indicatore tempo sono gli unici a segnalare, in controtendenza, un aumento delle disuguaglianze di genere che ha le sue radici nella diseguale distribuzione del carico di lavoro domestico e di cura. Le donne si fanno carico di importanti compiti non retribuiti, quali i lavori di casa e la cura dei figli e degli anziani, in proporzione maggiore rispetto agli uomini. In Europa, i lavoratori uomini dedicano in media 9 ore alla settimana a queste attività, mentre le lavoratrici dedicano a tali attività 22 ore, ossia circa 4 ore al giorno. Per le donne italiane, la media giornaliera sale a 5 ore al giorno⁵¹, circa 3 ore in più rispetto alla media maschile. La scarsa condivisione dei carichi di lavoro domestico è quindi un fenomeno più accentuato nel nostro Paese rispetto al resto dell'Europa. Inglese, tedesche e soprattutto francesi dedicano al lavoro non pagato un tempo notevolmente inferiore rispetto alle italiane, così come risulta sensibilmente inferiore per loro il divario rispetto ai connazionali uomini⁵². Tra le attività che rientrano nel lavoro non retribuito, le donne si fanno generalmente carico di quelle più routinarie, mentre gli uomini, qualora incrementino il proprio contributo, tendono a privilegiare le attività più gradevoli, come ad esempio prendersi cura dei figli. Nel 2014 le donne italiane dedicavano oltre tre quarti del loro lavoro domestico alle attività ripetitive, quali pulizia della casa e preparazione dei pasti, mentre gli uomini meno della metà⁵³.

Un tale squilibrio di genere nei carichi di lavoro non retribuito si riflette nella maggiore incidenza, tra le lavoratrici, degli impieghi a tempo parziale e di posizioni caratterizzate da minori responsabilità, che come già visto si traducono poi in ultima analisi in retribuzioni inferiori e scarse possibilità di carriera. Anche la cultura dell'orario di lavoro prolungato tende a sfavorire le donne, impossibilitate a dedicare lo stesso tempo dei colleghi maschi al lavoro retribuito, e a rafforzare così le disuguaglianze di genere esistenti⁵⁴. Laddove non vi sia poi disponibili-

⁵⁰ EIGE, *Gender Equality Index 2019. Work-life balance*, European Institute for Gender Equality, Luxembourg, 2020.

⁵¹ Istat, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, Istat, Roma, 2019.

⁵² Si vedano i dati OCSE disponibili all'indirizzo: <https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54757>.

⁵³ Istat, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, cit., 17 ss.

⁵⁴ S. Rutherford, *Are you going home already?*, in *Time and Society*, 2020, 10, 259 ss.

tà di contratti a tempo parziale, è più probabile che la nascita di un figlio si traduca in una rinuncia definitiva, o comunque prolungata, all'attività lavorativa⁵⁵.

Guardando al tempo di lavoro totale, retribuito e non, l'Italia si posiziona ai primi posti in Europa in quanto a divario di genere, insieme a Grecia e Romania, su livelli molto lontani dalla sostanziale parità raggiunta nei paesi del Nord. Le donne italiane, sempre secondo indagini svolte nel 2014, lavorano 1 ora e 14 minuti complessivamente più degli uomini, mentre in Norvegia il divario addirittura si inverte e sono gli uomini a lavorare complessivamente 11 minuti in più rispetto alle donne⁵⁶. Anche nei paesi che si avvicinano alla parità di genere nel lavoro totale ciò non riflette comunque un'equa ripartizione di lavoro retribuito e non retribuito. La seppur alta partecipazione femminile al mercato del lavoro, infatti, tende ad associarsi alla scelta di impieghi part time che, come sottolineato in precedenza, si conciliano con le maggiori responsabilità di cura della casa e della famiglia. Si tratta dunque di situazioni ancora lontane da quel modello *dual earner-dual carer*⁵⁷ che la letteratura sul *welfare* ha elaborato per descrivere il coinvolgimento sostanziale degli uomini nell'attività di cura, nell'ottica di realizzare una conciliazione condivisa.

5. *Gli ostacoli da rimuovere come sfide non soltanto normative: gli stereotipi sociali e culturali*

Come risulta ormai chiaro dall'analisi svolta finora, il primo ostacolo da rimuovere in tema di lavoro femminile è costituito dalla difficoltà di conciliare il lavoro con la famiglia. Per quanto riguarda l'Italia, per tentare di dare una risposta a questo problema pur di fronte ai numerosi interventi normativi di cui si è dato conto in precedenza, può essere importante partire dalla stessa formulazione dell'art. 37 della Costituzione⁵⁸, che dopo aver affermato che la donna lavoratrice

⁵⁵ A. Piasna e A. Plagnol, *Women's job quality across family life stages: an analysis of female employees across 27 European countries*, in *Social Indicators Research*, 139, 2017, 1065 ss.

⁵⁶ Istat, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, cit., 38 ss.

⁵⁷ R. Crompton, *Restructuring Gender Relations and Employment: the Decline of the Male Breadwinner*, Oxford, 2019.

⁵⁸ Il dibattito nella Costituente attesta che le norme costituzionali furono formulate in modo che riconoscessero alle donne nuovi diritti, nella convinzione già chiara che da quell'estensione di diritti non avrebbero tratto vantaggio solamente le persone, ma anche gli istituti, i gruppi e le comunità nella loro interezza, e con la consapevolezza altrettanto nitida delle difficoltà che si sarebbero dovute affrontare (e superare) per realizzare un costume sociale e un sistema giuridico di sostanziale ed effettiva parità. Sul punto cfr. tra gli ultimi contributi M. D'Amico, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, a cura di, *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit, 17 s.

ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore, aggiunge che le condizioni di lavoro devono consentire alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare, oltre che assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione⁵⁹.

Tale formulazione è stata da subito giudicata ambigua: mentre assicura speciale protezione alla condizione della maternità, una protezione sempre certamente essenziale⁶⁰, attraverso il richiamo all'essenziale funzione familiare della donna lavoratrice fa riferimento anche a quello che è invece un preciso ruolo sociale, un modello di relazione tra i generi nel quale il lavoro di cura appartiene essenzialmente, naturalmente, nel senso di "per natura" alle donne⁶¹. Questo aspetto incide in primo luogo sull'accesso al lavoro, ma condiziona anche evidentemente la possibilità di crescere professionalmente, di essere valorizzate e valutate secondo il merito e pregiudica la possibilità di fare carriera e raggiungere posizioni lavorative apicali. La divisione di genere del lavoro, che vede al lavoro remunerato maschile contrapporsi il lavoro (essenziale) non remunerato femminile viene aggravata oltretutto da un ulteriore fattore di complicazione, interno al mondo e al diritto del lavoro: il progressivo affermarsi del valore della flessibilità, in base al quale sia l'accesso al lavoro che la progressione di carriera risultano collegati alla disponibilità dei lavoratori e delle lavoratrici a variazioni di tempi e luogo di lavoro. Il criterio della flessibilità, da molti invocato come possibile soluzione alla conciliazione famiglia-lavoro, opera in realtà a danno delle donne lavoratrici nella misura in cui, a causa della mancata condivisione a monte della responsabilità di cura, le lavoratrici possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile disporre in modo flessibile dell'orario di lavoro, con la conseguenza che restano escluse da tutte le forme di "remunerazione"⁶² di cui dispone il datore di lavoro per il quale tale "adattabilità" riveste importanza per l'esecuzione di compiti specifici.

⁵⁹ Oltre al dibattito in Assemblea costituente cfr. sul punto le riflessioni di A.C. Amato Mangiameli, *Donne e Costituzione. Spunti di riflessione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, e di E. Catelani, *La donna lavoratrice nella sua "essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, 5.

⁶⁰ Particolarmente all'epoca di entrata in vigore della Costituzione quando l'occupazione delle donne si concentrava nei settori del lavoro manuale, quasi sempre usurante (l'agricoltura, il lavoro a domicilio, comunque il lavoro operaio), ed era largamente sommersa nell'economia informale. Della dura condizione delle donne lavoratrici, soprattutto delle classi povere, costrette a una brutale doppia presenza (nel lavoro produttivo, sottopagato o anche del tutto gratuito in quanto inserito nell'economia della famiglia contadina, e in quello di cura) dicono gli interventi di alcune delle costituenti, che oppongono la vita reale delle donne reali alla retorica di molti costituenti sull'angolo del focolare. Cfr. E. Tarquini, *Il principio di parità retributiva tra discipline protettive e divieti di discriminazione*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2019, 3, 3 e ss.

⁶¹ E. Tarquini, *Il principio di parità tra discipline protettive e divieti di discriminazione*, cit., 3.

⁶² E lo schema è certamente utilizzabile anche quando la "remunerazione" della flessibilità consiste nell'utilità rappresentata da una valutazione favorevole ai fini delle progressioni di carriera, data per acquisita la legittimità del fine perseguito dal datore di lavoro pretendendo una prova adeguata dell'importanza del requisiti-

I rischi di un approccio al lavoro femminile fondato su queste basi sono evidenti se si riflette sulla segregazione lavorativa part-time femminile, frutto di scelta obbligata e non flessibile, e sulla tendenza a considerare le norme di tutela come un costo, con il rischio che nel momento in cui la "flessibilità" del lavoro diventa un valore, la stessa protezione venga ad essere considerata un fattore di discriminazione⁶³.

È importante allora spostare l'attenzione su logiche e strumenti diversi a partire dal tentativo di mettere in discussione il modello, anche normativo, di perpetuazione di stereotipi che tuttora caratterizza l'approccio alla disuguaglianza di genere nel modo del lavoro.

Da un lato, infatti, vengono troppo spesso declinate al femminile le soluzioni in tema di conciliazione lavoro-famiglia, con la conseguenza di apporre un'etichetta di genere ad un tema che invece è e dovrebbe essere neutro; per altro verso tendono ad essere considerate omogenee situazioni di fatto del tutto differenti all'interno dello stesso panorama del lavoro femminile, troppo spesso assimilando cura e maternità che dovrebbero più propriamente avere una considerazione autonoma e diversificata.

L'azione legislativa può infatti mirare a migliorare le opportunità di conciliazione tra lavoro e vita privata se riesce ad essere determinante per sperimentare la capacità delle politiche di conciliazione di andare oltre l'aumento del tasso di occupazione femminile per porsi obiettivi di cambiamento culturale e organizzativo più ampio.

In questa direzione è stato certamente importante rendere più incisivo il passaggio dal valore della flessibilità al valore della conciliazione dei tempi di vita e lavoro intendendo quest'ultima come ricerca della condivisione delle responsabilità familiari, della ripartizione equa tra i generi del lavoro familiare domestico e di cura nonché come nuova ripartizione del tempo tra tempo di lavoro e tempo libero: accanto alle, e più delle, misure di conciliazione progettate con la finalità di predisporre condizioni di accesso e di permanenza nel mercato del lavoro specificamente orientate alle donne oppure *motherfriendly*, attraverso una serie di dispositivi (part-time, lunghi congedi, ecc.) che permettono di coniugare la realizzazione nel lavoro e l'impegno nella sfera familiare⁶⁴, sono state introdotte misure come i congedi di paternità, l'estensione dei congedi parentali e per gravi

to (della disponibilità alla flessibilità della prestazione lavorativa) rispetto alle mansioni specifiche proprie delle figure professionali alla cui copertura la selezione sia finalizzata.

⁶³ Sul punto M.V. Ballestrero, *La legislazione italiana sul lavoro femminile*, cit., 6.

⁶⁴ Sul punto cfr. l'analisi di I. Quadrelli, *Promuovere la conciliazione tra responsabilità familiari e impegno lavorativo nei luoghi di lavoro*, Roma, 2012. Per l'evoluzione normativa si vedano il d.lgs. n. 80 del 15 giugno 2015; il d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015; la l. n. 81 del 22 maggio 2017, la l. n. 205 del 27 dicembre 2017, la l. n. 145 del 30 dicembre 2018 e la l. n. 160 del 27 dicembre 2019 che hanno potenziato le misure di conciliazione vita-lavoro.

motivi familiari, il potenziamento di strumenti di gestione flessibile dell'orario di lavoro in un'ottica di conciliazione orientata al tema della cura con una crescente consapevolezza delle implicazioni che vanno oltre la funzione promozionale dell'occupazione femminile ⁶⁵.

È ormai chiara inoltre la necessità di misurare il tema delle disuguaglianze di genere nel mondo del lavoro con i temi del cambiamento della famiglia che comprende il problema dell'invecchiamento della popolazione e dei nuovi bisogni di cura che emergono da una quota crescente di popolazione non autosufficiente, che produce una moltiplicazione delle possibilità di attrito tra responsabilità familiari e tempo lavorativo e una loro distribuzione lungo l'intero arco della vita adulta del lavoratore.

Di fronte a questi temi gli strumenti che consentono alle donne una partecipazione piena al mercato del lavoro, che permettono una effettiva parità di condizioni retributive, di tutele previdenziali e di chance di crescita professionale e di carriera, si rivelano ancora una volta necessari ma non sufficienti se non integrati da interventi che abbiano come obiettivo principale il benessere dei figli (che comprende non solo la cura familiare ma anche l'autonomia, la relazione con i pari, l'educazione e l'istruzione in un ambiente plurale) o la cura dei genitori non autosufficienti (che può offrire nuove occasioni di lavoro nel terzo settore e nei servizi di cura alla persona) ⁶⁶.

Si comprendono così le sollecitazioni a riconoscere maggiore spazio alla contrattazione collettiva e al *welfare* aziendali⁶⁷ insieme alle riflessioni che coinvolgono sempre più le politiche di *welfare state* attente ai profili fiscali, assistenziali, dei servizi idonee ad alleggerire il ruolo di cura tradizionalmente svolto dalle donne, e a contrastare la segregazione orizzontale e verticale delle donne lavoratrici, conseguenza anche del contenimento della spesa sociale e dell'indirizzamento della prestazione del lavoro femminile verso gli ambiti familiari e domestici⁶⁸.

Gli interventi normativi che si sono susseguiti in tema di cura e assistenza all'infanzia e agli anziani non autosufficienti hanno avuto però in prevalenza

⁶⁵ Determinanti in quest'ottica gli interventi europei dalla direttiva 96/34/CE (primo Accordo quadro sul congedo parentale) e, passando per lo snodo decisivo della Risoluzione del Consiglio del 29 giugno 2000 sulla partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare e l'art. 33 della Carta dei diritti sociali fondamentali, l'ultimo approdo rappresentato dalla Direttiva UE 2019/1158.

⁶⁶ Per una ricostruzione interessante dell'utilizzo della legislazione del lavoro a sostegno della famiglia cfr. M. Magnani, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5.

⁶⁷ Fino al 2016 le norme che hanno regolato la materia sono state quelle previste dal Testo Unico delle Imposte sui Redditi - TUIR (DPR n. 917/1986), ma il legislatore è successivamente intervenuto sui profili fiscali della disciplina del *welfare* aziendale introducendo rilevanti novità riguardanti la possibilità di trasformare con notevole agevolazione fiscale in *welfare* lo strumento del premio di produttività legato ai risultati aziendali in termini di incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione delle imprese italiane.

⁶⁸ S. Sorrenti, "Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica". Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 37.

ad oggetto contributi monetari, assegni e bonus⁶⁹ in assenza di politiche familiari forti in grado di contrastare il ricorso a forme di familismo sostenuto. Quanto alla protezione sociale delle donne nel mondo del lavoro, oltre alle già ricordate norme in tema di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sono state approvate misure dirette ad incentivare l'occupazione femminile, con la previsione della riduzione dei contributi a carico del datore di lavoro⁷⁰, e misure dirette a riequilibrare le disuguaglianze di genere con riferimento agli istituti pensionistici⁷¹.

Nel complesso, quindi, sembrerebbe ancora lontana una visione di insieme coerente, in grado di comporre le differenti logiche e di coordinare i diversi strumenti che spesso appaiono in concorrenza tra loro.

Non costituiscono una eccezione in questo panorama neanche gli interventi varati per agire sul divario di genere come problema culturale, interventi che hanno il pregio, comunque, di riconoscere la centralità dell'istruzione per la lotta contro gli stereotipi di genere, per il contrasto alla loro diffusione e per favorire il loro superamento.

La Convenzione di Istanbul, siglata nel 2011 e ratificata dal Parlamento italiano con la l. n. 77 del 27 giugno 2013 definisce in maniera chiara il ruolo dell'educazione al genere nelle scuole: afferma infatti che è necessario «*includere nei programmi scolastici di ogni ordine e grado dei materiali didattici su temi quali la parità tra i sessi, i ruoli di genere non stereotipati, il reciproco rispetto, la soluzione non violenta dei conflitti nei rapporti interpersonali, la violenza contro le donne basata sul genere e il diritto all'integrità personale, appropriati al livello cognitivo degli allievi*» (art. 14, comma 1). L'impegno a portare il tema dell'educazione di genere nel contesto educativo italiano viene ribadito con la l. n. 119 del 15 ottobre 2013, che, all'articolo 5, indica come una delle finalità del successivo Piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere, «promuovere un'adeguata formazione del personale della scuola alla relazione e contro la violenza e la discriminazione di genere e promuovere ... la sensibilizzazione, l'informazione e la formazione degli studenti al fine di prevenire la violenza nei confronti delle donne e la discriminazione di genere, anche attraverso un'adeguata valorizzazione della tematica nei libri di testo». Il tema è presente anche nella l. n. 107 del 13 luglio 2015 («*La Buona scuola*»), nella quale si afferma che «*il Piano Triennale dell'Offerta Formativa assicura l'attuazione dei principi di pari opportunità promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l'educazione alla parità tra i sessi, la preven-*

⁶⁹ Cfr. ad esempio la l. n. 160 del 27 dicembre 2019 che ha previsto l'assegno di natalità o bonus bebè e la l. n. 232 del 11 dicembre 2016 che ha introdotto il premio alla nascita o bonus mamma domani.

⁷⁰ Cfr. la l. n. 92 del 28 giugno 2012 sull'assunzione di donne prive di impiego residenti in regioni svantaggiate; la Legge n. 205 del 27 dicembre 2017 sull'assunzione di donne vittime di violenza.

⁷¹ Come l'istituto dell'APE sociale donna di cui alla l. n. 232 del 11 dicembre 2016.

zione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni, al fine di informare e di sensibilizzare gli studenti, i docenti e i genitori [...]» (comma 16).

Occorre quindi lavorare sui programmi, sui libri di testo, sulle materie di insegnamento, ma anche sull'orientamento e sul successo formativo: il riferimento è innanzitutto al divario nella tipologia di studi e di lauree conseguite che vede le donne meno presenti nelle discipline STEM e si ripercuote sui profili dell'occupabilità, come discusso nella sezione/paragrafo precedente.

Sembra importante leggere tale divario non solo come sotto rappresentazione femminile, ma anche come disinteresse maschile per alcune carriere come sembra utile analizzare i dati sul vantaggio dell'istruzione femminile mettendone in luce al tempo stesso l'aspetto relativo alla sotto-scolarità maschile per indagarne caratteri e ragioni, tenendo presente che si tratta di un fenomeno tutt'altro che recente, che ha attraversato trasformazioni profonde della società sia nelle sue strutture sia nei modelli culturali.

Il fatto che le logiche di genere negli orientamenti verso lo studio siano rimaste sostanzialmente stabili conferma non solo l'interiorizzazione di stereotipi sociali⁷², ma anche la necessità di stimolare cambiamenti nel mondo della scuola e dell'istruzione in generale.

6. *L'impatto della pandemia sulle disuguaglianze di genere*

L'emergenza sanitaria legata al Covid-19, e le misure di contenimento che ne sono seguite, potrebbero avere conseguenze significative, anche di medio-lungo termine, sulle differenze di genere sul mercato del lavoro e sugli equilibri familiari in termini di divisione del lavoro di cura.

Nella fase del cosiddetto *lockdown*, è stato disposto il blocco di gran parte delle attività economiche, ad eccezione dei settori definiti "essenziali", e la chiusura delle scuole e delle università. La progressiva riapertura delle attività, circa due mesi dopo, non ha visto la contestuale riapertura del settore dell'istruzione, che ha continuato la propria attività in modalità a distanza fino alla fine dell'anno scolastico. Per i mesi estivi è stata autorizzata la riapertura dei centri estivi e del-

⁷² Cfr. M.L. Bianco, *L'istruzione è una questione di genere*, in *Rass. it soc.*, 2017, 1, 12 che sottolinea come lo studio sia considerato "affare da femmine". Questo approccio ha contribuito da un lato alla segregazione delle carriere, dall'altro alla progressiva esclusione delle ragazze da attività extrascolastiche come lo sport: mentre il 56,8% delle femmine di età compresa tra 11 e 14 anni e il 65,9% dei maschi della stessa età praticano un'attività sportiva in modo continuativo, con il passare del tempo il divario di genere aumenta e tra i 15 e i 17 anni la quota scende al 42,6% tra le femmine e al 58,4% tra i maschi mentre ai 18 anni si dedica con continuità a uno sport il 31,9% delle ragazze e il 47,4% dei ragazzi.

le attività dedicate a bambini e ragazzi, sebbene con modalità e tempistiche differenziate sul territorio nazionale.

Mentre gli episodi di recessione economica del passato, come ad esempio la crisi del 2008, hanno avuto un impatto negativo sull'occupazione maschile tipicamente occupata in settori dall'andamento ciclico, quali manifatturiero e costruzioni, risparmiando in parte quella femminile, impiegata invece in settori meno esposti all'andamento congiunturale, le conseguenze dell'emergenza Covid-19 sembrano essere più simili per lavoratori e lavoratrici, almeno nell'immediato. Da un lato, la quota di occupazione femminile nei settori la cui attività è stata sospesa risulta contenuta; circa due terzi delle donne, impiegate nei settori "essenziali", hanno proseguito l'attività lavorativa anche durante il *lockdown*, da casa (ad es. settore dell'istruzione) o più spesso dal proprio posto di lavoro (ad es. sanità e settore della grande distribuzione organizzata). Dall'altro lato, la quota di donne nelle occupazioni precarie, con contratti a tempo determinato, risulta più elevata rispetto agli uomini, soprattutto in settori come turismo, ristorazione e commercio che non solo hanno subito una sospensione dell'attività più prolungata, ma continueranno a risentire a lungo delle misure di distanziamento sociale, della limitata mobilità internazionale nonché del clima di incertezza che influenza in senso negativo le decisioni di spesa da parte delle famiglie.

In questo quadro, la chiusura delle scuole ha notevolmente aumentato il carico di lavoro di cura che, come discusso in precedenza, grava in misura preponderante sulle donne. Il lavoro di accudimento dei figli piccoli, impossibilitati a usufruire di asili nido e scuole materne, e l'assistenza ai figli più grandi impegnati nelle attività didattiche a distanza hanno richiesto una presenza costante e i nuovi equilibri familiari hanno dovuto necessariamente tenere conto dell'assenza dei nonni. Da risorsa essenziale per la cura dei nipoti nel sistema di *welfare* di stampo familiare vigente in Italia, questi ultimi si sono trasformati improvvisamente nella categoria più bisognosa di tutele perché maggiormente esposta al rischio di contagio.

Un'indagine svolta⁷³ durante il periodo del *lockdown* su un campione di donne lavoratrici ha mostrato come dallo *smartworking* o dall'assenza dell'attività lavorativa non siano scaturiti sostanziali cambiamenti nella (scarsa) condivisione del lavoro domestico e di cura nelle famiglie italiane. La maggioranza degli uomini non ha dedicato più tempo al lavoro domestico, cosa che invece hanno dovuto fare 7 donne su 10. Qualora l'impegno maschile sia aumentato, esso ha riguardato essenzialmente la cura dei figli. In generale, la maggiore condivisione si è osservata laddove le donne hanno continuato a lavorare fuori casa: nel caso in

⁷³ D. Del Boca, N. Oggero, P. Profeta, M.C. Rossi, *Women's Work, Housework and Childcare, before and during COVID-19*, Covid Economics, 28, 2020, 70 ss., CEPR, Londra.

cui entrambi i partner fossero a casa, in *smartworking* o meno, il carico aggiuntivo di lavoro di cura della casa e dei figli è gravato principalmente sulle donne.

I dati dell'Istat⁷⁴ riferiti al periodo aprile-giugno 2020 mostrano una flessione simile per entrambi i generi nell'occupazione rispetto al trimestre precedente (gennaio-marzo 2020). Su base annuale, tuttavia, la contrazione dell'occupazione femminile risulta più pronunciata (- 2,2% rispetto a giugno 2019). Inoltre, lo scoraggiamento della partecipazione femminile al mercato del lavoro, evidenziato dal calo delle donne in cerca di un impiego e dovuto alle difficoltà di conciliazione tra impegni lavorativi e familiari, soprattutto per le donne con figli piccoli, rischia di protrarsi a lungo e sicuramente più a lungo rispetto alla componente maschile. Nel complesso, gli effetti di medio-lungo termine sono ad oggi difficili da prevedere, e dipenderanno da molteplici fattori. Se da un lato interventi come il bonus *baby-sitter* o l'utilizzo dei congedi parentali, insieme ad una maggiore e più diffusa spinta al lavoro agile e allo *smartworking* potrebbero facilitare la conciliazione vita-lavoro, dall'altro lato l'incertezza sulla piena ripresa delle attività scolastiche in presenza per tutti gli studenti, e su nuovi possibili *lockdown* connessi alla ripresa dell'epidemia rappresentano elementi che potrebbero ulteriormente indebolire il ruolo delle donne sul mercato del lavoro.

7. *Le proposte in campo*

Se questo è il quadro, è ancora più evidente l'urgenza di un rinnovato approccio politico e normativo al problema.

Si è già avuto modo di sottolineare come negli anni i provvedimenti che hanno tentato di intervenire sulle disuguaglianze di genere hanno agito in direzioni diverse: nel complesso è evidente la mancanza di pianificazione strategica e di una corretta valutazione dell'impatto della normativa, dato il frequente ricorso a interventi a carattere temporaneo e la continua sovrapposizione di regole e destinatari che hanno determinato scarsa chiarezza e notevoli disparità a livello di applicazione e implementazione.

Oggi, di fronte all'urgenza del contrasto alla crisi legata allo scoppio della pandemia Covid-19, il problema della disuguaglianza di genere, seppure non al centro dell'attenzione del Governo, è stato affrontato su più tavoli e trasversalmente su più fronti, compreso quello del lavoro, con la consapevolezza da un lato della particolare fragilità delle donne di fronte agli effetti dei provvedimenti adottati durante l'emergenza, dall'altro dell'importanza del tema per la ripresa economica del paese.

⁷⁴ Istat, *Occupati e disoccupati. Giugno 2020*, Istat, Roma, 2020.

Presso il Dipartimento per le Pari Opportunità è stata costituita la *Task Force* “Donne per un Nuovo Rinascimento” che ha lavorato dividendosi in tre gruppi dedicati rispettivamente a ricerca, STEM e formazione delle competenze; promozione del lavoro femminile e inclusione delle donne nei ruoli decisionali; riorganizzazione dei tempi di vita e di lavoro e metodologie di comunicazione finalizzate all’abbattimento di stereotipi e cambio di paradigma.

Le proposte della *Task Force* sono state articolate sulla base di cinque punti cardine⁷⁵ alla base dei quali trova conferma la centralità del tema della conciliazione vita-lavoro che anche in queste proposte viene affrontato oltre che potenziando i tradizionali strumenti (congedi, contributi, bonus, premi, incentivi), puntando da un lato sulla riorganizzazione dei servizi alle famiglie e ai cittadini da parte degli enti locali e sulla rimodulazione del calendario scolastico per allinearlo alle caratteristiche della società attuale e delle famiglie, dall’altro sulla innovazione degli strumenti di *welfare* aziendale a supporto dei bisogni di salute psico-fisica dei lavoratori e a garanzia di un’armonizzazione della dimensione di vita familiare in particolare attraverso il sostegno all’educazione e al *caring* familiare.

Leva fondamentale nel progetto è l’inclusione delle donne nei ruoli decisionali⁷⁶ e nelle carriere universitarie, in particolare nelle discipline STEM per sfondare il soffitto di cristallo, garantire sostegno e solidarietà all’emancipazione femminile e la partecipazione delle donne alla definizione delle politiche economiche e sociali del paese⁷⁷.

Contemporaneamente alla presentazione del progetto “Donne per un Nuovo Rinascimento”, nel giugno 2020 il Consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge proposto dalla Ministra per le pari opportunità e la famiglia e dalla Ministra del lavoro e delle politiche sociali, recante «*Deleghe al governo per*

⁷⁵ Le misure vengono differenziate sulla base di obiettivi diversi: garantire la parità di genere e la leadership femminile anche nella ricerca e nella innovazione per promuovere la parità nella responsabilità di progettare il futuro; potenziare le tutele per le lavoratrici madri, armonizzare i tempi di vita attraverso forme innovative di organizzazione dei servizi, potenziare il *welfare* aziendale e sostenere le imprese femminili per promuovere un nuovo paradigma femminile e inclusivo nel lavoro; educare e formare nelle materie STEM, formare nuove *skills* digitali e favorire la carriera femminile nell’università e nella ricerca per garantire alle donne di incidere nei settori di principale sviluppo economico; promuovere l’indipendenza finanziaria e sostenere le fragilità per investire nell’emancipazione di tutte; innovare il linguaggio verbale e visivo e promuovere azioni di informazione e orientamento per sradicare gli stereotipi di genere.

⁷⁶ A questo scopo vengono avanzate le proposte relative all’istituzione di un Osservatorio sul rispetto della parità di genere nei soggetti pubblici e privati, della sperimentazione della Certificazione della parità per le imprese, la predisposizione di una classifica nazionale delle istituzioni accademiche e di ricerca basata sul rispetto del criterio delle pari opportunità

⁷⁷ Cfr. l’audizione di L.L. Sabbadini sui d.d.l. recanti misure a sostegno della partecipazione delle donne al mercato del lavoro e per la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro – 26 febbraio 2020 che sottolinea due fattori principali sostengono il cambiamento nella partecipazione delle donne al mercato del lavoro: maggiore livello di istruzione e cambiamento culturale nei confronti del lavoro

l'adozione dell'assegno universale e l'introduzione di misure a sostegno della famiglia» (c.d. *Family Act*).

Il testo delinea la cornice normativa e le scadenze temporali entro le quali il Governo sarà chiamato ad approvare i decreti legislativi di attuazione della delega, con l'obiettivo di sostenere la genitorialità e la funzione sociale ed educativa delle famiglie, contrastare la denatalità, valorizzare la crescita armoniosa delle bambine, dei bambini e dei giovani e favorire la conciliazione della vita familiare con il lavoro, in particolare quello femminile⁷⁸.

Due sono le vie principali seguite dal disegno di legge che intende innanzitutto sostenere le famiglie rispetto ai costi di cura, educazione e formazione dei figli, attraverso l'istituzione di un assegno unico universale per tutti i figli minorenni⁷⁹, la previsione di agevolazioni monetarie o fiscali per le spese dedicate all'educazione (non solo scolastica) e alle attività di tempo libero dei figli e di contributi per i pagamenti delle rette dei servizi per l'infanzia o per l'accudimento di bambini in età prescolare al proprio domicilio. In secondo luogo, viene promossa la conciliazione famiglia-lavoro in un'ottica di parità di genere con il riordino dei congedi genitoriali e di paternità, l'incentivazione al lavoro agile per i genitori di figli entro i quattordici anni e l'allargamento dell'offerta di servizi educativi per l'infanzia come diritto dei bambini e delle bambine. Occorre tuttavia tenere presente che finché l'offerta di servizi educativi per la prima infanzia coprirà solo una quota modesta delle richieste, con enormi disparità territoriali e con una forte sottorappresentazione dei bambini di famiglie economicamente modeste e con genitori a bassa istruzione, il rischio di effettuare una redistribuzione alla rovescia è alto.

Accolto come un buon punto di partenza per iniziare a disegnare un insieme organico di interventi a favore delle famiglie con figli, presenta ancora alcuni

⁷⁸ Cfr. anche l'analisi di C. Saraceno, *Family act, un punto di partenza*, in *lavoce.info*, 2020. I principi e i criteri direttivi da seguire nella predisposizione dei decreti legislativi concernono l'applicazione universale di benefici economici ai nuclei familiari con figlie e figli, secondo criteri di progressività basati sull'applicazione di indicatori della situazione economica equivalente (ISEE), tenendo altresì conto del numero delle figlie o dei figli a carico; la promozione della parità di genere all'interno dei nuclei familiari, favorendo l'occupazione femminile, anche attraverso la predisposizione di modelli di lavoro agile o flessibile volti ad armonizzare i tempi familiari di lavoro e incentivare il lavoro del secondo percettore di reddito; l'affermazione del valore sociale di attività educative e di apprendimento, anche non formale, dei figli, attraverso il riconoscimento di agevolazioni fiscali, esenzioni, deduzioni dall'imponibile o detrazioni dall'imposta sul reddito delle spese sostenute dalle famiglie, ovvero attraverso la messa a disposizione di un credito o di una somma di denaro vincolata allo scopo; l'introduzione di misure organizzative, di comunicazione e semplificazione che favoriscano l'accesso delle famiglie ai servizi offerti e la loro individuazione.

⁷⁹ Gli strumenti previsti vogliono conciliare l'universalismo dell'assegno con la selettività in base al reddito: si propone, infatti, un importo base uguale per tutti e un importo variabile calcolato in relazione all'ISEE familiare, garantendo, nella transizione, che nessuno prenda di meno. Ne beneficeranno sicuramente le famiglie più povere, che nel sistema attuale non sempre fruiscono dell'assegno al nucleo familiare se i genitori non sono lavoratori dipendenti o assimilati e che, a motivo dell'incapienza, non possono fruire neppure delle detrazioni fiscali. Ne beneficeranno anche i genitori lavoratori autonomi, che oggi non accedono agli assegni al nucleo familiare.

aspetti da chiarire come in particolate l'aver definito servizi il cui costo può essere sostenuto con fondi pubblici anche quelli forniti dalle *baby-sitter*, mettendo sullo stesso piano le iniziative di sostegno pubblico ai servizi educativi all'infanzia e gli strumenti più propriamente inquadrabili nell'ambito del *welfare* aziendale, la tutela dei diritti dei bambini e le garanzie dei diritti dei genitori lavoratori alla conciliazione vita-lavoro.

Sempre in Parlamento, presso la Commissione Lavoro della Camera dei deputati è all'esame una serie di proposte di legge volte a sostenere la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e a favorire la parità retributiva tra i sessi⁸⁰.

I contenuti dei vari progetti di legge riguardano la previsione di obblighi di informazione e trasparenza per i datori di lavoro pubblici e privati sul rispetto della parità nella composizione del personale, nelle retribuzioni, nelle promozioni e nelle indennità; il potenziamento della contrattazione collettiva aziendale per incidere sull'organizzazione del lavoro superando i divari di genere e favorendo la conciliazione vita-lavoro; incentivi alle imprese per l'assunzione di lavoratrici e per investimenti sulla promozione della parità (asili nido aziendali); misure a favore dei lavoratori (congedi, buoni per *baby-sitting*); incentivi e agevolazioni alla cura della persona e alla genitorialità (premi nascita, assegni familiari, deducibilità delle spese per l'educazione e l'istruzione dei figli); istituzione di reti territoriali di coordinamento dei servizi all'infanzia e riqualificazione del personale.

Anche in questo caso il sostegno al lavoro femminile passa attraverso la conciliazione vita-lavoro ma gli strumenti utilizzati sono prevalentemente pensati per incidere sull'organizzazione e sul rapporto di lavoro, in un gioco di obblighi e incentivi, certificazioni e sanzioni che dovrebbero trasformare i datori di lavoro pubblici e privati in attori principali nella promozione delle pari opportunità.

Seppure prive di una cornice unitaria, tutte le proposte di intervento prospettate in questi ultimi mesi sembrano comunque confermare la consapevolezza che il tema dell'implementazione della parità di genere nel lavoro non possa e non debba essere inteso come legato unicamente al principio di equità, ma anche come problema economico secondo un approccio fondamentale a maggior ragione in un momento come quello attuale, in cui la necessità di superare l'emergenza economica può offrire nuovi spunti non solo per scongiurare il rischio di un passo indietro nelle pari opportunità, ma anche per puntare su un'economia innovativa attraverso l'utilizzazione di tutti i talenti disponibili.

Non è un caso che la Commissione europea si sia espressa in questi termini lanciando la strategia per la parità di genere 2020-2025⁸¹, per la cui attuazio-

⁸⁰ Proposte abbinate C. 1675, C. 522, C. 615, C. 1345, C. 1925, C. 1732

⁸¹ Comunicazione del 5 marzo 2020 COM (2020) 152. La Strategia per la parità di genere 2020-2025 definisce obiettivi politici e azioni chiave per la lotta alla violenza e agli stereotipi e per realizzare un'economia basata sulla parità di genere; garantire in pari misura l'accesso ai ruoli dirigenziali; integrare la dimensione di

ne prevede un duplice binario che vede l'approvazione di misure volte a conseguire la parità di genere combinarsi con una sempre maggiore integrazione della dimensione di genere nell'elaborazione delle politiche in tutti i settori d'azione europea.

Fondamentali in questo senso sono anche i riferimenti contenuti nel *Next generation UE* così come presentato dalla Commissione europea nella Comunicazione del 27 maggio 2020 che, nel perseguimento degli obiettivi sui quali investire per uscire dalla crisi causata dall'emergenza Covid-19, richiamano in particolare l'esigenza di porre l'uguaglianza al centro della ripresa e, più specificamente, la necessità di colmare il divario di genere.

Conseguentemente, sembra importante che si sia proposto di valutare l'impatto delle misure previste per la ripresa in un'ottica di efficienza di genere, partendo dal presupposto fondamentale che le misure di politica economica non possono che agire diversamente sulle donne e sugli uomini soprattutto a causa della differente presenza sul mercato del lavoro e a causa della disuguaglianza nella gestione dei tempi e dei compiti di attività legate alla cura⁸².

Anche le Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza approvate dal Governo il 15 settembre 2020 in risposta al *Next generation UE* menzionano la parità di genere tra le sfide da affrontare attraverso l'adozione di un "ampio ventaglio di misure" e un'attenzione particolare all'*empowerment* femminile in termini di formazione, occupabilità ed autoimprenditorialità.

Il collegamento più o meno diretto è alle proposte del Comitato di esperti in materia economica e sociale istituito nell'aprile 2020 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che nel documento contenente le Iniziative per il rilancio «*Italia 2020-2022*» ha individuato cinque priorità e diversi strumenti da utilizzare per promuovere la parità di genere: informazione, orientamento e forma-

genere nelle politiche dell'UE; finanziare azioni che consentano passi in avanti in materia di parità di genere; affrontare il problema della disparità di genere nell'azione esterna dell'UE.

⁸² Cfr *Next Generation EU leaves women behind. Gender Impact Assessment on the EC proposal for #next-GenerationEU*, studio commissionato dal Greens/EFA Group del Parlamento Europeo nel giugno 2020 in base al quale se non si adotta una prospettiva di genere ogni azione, compresa la allocazione di fondi, rischia infatti di essere sbilanciata verso settori a prevalente occupazione maschile (il settore digitale, ad esempio, ma anche quello delle costruzioni o dei trasporti) mancando l'obiettivo dell'efficienza, anche perché i settori più colpiti dalla crisi (il turismo, i servizi, le attività di cura) sono invece caratterizzati dalla presenza di una maggiore forza lavoro femminile. Sembra interessante da sottolineare anche il fatto che, sulla base di tali osservazioni, si sia chiesta l'inclusione, tra le misure da adottare, di un focus specifico di investimento sulle attività di cura familiare e una riflessione ulteriore sul settore digitale (prettamente maschile), al quale si vorrebbe chiedere di prevedere misure inclusive rivolte all'incremento del numero delle donne occupate a tutti i livelli. Le stime dell'EIGE mostrano infatti come l'eliminazione del divario di genere nei settori STEM innescherebbe un aumento del PIL pro capite dello 0,7-0,9 per cento entro il 2030, mentre l'aumento entro il 2050 sarebbe compreso tra il 2,2 e il 3 per cento.

zione per la lotta agli stereotipi di genere⁸³; tutela, incentivi e azioni positive per il sostegno all'occupazione femminile e l'*empowerment* nel lavoro, nelle istituzioni e nella società⁸⁴; investimenti e incentivi per la conciliazione dei tempi di vita e il sostegno alla genitorialità⁸⁵; trasparenza e monitoraggio per l'adozione della valutazione dell'impatto di genere nella progettazione e nell'analisi delle politiche pubbliche.

Le Linee guida prevedono in via generale (e generica) l'introduzione di una «*adeguata valutazione di impatto sul genere*» con riferimento a tutte le azioni da realizzare nell'ambito del Piano nazionale, ma in attesa della elaborazione di un progetto più articolato e dettagliato di quanto il Governo intende proporre in sede europea, si segnalano le osservazioni e le proposte del CNEL di cui al documento su «*Next generation EU per le pari opportunità*».

Gli interventi volti a tali obiettivi devono essere mirati non solo al breve termine, ma soprattutto al medio/lungo periodo e devono essere affidati ad interventi che abbiano il carattere della strutturalità, limitando incentivi e sussidi, per procedere ad una vera e propria Strategia nazionale per le pari opportunità che individui gli obiettivi fondamentali concentrando le risorse e determinando una reale inversione di tendenza: in questo quadro un importante tassello sarebbe costituito dallo sviluppo del bilancio di genere a livello sia di amministrazioni centrali che di governi locali, in raccordo con l'applicazione di indicatori locali di benessere equo e sostenibile (BES).

L'attenzione al bilancio di genere sembra essersi accesa proprio in questi ultimi tempi, come testimoniano le audizioni al Senato che hanno preceduto la pubblicazione del Bilancio di genere dello Stato ad opera del MEF a novembre, cui è seguita la presentazione di una proposta di legge per rendere il bilancio di genere obbligatorio presso gli enti locali⁸⁶: la sfida sembra quella di superare logiche e strumenti tradizionali per abbracciare il problema della parità in una dimensione politica diffusa.

⁸³ Interessante la previsione di misure per monitorare l'uso del linguaggio di genere (nei *social network*, nei libri di testo) e per promuovere figure femminili non stereotipate (*mass-media*, scuola, università, sport).

⁸⁴ Accanto al ricorso alle tradizionali logiche di intervento nelle proposte del Comitato è presente il riferimento alla necessità di rivisitare l'intero sistema di sostegno alle famiglie razionalizzando gli strumenti già esistenti (assegni, bonus), agevolando l'ampliamento del ricorso al *welfare* aziendale (detassazione, decontribuzione) e potenziando i servizi offerti dal *welfare* pubblico (piano asili nido, programma di *work-life balance*).

⁸⁵ Il problema della gestione della famiglia, e in particolare dei figli minori, viene espressamente indicato come principale elemento di criticità per le donne lavoratrici e il ricorso allo *smartworking* è giudicato controproducente se diventa una scelta obbligata che produce un sovraccarico di responsabilità, divenendo strumento di segregazione e di allontanamento dal lavoro invece che di inclusione.

⁸⁶ Cfr. Ddl n. 1539 d'iniziativa della senatrice Fedeli ed altri, in discussione al Senato.

8. Conclusioni: verso una strategia della parità

Si è già rilevato che tra gli effetti dell'emergenza Covid-19 c'è anche quello di aver innescato un dibattito nuovo sulle strade da percorrere in direzione della ripresa: la consapevolezza della necessità del cambiamento e della discontinuità rispetto al passato è presente in maniera chiara sia tra coloro che preferiscono concentrarsi sui problemi, nel tentativo di comprenderli e superarli evitando errori già commessi, sia tra coloro che invece spingono verso la positivizzazione di soluzioni innovative.

In questo clima particolarmente fecondo di idee rimane aperto il confronto sull'uguaglianza di genere e passi avanti su questo fronte possono essere colti proprio in collegamento con gli effetti prodotti dall'emergenza in parte sulle logiche del mercato, in parte sul ruolo dell'intervento pubblico nell'economia.

Da un lato, infatti, le imprese stanno adottando modalità di lavoro flessibile che probabilmente saranno mantenute e molti padri hanno iniziato ad assumersi compiti più consistenti nella cura dei figli e a condividere maggiormente il lavoro domestico: se come si è detto l'ostacolo principale alla partecipazione delle donne mercato del lavoro è costituito dalla difficile conciliazione dei tempi di vita e lavoro, una diversa distribuzione delle responsabilità familiari può consentire non solo nuove opportunità al lavoro femminile, ma anche una rinnovata considerazione del valore economico del lavoro non retribuito e dell'uso del tempo. Il ricorso che in questo periodo è stato fatto allo *smartworking* da parte delle aziende può rivelarsi infatti uno strumento utile per rinnovare l'organizzazione produttiva e del lavoro, per raggiungere obiettivi di crescita e di sostenibilità non solo economica, ma ambientale e sociale⁸⁷.

Anche la necessità di rileggere la crescente diffusione del *part-time* che si presenta in modo squilibrato perché assume spesso carattere non volontario, in particolare per le donne, ha coinvolto in pieno le imprese e le loro politiche di *welfare* aziendale costringendole a ripensarle in modo socialmente lungimirante attraverso la revisione delle priorità nella scelta delle misure adottate in modo da privilegiare l'integrazione del reddito dei lavoratori coinvolti nella crisi.

⁸⁷ Alcune misure adottate da molte aziende sono direttamente legate all'emergenza sanitaria: dalla modulazione degli orari di lavoro e dei turni per favorire una migliore distribuzione del lavoro in condizioni di sicurezza, alla integrazione da parte della azienda di permessi e ferie per ridurre il ricorso alla cassa integrazione, alla scelta di ferie di emergenza riguardanti i lavoratori impiegati in aree aziendali colpite da forti cali di attività allo stesso fine di limitare il ricorso alla cassa integrazione, a forme di solidarietà quali il fondo-ore negoziato che permette ai dipendenti di donare le ferie fino all'annullamento del passivo individuale ai colleghi che hanno ferie da recuperare. Le esperienze di questo periodo hanno però anche sottolineato la necessità di rafforzare i congedi e gli altri strumenti volti a liberare spazi a vari fini, in particolare alla cura dei figli e alla vita familiare, fruibili da ambedue i genitori, rispondendo ad esigenze destinate a durare oltre l'emergenza. Cfr. T. Treu, *Welfare aziendale. Come cambierà dopo l'emergenza Covid-19*, in *Quotidiano Ipsos*, 17 ottobre 2020, 1.

Si è sottolineato che il campo d'azione del nostro *welfare* aziendale ne sarà influenzato (almeno) in due direzioni: da una parte dovranno valutarsi le misure da adottare in azienda alla luce degli interessi dei lavoratori, ma considerandone anche l'impatto esterno, dall'altra parte andranno rafforzati i legami già esistenti fra le misure aziendali di *welfare* e le scelte degli enti e delle istituzioni locali.

Quanto al ruolo delle politiche pubbliche, è evidente oggi più che mai la necessità di realizzare interventi strutturali innanzitutto rafforzando le infrastrutture territoriali socio-assistenziali e dunque investendo nei servizi di cura e in generale nei servizi pubblici⁸⁸.

Volendo privilegiare la ricerca di una strategia complessiva in grado di incidere su tutte le dimensioni della disuguaglianza di genere nel modo del lavoro, dalla partecipazione, alla retribuzione fino alla progressione di carriera, incidendo dunque sia sull'organizzazione che sulla qualità del lavoro, è necessario allora rivolgere l'attenzione a strumenti utili da un lato a monitorare e valutare gli interventi realizzati in un'ottica di genere, misurandone efficienze ed efficacia, dall'altro a orientare le scelte, eventualmente ricalibrando le priorità di intervento in base ai reali e diversi bisogni della comunità di riferimento.

Uno strumento particolarmente interessante in questo senso è il bilancio di genere⁸⁹, che consente di dare spazio a valutazioni in merito al differente impatto delle politiche pubbliche su donne e uomini evidenziando la non neutralità dei processi economici e decisionali, con ciò rivelandosi come una delle strategie più efficaci di promozione della parità e delle pari opportunità soprattutto se viene utilizzato in modo da consentire già in sede di programmazione di definire i criteri per valutare le politiche, le azioni, i servizi secondo un'ottica di genere e introducendo tale prospettiva in tutte le dimensioni dell'agire pubblico.

Il pregio principale di questo approccio risiede forse proprio nello spostare l'attenzione dalle donne come soggetto svantaggiato, superando la prevalente ottica della ricerca di soluzioni mirate per esigenze e bisogni personali del "sog-

⁸⁸ Il CNEL nel documento *Next generation EU per le pari opportunità*, 2020, sottolinea da questo punto di vista l'importanza di utilizzare le risorse europee non solo per potenziare la copertura territoriale e i livelli qualitativi degli asili nido, ma anche per estendere la scuola dell'infanzia per tutti e su tutto il territorio nazionale, per aumentare il tempo nella scuola primaria, raddoppiando il tempo pieno e ripensando gli spazi e i servizi necessari, e per potenziare l'assistenza agli anziani, ai disabili e a tutte le fragilità a partire dall'assistenza domiciliare socio-sanitaria integrata.

⁸⁹ Riconosciuto ufficialmente come strumento a sostegno delle istituzioni per realizzare la parità di genere nell'ambito della Piattaforma d'Azione della IV Conferenza Mondiale delle donne di Pechino del 1995, il bilancio di Genere si è sviluppato in Italia sulla base di un processo bottom-up a partire dalle Province e dai Comuni, prime amministrazioni che si sono impegnate nelle sperimentazioni in parallelo con l'introduzione rendicontazione sociale nelle amministrazioni pubbliche di cui alla Direttiva 17 febbraio 2006, mentre solo successivamente si è esteso alle Regioni e all'amministrazione statale, oltre che alle Università e alle Camere di Commercio.

In parallelo allo sviluppo delle sperimentazioni nei territori, il sistema normativo ha previsto e regolato il bilancio di genere sia a livello regionale, soprattutto all'interno delle leggi regionali sulle pari opportunità, che a livello statale.

getto femminile”, guardando, al contrario, a scelte più rispondenti alle esigenze di crescita e di competitività del territorio e ai bisogni della popolazione in quanto composta da generi diversi.⁹⁰

Oggi la redazione del bilancio di genere per le amministrazioni dello Stato segue le indicazioni contenute nel d.P.C.M. del 16 giugno 2017, rafforzate con il d.lgs. 12 settembre 2018, n. 116, che prevedono sia l’analisi dei divari di genere in economia e società, per restituire la situazione dell’Italia in termini di uguaglianza di genere a confronto con gli altri Paesi dell’Unione europea sulla base dell’EU *Gender Equality Index*⁹¹, sia un’analisi delle entrate e delle spese del bilancio dello Stato secondo una prospettiva di genere.

Grazie ad una lettura di genere delle entrate, ad esempio, può essere richiamata l’attenzione sul fatto che i sistemi fiscali, pur in assenza di una disparità normativa tra uomini e donne, possono essere non neutrali, acuendo o riducendo i divari di genere attraverso incentivi o disincentivi che influenzano i comportamenti individuali all’interno dei modelli occupazionali, di cura, di utilizzo del tempo, di consumo e risparmio a cui si applicano⁹² e contribuiscono a determinare la disuguale distribuzione del lavoro retribuito e non retribuito, del reddito⁹³ e dei diritti pensionistici.

Per quanto riguarda invece la rendicontazione delle spese, la riclassificazione⁹⁴ delle stesse in spese dirette a ridurre le disuguaglianze di genere, spese sensibili e spese neutrali mette in luce la difficoltà e al tempo stesso l’importanza di individuare e distinguere le spese neutrali da quelle sensibili al genere, che posso-

⁹⁰ Con un primo riconoscimento nella Direttiva 23 maggio 2007 contenente «*Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche*» e pochi mesi dopo, a dicembre 2007, nella l. n. 244 del 24 dicembre 2007, che prevede una sperimentazione del bilancio di genere a livello nazionale accompagnata da uno sviluppo delle statistiche di genere. È poi con il Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (Decreto Brunetta) che il bilancio di genere viene inserito tra gli strumenti per migliorare le performance delle amministrazioni pubbliche mentre la l. n. 196 del 31 dicembre 2009 ne ha previsto di nuovo la sperimentazione a livello nazionale.

⁹¹ Cfr. MEF, *Il bilancio di genere, Conto del bilancio dello Stato 2019, 2020*, I parte.

⁹² Un approccio di *gender mainstreaming* nella politica fiscale è stato promosso nella Risoluzione del Parlamento europeo su uguaglianza di genere e politiche fiscali del 15 gennaio 2019, che ha invitato gli Stati Membri ad adottare un sistema impositivo sul reddito delle persone fisiche basato su una tassazione individuale al fine di raggiungere l’equità fiscale tra donne e uomini.

⁹³ A riguardo è rilevante per esempio quanto emerge dall’analisi del carico fiscale aggiuntivo medio per un nucleo familiare con due figli a seguito dell’ingresso sul mercato del lavoro di un secondo percettore di reddito. Tale carico in Italia ha un valore piuttosto elevato e può disincentivare la partecipazione al mercato del lavoro delle donne, che tendono ad essere le seconde percettrici di reddito all’interno nella famiglia.

⁹⁴ Si vedano le Linee guida per la classificazione delle spese secondo una prospettiva di genere allegate al Rendiconto dello Stato 2019. Le spese dirette a ridurre le disuguaglianze di genere riguardano misure direttamente riconducibili alla riduzione dei divari di genere, come ad esempio misure di conciliazione vita-lavoro; le spese sensibili sono relative a misure che potrebbero avere effetti di genere indiretti, come ad esempio somme erogate per il sostegno all’occupazione e al reddito, spese per l’istruzione scolastica, spese per la mobilità urbana; infine le spese neutrali sono relative alle misure che non hanno effetti né diretti né indiretti di genere, come solitamente vengono considerati canoni e utenze.

no consistere anche in trasferimenti monetari ad altre amministrazioni o in finanziamenti a soggetti privati, imprese o individui, e che interessano più politiche settoriali relative a specifici servizi e a infrastrutture.

Individuare le spese sensibili è particolarmente rilevante perché permette di ottenere effetti positivi sulla riduzione delle diseguaglianze di genere senza necessariamente generare oneri aggiuntivi sul bilancio pubblico e permette inoltre di tenere conto della dimensione del genere già nella fase relativa al disegno degli interventi e alla loro implementazione, con effetti rilevanti anche per il coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti⁹⁵.

L'importanza del bilancio di genere trova conferma significativa se si fa riferimento alla Direttiva n. 2 del 26 giugno 2019 recante «*Misure per promuovere le pari opportunità*» e rafforzare il ruolo dei comitati unici di garanzia nelle pubbliche amministrazioni.

Considerando la promozione della parità di genere e la promozione delle pari opportunità non solo in funzione di equità, per la tutela della dignità e del benessere dei lavoratori, ma anche come strumenti di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa, la direttiva considera il *gender mainstreaming* come essenziale per raggiungere entrambi gli obiettivi⁹⁶: in questa direzione valorizza insieme al ruolo dei CUG anche l'attività di pianificazione (la predisposizione di Piani triennali di azioni positive) e di programmazione delle attività amministrative, da basare sulle analisi dei dati relativi alle azioni realizzate e ai risultati raggiunti così contenute in particolare nel bilancio di genere.

Se si considera che la valutazione della *performance* organizzativa dell'amministrazione e la valutazione della performance individuale dei dirigenti viene collegata anche all'attuazione degli obiettivi di genere programmati in quanto parte integrante della relazione trasmessa agli OIV, si instaura un circolo virtuoso che spinge a considerare proprio il bilancio di genere come un passaggio fondamentale⁹⁷.

Indicando la verifica a consuntivo dei risultati che le politiche pubbliche hanno avuto su uomini e donne, il *gender auditing* svolge dunque chiaramente una funzione di controllo importante in merito all'efficacia e all'efficienza della

⁹⁵ Cfr. S. Maffi, *Il bilancio di genere: un documento di supporto alle politiche pubbliche*, in AISRe – Atti della XLI Conferenza Scientifica Annuale, *Regioni tra sfide e opportunità inattese*, 2020, 25 La costruzione di reti di trasporto, di energia, di comunicazione, per l'approvvigionamento idrico e per i servizi igienico-sanitari viene tendenzialmente considerata neutrale al genere. Si presume che donne e uomini beneficino automaticamente e in egual misura dello sviluppo di nuove opere pubbliche, senza considerare la necessità di valutare il diverso impatto sociale ed economico che producono e le opportunità che derivano dall'integrazione della dimensione del genere nella relativa progettazione, oltre che nella loro realizzazione e nel monitoraggio.

⁹⁶ Si vedano le osservazioni nel Quadro generale della Sezione I della Direttiva n. 2 del 2019

⁹⁷ A conferma del ruolo chiave del bilancio di genere nell'ottica del *gender mainstreaming* si vedano le *Linee guida per il Bilancio di Genere negli Atenei italiani*, 2019, che prevedono il collegamento del bilancio di genere con i principali documenti gestionali dell'Ateneo dal livello più generale, strategico e finanziario, a quelli più operativi, come il piano della performance.

spesa pubblica. La prospettiva che viene aperta, ed è ancora da percorrere, riguarda invece l'utilizzo del bilancio di genere preventivo (*gender budgeting*) ed è volta ad integrare la fase di formazione del bilancio ristrutturando le entrate e le uscite sulla base della loro rilevanza per la riduzione delle disuguaglianze di genere: in questa ulteriore prospettiva infatti il bilancio di genere avrebbe anche la funzione di calibrare insieme alle diverse azioni, anche il ruolo dei vari attori coinvolti.

È possibile quindi affermare che le pubbliche amministrazioni sono chiamate a svolgere un ruolo determinante nella promozione del cambiamento culturale e nella diffusione del *gender mainstreaming*. Da un lato, sostenendo la diffusione delle analisi di bilancio di genere, contribuiscono a renderla una pratica consolidata nell'ambito della rendicontazione sociale in grado di essere estesa al settore privato. Dall'altro lato e di conseguenza, costituendo reti tra pubbliche amministrazioni e privati, stringendo accordi per l'istituzione e l'organizzazione di nuovi servizi di supporto alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sperimentando sistemi di certificazione di genere per le imprese, contribuiscono a diffondere la logica manageriale di genere attraverso pratiche e strumenti suscettibili di essere adottati diffusamente sul territorio.

Nella stessa direzione stanno evolvendo d'altra parte anche i sistemi di *welfare* aziendale: come si è già evidenziato sempre più imprese⁹⁸ si impegnano in attività di responsabilità sociale vuoi perché mosse da stimoli interni ad assumere il ruolo di attore protagonista di trasformazione non solo economica ma anche sociale, vuoi perché spinte ad adottare pratiche di responsabilità sociale di impresa come risposta a pressioni esterne provenienti dalla società civile o dal legislatore⁹⁹.

Fenomeno ulteriore e particolarmente interessante, espressione di una diversa dimensione della responsabilità sociale integrata nell'impresa, è quello del *welfare* aziendale territoriale, che comprende quelle misure di *welfare* attuate da imprese di un determinato territorio che si rivolgono alle esigenze della comunità locale nel suo complesso oltre che dei lavoratori. Questo tipo di approccio rappresenta un'opportunità soprattutto per le piccole e medie imprese che, facendo sistema, possono decidere di impegnarsi nel generare beni e servizi di carattere collettivo investendo nel potenziamento di servizi in accordo con gli altri attori pubblici e privati.

⁹⁸ Per una panoramica sulle diverse misure adottate dalle imprese che si sono impegnate a fornire strumenti di *welfare* straordinari ai loro dipendenti e alle loro comunità per fronteggiare l'emergenza si veda il rapporto di Percorsi di secondo *welfare*, *Organizzazioni solidali ai tempi del Covid-19*, 2020.

⁹⁹ Il decreto legislativo n. 254 del 30 dicembre 2016, attuativo della Direttiva UE 95/2014, ha introdotto per la prima volta in Italia l'obbligo per determinati tipi di aziende di integrare il bilancio con una "relazione non finanziaria" sulle politiche ambientali, sociali e di *governance* dell'azienda: una relazione basata dunque sui cosiddetti fattori ESG (*environmental, social, governance*).

Uscire dalla crisi da un lato è diventata una sfida per le imprese, chiamate a identificare un nuovo ruolo per la responsabilità sociale nella vita aziendale e ad individuare strategie adeguate a rispondere ai nuovi bisogni sociali, economici e ambientali collegati alla pandemia, andando se occorre anche oltre ciò che è richiesto dai governi o imposto dalla legge¹⁰⁰.

Per altro verso, di fronte all'occasione irripetibile rappresentata dalle risorse del pacchetto *Next Generation EU*, alla luce della assoluta centralità acquisita dalle attività di cura, riconosciute come essenziali e connesse non solo al sistema sanitario ma anche all'assistenza sociale, alla scuola e ai servizi per l'infanzia (asili nido, servizi pre e post scuola, centri estivi, centri diurni per anziani, residenze e semi-residenze per non autosufficienti, servizi per persone con disabilità), è ineludibile compito delle istituzioni pubbliche investire nel potenziamento se non nella riprogettazione di quei servizi dove è più forte la concentrazione del lavoro femminile, mettendo in luce la rilevanza dell'approccio di genere. Allo stesso tempo, il potenziamento di quei servizi risulta essere condizione necessaria per stimolare l'offerta di lavoro femminile, facendo sì che le norme introdotte riescano a incidere realmente sulle disparità e non rimangano lettera morta.

¹⁰⁰ Sulle nuove sfide al *welfare* aziendale e alla responsabilità sociale di impresa cfr. V. Gentile, *Pandemia e responsabilità sociale d'impresa*, in *Luiss Open*, 16 maggio 2020.

Giulia Bettin, Laura Trucchia - Abstract

Uscire dall'emergenza: la dimensione economico-lavorativa della disuguaglianza di genere tra problemi e prospettive

L'obiettivo di questo lavoro è approfondire la dimensione economico-lavorativa delle disuguaglianze di genere in Italia, analizzandone l'entità e le possibili cause, anche alla luce della recente emergenza legata alla pandemia Covid-19, e offrendo al contempo una valutazione sugli interventi normativi posti in essere a riguardo.

Getting out of the emergency: the economic and employment dimension of gender inequality between problems and opportunities

The purpose of the paper is to further analyze the economic and employment dimension of gender inequalities in Italy, focusing on its extent and possible causes, even in the light of the recent outbreak of Covid-19 pandemic. The paper also offers an evaluation of the related regulatory measures.

La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo

Saul Monzani

SOMMARIO: 1. La tutela cautelare quale snodo fondamentale del processo amministrativo. – 2. Tutela cautelare e attenuazione della strumentalità rispetto alla decisione sul merito. Il parallelismo tra poteri decisorio del giudice amministrativo e misure cautelari. – 3. I provvedimenti cautelari monocratici a contenuto decisorio. – 3.1. Le misure cautelari monocratiche in corso di causa. – 3.2. Le misure cautelari anteriori alla causa. – 4. L'impugnabilità dei decreti cautelari monocratici a contenuto decisorio in un'ottica di effettività della tutela.

1. *La tutela cautelare quale snodo fondamentale del processo amministrativo*

Tradizionalmente, come è noto, la misura cautelare che il giudice amministrativo era abilitato a disporre, ricorrendone ovviamente i presupposti (ovvero la sussistenza di «gravi ragioni» e il pericolo di subire «danni gravi ed irreparabili»), consisteva nella sola sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato (art. 39 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante «Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato» e art. 21, ultimo comma della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante «Istituzione dei tribunali amministrativi regionali», nella sua originaria formulazione)¹.

Addirittura, nei primissimi interventi normativi in materia (ovvero a partire dall'entrata in vigore della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato) e fino alla già citata legge del 1974 istitutiva dei Tribu-

¹ Sul tema, relativamente al periodo storico in parola, si v. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; sempre in tema cfr. anche F. Lubrano, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Roma, 1997; M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996; M. Sica, *Effettività della tutela e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; G. Paleologo, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971; G. Falzone, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Milano, 1967; U. Gargiulo, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli, 1948; E. Bonaudi, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908.

nali Amministrativi Regionali, la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato era considerata una deroga, come tale da disporsi eccezionalmente, al principio di esecutività del provvedimento amministrativo, ovvero alla presunzione di legittimità che lo caratterizza e alla sua piena efficacia per tutto il tempo necessario a pronunciarne l'annullamento, ove illegittimo.

La scelta originaria del legislatore, così come appena ricordata nei suoi tratti essenziali, è parsa diretta conseguenza di una considerazione del giudizio amministrativo in termini meramente impugnatori nei confronti di un atto che, in tale ottica, doveva conservare la propria piena efficacia quantomeno fino alla conclusione del giudizio, in quanto espressione della libertà dell'amministrazione e del conseguente carattere autoritario ed imperativo dell'atto medesimo².

Poi, con l'introduzione della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, nel 1971, il legislatore non ha confermato espressamente il carattere "eccezionale" della sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento impugnato, limitandosi ad attribuire al soggetto interessato, che alleggi il pericolo di subire per effetto dell'esecuzione del provvedimento impugnato gravi ed irreparabili danni durante il tempo necessario alla definizione del giudizio, la possibilità di chiederne la sospensione, come autonoma azione.

In ogni caso, nella fase storica ora in considerazione, il potere cautelare del giudice amministrativo rimane comunque limitato alla sospensione del provvedimento impugnato, quale riflesso di un sistema di giustizia amministrativa imperniato sulla giurisdizione generale di annullamento, nell'ottica di apprestare una anticipazione, provvisoria, degli effetti della sentenza finale, in un quadro non ancora compromesso per il ricorrente (*re adhuc integra*).

Successivamente, si registra, prima in giurisprudenza e, poi, anche ad opera del legislatore, un ampliamento della gamma di misure cautelari che il giudice amministrativo risulta abilitato a disporre.

Un fondamentale primo snodo nel senso indicato è dato dalla pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato la illegittimità, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 della nostra Carta fondamentale, e rifacendosi al rimedio apprestato in ambito processuale civile dall'art. 700 c.p.c., dell'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali «nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito», ogniqualevolta il ricorrente abbia fondato motivo di

² Sul punto cfr. M. Andreis, *op. cit.*, 7.

temere che durante il tempo necessario alla pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un «pregiudizio imminente e irreparabile»³.

Coerentemente, anche la giurisprudenza amministrativa che si colloca nel periodo storico ora in esame è giunta a ritenere che «in sede di ricorso giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, allorché l'ordinanza di sospensione dell'atto impugnato, non sia per se stessa sufficiente a garantire l'effettività della tutela dell'interesse fatto valere dal ricorrente, ovvero l'amministrazione ne rifiuti o eluda la esecuzione, l'interessato alla esecuzione medesima, può nuovamente, osservate le forme stabilite per l'ordinario giudizio di sospensione, adire lo stesso giudice che ha emanato l'ordinanza di sospensione, chiedendogli l'emanazione, in via cautelare, delle misure idonee ad assicurare l'esecuzione di tale ordinanza»⁴.

Del resto, anche la giurisprudenza euro-unitaria ha contribuito all'ampliamento del novero dei rimedi di natura cautelare che il giudice è abilitato a riconoscere in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Infatti, la Corte di giustizia ha da tempo riconosciuto la necessità che il giudice nazionale disapplichi le leggi nazionali che gli impediscano di emettere i provvedimenti provvisori di natura cautelare necessari a garantire la tutela di diritti fondati sulle norme europee, in vista di una piena efficacia soddisfattiva della decisione finale di merito⁵.

³ Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro amm.*, 1986, 1675. Per un commento si v., tra gli altri, L. Montesano, *Sull'istruzione e sulla cautela di giurisdizione esclusiva "civilizzata" dalla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 12 ss.; A. Corpaci, *Tutela cautelare atipica e controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1988, 1275 ss.; M. Sica, *Procedimenti d'urgenza e giudizio cautelare amministrativo*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 69 s.s.; M. Nigro, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, *ivi*, 1985, I, 1, 1297; A. Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare in danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss. Più in generale, sul tema, si v. R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010, 33 ss.; M. Sica, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991.

⁴ Così, dapprima, Cons. Stato, ad. plen., 30 aprile 1982, n. 6, in *Foro amm.*, 1982, I, 1212, su cui si v. le note, tra gli altri, di E. Follieri, *Esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo*, *ivi*, 1982, 629 ss.; G. Saporito, *Ottemperanza e ordinanze cautelari amministrative*, in *Foro It.*, 1982, III, 229. Tale impostazione è stata riproposta anche successivamente da Cons. Stato, ad. plen., 1° giugno 1983, n. 14, in *Foro amm.*, 1983, I, 1306, in cui si è precisato che «Quando gli effetti caducativi della sospensione non sono sufficienti a tutelare in via cautelare l'interesse del ricorrente, la effettività della tutela interinale può essere realizzata anche mediante strumenti diversi ed ampiamente eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti formali dell'atto impugnato» (sentenza resa in una fattispecie in relazione alla quale si è ritenuto in facoltà del giudice che abbia sospeso l'autorizzazione all'occupazione d'urgenza di un immobile di ordinare alla pubblica amministrazione la restituzione del bene, ad eccezione di quanto eventualmente già costruito). Più di recente, Cons. Stato, ad. plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 365, ha ribadito che «In caso di mancata esecuzione spontanea della pronuncia cautelare, il giudice amministrativo può disporre tutte le misure necessarie ... affinché gli effetti della stessa siano materialmente realizzati», anche «disponendo in via provvisoria l'effettuazione di una dovuta prestazione da parte dell'amministrazione ovvero l'emanazione di ordini di pagamento di una somma a favore del ricorrente».

⁵ Così, Corte giustizia Ue, 19 giugno 1990, in C-213/89, *Factortame*, in *Foro it.*, 1992, IV, 498. In tema si v. anche Corte giustizia Ue, 21 febbraio 1991, in C-143/88 e C-92/88, *Zucker-fabrik*, in *Foro amm.*, 1992, 733.

Ancora più specificamente, si è chiarita la natura atipica dei provvedimenti cautelari che possono essere assunti dai giudici nazionali⁶, al fine della modifica o disciplina di situazioni di diritto o di rapporti giuridici controversi⁷.

Sulla scia della tendenza giurisprudenziale così manifestatasi, il legislatore, con la legge 21 luglio 2000, n. 205, ha effettuato una riforma organica del sistema di tutela cautelare nel processo amministrativo, basandosi proprio sul principio di atipicità.

In concomitanza con l'ampliamento dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo (per effetto della novella apportata dapprima dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e, poi, dalla stessa legge n. 205 del 2000), il quale è ormai legittimato a pronunciare nei confronti della pubblica amministrazione la condanna ad un *facere* specifico, attraverso una tutela risarcitoria per equivalente o reintegratoria in forma specifica, anche la funzione cautelare non poteva ritenersi strumentale solo rispetto ad una decisione di annullamento⁸. In sostanza, l'assunto di fondo da cui muove la riforma in questione tiene conto dell'avvenuta trasformazione dell'oggetto del giudizio amministrativo, il quale viene a riguardare non solo il provvedimento ma, più in generale, il rapporto giuridico che sorge tra il cittadino e la pubblica amministrazione: in tale quadro, la previsione di misure cautelari atipiche sono apparse meglio in grado di salvaguardare, nel corso del giudizio e nelle more della definizione di esso, la posizione del ricorrente⁹, non solo nei casi in cui esso sia animato dal far valere un interesse legittimo oppositivo, ma anche quando la posizione azionata sia di natura pretensiva.

Così, l'art. 3 della legge n. 205 del 2000, riscrivendo l'art. 21, comma 7, della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, è giunto a riconoscere al ricorrente che sia in grado di allegare un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato o dal comportamento inerte della pubblica amministrazione durante il tempo necessario a definire il giudizio, la possibilità di ottenere dal giudice amministrativo l'emanazione delle misure cautelari che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione sul ricorso.

⁶ Corte giustizia Ue, sez. V, 19 settembre 1996, in C-236/95, in *Foro amm.*, 1997, 381, con nota di A. Scognamiglio, *Ancora un intervento della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare*.

⁷ Corte giustizia Ue, 9 novembre 1995, in C-465/93, *Atlanta*, in *Foro amm.*, 1996, 1783, su cui si v. nota di R. Caranta, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, *ivi*, 2543. Sempre in tema si v. anche: G. Tesaro, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1992, 131 ss.; M. Moscardini, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, *ivi*, 1991, 1057 ss.; C. Consolo, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1123 ss.

⁸ Sul punto cfr. A. Police, *La tutela cautelare di primo grado*, in *Il processo amministrativo - Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, vol. XLII, Padova, 2014, 541 ss.; G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2015, 485.

⁹ Così, V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 696.

Da ultimo, l'art. 55, comma 1, del vigente Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha confermato sostanzialmente la previsione predetta, e con essa, l'atipicità delle misure cautelari adottabili nel processo amministrativo, con la sola eliminazione del riferimento all'esecuzione dell'atto impugnato o all'inerzia della pubblica amministrazione, tenuto conto che la giurisdizione amministrativa abbraccia ormai non solo l'atto o il comportamento inerte ma, più in generale, come espressamente individuato dall'art. 7, comma 1, del Codice, le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, riguardanti l'esercizio, o il mancato esercizio, anche mediato, del potere amministrativo.

Pertanto, la misura cautelare diviene, non più o non solo, una fase incidentale del processo amministrativo, bensì uno snodo fondamentale dello stesso sotto il profilo dell'effettività della tutela in capo al ricorrente, cristallizzando la situazione in attesa della definizione del giudizio di merito o anticipando la decisione stessa (tramite l'adozione di qualsiasi misura atta ad assicurare interinalmente gli effetti della sentenza)¹⁰.

2. *Tutela cautelare e attenuazione della strumentalità rispetto alla decisione sul merito. Il parallelismo tra poteri decisorii del giudice amministrativo e misure cautelari*

Come si è già accennato, tradizionalmente, la misura cautelare nel processo amministrativo è sempre stata vista porsi in rapporto (meramente) strumentale alla decisione di merito¹¹.

Del resto, una siffatta impostazione appare sostanzialmente confermata anche dal dato letterale di cui all'art. 55, comma 1, del Codice del processo amministrativo che, come è noto, abilita il ricorrente, il quale abbia il fondato timore di subire un danno grave ed irreparabile dall'esecuzione del provvedimento impugnato nel tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, a chiedere l'emanazione delle misure cautelari che appaiano, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare «interinalmente» gli effetti della decisione sul ricorso, compresa l'ingiunzione a pagare una somma «in via provvisoria».

La strumentalità della misura cautelare rispetto alla decisione di merito è stata ritenuta connotarsi sotto due profili: dal punto di vista strutturale, in quanto gli effetti della misura cautelare sono provvisori, essendo destinati a cessare una

¹⁰ Sul punto cfr. E. Follieri, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 375.

¹¹ Tale aspetto è stato individuato fin da tempi risalenti: si v., a tal proposito, tra tutti, P. Calamandrei, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 137.

volta assunta la sentenza finale nonché, dal punto di vista funzionale, nel senso che la misura in questione, essendo preordinata ad assicurare, interinalmente, gli effetti della decisione di merito, non può produrre effetti diversi o maggiori di quelli ottenibili con quest'ultima¹².

Invero, il carattere di strumentalità rispetto alla decisione di merito ontologicamente connaturato alla misura cautelare pare essere entrato in "tensione", perlomeno in una certa misura, rispetto ad una tendenza, che talvolta si intravede nella prassi, ad assumere una funzione anticipatoria e quasi sostitutiva della pronuncia finale.

Si è affermato, da tale punto di vista, che con l'introduzione del principio di atipicità dei provvedimenti cautelari, il baricentro della relativa tutela si dirige più verso la sentenza da emanare che verso il provvedimento da sospendere¹³.

In tale ottica, nell'anticipare gli effetti della sentenza di merito si finisce, in certi casi, per sostituirla.

La tendenza ora in commento trova terreno fertile nella atipicità delle misure cautelari e nel parallelismo che si può tracciare tra poteri decisori veri e propri attribuiti al giudice amministrativo e la gamma delle misure cautelari che il medesimo è abilitato a disporre, proprio al fine di assicurare fin da subito gli effetti della decisione sul ricorso, con conseguente necessità che in fase cautelare il giudice amministrativo debba poter assicurare, ricorrendone i presupposti, i vari effetti utili per il ricorrente conseguibili con la decisione finale.

Così ragionando, in altri termini, al fine di determinare le misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo, occorre volgere lo sguardo ai poteri decisori di cui esso dispone, alla luce dell'ordinamento vigente¹⁴.

Ciò tenendo conto, tra le altre cose, che la misura cautelare ha seguito l'evoluzione del giudizio di merito che, attraverso l'effetto conformativo, è giunto a dare soddisfazione non solo agli interessi legittimi oppositivi, ma anche a quelli di natura pretensiva¹⁵. In particolare, è stata superata l'impostazione risalente per cui i provvedimenti amministrativi di segno negativo (dunque facenti riferimento ad interessi legittimi di natura pretensiva) non potevano essere suscettibili di sospensione per effetto di una decisione giudiziale in quanto non determinavano effetti innovativi della realtà materiale, con la conseguenza di risultare insindacabili dal giudice amministrativo in sede cautelare. Diversamente, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, la giurisprudenza ha ammesso la tutela cautelare anche degli interessi legittimi pretensivi, riconoscendo che i provvedimenti di carattere negativo sono idonei a produrre effetti materiali positivi, ad esempio nel caso

¹² Sul punto, tra gli altri, E. Follieri, *op. ult. cit.*, 378.

¹³ F. Satta, *I riti abbreviati: tra giurisdizione e amministrazione*, in www.giustamm.it.

¹⁴ Sul punto cfr. A. Police, *op. ult. cit.*, 489-490.

¹⁵ Sul punto E. Follieri, *op. ult. cit.*, 374.

diniego opposto dall'amministrazione alla partecipazione di un candidato ad un pubblico concorso, o ad un esame o ad una gara (di qui la possibilità di disporre giudizialmente l'ammissione con riserva)¹⁶.

Ciò ha determinato una profonda trasformazione del rimedio cautelare, il quale non viene più considerato come uno strumento di mera conservazione della situazione giuridica dedotta ma assurge a mezzo di modificazione e produzione di effetti giuridici¹⁷, potendo giungere a rimuovere impedimenti frapposti da provvedimenti amministrativi di segno negativo alla realizzazione di interessi giuridicamente rilevanti del privato, la cui soddisfazione risulti incompatibile con i tempi necessari alla definizione nel merito del giudizio, in un'ottica di tutela cautelare improntata ai canoni dell'effettività.

Tornando ai poteri decisori riconosciuti al giudice amministrativo, bisogna fare riferimento all'art. 34, comma 1, del Codice del processo amministrativo, a norma del quale, il giudice amministrativo, in caso di accoglimento del ricorso, è abilitato a disporre, nei limiti della domanda: a) l'annullamento, totale o parziale, del provvedimento impugnato; b) l'ordine all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine; c) la condanna: al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, al risarcimento in forma specifica ovvero la condanna ad un *facere* ben preciso, al rilascio di un provvedimento richiesto nel contesto dell'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio, nei casi in cui l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti più utile per il ricorrente ma rilevi ai soli fini risarcitori; d) nei casi di giurisdizione di merito, l'adozione di un nuovo atto, ovvero la modifica o la riforma quello impugnato; e) le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.

Così, parallelamente, il giudice amministrativo sarà abilitato a pronunciare in sede cautelare, onde assicurare tutti gli effetti possibili della sentenza di merito, oltre alle misure istruttorie e a quelle sospensive del provvedimento impugnato, nel caso in cui sia fatto valere un interesse legittimo oppositivo, anche le misure propulsive con vincolo conformativo¹⁸, nonché quelle positive sostitutive, con

¹⁶ Sul punto A. Police, *op. ult. cit.*, 482, ivi ulteriori riferimenti.

¹⁷ In tema E. Follieri, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss.

¹⁸ Si tratta delle ordinanze assunte con la tecnica del c.d. *remand*, ovvero quelle attraverso le quali, unitamente alla sospensione del provvedimento di rigetto, viene ordinato alla pubblica amministrazione di valutare aspetti non considerati in sede di procedimento amministrativo oppure il riesame di aspetti considerati in maniera ritenuta incompleta o inadeguata o, ancora, di tener conto di fatti sopravvenuti, con la conseguenza di introdurre un indubbio vincolo conformativo sull'esercizio della potestà amministrativa oggetto di vaglio giurisdizionale. Così, A. Police, *op. ult. cit.*, 490. Sul tema si v., tra gli altri, M. Andreis, *Tutela cautelare, diniego*

le quali si attribuisce, sia pure provvisoriamente, al ricorrente titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva il bene alla vita cui egli aspira, ciò con riferimento soprattutto a provvedimenti a contenuto vincolato o comunque di limitata discrezionalità ed, infine, le misure ordinatorie di carattere patrimoniale.

Ne deriverebbe, in sostanza, che l'ampliamento di tutela apprestabile dal giudice amministrativo ai sensi di quanto disposto dalla l. n. 205/2000 prima, e dal Codice del processo amministrativo, poi, avrebbe aperto, in forza del parallelismo ora in commento, la possibilità da parte del giudice amministrativo di "sostituirsi" all'amministrazione pubblica già in sede cautelare. In altri termini, il definitivo passaggio della giurisdizione amministrativa dal modello del giudizio sull'atto a quello del giudizio sul rapporto, ha finito per dischiudere nuovi orizzonti circa il contenuto, il grado di incisività e l'ambito applicativo delle misure cautelari propulsive e sostitutive, rendendo ammissibili già in tale sede valutazioni (tendenzialmente) sostitutive dell'azione amministrativa preordinate alla condanna nei confronti della pubblica amministrazione ad adempiere o ad assumere determinati provvedimenti¹⁹.

Così, nella vigenza del Codice del processo amministrativo, pur dovendosi ritenere confermato da un punto di vista strutturale e formale il carattere strumentale della tutela cautelare, tuttavia si assiste ad una certa crisi o attenuazione della strumentalità o comunque ad una sua diversa considerazione, perlomeno con riferimento alle misure cautelari collegiali, anche, e forse soprattutto, ad opera dei giudici amministrativi²⁰.

In tale prospettiva, si registra una certa tendenza al superamento del rigido collegamento di strumentalità tra fase cautelare e giudizio di merito, nel senso che, fermo restando l'obbligo di non esorbitare dai poteri cognitori e decisorii propri della sentenza di merito, la strumentalità assume sempre più connotati anticipatori rispetto alla decisione finale²¹, e, per certi versi pratici, anche sostitutivi della decisione finale stessa. In altri termini, nel senso dell'attenuazione del principio di strumentalità funzionale nel processo amministrativo, si assiste, in

di provvedimento e remand, in *Urb. e app.*, 2009, 630 ss.; G.M. Di Lieto, *Limiti e ammissibilità del "remand". Tutela cautelare degli interessi pretensivi e poteri del giudice*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 2002, 205 ss.; R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 857 ss.

¹⁹ Così, D. De Carolis, *Art. 55*, in Aa.Vv., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 534.

²⁰ Sul punto, R. Leonardi, *op. cit.*, 63 ss.

²¹ Così D. De Carolis, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 28. In giurisprudenza si v., di recente, Cons. Stato, sez. II, 1° giugno 2020, n. 3421, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si ribadisce che «Le ordinanze cautelari del giudice amministrativo hanno una funzione strumentale e servente, nonché se del caso anticipatoria, rispetto agli effetti della eventuale sentenza di accoglimento del ricorso: qualsiasi sia l'esito del giudizio, vengono meno gli effetti delle ordinanze cautelari emesse medio tempore e degli atti emessi per darvi loro esecuzione». Negli stessi termini, tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2018, n. 5130, *ivi*.

certi casi, ad un fenomeno per cui il provvedimento cautelare, e la definizione degli interessi attuata in tale sede, viene di fatto a sostituirsi alla tutela di merito, acquisendo un carattere di stabilità²².

Sul punto, infatti, occorre considerare che la decisione sulla domanda cautelare può produrre effetti irreversibili (come ammesso dall'art. 55, comma 2, del Codice nel momento in cui esso introduce la possibilità di prevedere una cauzione) e, di fatto, giungere a definire i rapporti tra le parti, i quali potrebbero essere già esauriti nel momento in cui intervenga la sentenza di merito, che, proprio per tali motivi, può divenire superflua o comunque, nella prassi, accade che essa non viene più pronunciata²³.

È ben vero, come già accennato, che l'impostazione del Codice sul punto depone ancora per la strumentalità della misura cautelare rispetto alla decisione di merito, e ciò traspare, oltre che dalla previsione di cui al comma 1 dell'art. 55, che parla espressamente di misure «interinali», ovvero provvisorie, anche da quanto disposto ai successivi commi 4, per cui «La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito», e 11, a norma del quale «L'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito».

²² Così M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. n. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 208-209, ove si è constatato, tra le altre cose, che in alcune decisioni i giudici hanno ritenuto che l'esecuzione delle ordinanze cautelari comportasse la cessazione della materia del contendere o la sopravvenuta carenza di interesse al giudizio di merito.

²³ Sul tema, sia pure con riferimento alla normativa previgente, si v. M. Clarich, *La riforma del processo amministrativo: introduzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1069, il quale ha osservato che «l'ambito della tutela cautelare, com'è noto, ha acquistato, nella prassi degli ultimi decenni, un'importanza centrale nel processo amministrativo fino a rendere inutile, in molti casi, la fase del merito». In senso conforme, A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 2495, il quale ha evidenziato come sia sull'accoglimento o meno della domanda cautelare, divenuta una clausola di stile nei ricorsi amministrativi, che si «disputa la vera partita del processo amministrativo», così da registrarsi, di fatto, l'introduzione di una sorta di nuova procedura giudiziale che condiziona la decisione finale, «spegnendo ovvero accelerando, il giudizio di merito». Ancora, G. Abbamonte, *Relazione al XXXI Convegno di Varenna: Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione; contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1988, 218, ha constatato che «per la lentezza della giustizia amministrativa, la trattazione della domanda di sospensione ha assunto importanza fondamentale, al punto che i pratici vedono pressochè per intero il fenomeno della giustizia amministrativa attraverso la lente del processo cautelare». Di recente, F. Merusi, E. Frediani, *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, 2019, 191, hanno evidenziato come per effetto di una tutela cautelare modellata sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 700 c.p.c., per il giudice amministrativo «tutto è divenuto possibile», con l'ulteriore conseguenza per cui «quasi tutto il processo si sia spostato in sede cautelare». Sul punto, è intervenuta anche M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130 ss., la quale ha constatato che «l'evoluzione del quadro normativo del processo amministrativo ha segnato una progressiva attenuazione del principio di strumentalità della tutela cautelare rispetto all'effettività della tutela di merito», il che ha determinato una sorta di «rivoluzione della funzione dello strumento cautelare, da mezzo di mera conservazione dello status quo a mezzo con cui viene conseguita la tutela», così da attribuire alla tutela cautelare una funzione «conformativa» in vista di una più effettiva garanzia del buon andamento della P.A., «quale strumento che, più che a bloccare l'azione, rallentando il perseguimento dell'interesse pubblico, tenda, per quanto possibile, a consentirne in tempo utile la correzione e, per l'effetto, un più legittimo svolgimento».

Tuttavia tale impostazione rischia di rimanere sulla carta se non accompagnata da una prassi conforme, la quale non di rado pare indirizzarsi diversamente, essendo il deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito ridotto ad una mera formalità e prendendo atto che spesso le ordinanze cautelari non fissano la data dell'udienza predetta²⁴, la quale, in tali casi, finisce per non tenersi mai.

Il carattere "anticipatamente decisorio" di talune ordinanze cautelari pare essere in qualche modo assecondato anche dal fatto che nel nostro sistema vi è corrispondenza tra il giudice cautelare e il giudice del merito: ciò determina la conseguenza che, una volta apprezzata l'esistenza del *fumus boni juris* in sede cautelare, difficilmente lo stesso giudice, o comunque lo stesso collegio, è portato a mutare orientamento nella successiva fase di merito che si svolge sulla medesima questione²⁵.

In tale ordine di idee, occorre constatare che nel momento in cui in sede cautelare si effettui una «ragionevole previsione sull'esito del ricorso» (come richiesto dall'art. 55, comma 9, del Codice), inevitabilmente lo stesso giudice o collegio può tendere a rimanere fedele al convincimento originariamente maturato, sia pure solo in virtù di una cognizione sommaria.

Certamente, un'impostazione, come quella descritta di derivazione perlopiù giurisprudenziale, che elida in tutto, o comunque in buona parte, il carattere meramente strumentale della tutela cautelare in nome di una tendenza sostitutiva della decisione di merito, non può essere condivisa nel momento in cui ciò si traduca nella trasformazione del processo amministrativo in un giudizio sommario, condizionato da tempi processuali estremamente brevi e costretto entro confini angusti che non diano sufficiente garanzia di contraddittorio, di effettività della tutela, di realizzazione del diritto alla difesa²⁶.

²⁴ Sul punto R. Leonardi, *op. cit.*, 69, ha rilevato che l'attenuazione della strumentalità funzionale tra cautela e merito è in larga parte una scelta di tutela operata dal giudice in sede cautelare, piuttosto che una precisa volontà del legislatore.

²⁵ Ciò anche se, ovviamente, nulla osta, sul piano formale, a che vi sia un mutamento di posizione tra fase cautelare e merito. Sul punto, cfr. Cons. Stato, V, 29 agosto 2017, n. 4101, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si è ricordato che «Nel processo amministrativo la decisione cautelare non impedisce al giudice di modificare il proprio convincimento in conseguenza della delibazione del merito della controversia, che è compiuta notoriamente nella pienezza del contraddittorio».

²⁶ Sul punto, tra gli altri, F. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 250, ha rilevato come «un processo che avesse l'ambizione di attribuire in via definitiva al ricorrente il bene della vita richiesto, ancorché definito come cautelare, non potrebbe aver luogo sulla base di una cognizione solo sommaria della controversia. Diversamente, risulterebbero violati elementari principi processuali, non privi di copertura costituzionale». Analogamente anche A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 291, ha puntualizzato che «una misura cautelare...non può determinare, neppure in via di fatto, la definizione del giudizio. Altrimenti la tutela cautelare si configurerebbe, nel processo amministrativo, in termini incompatibili con il principio di strumentalità: non assegnerebbe solo utilità funzionali alla decisione di quel giudizio, ma lo definirebbe direttamente». Ancora, R. Cavallo Perin, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1172, ha individuato la cautela come «strumento essenziale» del processo amministrativo volto ad assicurare, e non ad anticipare, l'esito finale del processo medesimo, posto che «l'anticipazione della sentenza finale mai potrà essere ritenuta la ragione dell'atto cautelare, nè il suo fine *ex lege*».

A ben vedere, però, il Codice del processo amministrativo prevede già diversi “meccanismi” che appaiono utili al fine di ricondurre ad equilibrio il rapporto tra ontologica strumentalità delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito e tendenza, nella prassi, “anticipatamente decisoria” delle medesime, quale espressione degli accresciuti poteri del giudice amministrativo e della gamma di statuizioni che esso è abilitato a pronunciare, sia in sede di merito, che, parallelamente, nella fase cautelare, proprio al fine di assicurare fin da subito (tutti) i possibili effetti della decisione finale.

Un primo istituto che depone nel senso indicato è quello relativo alla celebre fissazione dell’udienza di merito ai sensi dell’art. 55, comma 10, del Codice, il quale prevede, appunto, che il Tribunale Amministrativo Regionale procede, in sede cautelare, a fissare un’udienza di merito «a breve termine» nei casi in cui si ritenga che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente per tale via. Nello stesso senso, può provvedere anche il Consiglio di Stato, pronunciando un’ordinanza motivata sulle ragioni per cui ritiene di riformare l’ordinanza cautelare di primo grado e di trasmetterla al Tribunale Amministrativo Regionale per la sollecita fissazione dell’udienza di merito.

In tali casi, il giudice amministrativo, nel momento in cui ritenga necessario l’approfondimento proprio della fase di merito e che, al contempo, non esista un pericolo imminente per il ricorrente, tale da non poter attendere gli esiti di un’udienza di merito fissata entro un breve termine, può procedere nel senso indicato, senza pertanto prendere posizione in sede cautelare sul merito della controversia. In siffatta ipotesi, è la tutela di merito che, di fatto, sostituisce quella cautelare, qualora ne ricorrano i presupposti, il che consente di pervenire ad una soluzione rispettosa dei principi generali del processo amministrativo e, di conseguenza, dei diritti di effettività della tutela e di difesa del ricorrente privato, garantendo, al contempo, una soluzione tempestiva della questione.

Un altro strumento significativo ai fini ora in esame può essere utilizzato qualora il collegio giudicante, nella fase cautelare, nel momento in cui abbia già accertato la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria, sentite sul punto le parti costituite²⁷, ritenga di essere in grado, in camera di consiglio, di definire il giudizio con una sentenza redatta in forma semplificata, ai sensi dell’art. 60 del

²⁷ Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2019, n. 4898, in *Foro amm.*, 2019, 1233, ha precisato che «L’annotazione nel verbale di udienza della possibilità di definire la causa, portata in camera di consiglio per la decisione cautelare, nel merito costituisce un adempimento essenziale a tutela del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, che non può essere supplito da una generica comunicazione data all’inizio della chiamata delle cause; la mancata annotazione è invece irrilevante ove dell’avviso sia stato dato atto in sentenza senza che sia contestata la corrispondenza al vero di questa affermazione». Inoltre la giurisprudenza ha chiarito che non è censurabile in sede di appello la scelta del giudice di pronunciare sentenza in forma semplificata: così: Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2018, n. 782, in www.giustizia-amministrativa.it.

Codice del processo amministrativo²⁸. In sostanza, l'istituto appena ricordato è in grado di consentire al giudice amministrativo che ritenga di poter definire il giudizio fin da subito di farlo, non adottando un'ordinanza dagli effetti irreversibili e tendenzialmente sostitutiva della pronuncia di merito, bensì, pronunciando (sentite le parti e sempreché una di essi non intenda proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione) una vera e propria sentenza di merito, sia pure in forma semplificata²⁹.

Ne deriva, in ultima analisi, che il superamento del collegamento strumentale tra fase cautelare e di merito, nel senso fin qui indicato, non appare accettabile sotto il profilo dei principi generali e della struttura del processo amministrativo, ma nemmeno tale approdo risulta utile o necessario dal punto di vista pratico. Infatti, come appena illustrato, il Codice già attribuisce al giudice amministrativo, ricorrendone i presupposti, la possibilità di definire immediatamente o comunque celermente il giudizio con una pronuncia di merito, senza bisogno di sovvertire l'ontologico rapporto tra cautela e decisione finale, quali fasi del giudizio che rispondono a diverse finalità e presupposti, e che, pertanto, è bene non confondere e sovrapporre.

Pertanto, è auspicabile che i giudici amministrativi facciano buon uso degli strumenti già previsti dal Codice, limitando la pronuncia delle misure cautelari con effetti irreversibili a quelle situazioni in cui un siffatto provvedimento costituisca l'unico modo per scongiurare un pregiudizio effettivamente grave ed irreparabile in capo al ricorrente³⁰, secondo un'interpretazione stringente circa la sussistenza di tale condizione. Diversamente, sarebbe preferibile optare per la sollecita definizione della questione nel merito ovvero per l'assunzione, già in sede cautelare, di una sentenza in forma semplificata, laddove le esigenze di urgenza o comunque di celerità sussistano, tanto da non poter attendere una pronuncia di merito secondo la procedura "ordinaria", ma non siano estremamente stringenti, risultando, così, compatibili, con i tempi necessari al deposito di una sentenza

²⁸ La sentenza in forma semplificata può essere espressa a condizione, tra le altre, che siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso. Ove ciò avvenga senza il rispetto di tale termine, deve ritenersi violato il diritto di difesa delle parti con conseguente necessità, in sede di appello, di disporre l'annullamento con rinvio al primo giudice in composizione diversa: così Cons. Stato, sez. III, 24 agosto 2018, n. 5051, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ A proposito dell'istituto della sentenza in forma semplificata, si sono ravvisati in dottrina alcuni rischi, con riferimento ai principi del giusto processo e della garanzia del contraddittorio, e ciò in considerazione del fatto che la decisione immediata già in sede cautelare risulta consentita anche nei casi in cui, in tale fase, le parti non siano ancora costituite (non essendo nemmeno comparse alla camera di consiglio), ritenendosi sufficiente, ai fini in questione, il decorso dei termini per la trattazione dell'istanza cautelare e l'accertamento circa la regolarità delle notifiche. In tal senso E. Follieri, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss.; A.M. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Tar.*, 2009, 55 ss.. Più di recente, si v. in tema anche F. Caporale, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 606 ss.

³⁰ R. Leonardi, *op. cit.*, 73.

redatta in forma semplificata o con i tempi propri di una trattazione nel merito “a breve”, fatta salva la facoltà di sospendere, nel frattempo e cautelativamente, gli effetti del provvedimento impugnato o di adottare altre misure che consentano di pervenire ad una decisione *re adhuc integra*, ovvero senza alcuna compromissione della posizione del ricorrente³¹.

3. I provvedimenti cautelari monocratici a contenuto decisorio

In nome di una completa ed esauriente tutela dei principi di effettività della tutela, almeno sotto il profilo della tempestività di un intervento del giudice amministrativo tale da non compromettere la posizione del ricorrente in attesa della decisione, il Codice del processo amministrativo, portando a compimento un percorso sviluppatosi sia a livello giurisprudenziale che normativo, contempla, come è noto, la possibilità di ottenere misure cautelari monocratiche già prima della trattazione in sede collegiale o, addirittura, dell’instaurazione del ricorso³².

Dal primo punto di vista, la legge n. 205/2000 ha introdotto, rispondendo alle sollecitazioni della giurisprudenza, la tutela monocratica presidenziale che, all’epoca, era previsto si svolgesse *inaudita altera parte*, la cui disciplina è poi rifiutata, con significative “correzioni”, nel disposto di cui all’art. 56 del Codice del processo amministrativo.

Dal secondo angolo visuale, la tutela cautelare *ante causam*, ovvero quella abilitata ad intervenire prima ancora dell’instaurazione del giudizio, è stata introdotta nel nostro ordinamento, dapprima con riferimento ai contratti pubblici (art. 245 del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, poi, in via generalizzata (art. 61 del Codice del processo amministrativo). Ciò sulla base dell’impulso decisivo impresso dalla Corte di giustizia, la quale ha statuito, sempre in tema di appalti, che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai propri organi giurisdizionali la facoltà di adottare, indipendentemen-

³¹ Sul punto M. Allena, F. Fracchia, *op. cit.*, 238, evidenziano come il giudizio cautelare, per come configurato dal Codice del processo amministrativo, da un lato, “preme” sul merito, nel senso di una preferenza per una sollecita decisione di merito, ricorrendone i presupposti, in luogo di quella cautelare, dall’altro lato, richiede un adattamento ai principi del giusto processo, con particolare riferimento all’esigenza di rafforzamento del contraddittorio.

³² Sulla tutela cautelare monocratica si v., tra gli altri, A. Scalcione, *La tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo*, in *Foro amm-Tar*, 2006, 1932 ss.; G. Guidarelli, *I provvedimenti cautelari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 727 ss.; R. Garofoli, M. Protto, *Tutela cautelare monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002.

te dalla previa proposizione di un ricorso nel merito, qualsiasi provvedimento provvisorio (compresi quelli volti a sospendere la procedura di aggiudicazione)³³.

Nella prospettiva di indagine in corso, pare utile ricordare come sono normativamente articolati i rispettivi procedimenti ed individuare i tratti comuni della tutela cautelare monocratica, al fine di illustrare come, talvolta, anche i provvedimenti cautelari assunti in via monocratica assumano una funzione sostanzialmente decisoria, anticipando o comunque condizionando la valutazione collegiale, secondo uno schema simile a quello segnalato relativamente al rapporto tra fase cautelare (collegiale) e fase di merito del processo amministrativo.

In particolare, la considerazione della struttura normativa e dell'utilizzo che si riscontra nella prassi delle misure cautelari di tipo monocratico offre l'occasione di cogliere in maniera ancora più evidente la necessità di reperire un punto di equilibrio tra i diversi principi del processo amministrativo che si sono fin qui evocati, con riferimento alla garanzia di contraddittorio, alla effettività della tutela, alla piena realizzazione del diritto alla difesa.

Nell'ambito che ci si appresta a considerare, infatti, il carattere che si è definito anticipatamente decisivo della tutela cautelare si pone in termini ancor maggiormente critici, tenuto conto che la decisione giudiziale, chiamata comunque ad esprimersi, non solo sul *periculum in mora*, ma anche, in qualche misura, sul *fumus boni juris*, dunque sul merito della richiesta azionata dal ricorrente, interviene in un contesto a cognizione estremamente sommaria e, per di più, in sede monocratica.

Si acquiscono, in considerazione di ciò, i pericoli sottesi all'assunzione di una presa di posizione presidenziale non impugnabile che produca effetti irreversibili e/o sostitutivi o comunque condizionanti l'esito finale del giudizio, in un contesto in cui il contraddittorio, sebbene formalmente ampliato nella formulazione del Codice del processo amministrativo, tuttavia rischia di risultare, nei fatti, pressochè inesistente o comunque estremamente limitato.

In altri termini, se, da un lato, come ci si appresta a considerare, la possibilità di apprestare un'adeguata protezione degli interessi dedotti in giudizio anche in un momento antecedente alla fissazione della camera di consiglio o addirittura subito, prima ancora della proposizione del ricorso, ove ne ricorrano le necessità, risponde ad esigenze di effettività della tutela, anche sulla scorta delle sollecitazioni dell'ordinamento euro-unitario in tal senso, è pur vero, dall'altro lato, che

³³ Corte di giustizia Ue, sez. IV, 29 aprile 2002, in C-202/03, in *Foro it.*, 2004, IV, 541. Nello stesso senso, Corte di giustizia Ue, sez. IV, 15 maggio 2003, in C-241/00, in *Giur. it.*, 2003, 2157. In tema si v. L. Querzola, *La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 266 ss.; P. Lazzara, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, *ivi*, 2003, 1169; M.P. Chiti, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 899 ss.

gli strumenti che si stanno per ricordare andrebbero necessariamente utilizzati dal giudice amministrativo con parsimonia e prudenza, in quanto espressione di una disciplina «tagliata» sulle esigenze del ricorrente³⁴, con corrispondente, significativo, sacrificio del diritto di difesa delle parti chiamate in causa.

Nel contesto appena accennato, e che ci si accinge a descrivere e commentare più dettagliatamente, d'altro canto, vanno apprezzati quali forme di bilanciamento a favore delle parti chiamate in giudizio gli sforzi normativi tesi ad assicurare una qualche forma di contraddittorio prima che intervenga la decisione presidenziale nonché quelli giurisprudenziali volti ad ammettere l'impugnabilità dei decreti cautelari monocratici, perlomeno laddove ciò risulti assolutamente indispensabile ai fini della tutela effettiva della posizione giuridica azionata dal ricorrente.

Tali rimedi, infatti, appaiono in grado di attenuare le criticità in termini di diritto alla difesa che possono manifestarsi ove la tendenza anticipatamente decisoria delle misure cautelari sia anticipata addirittura alla fase monocratica.

3.1. *Le misure cautelari monocratiche in corso di causa*

L'art. 56 del Codice del processo amministrativo consente di ottenere un decreto presidenziale monocratico che disponga misure cautelari provvisorie in caso di «estrema gravità ed urgenza» tale da non consentire neppure la dilazione fino alla trattazione collegiale della domanda cautelare in camera di consiglio.

A differenza di quanto era previsto nell'ordinamento previgente, sotto la cui vigenza, come già accennato, il decreto presidenziale poteva intervenire «anche in assenza di contraddittorio», nella formulazione vigente è prevista la notificazione del ricorso e, a tal proposito, il presidente o il magistrato dal lui designato sono tenuti a verificare, prima di emettere il decreto, che essa si sia regolarmente perfezionata «nei confronti dei destinatari o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati». Nel caso in cui l'esigenza cautelare sia tanto urgente da non consentire l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, viene disposto che il presidente possa comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca. Inoltre, ove ritenuto necessario quest'ultimo, fuori udienza e senza formalità, può sentire, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto.

Nella disciplina vigente, pertanto, è prevista l'instaurazione di una qualche forma di contraddittorio³⁵, anche se attenuata in ragione dell'esigenza di parti-

³⁴ Così, M. Allena, F. Fracchia, *op. cit.*, 236.

³⁵ Sul punto M.A. Sandulli, *Art. 56. Misure cautelari monocratiche*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 511, ha rilevato che, in tal

colare celerità di apprestare la misura cautelare; così, resistente e controinteressato sono posti, almeno in astratto, nella condizione di conoscere la proposizione dell'istanza cautelare, oltre che del ricorso vero e proprio, e, conseguentemente, di presentare tempestivamente documenti o memorie, o comunque di essere sentiti informalmente, allo scopo di contestare la sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare monocratica³⁶, anche se nella prassi, ciò pare avvenire raramente.

In sostanza, il decreto presidenziale monocratico riveste una funzione strumentale rispetto alla fase cautelare collegiale, sulla falsariga del rapporto che viene a sussistere tra ordinanza collegiale e decisione di merito, nei termini in precedenza ricostruiti, in un'ottica di effettività della tutela giurisdizionale, almeno sotto il profilo della tempestività dell'intervento del giudice teso a "cristallizzare" la situazione per il tempo necessario a giungere alla decisione di merito.

Tale rapporto rispetto alla trattazione in sede collegiale della domanda cautelare viene sottolineato da diverse previsioni che, tenuto conto del contraddittorio molto limitato, enfatizzano il carattere provvisorio del decreto monocratico: da questo punto di vista, si considerino le previsioni dell'art. 56 in commento per cui: la domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione d'udienza per il merito (comma 1); il decreto, nel quale deve essere comunque indicata la prima camera di consiglio utile, è efficace, in caso di accoglimento, sino a detta camera di consiglio e perde comunque efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare (comma 4, primo e secondo periodo)³⁷; fino a quando conserva efficacia, il decreto è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte notificata (comma 4, ultimo periodo).

Una criticità che si può cogliere consiste nel tempo che separa l'emissione del decreto monocratico e la camera di consiglio la quale, ai sensi dell'art. 55, comma 5, del Codice, deve essere la prima utile successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso³⁸. In tale prospettiva, soprattutto ove per motivi organizzativi e dimensionali dei Tribunali Amministrativi Regionali le camere di consiglio non siano previste a cadenze molto ravvicinate, o nel periodo

modo, si è cercato di contemperare le esigenze di massima effettività della tutela cautelare, consentendone l'ottenimento, laddove ne ricorrano le condizioni di gravità ed urgenza, anche nelle more dei più lunghi tempi della trattazione collegiale, con quelle del giusto processo, che ostano alla ricerca e all'ottenimento di provvedimenti favorevoli attraverso una prospettazione unilaterale, e, per questo, necessariamente parziale, dei fatti di causa.

³⁶ Sul punto, E. Follieri, *La fase cautelare*, cit., 395.

³⁷ Sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 1627, in *Foro amm.*, 2019, 504, ha sottolineato come «Laddove la decisione collegiale del giudice di primo grado di conferma o meno del decreto cautelare monocratico non intervenga entro un tempo ragionevole, lo stesso decreto deve considerarsi inefficace alla data della celebrazione della camera di consiglio dinanzi al T.A.R.».

³⁸ Peraltro, la giurisprudenza considera affetta da nullità l'ordinanza emessa in violazione dei termini per la decisione cautelare: così Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2020, n. 772, in *Foro amm.*, 2020, 262.

estivo, il provvedimento cautelare monocratico, pur ontologicamente provvisorio, potrebbe comunque produrre, nei fatti, effetti irreversibili e, dunque, definitivi, prima della valutazione collegiale, la quale, come visto, può anche non intervenire in tempi brevissimi³⁹.

Così, si potrebbe ravvisare, dal punto di vista appena assunto, un rischio simile, almeno per certi versi, a quello evidenziato a proposito del rapporto tra ordinanza collegiale e sentenza di merito. In altri termini, la natura dell'intervento cautelare monocratico dovrebbe presupporre una stretta provvisorietà, e dunque precarietà, dei propri effetti (e tale impostazione pare evidente nel disposto del Codice); tuttavia, nei fatti, può accadere che, ove la trattazione collegiale segua ad una certa distanza di tempo l'emissione del decreto monocratico, attraverso quest'ultimo si pervenga ad un assetto di interessi già di per sé soddisfacente delle richieste del ricorrente, ma a seguito di una cognizione estremamente sommaria e, come si vedrà, per effetto di una decisione legislativamente ritenuta non impugnabile⁴⁰.

Il descritto rischio, come si è accennato in precedenza, risulta essere in una certa misura controbilanciato considerando che è prevista una qualche forma di contraddittorio, sia pure attenuata e calibrata sulla particolare celerità con cui il presidente, o suo delegato, è chiamato ad intervenire, nonché tenuto conto della facoltà attribuita al medesimo di disporre la prestazione di una cauzione, proprio «con riguardo all'entità degli effetti irreversibili che possono prodursi per le parti e i terzi».

Ne consegue che, ancora una volta, si intravede la possibile assunzione da parte della misura cautelare monocratica di una funzione per certi versi anticipatamente decisoria.

Ciò anche da un altro punto di vista: sebbene l'art. 56 non disponga espressamente la necessità di evidenziare, in sede di adozione del provvedimento cautelare monocratico, i «profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso» (c.d. *fumus boni juris*), come invece testualmente previsto all'art. 55 in tema di misure cautelari collegiali, ciò nondimeno si ritiene che il decreto debba essere «motivato», non solo in punto di «estrema gravità ed urgenza» (*periculum in mora*), ma anche in punto di verosimile accoglibilità del ricorso⁴¹.

³⁹ R. Leonardi, *op. cit.*, 206.

⁴⁰ Sul punto, C.E. Gallo, *Alla Corte costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti cautelari ante causam nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 859, ha osservato come il principio della centralità del collegio nel processo amministrativo – cui è collegata l'importanza riconosciuta alla udienza e, più in generale, alla oralità del processo amministrativo – abbia col tempo perduto gran parte della sua rilevanza, in corrispondenza con la sensibile riduzione del tempo dedicato alle udienze ed alla trattazione orale del giudizio.

⁴¹ Così, R. Leonardi, *op. cit.*, 231 ss.; E. Follieri, *La fase cautelare*, cit., 395; D. De Carolis, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali, tra atipicità ed effettività della tutela*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2012, 230; M.V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Milano, 2012, 258; F. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, cit., 237 ss. In tema si v. anche C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 206, il quale rileva

Tale esigenza, se da un lato, risulta ineluttabile, al fine di evitare pronunce giurisdizionali completamente avulse da un sia pure minimo esame circa la verosimile fondatezza delle pretese del ricorrente e dunque circa la illegittimità del provvedimento impugnato, dall'altro lato, può favorire una sorta di anticipazione della decisione la quale, pur rimessa formalmente al collegio, trovi nel precedente cautelare, ove ben circostanziato in punto di *fumus*, già una presa di posizione, magari autorevole in quanto espressa dal presidente della sezione, in grado, non formalmente, ma nei fatti, di influire, in una qualche misura, sulla decisione collegiale stessa⁴².

Ne deriva, in definitiva, che il carattere anticipatamente decisorio della misura cautelare monocratica può trovare una sua ragion d'essere, non solo nei tempi che talvolta separano il decreto presidenziale dall'ordinanza collegiale, potenzialmente non così brevi, ma anche nella prospettiva della, pur necessaria, valutazione già in sede monocratica-presidenziale del *fumus* che assiste il ricorso.

che il pregiudizio conseguente ad un provvedimento legittimo non è in sé un danno, con conseguente necessità da parte del giudice di verificare anche la presenza del *fumus boni juris*. La prassi del giudice amministrativo risulta, sul punto, estremamente variegata (tutte le pronunce citate sono reperibili in www.giustizia-amministrativa.it): in certi casi, il presidente, o suo delegato, prende posizione solo sul *periculum*, in particolare quando lo ritiene insussistente (ad esempio, di recente, T.A.R. Lazio, sez. I-bis, decreto 27 ottobre 2020, n. 6674; T.A.R. Campania Salerno, sez. I, decreto 1° aprile 2020, n. 185; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, decreto 23 marzo 2020, n. 440), oppure quando ritenga, impregiudicata ogni valutazione sul *fumus*, di "cristallizzare" la situazione, in maniera di consentire una valutazione collegiale *re adhuc integra*, attraverso un accoglimento della richiesta di misura monocratica (in tal senso, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, decreto 27 aprile 2019, n. 2132; T.A.R. Lazio, sez. I-bis, decreto 7 ottobre 2020, n. 6205); in altre situazioni, invece, risulta essere intervenuta già in sede monocratica una presa di posizione, a volte anche precisa e circostanziata, in punto di *fumus boni juris* (ad esempio, T.A.R. Campania Napoli, sez. V, decreto 19 ottobre 2020, n. 1921; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, decreto 27 agosto 2020, n. 842; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, decreto 3 aprile 2020, n. 479; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, decreto 17 aprile 2020, n. 578; T.A.R. Lazio, sez. III-bis, decreto 6 aprile 2020, n. 2507; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, decreto 20 marzo 2020, n. 60; T.A.R. Calabria Reggio Calabria, decreto 2 aprile 2020, n. 66; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, decreto 25 marzo 2020, n. 532; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, decreto 26 marzo 2020, n. 624; T.A.R. Liguria, sez. I, decreto 26 marzo 2020, n. 73); in altri casi ancora, si è giunti a ritenere semplicemente che le questioni sollevate con il ricorso siano suscettibili di una più approfondita trattazione nella sede collegiale, rinviando pertanto ogni valutazione in tale sede, con conseguente rigetto della domanda di tutela cautelare monocratica (così, ad esempio, T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, decreto 26 marzo 2020, n. 626; T.A.R. Sardegna, sez. I, decreto 25 marzo 2020, n. 85; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 412; T.A.R. Toscana, sez. III, decreto 1° aprile 2020, n. 194; T.R.G.A. Trento, decreto 23 marzo 2020, n. 8) oppure con conseguente accoglimento della domanda cautelare, sempre rinviando alla trattazione collegiale per valutazione del *fumus* (così, ad esempio, T.A.R. Lazio, sez. I-bis, decreto 27 ottobre 2020, n. 6674; T.A.R. Lazio, sez. III-quater, decreto 12 settembre 2020, n. 5850; T.A.R. Veneto, sez. I, decreto 12 settembre 2020, n. 453; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, decreto 9 aprile 2019, n. 132; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, decreto 15 maggio 2020, n. 742). Un'ulteriore casistica rinvenuta consiste nella decisione di rigetto dell'istanza di misura cautelare monocratica accompagnata, però, da un'abbreviazione dei termini per fissazione della camera di consiglio ai sensi dell'art. 53 del Codice del processo amministrativo (ad esempio, in tal senso, T.A.R. Lazio, sez. I, decreto 7 novembre 2020, n. 6829).

⁴² Sul punto M.A. Sandulli, *op. ult. cit.*, 513, esprime qualche dubbio sulla opportunità di una motivazione sul merito, soprattutto se resa dal presidente o dal magistrato relatore, proprio in ragione dell'effetto di possibile condizionamento che essa sarebbe suscettibile di esplicare sul collegio.

In tale ottica, appare sempre più rispondente alla realtà la considerazione per cui la fase cautelare, talvolta anche quella monocratica, può rappresentare il momento centrale del processo amministrativo nonché quello decisivo per le sorti del ricorrente.

Ciò può accadere con una certa facilità quando si tratti, ad esempio, di fronteggiare situazioni di emergenza, che esauriscono i loro effetti prima della trattazione in sede collegiale⁴³.

Si profila così il rischio, che appare concreto, per cui le valutazioni giudiziali decisive siano anticipate all'esito di una cognizione non solo sommaria, come quella che avviene da parte del collegio, ma addirittura particolarmente sommaria e, perdipiù, effettuata in sede monocratica, con limitate possibilità di contraddittorio nonché attraverso un provvedimento che la legge definisce non impugnabile⁴⁴. Di qui la necessità o comunque l'opportunità di intervenire, come sta facendo la giurisprudenza, anche su quest'ultimo fronte, ammettendo, come si vedrà, l'impugnazione delle decisioni cautelari monocratiche perlomeno in certi, limitati, casi.

3.2. *Le misure cautelari anteriori alla causa*

Come accennato poc'anzi, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, si è generalizzata la possibilità di accedere ad una tutela cautelare *ante causam*, ovvero, a norma dell'art. 61 del Codice stesso, di ottenere le misure interinali e provvisorie che appaiono «indispensabili» in caso di «eccezionale» gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la redazione e la notificazione del ricorso.

Analogamente a quanto disposto in tema di tutela cautelare monocratica in corso di causa, anche il procedimento *ante causam* presuppone l'instaurazione di qualche forma di contraddittorio: infatti, non solo la relativa istanza deve essere notificata con le forme previste per il ricorso (all'amministrazione resistente e ad

⁴³ Emblematica appare la vicenda dell'ordinanza assunta di recente dal Presidente della Regione Sicilia in tema di sgombero dei centri di accoglienza dei migranti, la quale è stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri con richiesta di misura cautelare monocratica, che è stata accordata con il già citato decreto del T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 27 agosto 2020, n. 842, nel quale si rinviene una diffusa ed articolata motivazione circa la carenza di potere in capo alla Regione e circa la mancanza di un'adeguata istruttoria da parte della stessa. Ebbene, il giudizio si è poi concluso con una sentenza breve del 25 settembre la quale, all'esito della valutazione collegiale, si è limitata a dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse in quanto l'emergenza circa il sovraffollamento dei centri di accoglienza era nel frattempo cessata.

⁴⁴ Sul punto, in passato, si è espresso in termini dubitativi, tra gli altri, V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 737, il quale ha rilevato che «se si accedesse all'opinione che il presidente, senza neppure sentire le parti, possa anticipare la sua opinione sulla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, si porrebbero dubbi sulla legittimità costituzionale della norma, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione».

almeno uno dei controinteressati, se esistenti), ma è anche necessario che il presidente, o magistrato delegato, accerti il perfezionamento della notificazione stessa prima di provvedere oppure, qualora ciò non sia possibile per causa non imputabile al ricorrente, “soccorre” il potere di revoca del decreto assunto senza aver svolto la predetta verifica; inoltre, è parimenti prevista la possibilità di sentire le parti, ove necessario ed «omessa ogni altra formalità».

Il vincolo di strumentalità rispetto alla tutela monocratica in corso di causa appare stringente, anche sotto il profilo della definizione di precise tempistiche: infatti, l'art. 61, comma 5, del Codice, dopo avere disposto che il provvedimento di accoglimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni, prevede che il provvedimento in parola perde comunque effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso, sempre per espressa previsione codicistica, la misura cautelare *ante causam* perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa⁴⁵.

D'altro canto, occorre notare che il termine di efficacia massima del decreto cautelare, ovvero sessanta giorni, non è poi così breve, potendosi generare, nelle more della notifica del ricorso con proposizione di istanza cautelare in causa e della successiva fissazione della camera di consiglio, effetti irreversibili che non sempre, o solo in parte, possono essere compensati dalla previsione di una cauzione.

Così, ancora una volta, la funzione che si è definita anticipatamente decisoria che talvolta connota l'intervento cautelare in sede monocratica, appare ancora più rischiosa, sotto il profilo del diritto alla difesa e al contraddittorio in relazione alla possibile produzione di effetti irreversibili, qualora il predetto intervento dovesse intervenire *ante causam*, il che, invero, non accade di frequente.

Tuttavia, anche solo in astratto, bisogna tenere conto che, nel caso ora in esame, la valutazione alla quale è chiamato il presidente, o suo delegato, risulta inevitabilmente ancora più sommaria di quanto possa avvenire rispetto al decreto emanato in corso di causa, e ciò per la fondamentale ragione che nel procedimento *ante causam* non vi è un ricorso con l'esposizione completa del fatto e dei motivi di diritto, ma, molto più semplicemente, una «istanza» che, verosimilmen-

⁴⁵ Secondo quanto precisato da C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 207, la disposizione in questione è volta ad imporre che la camera di consiglio sia fissata in tempi compatibili con il rispetto del termine nonché è tesa ad evitare che vi possa essere un conflitto tra quanto stabilito nel decreto presidenziale e quanto previsto nell'ordinanza collegiale. Qualora la camera di consiglio non fosse tempestivamente fissata, resta ferma, sempre secondo l'A., la possibilità da parte del ricorrente di chiedere misure cautelari presidenziali in corso di causa.

te, si concentra solo sul requisito della «eccezionale gravità ed urgenza» e non tanto, o addirittura, per niente sul *fumus boni juris*. Analoghe considerazioni valgono anche per le controparti, alle quali sarebbe riconosciuta la possibilità di interloquire e contraddire sulla base, non di un ricorso, ma di una «istanza».

D'altro canto, il senso della richiesta di una tutela cautelare monocratica anteriore alla causa presuppone che non vi sia il tempo nemmeno di redigere il ricorso stesso.

Così, se si ritiene che il decreto cautelare *ante causam* debba esprimersi anche sul possibile esito del ricorso, tale operazione risulta particolarmente delicata, per non dire azzardata, nel momento in cui il presidente o suo delegato non abbiano nemmeno il quadro completo della situazione perlomeno dal punto di vista del ricorrente e, tantomeno, sia verosimilmente possibile un minimo di contraddittorio con le altre parti⁴⁶.

Ne consegue che l'esigenza, di matrice comunitaria, di apprestare un rimedio cautelare anche prima della instaurazione del giudizio può entrare in tensione con il principio per cui il giudizio stesso può essere definito solo all'esito di una fase di merito a contraddittorio pieno.

In tale ottica, una tutela cautelare che intervenga ancora prima della proposizione del ricorso e che sia destinata, in caso di accoglimento, e salva la possibilità di revoca e modifica, a durare fino a sessanta giorni (per poi cedere il passo a provvedimenti assunti in corso di causa, ma sempre in via cautelare) rischia di far pervenire ad un certo assetto (anche irreversibile) degli interessi in gioco per effetto di una valutazione estremamente sommaria, in un contesto in cui la possibilità di contraddittorio appare inesistente, o quasi, e in forza di un provvedimento non impugnabile.

In altri termini, si affaccia anche e soprattutto dalla prospettiva ora esaminata il rischio che l'interesse all'instaurazione del giudizio di merito da parte del ricorrente si esaurisca nell'ottenimento della misura cautelare, di per sé già soddisfacente, e, quindi, definitiva, ma con un sacrificio significativo del diritto di difesa delle altre parti⁴⁷, il quale sacrificio sarebbe particolarmente marcato ove la decisione collegiale affondi le proprie radici in un intervento assunto in sede monocratica in cui si sia già preso posizione sul possibile esito del ricorso o

⁴⁶ In tema, C.E. Gallo, *op. ult. cit.*, ritiene che la istanza debba contenere comunque una rappresentazione, sia pure sintetica, delle ragioni del ricorrente anche per quanto concerne la fondatezza della domanda. E. Follieri, *La fase cautelare*, cit., 396, propone di ritenere che al presidente non sia precluso l'esame del *fumus*, quando ciò sia possibile, fermo restando che l'indagine preponderante da svolgersi sia quella relativa alla eccezionale gravità ed urgenza; tale interpretazione sarebbe suffragata, secondo l'A., dal fatto che in ordine alla tutela cautelare *ante causam* è prevista l'emissione di un decreto, e non di un decreto «motivato», come avviene per la tutela cautelare in corso di causa.

⁴⁷ R. Leonardi, *op. cit.*, 295.

comunque si siano assunte decisioni comportanti effetti irreversibili sui rapporti giuridici coinvolti.

Per questo, il rimedio della tutela cautelare *ante causam* andrebbe utilizzata, come già osservato, con estrema parsimonia e con espresso rinvio almeno alla trattazione collegiale, da svolgersi in camera di consiglio più che tempestivamente, in ordine all'accertamento del *fumus boni juris*.

4. *L'impugnabilità dei decreti cautelari monocratici a contenuto decisorio in un'ottica di effettività della tutela*

Uno specifico aspetto che incide sulle riflessioni che si stanno conducendo, e di cui si è già avuto modo di accennare, è quello relativo alla ritenuta non impugnabilità dei provvedimenti cautelari monocratici, quale fattore di criticità rispetto al possibile contenuto decisorio dei medesimi. In tale ottica, infatti, non solo la decisione presidenziale è destinata ad intervenire a contraddittorio inesistente o comunque limitato, sulla base fondamentalmente della prospettazione offerta dalla parte ricorrente, ma, oltretutto, il provvedimento così assunto non potrebbe essere nemmeno contestato con una richiesta di revisione in secondo grado.

Sul punto, l'art. 56, comma 2, del Codice del processo amministrativo prevede testualmente che sulla domanda di tutela cautelare in corso di causa, il presidente, o magistrato da lui delegato, provvede con decreto motivato «non impugnabile», ferma restando la possibilità di revoca o modifica su istanza di parte notificata, da utilizzare, evidentemente, nel caso di mutamenti della situazione.

L'art. 61, inoltre, in tema di tutela cautelare *ante causam*, dispone, al comma 4, che il decreto di rigetto dell'istanza non è impugnabile, salva la possibilità di riproporla dopo l'inizio del giudizio di merito con le forme delle domande cautelari in corso di causa, mentre il successivo comma 5 prescrive che il provvedimento di accoglimento non è appellabile anche se, fino a quando conserva efficacia, esso è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte previamente notificata.

Nonostante il dato normativo che appare chiaro sul punto della non impugnabilità dei decreti cautelari monocratici, data la loro ontologica provvisorietà in vista della pronuncia collegiale da cui è destinato ad essere assorbito, taluna giurisprudenza, come già accennato, ha creato una “breccia” piuttosto significativa rispetto a tale regola, ritenendo ammissibile l'appello avverso il provvedimento monocratico di primo grado «quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile – per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello – la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissa-

ta la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del T.A.R. in sede collegiale»⁴⁸. In altri termini, si è ritenuta ammissibile l'impugnazione di un decreto monocratico presidenziale del Tribunale Amministrativo Regionale, sia pure nei «soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita», il quale «corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato»⁴⁹.

Diversamente, altra parte della giurisprudenza, muovendo dal dato testuale codicistico poc'anzi ricordato, propende nettamente per confermare la non impugnabilità del provvedimento cautelare monocratico, con conseguente improcedibilità dell'appello eventualmente proposto in tal senso. Ciò in considerazione del fatto che il predetto provvedimento è suscettibile di revisione nello stesso grado o con lo stesso mezzo od in occasione della conseguente collegiale camera di consiglio⁵⁰. In altre circostanze, è stato pronunciato addirittura un "non luogo a provvedere" sull'appello, ritenendo che la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato sia configurata esclusivamente quale rimedio avente ad oggetto una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale⁵¹ oppure rilevando l'inesistenza del rimedio giuridico in questione, "esulando dalla competenze presidenziali l'esercizio di qualsivoglia potere processuale non previsto da nessuna disposizione di legge"⁵².

⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, decreto 7 dicembre 2018, n. 5971, in www.giustizia-amministrativa.it, reso con riferimento al giudizio di impugnazione di un provvedimento di non ammissione alle prove scritte dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense motivato dalla mancata allegazione della copia della carta d'identità e delle ricevute dei pagamenti già effettuati. In primo grado, la domanda di misure cautelari monocratiche finalizzata a consentire al ricorrente di partecipare alle prove scritte previste in data 11, 12 e 13 dicembre era stata respinta, con fissazione della camera di consiglio in data 16 gennaio, ovvero in data non utile a consentire la partecipazione alle prove scritte predette. Proprio sulla base di tale constatazione, accompagnata dalla considerazione della sussistenza del *fumus boni juris*, è stato accolto l'appello avverso il decreto monocratico emesso in primo grado (e per l'effetto si è disposto di ammettere con riserva il ricorrente alle prove scritte). Sempre nel senso dell'appellabilità del decreto cautelare emesso in primo grado, sia pure in casi eccezionali, si v. anche Cons. Stato, sez. III, decreto 11 dicembre 2014, n. 5650; Cons. Stato, sez. V, decreto 18 settembre 2009, n. 4628, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it. Sempre nel medesimo senso, si è statuito che l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato in primo grado può essere considerato ammissibile nei soli casi del tutto eccezionali di decisioni che abbiano solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio, ossia, in altre parole, con riguardo a provvedimenti monocratici aventi solo veste formale di decreto, altrimenti definibili come "decreti meramente apparenti", i quali si configurano esclusivamente nell'eventualità in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere: così Cons. St., sez. III, decreto 3 marzo 2021, n. 1031; Cons. St., sez. III, decreto 15 febbraio 2021, n. 749, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. III, decreto n. 1553 del 30 marzo 2020, in www.giustizia-amministrativa.it. In tema si v. M.A. Sandulli, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in www.federalismi.it.

⁵⁰ Così, Cons. Stato, sez. V, ord. 17 gennaio 2020, n. 115, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Cons. Stato, sez. IV, ord. 11 gennaio 2019, n. 39, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Così, Cons. Giust. Amm. Sicilia, decreto 25 agosto 2020, n. 628, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso anche Cons. Giust. Amm. Sicilia, decreto 25 gennaio 2021, n. 199, ivi.

La diversità di impostazioni che si rinviene in giurisprudenza poggia sulla differente interpretazione e bilanciamento dei principi costituzionali in tema di diritto di difesa e di effettività della tutela (artt. 24 e 113 Cost.), con particolare riferimento ai principi di indefettibilità della tutela cautelare in ogni fase e grado del processo nonché del doppio grado di giudizio nella giurisdizione amministrativa (art. 125 Cost.), declinato anche con riferimento alla fase cautelare del processo⁵³.

Il dibattito ha trovato spunto in alcune pronunce, risalenti ma ancora significative, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁴, la quale, riferendosi al tema dell'appellabilità delle istanze cautelari, all'epoca non prevista, era giunta a statuire, su di un piano più generale, che il regime di impugnabilità di un atto processuale dipende non dalla sua natura o dal suo *nomen juris*, bensì dal suo contenuto, con la conseguenza che laddove un provvedimento giurisdizionale sia risolutivo di una controversia, per ciò solo si tratterebbe di un atto impugnabile, non potendosi rinvenire, perlomeno nel contesto entro cui è stata resa la decisione ora in commento, alcun principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. In una seconda pronuncia, sempre il massimo consesso della giustizia amministrativa, aveva sancito l'applicabilità del principio del doppio grado di giudizio anche rispetto alla fase cautelare del processo amministrativo⁵⁵, e ciò sulla scorta del riconoscimento effettuato dalla Consulta per cui nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ivi compresa la fase cautelare, il principio del doppio grado di giurisdizione trova una rilevanza costituzionale nel disposto di cui all'art. 125 della Carta fondamentale, il che si spiega per il fatto che tale giurisdizione verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse rendendo, quindi, (sempre) opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, quale organo di vertice del sistema di giustizia amministrativa⁵⁶.

Muovendo da tali presupposti giurisprudenziali è stato osservato che la possibilità di tutela giurisdizionale, corrispondendo ad un diritto fondamentale dell'individuo, deve essere riconosciuta sempre, ove necessario, con l'utilizzazione di tutti i rimedi che astrattamente l'ordinamento ammette siano esperiti, anche al di là delle previsioni ostative del legislatore che, da tale prospettiva, dovrebbero considerarsi costituzionalmente illegittime o comunque dovrebbero essere interpretate in senso costituzionalmente orientato⁵⁷.

⁵³ Sul tema, A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *www.federalismi.it*, 2020.

⁵⁴ Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 1978, n. 1, in *Foro it.*, vol. 101, III, 1 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, ad. plen., 8 ottobre 1982, n. 17, in *Foro it.*, vol. 106, II, 41.

⁵⁶ Corte cost., 14 gennaio 1982, n. 8, in *Foro it.*, 1982, I, 329. In dottrina, P. Stella Richter, *Impugnazioni. Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, XVI, 1989, I, si è espresso nel senso che «il principio del doppio grado di giurisdizione possiede, in relazione alla giustizia amministrativa, piena rilevanza costituzionale».

⁵⁷ Così, C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2615.

In maniera conforme, si è ritenuto che l'appellabilità dei decreti cautelari si ponga in termini tutt'altro che eccentrici rispetto al sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione, soprattutto se considerata dal punto di vista dell'effettività della tutela stessa, in nome della quale appare quasi doveroso assicurare (anche) il rimedio ora in questione, in quanto finalizzato ad evitare un danno irreparabile, con buona pace delle esigenze del contraddittorio, che comunque viene in qualche modo consentito, e della collegialità del giudizio, destinata in ogni caso ad intervenire e ad assorbire la pronuncia monocratica⁵⁸.

D'altro canto, ad avvalorare la tesi opposta, ovvero quella della non impugnabilità dei decreti cautelari monocratici, si è dubitato del carattere indefettibile e costituzionalmente riconosciuto del principio del doppio grado di giurisdizione nel processo amministrativo.

La stessa Corte costituzionale, tornando sul precedente poc'anzi menzionato, è giunta a precisare che l'art. 125 Cost. comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al Tribunale Amministrativo Regionale competenze giurisdizionali in unico grado, con la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce. Ne deriva, secondo tale prospettiva, che la garanzia del doppio grado dovrebbe essere intesa come riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli organi locali della giustizia amministrativa: solo in tal senso, continua la Consulta, assume rilevanza costituzionale il principio del doppio grado di giudizio, non potendo, il predetto art. 125 comportare l'inverso, perché nessun'altra norma Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado⁵⁹.

In dottrina, analogamente, si è ritenuto che il principio del doppio grado nel processo amministrativo non implica che su ogni questione sollevata da un ricorso debbano pronunciarsi il Tribunale Amministrativo Regionale in primo grado e (in caso d'appello) il Consiglio di Stato in secondo grado, né tanto meno che siano assicurati, rispetto ad ogni ricorso, nel caso di appello, due diversi giudizi sul merito⁶⁰. Conformemente, si è osservato che l'art. 125 Cost. nulla dispone in ordine al secondo grado, limitandosi a prevedere un primo grado: così facendo, secondo l'impostazione ora in commento, il costituente avrebbe voluto garantire l'istituzione di organi locali di giustizia amministrativa, a fronte della competenza generale assorbente dell'allora unico giudice con giurisdizione gene-

⁵⁸ Sul punto A. De Siano, *op. cit.*, 79-78.

⁵⁹ Corte cost., 31 marzo 1988, n. 395, in *Foro it.*, 1989, I, 2421. Nel senso che il doppio grado del giudizio di merito non ha copertura costituzionale, si v. anche Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro it.* 2014, 12, III, 712.

⁶⁰ Così, U. Pototschnig, A. Travi, *Appello (dir. Amm.) - Agg.*, in *Enc. dir.*, 1999, Milano, 151 ss. Sul punto cfr. anche A. Quaranta, *Doppio grado di giurisdizione (principio del) - (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, Roma, 2 ss.

rale nei confronti della pubblica amministrazione, che era il Consiglio di Stato, senza per questo che si possa ragionevolmente affermare che il costituente stesso abbia voluto altresì garantire la revisione completa in sede di Consiglio di Stato delle pronunzie del giudice amministrativo⁶¹.

Nel senso ora in esame, ovvero quello contrario all'ammissibilità dell'impugnazione dei decreti cautelari monocratici, si è invocata l'applicabilità anche al processo amministrativo del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione⁶².

In giurisprudenza, sul tema, si è rilevato, da un lato, che, perlomeno in linea generale, nel processo amministrativo devono considerarsi oggetto di gravame solo i provvedimenti del giudice di primo grado che espressamente la legge qualifica come impugnabili, non senza specificare, però, dall'altro lato, che secondo un'impostazione sostanzialistica si possono ritenere impugnabili anche le pronunce che, pur non avendo la forma esteriore di sentenza, abbiano un reale contenuto decisorio della controversia, il che si verifica allorché esse esplicitamente o implicitamente risolvano in tutto o in parte la questione che oppone le parti, ovvero un punto pregiudiziale di essa⁶³.

Così, inserendo la questione dell'appellabilità delle misure cautelari monocratiche nell'ambito dell'indagine che si è fin qui condotta, si può concludere che, preso atto della funzione definita anticipatamente decisoria che talora viene assunta dai provvedimenti in questione, risulta da considerare con favore la "breccia" che taluna giurisprudenza ha aperto rispetto alle previsioni legislative testualmente ostative all'ammissibilità dell'impugnazione, pur se con riferimento ai soli casi in cui si tratti di evitare un pregiudizio irreparabile nelle more della celebrazione della camera di consiglio in primo grado.

In altri termini, si potrebbe ragionevolmente condividere l'impostazione, poc'anzi illustrata, per cui il principio generale di tassatività dei mezzi di impugnazione non osti, in un'ottica di effettività della tutela, al riconoscimento della possibilità di impugnare una pronuncia di carattere sostanzialmente deciso-

⁶¹ Così C.E. Gallo, *Appello nel processo amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, I, Torino, Agg. 2012, 318, il quale Autore è però favorevole all'impugnabilità dei decreti cautelari monocratici.

⁶² Cons. Stato, sez. V, ord. 17 gennaio 2020, n. 115, cit.

⁶³ Così, Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121, in *Foro amm. CdS*, 2008, 3371, in cui sono ritenute escluse dalla possibilità di impugnazione le ordinanze istruttorie, in quanto pacificamente prive di contenuto decisorio, nonché Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2009, n. 5319, *ivi*, 2003, 2750, ove si è considerata non impugnabile l'ordinanza del giudice amministrativo di prime cure di nomina di un commissario *ad acta*, proprio in forza del principio di tassatività dei mezzi di gravame, ovvero in mancanza di una norma espressa che autorizzi l'impugnazione di tale tipo di ordinanza, nonché, per altro verso, in forza della considerazione che essa non è catalogabile come provvedimento sostanzialmente decisorio. Ancora, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 422, in *Foro amm.*, 2001, 284, in cui si è esclusa l'impugnabilità dell'ordinanza che decide un'istanza di ricasazione. In dottrina, sulla tipicità dei mezzi di impugnazione secondo l'enumerazione contenuta nell'art. 91 del Codice del processo amministrativo, si v. A. Police, *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117.

rio, quale può essere in certi casi la misura cautelare monocratica. In tale ottica, occorre considerare che, pur trattandosi di pronunce ontologicamente caratterizzate da efficacia provvisoria e limitata nel tempo, essendo inesorabilmente destinate ad essere assorbite nella valutazione collegiale o comunque a venir meno per effetto del decorso di un certo periodo di tempo, cionondimeno può accadere, come esplicitamente ammesso dal legislatore, che si producano, proprio per effetto dell'intervento cautelare monocratico, effetti irreversibili non sempre o non totalmente compensabili con la previsione di una cauzione.

Del resto, per i motivi che si è cercato di illustrare, la fase cautelare può essere quella in cui si profila già la decisione sul merito del ricorso, e che talvolta ciò avviene anche in sede monocratica, ove il presidente, o suo delegato, in certi casi prendono una posizione già netta e chiara in punto di *fumus boni juris*, con ciò anticipando o comunque condizionando in qualche modo la successiva pronuncia collegiale. Ciò è tanto più rispondente alla realtà, quanto più si tratti di decidere su situazioni di natura emergenziale, nel qual caso può capitare che l'emergenza stessa venga meno nelle more della fissazione della camera di consiglio⁶⁴ oppure che gli effetti decisorii prodotti dalla decisione cautelare monocratica siano chiaramente irreversibili⁶⁵.

D'altro canto, come si è detto, è stata introdotta anche nella fase cautelare monocratica una certa forma di contraddittorio, pur se compatibile con le stringenti esigenze di celerità che vengono in considerazione in tali situazioni. A questo proposito, si potrebbe obiettare che, come rilevato in precedenza, si tratta di una possibilità di contraddittorio estremamente ridotta, la quale rischia di rimanere meramente teorica, essendo nei fatti molto difficile che la controparte sia in grado di articolare una sia pure minima difesa nei tempi ristrettissimi in cui inter-

⁶⁴ Proprio ciò che è avvenuto, ad esempio, nella già citata vicenda dell'ordinanza di sgombero dei centri migranti adottata dalla Presidenza della Regione Sicilia.

⁶⁵ Con riferimento alle misure di contenimento della pandemia da Covid-19, si registrano diverse prese di posizione dei Tribunali Amministrativi Regionali in composizione monocratica aventi carattere chiaramente decisorio: ad esempio, T.A.R. Puglia Bari, sez. III, decreto n. 680 del 6 novembre 2020, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui è stata sospesa l'ordinanza del Presidente della Regione Puglia con cui è stata disposta la didattica a distanza per tutte le scuole di ogni ordine e grado sul territorio regionale, ad eccezione dei servizi per l'infanzia, quale misura più restrittiva rispetto al quadro nazionale. In tale occasione, il Presidente ha speso un'argomentazione articolata in punto di *fumus boni juris*, statuendo che: 1) l'ordinanza regionale interferisce, in modo non coerente, con l'organizzazione differenziata dei servizi scolastici disposta a livello nazionale, ove si prevede la didattica in presenza nelle scuole elementari; 2) dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione; 3) vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica. Tutto ciò fissando la camera di consiglio al 3 dicembre 2020, ovvero quasi un mese dopo l'emissione del decreto cautelare. Di segno opposto, ma sempre con dovizia di argomentazioni in punto di *fumus boni juris*, si v. anche T.A.R. Campania Napoli, sez. V, decreti n. 1921 e 1922 del 19 ottobre 2020, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui si è confermata l'ordinanza regionale limitativa dell'attività didattica in presenza per le scuole diverse da quelle dell'infanzia.

viene un decreto cautelare: d'altro canto, però, bisogna pure apprezzare il fatto che si è abbandonata l'impostazione previgente per cui la misura in questione veniva adottata anche *inaudita altera parte*. Forse, in tale prospettiva, sarebbe il caso che la facoltà di sentire le parti prevista dal Codice fosse maggiormente valorizzata nella prassi, quale strumento atto a favorire un minimo livello di contraddittorio, perlomeno quando si tratti di assumere decisioni cautelari monocratiche dotate di una qualche valenza decisoria, sia pure provvisoria.

In definitiva, nell'ambito di una logica di bilanciamento tra diversi valori ed interessi, il sacrificio che può venire richiesto, in nome dell'effettività della tutela, rispetto ai principi di collegialità, contraddittorio e pienezza di cognizione, potrebbe essere ulteriormente compensato ammettendo l'impugnabilità dei provvedimenti cautelari monocratici aventi valore sostanzialmente decisivo quando si tratti di evitare un danno irreversibile alla sfera giuridica del ricorrente nelle more della valutazione collegiale in sede cautelare di primo grado.

Per tale via, si potrebbe pertanto arricchire la gamma di "contromisure" che l'ordinamento appresta a fronte dell'assunzione di un provvedimento sostanzialmente decisivo a seguito di una cognizione (particolarmente o estremamente) sommaria da parte di un organo monocratico, la quale gamma già annovera la facoltà di disporre una cauzione e la previsione di un, sia pure limitato, contraddittorio.

Ove, diversamente, l'intervento cautelare monocratico non rivesta il benché minimo valore decisivo e non sussista la stringente esigenza di evitare un danno irreparabile nelle more della celebrazione della camera di consiglio in primo grado, pare invece dirimente la considerazione della natura provvisoria e strumentale del provvedimento monocratico. Pertanto, in tali casi, proprio attribuendo prevalenza al carattere per definizione interinale della misura in questione, si potrebbe ragionevolmente farne derivare la non impugnabilità in sede di appello, anche allo scopo di evitare complicati "intrecci" di giudizio tra primo e secondo grado.

Proprio a quest'ultimo proposito, una volta giunti, perlomeno nelle intenzioni, a proporre nella presente trattazione un bilanciamento a livello di principi generali del processo amministrativo, potrebbero individuarsi residue difficoltà dal punto di vista della tecnica processuale. In tale prospettiva, infatti, occorre prevenire l'insorgenza di un incrocio tra provvedimenti cautelari in appello e decisioni collegiali in primo grado, stante il fatto che il contenuto dei primi potrebbe influire sulla serenità con cui vengano assunte le seconde: a tale scopo, la decisione d'appello sul decreto monocratico di primo grado deve poter intervenire prima che il collegio sia chiamato a pronunciarsi in primo grado⁶⁶.

Sul punto, è intervenuta anche la giurisprudenza in precedenza citata che si è espressa a favore della impugnabilità, nei casi indicati, del provvedimento cau-

⁶⁶ Così, C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, cit., 2616.

telare monocratico emesso in primo grado: proprio sotto il profilo della tecnica processuale e allo scopo di tentare di scongiurare “intrecci” tra giudicati o condizionamenti inopportuni, si è rilevato che il Presidente della Sezione del Consiglio di Stato, o il magistrato delegato, se ritiene di accogliere l’appello e di riformare il decreto impugnato, emette una misura che ha unicamente la finalità di evitare che una situazione di fatto diventi irreversibile, e che comunque perde effetti quando il Tribunale Amministrativo Regionale esamina la domanda cautelare nella ordinaria sede collegiale. Ciò posto, resta fermo il fatto che quest’ultimo, ove ritenesse di non condividere il decreto reso in sede d’appello (anche se, in ipotesi, “confermato” dall’ordinanza del Consiglio di Stato in sede collegiale nella relativa peculiare fase incidentale), è legittimato a decidere la domanda cautelare posta al suo esame con la pienezza dei propri poteri.

Tutto ciò posto, si possono concludere le riflessioni fin qui condotte ribadendo l’opportunità, *de jure condendo*, di ammettere, sulla scia della giurisprudenza che si è già espressa in tal senso, l’impugnabilità dei decreti cautelari di natura decisoria allorquando si tratti di evitare un pregiudizio irreversibile alla sfera giuridica del ricorrente nelle more della valutazione collegiale in primo grado, ritenendo prevalente, in tali ipotesi, la necessità di assicurare l’effettività della tutela e compensando, per tale via, una possibile anticipazione della decisione già in sede cautelare monocratica.

Viceversa, in mancanza di siffatti presupposti, da accertare con rigore, sarebbe auspicabile che l’esigenza cautelare sia valutata e risolta nel medesimo grado di giurisdizione, così da assicurare coerenza con il carattere provvisorio e strumentale che connota il provvedimento cautelare monocratico, sul piano dei principi, nonché evitando il rischio di un “intreccio” di pronunce, collegiali e monocratiche, in primo e secondo grado, comunque complicato da gestire, sul piano della tecnica processuale.

Del resto, in difetto dei presupposti predetti, bisogna anche ammettere che la possibilità di revoca o modifica della misura monocratica oppure di riproposizione dell’istanza cautelare *ante causam* in corso di giudizio paiono costituire una garanzia adeguata per il ricorrente, senza che, pertanto, sorga la necessità di un rimedio di appello che sembra potersi giustificare solo, superando una certa “incoerenza” rispetto alla natura strettamente interinale della misura cautelare monocratica, se indispensabile per assicurare la, in questo caso prevalente, necessità di effettività della tutela nell’ottica di pervenire ad una decisione giurisdizionale in un quadro non irrimediabilmente compromesso per il ricorrente.

Saul Monzani - Abstract

La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo

Il contributo evidenzia come talvolta la tutela cautelare apprestata in via monocratica, anteriormente o in corso di causa, assuma una natura sostanzialmente decisoria, anticipando o magari condizionando, in un certo senso, la valutazione collegiale. Proprio in considerazione di quest'ultimo aspetto, rilevabile nella prassi, si è auspicato il riconoscimento della impugnabilità dei decreti cautelari monocratici, nonostante il dato normativo testualmente ostativo, sia pure in casi limitati e di stretta interpretazione.

Interim measures with judgement effects in the administrative trial

The article highlights how interim measures granted by single components of judicial panel, before or during the litigation proceedings, may sometimes acquire a substantial judgement nature, by anticipating or even influencing to some extent the final panel judgement. On the basis of such aspect, as observed in the judicial practice, it has been prompted the acknowledgement of the justiciability of interim decisions adopted by single judges, notwithstanding this possibility is testually precluded by the law, at least in limited cases and subject to strict interpretation.

Il bene alimentare: necessità e sostenibilità

Clara Napolitano

SOMMARIO: 1. Il bene alimentare tra *safety* e *security*. – 2. Produzione e sviluppo sostenibile nella filiera alimentare. – 3. Lo sviluppo sostenibile come itinerario-guida. – 4. Sostenibilità nella produzione alimentare: il ruolo della tecnologia e della innovazione. – 5. Sostenibilità, bio-diversità, sicurezza alimentare: tracce di convergenza. – 6. Considerazioni finali.

1. *Il bene alimentare tra safety e security*

Come noto, il diritto pubblico dell'alimentazione s'impenna sul tema della sicurezza dei cibi nella duplice declinazione di *food safety* e di *food security*. La prima accezione concerne le istanze di igiene e salubrità dell'alimento, a tutela della salute umana: l'alimento *unsafe* – insicuro¹ – è infatti quello alterato, contaminato da sostanze tossiche, non edibili, dannose per l'uomo; viceversa, la seconda accezione è intrisa di concetti etici, solidaristici e umanitari: è la possibilità diffusa, universale, di accesso – per ogni essere umano – a una quantità di cibo sufficiente per condurre una vita dignitosa². *Security*, insomma, come garanzia degli

¹ Il reg. CE n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare – ritenuto «la legge quadro sulla sicurezza alimentare», cfr. M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 2/3, 271 ss., spec. 280 – statuisce all'art. 14 che gli alimenti «a rischio» non possono essere immessi sul mercato, tali essendo quelli «dannosi per la salute» e quelli «inadatti al consumo umano».

² La dignità umana è uno dei fattori che costituiscono la base fondamentale del «diritto al cibo», inteso come posizione giuridica tutelabile e azionabile in giudizio: è qualificato come diritto fondamentale di terza generazione, ma in proposito v. le osservazioni di M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, cit., 276, per la quale «non poche sono le critiche da muovere a una classificazione dei diritti in termini di generazioni, che vanno dalla loro problematica titolarità, collettiva o individuale, alla contraddittorietà tra riferimento a generazioni di diritti e contemporanea affermazione che ciascuna persona umana ne è titolare per il semplice fatto della nascita».

Secondo M. Bottiglieri, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *Forum quad. cost.*, 2016, spec. 2-3, riferimenti alla dignità umana – individuale e sociale – e alla sua relazione con un

approvvigionamenti³ offerta a chiunque, indipendentemente dal luogo in cui si trova; *standard* di quantità di cibo garantito, senza discriminazioni dovute a fattori geografici, sociali, religiosi, economici⁴.

I due profili ora accennati si distinguono tra loro per la differente nitidezza dell'ambiente regolativo che li disciplina: meglio delineato per la *food safety*; ancora sfuggente, invece, quanto alla *security*.

Come noto infatti, e per ciò che concerne il profilo igienico-sanitario, la garanzia della sicurezza alimentare trova particolare tutela nell'ordinamento italiano: alle disposizioni del codice penale⁵ si aggiunge, già negli anni '60 del secolo scorso, la l. n. 283/1962⁶, volta a tipizzare i reati in materia alimentare tra cui, per esempio, la detenzione di alimenti in cattivo stato di conservazione, alterati o «insudiciati»⁷.

Si tratta di una normazione che tutela la salute e l'incolumità pubblica: sicché la base costituzionale della *food safety* è posta nell'art. 32 Cost.⁸, poiché alimento "sicuro" è quello non dannoso per la salute di chi lo ingerisce.

generalizzato «diritto al cibo» sarebbero presenti anche nella nostra Carta fondamentale. La dignità compare, oggi, espressamente nella Carta di Milano, una dichiarazione internazionale – eredità di Expo 2015 – che si apre con il principio: «noi donne e uomini, cittadini di questo pianeta [...] riteniamo che il diritto al cibo debba essere considerato un diritto umano fondamentale. Consideriamo infatti una violazione della *dignità* umana il mancato accesso al cibo sano, sufficiente e nutriente, acqua pulita ed energia». In www.expo2015.org/it/la-carta-di-milano.

³ La garanzia «elevata» (art. 7, reg. CE n. 178/2002) della salute, assieme alla garanzia degli approvvigionamenti che andranno distribuiti in modo soddisfacente e a prezzi regolamentati, nonché infine all'assicurazione del diritto di libera circolazione delle merci e alla protezione del mercato dei prodotti alimentari costituiscono i tre principi ordinanti del diritto – insieme pubblico e amministrativo – dell'alimentazione: cfr. L.R. Perfetti, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione. Premesse ad un diritto amministrativo dell'alimentazione*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, 3 ss., il quale identifica principi e strumenti del diritto amministrativo utili razionalizzare la legislazione torrenziale – di conio nazionale, europeo e internazionale – sugli alimenti.

⁴ Sotto questo profilo la *security* richiama gli obiettivi di coesione sociale, economica e territoriale sanciti all'art. 174 TFUE. V. in proposito, G. De Giorgi Cezzi, L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Vol. II, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016.

⁵ V. per esempio gli artt. 440 ss. c.p.

⁶ L. 30 aprile 1962, n. 283, «Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande», eseguita con apposito regolamento emanato con D. R. 26 marzo 1980, n. 327. Si tratta di una legge che tipizza illeciti – alcuni dei quali ormai depenalizzati – relativi alla cattiva conservazione di beni alimentari immessi in commercio. Deve peraltro qui segnalarsi che, da ultimo, il Governo aveva varato il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 27, il cui art. 18 aveva un effetto abroga – dopo poco più di un mese – del d.l. 22 marzo 2021, n. 42, «Misure urgenti in materia di sicurezza alimentare», per ripristinare la disciplina sanzionatoria della l. n. 283 cit.

⁷ V. l'art. 5, l. n. 283/1962.

⁸ R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, vol. 5 del *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e Zatti, 3 ss., per il quale l'art. 32 Cost., assunto da norma meramente programmatica a norma precettiva «o, almeno, relativamente precettiva», tutela il diritto alla salute non soltanto come diritto dei soli indigenti (la cui definizione quale collettività è peraltro rimessa alle sensibilità politiche e sociali variabili nel tempo) a ottenere cure; ma anche quale generale diritto al benessere e alla qualità della propria vita: molte le consonanze, qui, col diritto alla ricerca della felicità.

Già il diritto internazionale, sempre nei predetti anni '60, aveva avvertito la necessità di disciplinare il diritto alimentare, sotto il profilo della sicurezza igienico-sanitaria⁹. Si deve poi all'Unione europea un intervento massivo, a cagione della ripetuta diffusione di zoonosi, poco prima dell'avvento del nuovo secolo, per la regolazione-quadro della *food law*: il modello prescelto di intervento consisteva nella introduzione di appositi meccanismi di *risk management and communication*, gestiti da un'Autorità indipendente (l'EFSA, istituita con Regolamento CE n. 178/2002).

Venendo ora alla *security*, anch'essa è un concetto che ha ricevuto la prima espressa attenzione normativa negli anni '60 del secolo scorso: dapprima nel 1966, mediante l'art. 11 del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali¹⁰; di poi, e con una più forte eco nel 1996, con la Dichiarazione mondiale della FAO sulla malnutrizione (c.d. Dichiarazione di Roma)¹¹.

Oggi è compito della normazione europea, dettata in materia di «Politica agricola comune» (PAC), delineare – in attuazione dell'art. 39 TFUE¹² – la disciplina alimentare sotto il profilo della «sicurezza degli approvvigionamenti».

Così delineati gli elementi essenziali della *food safety* e della *food security*, emerge come solo la prima, oggi, riceva una compiuta disciplina normativa: la produzione, la detenzione, il commercio dei prodotti alimentari sono integralmente affidati a meccanismi di divieto-sanzione (cosiddetti strumenti di «*command and control*»), ispirati al principio di precauzione sulla base del rischio per la salute umana¹³.

⁹ Il riferimento è al *Codex Alimentarius* del 1963. In proposito, D. Bevilacqua, *The Codex Alimentarius Commission and its Influence on European and National Food Policy*, in *European Food and Feed Law Review*, 2006, 1. La regolazione della sicurezza alimentare a livello di diritto globale è peraltro delineata da G. Steier, K.K. Patel (eds.), *International Food Law and Policy*, Springer, Switzerland, 2016, spec. Part. 1, *Global Food Law and Policy*, 3 ss.

¹⁰ Adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni unite con risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966. Entrato in vigore per il diritto internazionale il 3 gennaio 1976, vede 168 Stati parti al 1° gennaio 2018. L'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione è contenuto nella l. 25 ottobre 1977, n. 881 (G.u. n. 333, s.o. del 7 dicembre 1977). È stato ratificato il 15 settembre 1978 (G.u. 23 novembre 1978, n. 328) ed è vigente in Italia dal 15 dicembre 1978.

¹¹ *World Food Summit: the 1996 Rome Declaration and Plan of Action*, la quale garantisce che «tutti, in ogni momento, abbiano accesso fisico, sociale ed economico a un'alimentazione sana, sufficiente e nutritiva, per far fronte alle necessità e alle preferenze alimentari necessarie per condurre una vita sana e attiva»: cfr. all'indirizzo <http://www.fao.org/>.

¹² Cfr. l'art. 39 TFUE che stabilisce le finalità della PAC: secondo S. Bolognini, *Tempi di insicurezza alimentare: un approccio giuridico*, in S. Serafin e M. Brollo (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Udine, 2013, 241-255, il fatto che l'art. 39 TFUE parli di sicurezza degli approvvigionamenti *sic et simpliciter* – senza l'aggettivazione «alimentari» – legittima un'interpretazione quanto mai ampia, sì da offrire la garanzia di approvvigionamenti alimentari e non, e dunque anche energetici e agroenergetici.

¹³ Sulle procedure di valutazione, gestione e comunicazione del rischio delineate dal Regolamento CE n. 178/2002, v. il contributo di V. Parisio, *Sicurezza alimentare, funzione amministrativa e giudice amministrativo interprete del diritto interno ed europeo*, in C. Bottari (a cura di), *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, Rimini, 2015, 75 ss.

Viceversa, la *security* è affidata ad affermazioni poco più che di principio¹⁴: essa non si traduce dunque in un vero e proprio diritto soggettivo al cibo, giuridicamente azionabile (in quanto appartenente al patrimonio giuridico di ciascun essere umano), né tanto meno il diritto – sia esso nazionale, europeo od internazionale – è oggi in grado di apprestare sistemi che garantiscano l’approvvigionamento universale ed indifferenziato al cibo.

La temperie pandemica nella quale si svolgono questi spunti di riflessione, peraltro, ha manifestato la vulnerabilità e la fragilità di quella parte di tessuto sociale che, anche solo per ricevere derrate alimentari a meri fini di sopravvivenza, si affida alla generosità (a-giuridica) degli enti del cosiddetto “terzo settore” o, più un generale, a spontanee manifestazioni solidaristiche (tra di esse, e solo a esemplificare, le esperienze di *spesa solidale*).

Ne deriva un’attenzione alla sicurezza alimentare, nel suo profilo di *security*, che manifesta percorsi ancora largamente incompiuti, frammentari e di limitata ricognizione disciplinare. Da qui l’intento di questo contributo che, ben lontano anch’esso da ogni compiutezza organica, intende porre in evidenza le forme e modalità di garanzia del “diritto al cibo” e i principi di riferimento per la sua tutela e concreta azionabilità.

In questo senso, risulta di estremo aiuto il ricorso al principio – di matrice ambientale – dello “sviluppo sostenibile”¹⁵: in sintesi, e anticipando le osservazioni svolte nel prosieguo del testo – l’*habitus* alimentare e ambientale devono reciprocamente-modularsi in funzione di una loro sostenibilità nel tempo, sì da garantire – in via immediata – una tutela ecosistemica e, di riflesso, la salvaguardia della salute umana.

¹⁴ Oltre che in Dichiarazioni e in Trattati internazionali, il diritto al cibo adeguato anche dal punto di vista degli approvvigionamenti è espressamente sancito in alcune Carte costituzionali, tra le quali si segnalano quella della Bolivia (art. 16: «1. Ogni persona ha diritto all’acqua e all’alimentazione. 2. Lo Stato ha l’obbligo di garantire la sicurezza alimentare, tramite un’alimentazione sana, adeguata e sufficiente per tutta la popolazione»); dell’Ecuador (art. 13: «Le persone e le collettività hanno diritto all’accesso sicuro e permanente ad alimenti sani, sufficienti e nutrienti; preferibilmente prodotti localmente e conformemente alle loro diverse identità e tradizioni culturali. Lo Stato ecuadoriano promuoverà la sovranità alimentare»); della Repubblica di Moldavia (art. 47, Diritto all’assistenza e alla protezione sociale: «Lo Stato è obbligato a prendere misure affinché ogni persona abbia un livello di vita decente, che gli assicuri la salute e il buono stato, per sé e per la propria famiglia, incluso il cibo, l’abbigliamento, l’abitazione, le cure mediche, nonché i servizi sociali fondamentali»); della Repubblica di Bielorussia (art. 21: «[...] Ognuno ha diritto a uno standard di vita adeguato, inclusa un’alimentazione adeguata, dei vestiti, il diritto a una casa e un continuo miglioramento delle condizioni di vita necessarie»).

¹⁵ Sull’evoluzione e la configurazione del principio è imprescindibile il riferimento a 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 *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, 0, 41 ss.; Id., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss.

2. Produzione e sviluppo sostenibile nella filiera alimentare

Affrontare ogni studio sulla produzione e sulle abitudini alimentari, senza che se ne consideri l'impatto ambientale, è ormai idea anacronistica e avulsa dalla realtà.

Dottrina autorevole¹⁶ ha chiaramente messo in luce le relazioni tra diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione. Gli "oggetti" di queste due discipline – l'ambiente e il cibo¹⁷ – attraversano interessi dai confini incerti e indeterminati, suscettibili di molteplici configurazioni: conflitti, compatibilità necessitate, persino sinergie.

Il terreno d'incontro è costituito dai tradizionali principi regolatori del diritto dell'ambiente – il principio di precauzione e quello dello sviluppo sostenibile – che *ora* fanno da leva per il contemperamento degli interessi ecologici e al cibo, *ora* sono fattore sinergico affinché i modelli di produzione e consumo del cibo siano orientati non soltanto a ridurre le esternalità negative sull'ambiente, bensì a trarre da questo la loro linfa vitale e sorgiva.

Questi modelli si collocano al delicato crocevia, antinomico, tra il calo della complessiva produzione agricola e alimentare, e i dati – in progressivo aumento – della produzione biologica e sostenibile, nel nostro Paese.

Per un verso, infatti, l'Italia è in grado, oggi, di produrre solo l'80-85% del proprio fabbisogno primario alimentare (contro il 92% del 1991)¹⁸, profilandosi il rischio di riduzione o perdita della "sovranità alimentare"¹⁹ a causa della riduzione dei suoli fertili e disponibili. Questo dato assume estrema rilevanza nel

¹⁶ G. Rossi, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2015, 1, 3 ss.

¹⁷ Una correlazione interessante tra ambiente e cibo è costruita in termini di contrapposizione da R. Bianchi, *Alimentazione sostenibile ed effetto serra: due normative collegate secondo l'ultima conferenza mondiale sul clima*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2010, 4.

¹⁸ Dati riportati da Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *Federalismi.it*, 2020, 1, 5, che prosegue: «La superficie agricola utilizzata (SAU), che nel 1991 era quasi di 18 milioni di ettari, si è ridotta a circa 12,7 milioni di ettari divisi tra 1,7 milioni di aziende agricole».

¹⁹ Il concetto – giuridico e filosofico – di sovranità alimentare nasce nel 1996 dal movimento dei contadini messicani della Via Campesina e afferma il diritto di nazioni e popoli al controllo dei loro sistemi alimentari, compresi i mercati, i modi di produzione, le culture del cibo e dell'ambiente, con riferimento esplicito a un modello di piccole comunità; si pone su un polo antitetico rispetto al modello neoliberale del mercato, che ha mostrato la sua inefficienza nel garantire a tutti il diritto all'alimentazione adeguata e accessibile. E mette al centro di tutto, quasi un *regressus ad uterum*, la terra. La sovranità alimentare riporta, insomma, a un universo di produzioni autoctone, differenziate, vicine tanto al produttore quanto al consumatore, in nome della filiera corta e rintracciabile. Riporta, ancora, al diritto dei piccoli produttori di riprendersi ciò che è stato loro tolto dai grandi distretti industriali, luoghi di schiacciati omologazioni e, nello stesso tempo, d'intollerabili disuguaglianze. Per riferimenti bibliografici imprescindibili sul punto v. G. Zagrebelsky, *Un concetto costituzionale: sovranità alimentare*, in *Diritto agroalimentare*, n. 3/2017, 435 ss.; Id., *Due concetti costituzionali: sovranità alimentare e olismo*, in B. Biscotti, E. Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Torino, 2015, 1; S. Rodotà, *Il diritto al cibo*, Milano, 2014; A. Rinella, "Food Sovereignty", in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1/2015, 15 ss.

momento in cui il nostro Paese perde gradualmente la potenzialità di produzione autoctona e autosufficiente, delle risorse alimentari, così ritrovandosi a dipendere dalle importazioni; da ciò la conseguente emersione di un problema di sicurezza alimentare intesa – come evidenziato nel precedente paragrafo – quale *security*, ovvero in termini di vera e propria garanzia di accesso al cibo.

Per altro verso, dati più confortanti provengono dal Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo, circa l'entità e la diversificazione della produzione biologica²⁰, oggi oggetto di attenzione da parte del Parlamento, il quale – sulla scorta della disciplina europea²¹ – sta vagliando la possibile (e auspicabile) emanazione di un Testo unificato sulla produzione agricola con metodo biologico²²: ivi, la produzione biologica è definita come «attività di interesse nazionale con funzione sociale e ambientale».

La *ratio* del ricorso a metodi di produzione alimentare alternativi s'incentra, quindi, sul principio di sviluppo sostenibile: e, tuttavia, una declinazione del principio più ampia ed estesa, volta a non riguardare più esclusivamente l'ambiente, ma diffusa alla tutela dell'*ecosistema*, allo scopo di assicurare equità, giustizia sociale e diritti.

Il cibo rappresenta, in questo contesto, un elemento essenziale: esso si pone infatti quale punto d'incontro tra molteplici istanze poste al centro della cosiddetta "Agenda 2030" per lo sviluppo sostenibile, adottata dalle Nazioni Unite²³: tra di esse, la nutrizione, la salute, lo sviluppo dell'individuo e delle comunità, il rispetto dell'*ecosistema*, e le modalità di produzione e consumo.

Queste istanze rappresentano la base dei moderni sistemi alimentari, intesi quali reti necessarie per produrre all'origine, e trasformare il cibo (nella pertinente "filiera") sino alla sua distribuzione al consumatore: è così che la sicurezza alimentare può costituire, ad avviso dell'Organizzazione della Organizzazione delle Nazioni Unite, la leva per garantire l'equità sociale, e contrastare la povertà

²⁰ V. il sito <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/14394>.

²¹ Il settore è disciplinato dal Regolamento (CE) 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, recentemente abrogato – e sostituito – dal Regolamento (UE) 2018/848 del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2018, pubblicato nella GUUE del 14 giugno 2018: quest'ultimo regolamento, pur entrando in vigore tre giorni dopo la sua pubblicazione, si applica a decorrere dal 1° gennaio 2021.

²² Il testo era stato approvato dall'Assemblea della Camera l'11 dicembre 2018; il 19 maggio 2020 è stato poi pubblicato il testo unificato C.290 Gadda, C.410 Cenni, C.1314 Parentela e C.1386 Golinelli, recante disposizioni per lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico. Quel testo – che consta di 21 articoli – è attualmente all'esame del Senato (S. 988): v. in <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/testo-unificato-sulla-produzione-agricola-con-metodo-biologico.html>.

²³ Il documento, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, è stato adottato con *Resolution A/RES/70/1 adopted by the General Assembly on 25 September 2015*, in https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E ed è consultabile all'indirizzo <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>.

entro il 2030²⁴. Dei 17 obiettivi globali che l'Agenda si propone, il n. 2²⁵ correla espressamente la sicurezza alimentare con l'agricoltura sostenibile, attribuendo a questa sinergia l'effetto positivo di contrastare la povertà, e gli squilibri sociali che ne sono alla origine²⁶.

Le politiche europee e internazionali mirano già a che gli Stati adottino misure armonizzate, in grado di assicurare sistemi di produzione alimentare sostenibili: il fine ultimo, certamente ambizioso (e tutt'altro che scontato), è quello di salvaguardare l'ecosistema rendendolo capace di adattarsi ai cambiamenti climatici²⁷; di realizzare sistemi di produzione volti a tutelare la varietà delle cc.dd. risorse genetiche; principio, quest'ultimo, già statuito dal Protocollo di Nagoya²⁸, anche al fine di incentivare le "filiera corte"²⁹.

²⁴ Cfr. Punto 24 dell'Agenda in <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>.

²⁵ L'obiettivo n. 2 dell'Agenda 2030 è intitolato «*End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture*».

²⁶ Come si legge nell'Agenda, 5, le Nazioni Unite guardando a un mondo «*where food is sufficient, safe, affordable and nutritious. A world where human habitats are safe, resilient and sustainable and where there is universal access to affordable, reliable and sustainable energy*».

²⁷ Il cambiamento climatico costituisce un'altra sfida avente impatto globale, la quale orienta tutte le energie canalizzate nei temi che la lambiscono: dalla tutela ambientale all'utilizzo delle energie alternative, dallo sviluppo sostenibile ai cc.dd. appalti verdi (*Green Public Procurement*). Una delle possibili strade percorribili per evitare che i comportamenti – pubblici e privati – aggravino il *climate change* si trova negli studi di *behavioural economics*, che hanno messo in luce l'inadeguatezza di strumenti costringenti di *hard law* nell'orientare i comportamenti umani. Preferibili sembrano, dunque, strumenti di *soft law*: spesso più adeguati anche in ragione dell'ampiezza dell'impatto che quei comportamenti hanno. V. in proposito G.F. Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, specialmente M. Cafagno, *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, 105 ss.

²⁸ Il Protocollo di Nagoya sull'Accesso alle Risorse Genetiche e l'equa condivisione dei benefici derivanti dal loro utilizzo è uno strumento internazionale adottato dalla Conferenza delle Parti della CBD (Convenzione sulla Biodiversità Biologica) nel corso della sua X Riunione, il 29 ottobre 2010 a Nagoya, in Giappone ed è stato aperto alla firma il 2 febbraio 2011. Il suo obiettivo consiste nella giusta ed equa condivisione dei benefici che derivano dall'utilizzazione delle risorse genetiche, ivi incluso l'appropriato accesso alle risorse genetiche e l'appropriato trasferimento delle relative tecnologie, tenendo in considerazione tutti i diritti riguardanti quelle risorse e quelle tecnologie e i fondi opportuni, contribuendo in tal modo alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti.

²⁹ Secondo il Reg. UE n. 1305/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 «sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio», la filiera corta è «una filiera di approvvigionamento formata da un numero limitato di operatori economici che si impegnano a promuovere la cooperazione, lo sviluppo economico locale e stretti rapporti socio-territoriali tra produttori, trasformatori e consumatori» (cfr. art. 2, co. 1, lett. m)). Più in generale, nel lessico corrente, il termine è usato per identificare un ampio insieme di configurazioni di produzione-distribuzione-consumo, come la vendita diretta in azienda, i negozi collettivi degli agricoltori, i *farmers' markets*, le varie forme di gruppi di acquisto (anche quelli solidali, cc.dd. *a km 0*), pertanto non è agevole – né probabilmente auspicabile – darne una definizione univoca. Il tratto distintivo della filiera corta è però rinvenibile nella *proximità*: geografica, informativa, assiologica, tra produttori e consumatori. È peraltro attualmente al vaglio del Senato (S. 878) la proposta di legge recante norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agroalimentari a filiera corta e a chilometro zero, come modificata nel corso dell'esame in prima lettura. V. il testo in <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/prodotti-agroalimentari-a-km-zero-e-a-filiera-corta.html>.

Il perseguimento di queste complesse finalità transita attraverso la elaborazione di appositi “indicatori di monitoraggio” per il conseguimento degli obiettivi: 240 indicatori complessivi, dei quali 14 esclusivamente dedicati al *goal* n. 2³⁰.

Sul versante organizzativo, l'Agenda ONU vede la collaborazione in prima linea della FAO, chiamata a occuparsi del perseguimento della *food security* in tutto il territorio mondiale: la quale elabora azioni congiunte con Stati, governi e cittadinanze attive, per conseguire l'obiettivo della sicurezza alimentare, pianificando e realizzando le proprie azioni in un contesto più ampio e necessariamente coordinato, quale quello economico e finanziario.

Per la FAO, il raggiungimento del *goal Hunger zero* non solo intende sconfiggere la povertà, ma promuovere altresì salute e benessere, riequilibrando le abitudini alimentari sia in termini di *ipo*-alimentazione e denutrizione, sia in termini di *iper*-alimentazione e obesità: evidente, al proposito, come entrambi gli obiettivi abbiano riflessi anche di tipo sanitario e pubblico, per l'erogazione di assistenza sanitaria, e i costi ad essa correlati³¹.

3. *Lo sviluppo sostenibile come itinerario-guida*

La sostenibilità del sistema di produzione, commercializzazione e consumo alimentare è, dunque, un obiettivo che si sta progressivamente imponendo nella disciplina normativa multilivello.

Poiché, allo stato, i sistemi produttivi intensivi, orientati a un commercio globale delle risorse e dei loro prodotti, rappresentano una concreta minaccia tanto per la salute umana, quanto per la sostenibilità ecosistemica, la sfida globale consiste – superando le riferite *policies* di *command and control* – nell'orientare e incentivare i comportamenti produttivi e consumistici verso la sostenibilità ambientale³².

³⁰ Gli indicatori – presentati nel Report E/CN.3/2016/2/Rev.1 del Consiglio economico e Sociale dell'ONU del 19 febbraio 2016 – sono riferiti a ciascun punto del Goal n. 2 *Hunger zero*.

Il Report è pubblicato in <https://unstats.un.org/unsd/statcom/47th-session/documents/2016-2-IAEG-SDGs-Rev1-E.pdf>.

³¹ V. i Report dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite che si sono susseguiti negli ultimi anni: A/70/472 – *Sustainable development: report of the Second Committee*, 16 December 2015; A/70/478 – *Agriculture development, food security and nutrition: report of the Second Committee*, 15 December 2015; A/69/279 – *Agriculture development, food security and nutrition: report of the Second Committee*. Tutti in <https://sustainable-development.un.org/topics/foodagriculture>.

³² Sebbene la produzione alimentare globale sia stata direttamente proporzionale alla crescita della popolazione, oltre 820 milioni di persone hanno cibo insufficiente e molte altre consumano diete di bassa qualità che causano carenze di micronutrienti e contribuiscono a un aumento sostanziale dell'incidenza dell'obesità e delle malattie cardiovascolari. V. in proposito i contributi scientifici su *The Lancet*, pubblicati in [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)31788-4/fulltext#back-bib7](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)31788-4/fulltext#back-bib7).

Il diritto allora interviene a garanzia di un sistema alimentare sostenibile per l'ambiente e per l'uomo: il principio dello sviluppo sostenibile diviene così itinerario-guida delle scelte regolative dei sistemi produttivi, non lasciati inevitabilmente alla ricerca della composizione ottimale del "paniere" delle economie di mercato.

Questo è ciò che accade, per esempio, nell'ambito delle programmazioni economiche nazionali ed europee: in esse si fa strada, a seguito dell'approvazione del c.d. *Green new deal*³³ del dicembre 2019, l'idea di una specifica "programmazione economica ambientale"; il decisore pubblico potrà compiere scelte di matrice economica prevalentemente orientate alla tutela dell'ambiente³⁴, altresì "certificate" dalla adozione di specifici "bilanci ambientali"³⁵.

Il legislatore europeo sta traducendo in diritto positivo le politiche in questione; si pensi, in specie, al c.d. "pacchetto sull'economia circolare"³⁶ allo scopo di incoraggiare, programmare e indirizzare lo sviluppo economico in una direzione "sostenibile", così prefigurando un modello economico diverso, e alternativo, rispetto a quello attuale: lo strumento della programmazione, necessariamente

³³ La Commissione UE ha varato un programma d'investimenti e finanziamenti destinati – tra gli altri – anche ai produttori della filiera alimentare per sostenerne le scelte più "verdi". V. la *Communication from the Commission* COM(2019) 640 final, cui è stato allegato un *Annex, The European Green Deal*, COM(2019) 640 final, recante la *Roadmap* e le *key actions*, volte a promuovere l'uso efficiente delle risorse per passare a un'economia pulita e circolare, ripristinare la biodiversità e ridurre l'inquinamento.

³⁴ È quanto afferma 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, 51 ss., per il quale il paradigma dello sviluppo sostenibile ha rivelato profili di debolezza attuativa per la sua genericità. Pertanto l'approdo a una economia guidata dalla tutela ambientale non può prescindere da una riorganizzazione dei pubblici poteri, i quali devono migliorare la *qualità* del loro intervento specie nelle tecniche e negli strumenti giuridici.

Peraltro, l'aggettivo «verde» nell'ambito dell'economia sembra oggi andare verso un superamento: i modelli economici si colorano di «blu». L'economia blu – o economia circolare – è fondata sull'utilizzo dello scarto come fonte produttiva, sicché si guarda all'ambiente come un «vero e proprio driver dello sviluppo economico e istituzionale». Non un costo, «ma un'opportunità ed è ciò che consente alle imprese di fare profitto». Cfr. F. De Leonardi, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 163 ss., dal quale sono tratti questi passi. L'auspicio è che queste meritevolissime linee di pensiero economico-giuridico non si risolvano in mere enunciazioni ottative, prive di forza traente nella concreta regolazione e gestione dei processi reali. V. in proposito anche Id. (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

³⁵ Il bilancio ambientale è un documento con cui gli organi di governo di un ente pubblico o privato rendono conto del proprio impegno per l'ambiente e delle ricadute sullo stesso delle proprie attività in termini di impatto. I bilanci fanno parte della c.d. contabilità ambientale, uno strumento per lo sviluppo sostenibile già elaborato nella Dichiarazione di Rio del 1992 e poi entrato nel diritto attraverso Comunicazioni della Commissione. In Italia il bilancio ambientale è strumento utilizzato anche dagli Enti locali, per i quali è stato elaborato in via sperimentale dall'ISPRA un documento recante Linee guida: *Il bilancio ambientale negli enti locali. Linee guida*, in *isprambiente.gov.it*.

³⁶ Il pacchetto "economia circolare" è costituito da quattro direttive UE, tutte datate 30 maggio 2018. Si tratta delle direttive: dir. 849/2018/UE; dir. 850/2018/UE; dir. 851/2018/UE; dir. 852/1028/UE; le quali modificano le direttive sui rifiuti, a partire dalla direttiva generale 2008/98/CE e poi le direttive speciali in materia di rifiuti di imballaggio (1994/62/CE), discariche (1999/31/CE), rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, cosiddetti "RAEE" (2012/19/UE), veicoli fuori uso (2000/53/CE) e rifiuti di pile e accumulatori (2006/66/CE).

pluriennale, potrà mostrare effetti benefici di carattere economico (quale l'utilizzazione ottimale delle risorse e delle materie prime), ambientale (in prospettiva di rispetto degli *habitat*), e sociale (in termini di aumento del potenziale occupazionale socialmente inclusivo, e di sviluppo di legami sociali).

Possono essere certamente considerate, queste, utili e fondate concretizzazioni di quel principio di matrice ambientale dello "sviluppo sostenibile" che tuttora – per via della sua genericità e dell'incertezza dei suoi margini applicativi – non ha riscosso l'auspicato successo nell'ambito giuridico-amministrativo, rivelandosi sovente un'arma spuntata³⁷.

Deve infatti essere qui ricordata l'interpretazione ambivalente offerta – da parte di dottrina e giurisprudenza – del principio dello "sviluppo sostenibile", esplicitamente contenuto nell'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006. Se per un verso questo principio assegna priorità alla considerazione della tutela ambientale nelle decisioni pubbliche (attraverso gli strumenti, per esempio, della "valutazione di impatto ambientale", e della "valutazione ambientale strategica", o anche dei cc.dd. provvedimenti ambientali condizionali³⁸), per altro verso una tale priorità non è considerata assoluta rispetto agli altri interessi di matrice economica, sociale, finanziaria, i quali non sempre (e anzi, nella prassi, quasi mai) sono recessivi³⁹.

Ecco che allora, nelle iniziative economiche e produttive, lo sviluppo sostenibile trova attuazione principalmente attraverso politiche di matrice europea che disvelano la "coscienza" dell'Unione in merito allo stato emergenziale nel quale il territorio sovranazionale si trova: gli interventi – ancora prevalentemente di *soft law*⁴⁰ – mirano a una più consapevole gestione delle risorse naturali, e a un loro più rispettoso sfruttamento.

³⁷ V. in proposito F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, 0, 41 ss.

³⁸ Provvedimenti nei quali la condizione non è più considerata elemento secondario dell'atto, ma componente essenziale del contenuto dispositivo al fine di guidare e adattare nel tempo le attività economiche oggetto di autorizzazione. V. in proposito E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 3, 447 ss. e Id., *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019.

³⁹ V. in proposito anche M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012, 1/2, 62 ss.

Anche F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, spec. 451, si mostra prudente in relazione alla priorità della tutela ambientale enucleata nel principio.

⁴⁰ Come si vedrà meglio *infra*, la Commissione UE redige Comunicazioni destinate al Parlamento e al Consiglio per l'elaborazione di strategie per la sostenibilità, il mantenimento della biodiversità, la sicurezza alimentare. Tra le altre, v. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *EU Biodiversity Strategy for 2030 Bringing nature back into our lives*, Bruxelles, 20 maggio 2020, COM(2020) 380 final, in https://ec.europa.eu/info/files/communication-eu-biodiversity-strategy-2030-bringing-nature-back-our-lives_en; Comunicazione della Commissione europea, *La PAC verso il 2020: rispondere alle future sfide dell'alimentazione, delle risorse naturali e del territorio*, Bruxelles, 10 novembre 2010, COM(2010) 672 def., disponibile in italiano in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0672&from=IT>; v. anche

Lo sviluppo sostenibile – mutuando le parole di attenta dottrina⁴¹ – è la «chiave di volta» del sistema, perché costituisce il perno attorno al quale ruotano interventi di tipo economico, finanziario, politico, giuridico, nonché etico, sociologico, e filosofico. Profili tutti convergenti verso soluzioni possibili al problema dell'irrazionale sfruttamento, e dell'iniqua distribuzione delle risorse, prevalentemente consumate prima ancora che esse riescano naturalmente a rigenerarsi; e, peraltro, consumate in modo diseguale e divergente dal doveroso paradigma solidaristico che quel medesimo principio reca in sé.

Né, in questo senso, può giungere in soccorso la sola formulazione normativa di diritto interno: la quale, nella sua – pur discutibile – ampiezza e genericità, contiene nel comma 3 dell'art. 3-*quater* un riferimento alle risorse da “risparmiare” e da “trasmettere” alle generazioni future, senza tuttavia pronunciarsi circa la “legittimazione a consumarle”. È qui che sovviene necessariamente il richiamo, di cui al co. 3 della medesima disposizione, alle «dinamiche della produzione e del consumo»: la norma intende ribadire che il consumo delle risorse non è affatto impedito *a priori*, imponendo tuttavia che tale consumo sia ispirato al principio di solidarietà. Il consumo, così argomentando, è soltanto a valle “consumo dei prodotti”: a monte, esso è in prima istanza “consumo delle risorse naturali” ereditate dalle generazioni passate – e da trasmettere alle generazioni future – sul presupposto della loro ontologica scarsità: una lettura che orienta così necessariamente a un consumo prudente e sostenibile delle medesime risorse, perché queste – così risparmiate – possano essere, a propria volta, lasciate in eredità alle generazioni future⁴².

4. *Sostenibilità nella produzione alimentare: il ruolo della tecnologia e della innovazione*

Riuscire a individuare un percorso che orienti verso una produzione alimentare, un consumo delle risorse, e una loro distribuzione; più equi e sostenibili è ambizione che esula dai limiti di questo contributo.

in <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/113/verso-una-politica-agricola-comune-dopo-il-2020-i-dibattiti-ora-in-corso-per-una-pac-dopo-il-2020>. V. anche la già citata *Communication from the Commission COM(2019) 640 final*, recante il c.d. *Green Deal*.

⁴¹ F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., 13.

⁴² È quanto sostiene condivisibilmente F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit., 450.

Tuttavia basta dare uno sguardo alla letteratura d'oltreconfine⁴³ – ispirata a un costante approccio olistico⁴⁴, non sempre condiviso o utilmente impiegato in ambito domestico – per scorgere un consistente ambito di ricerca che guarda alle innovazioni tecnologiche come essenziale presidio per un sistema alimentare sostenibile nello spazio e, soprattutto, nel tempo.

Questa letteratura si fonda sul presupposto che il sistema alimentare, complessivamente inteso, comprende una moltitudine di attori, elementi e processi relativi alla produzione, trasformazione, distribuzione, preparazione, consumo e smaltimento degli alimenti. È un sistema complesso, multifattoriale, che conosce plurime interrelazioni, adattativo, influenzato da fattori endogeni ed esogeni, che coinvolge l'ambiente, le persone, le imprese, le infrastrutture, le istituzioni, ed i loro effetti sulla nostra società, sull'economia, sul paesaggio e sul clima.

La filiera produttiva e di consumo va ripensata come un sistema innovativo che conduce a nuovi modelli imprenditoriali⁴⁵. Le leve-chiave per la trasformazione dei sistemi produttivi consistono in approcci innovativi di medio-lungo periodo: le competenze imprenditoriali emergenti devono essere poste al servizio dello sviluppo e della ricerca, al fine – anche mediante le nuove tecnologie digitali, e l'analisi dei dati e delle informazioni disponibili – di offrire nuovi percorsi di *welfare*, lavoro e sostenibilità ambientale⁴⁶.

Tutto ciò implica anzitutto un utilizzo, più diffuso e integrato, delle innovazioni oggi esistenti nei sistemi produttivi. Lungo questa linea, è certamente possibile affermare che le innovazioni tecnologiche, nel settore industriale e produttivo, rivestono sempre una finalità di protezione ambientale.

⁴³ La bibliografia sul tema della sostenibilità alimentare è sterminata. Siano sufficienti qui pochi veloci richiami a P. De Bernardi, D. Azucar (eds.), *Innovation in Food Ecosystems. Entrepreneurship for a Sustainable Future*, Springer, 2020; A. Szajkowska, *Regulating Food Law*, The Netherlands, 2012; J.L. Pomeranz, *Food Law for Public Health*, Oxford, 2016; I. Härtel (ed.), *Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union. Food Security, Food Safety, Sustainable Use of Resources in Agriculture*, Springer, 2018. In Italia, v. almeno L. Costato, F. Albinetti, *European Food Law*, Milano, 2016; V. Parisio (ed.), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective*, Torino, 2015.

⁴⁴ Sono molti gli Autori che fanno appello a questo tipo di approccio e in diverse aree tematiche del diritto pubblico. Tra gli altri, M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, cit., per la quale esso è volto alla tutela non solo della salute, ma anche dell'agricoltura, dell'uso dei suoli, dell'ambiente, degli scambi commerciali, del consumatore e della sicurezza dei lavoratori. L'importanza dell'integrazione scientifica è illustrata anche da W.E. Rees, *The Earth Is Telling Us We Must Rethink Our Growth Society. Why COVID-19 Previews A Larger Crash. What We Must Do To Save Ourselves*, in www.thetyee.ca, 6 aprile 2020.

⁴⁵ L'ambito della economia comportamentale ha i suoi riferimenti anzitutto negli studi psicologici, i quali si sono anche focalizzati sulla possibilità di orientare i comportamenti al fine di contenerne gli impatti economici di spesa. Oltre all'imprescindibile studio di R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: La spinta gentile* (titolo originale, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*), Yale University Press, 2008, v. in proposito anche S. Rizzello, A. Spada (a cura di), *Economica cognitiva e interdisciplinarietà*, Torino, 2011, nonché, più di recente, R. Viale, *“Behavioral Insights”, Nudging e politiche pubbliche europee*, in Aa.Vv., *Europa: un'utopia in costruzione*, Roma, 2017, 20 ss.

⁴⁶ Così, P. De Bernardi, D. Azucar (eds.), *Innovation in Food Ecosystem*, cit., VI.

Il loro impiego, in questo senso teleologico, è ancora piuttosto timido, poiché l'innovazione è strutturalmente legata all'idea di sviluppo, di evoluzione, di progresso; viceversa la tutela ambientale si muove, in specie alla luce del principio di precauzione, in un senso opposto, vieppiù conservativo e retrospettivo.

È il paradosso dell'innovazione in materia ambientale: «le motivazioni di opposizione muovono dalla stessa necessità di tutelare l'interesse ambientale»⁴⁷. E tuttavia è compito del diritto condurre a nuove categorie e nuovi strumenti, affinché l'innovazione tecnologica e la tutela ambientale possano moderare gli attriti d'intersezione, e possano invece valorizzare le reciproche sinergie: un percorso obbligato, in tal senso, impone un profondo ripensamento dei sistemi produttivi, e una «rinnovata cultura ambientale»⁴⁸.

Paradigmatico, di questa aporia tra contraddizione e coesistenza, è certamente il caso delle innovazioni biotecnologiche nella produzione di nuovi alimenti: i cc.dd. “*novel foods*”⁴⁹. Temute le innovazioni, e temuti gli stessi alimenti per un verso, perché recano potenziali pericoli per la salute umana; incentivate d'altro canto, le une e gli altri, in considerazione della pluralità di effetti benéfici che esse potrebbero produrre, specie in termini di tutela ambientale⁵⁰.

Si tratta di tecniche spesso oggetto di specifiche scelte di politica agricola, nel dichiarato intento di superare quello spirito conservatore e tradizionalista che storicamente caratterizza il sistema produttivo agro-alimentare italiano (costituendone, pur tuttavia, il più rilevante fattore qualitativo), rispetto ad altri settori manifatturieri⁵¹.

Ulteriore esempio della contraddizione/sinergia tra innovazione tecnologica e tutela ambientale, è altresì dato dalla Politica Agricola Comune euro-

⁴⁷ A. Farì, *Ambiente e innovazione: profili giuridici*, in G. Rossi, M. Monteduro, *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, cit., 47.

⁴⁸ A. Farì, *Ambiente e innovazione: profili giuridici*, in G. Rossi, M. Monteduro, *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, cit., 46.

⁴⁹ I *novel foods* – tecnicamente gli “alimenti nuovi” – sono disciplinati dal Regolamento UE n. 2283/2015. V. in proposito, tra gli altri, A. Germanò, *Sui novel foods. Nota a CGCE sez. II 15 gennaio 2009 (causa C-383/07)*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, n. 9/2009, pt. 2, 534 ss.; D. Marrani, *Nanofoods e novel foods nella legislazione alimentare dell'Unione europea*, in *Dir. com. scam. int.*, 2012, 3, 557 ss.; L. Mikolaj Sokolowski, *Novel foods – challenges for food law*, in *Agr. Ist. Mer.*, 2013, 1-2, 135 ss.; A. Volpato, *La riforma del regolamento sui “Novel Foods”: alla ricerca di un impossibile equilibrio?*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 4, 26 ss.; I. Canfora, *Alimenti, nuovi alimenti e alimenti tradizionali nel mercato dell'Unione europea dopo il regolamento 2015/2283*, in *Dir. agroal.*, n. 2016, 1, 29 ss.

⁵⁰ V. il 29° Considerando del Reg. UE n. 2283/2015: «è opportuno promuovere le nuove tecnologie e le innovazioni nella produzione alimentare poiché ciò potrebbe ridurre l'impatto ambientale della produzione alimentare, migliorare la sicurezza alimentare e apportare benefici ai consumatori, a condizione che sia garantito il livello elevato di tutela del consumatore».

⁵¹ Così M. Giuffrida, *Innovazione tecnologica e responsabilità dell'operatore del settore alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2018, 4, 4 ss.

pea (PAC)⁵², che riconosce e impone una rilevante sfida nell'adozione di metodi sostenibili di produzione alimentare: il punto di tangenza tra innovazione e sostenibilità è rappresentato dalla domanda crescente di prodotti alimentari cui l'industria risponde con metodi di produzione intensiva (si pensi, tra gli altri, ai settori avicolo e caseario); produzione intensiva volta per definizione (e proprio in quanto "intensiva") allo sfruttamento indiscriminato delle risorse animali e naturali, e che per ciò stesso rende necessario un complessivo ripensamento del sistema agricolo europeo.

La Commissione europea ha individuato i principali obiettivi verso i quali orientare la PAC: preservare il potenziale di produzione alimentare dell'UE secondo criteri di sostenibilità; sostenere le comunità agricole; preservare il paesaggio rurale, lottare contro la perdita di biodiversità, favorire l'adeguamento al cambiamento climatico e mitigarne gli effetti; preservare le comunità rurali, per le quali l'agricoltura costituisce un'attività economica importante in grado di creare occupazione locale.

È la dimostrazione, almeno nelle intenzioni, che lo sviluppo di tecniche innovative non si pone per definizione in contrasto con il versante ambientale, equo e sostenibile, della sicurezza degli approvvigionamenti, e senza per ciò stesso collidere con gli interessi dell'economia e dei consumi.

Non di rado le innovazioni tecnologiche concernono la composizione chimica di una risorsa naturale, gradualmente sostituita con un suo omologo creato in laboratorio: con l'effetto di aumentarne la resistenza alle malattie e, di riflesso, di diminuire l'utilizzo di pesticidi farmacologici. È il caso degli OGM: i quali ancora – pur disciplinati da apposito regolamento UE⁵³ – si trovano al delicato crocevia tra innovazione tecnologica, sostenibilità alimentare, tutela ambientale e salute dei consumatori. Con risultati applicativi contrastanti, regolati caso per caso dalla Corte di giustizia in ossequio a una declinazione più permissiva del principio di precauzione: ne sono testimonianza le note pronunce *Monsanto*⁵⁴ e *Fidenato*⁵⁵, per le quali gli OGM possono essere ritirati dal mercato *non* ove esista la (mera) incertezza scientifica di pericolo per la salute del consumatore, bensì un «rischio *manifesto*» di un «danno *grave e irreparabile*»⁵⁶.

⁵² V. la Comunicazione della Commissione europea, *La PAC verso il 2020: rispondere alle future sfide dell'alimentazione, delle risorse naturali e del territorio*, Bruxelles, 10 novembre 2010, COM(2010) 672 def., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0672&from=IT>; v. anche in <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/113/verso-una-politica-agricola-comune-dopo-il-2020-i-dibattiti-ora-in-corso-per-una-pac-dopo-il-2020>.

⁵³ Reg. UE n. 1829/2003.

⁵⁴ CGUE, Quarta Sezione, 8 settembre 2011, in cause C-58/10-C-68/10, *Monsanto*.

⁵⁵ CGUE, Terza Sezione, 13 settembre 2017, in causa C-111/16, *Fidenato*.

⁵⁶ Il principio di precauzione funziona dunque diversamente nella materia della sicurezza alimentare (ivi espresso all'art. 7, reg. CE n. 178/02) e nel settore degli OGM (ivi all'art. 34, reg. CE n. 1829/03 relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati): nel primo settore si applica laddove vi sia incertezza scientifi-

5. Sostenibilità, bio-diversità, sicurezza alimentare: tracce di convergenza

Nel documento sulla *Politica agricola comune* (PAC) per il 2020 è contenuto un espresso riferimento alla “sostenibilità alimentare”, sul presupposto che essa possa avere molteplici ricadute positive sulla garanzia di approvvigionamenti nel tempo, sulla conservazione degli *habitat* ecosistemici, sulla salute umana, nonché sulla migliore e più ampia varietà biologica degli alimenti.

Un *caveat* preliminare appare necessario: l’attenzione per la biodiversità non deve essere mai interpretata come un orpello di conio ideologico-ambientalista (*si licet*, una “moda” del tempo); la biodiversità è oggi invece assunta come specifico oggetto di disciplina giuridica (nazionale, europea ed internazionale)⁵⁷; sì come la conservazione di una diversificazione degli elementi naturali, in specie in campo alimentare, mantiene una stretta correlazione con la salute umana e reca con sé valori (e non ideologie) che sono sempre traducibili – e così sono stati tradotti – in principi giuridici cogenti.

La consistente letteratura sulla c.d. “*food diversity*”, al proposito, ce ne offre uno spaccato illuminante⁵⁸, mediante i seguenti passaggi argomentativi: la diversità agro-alimentare è strettamente correlata e connessa alla *bio*-diversità, e cioè alla conservazione di una varietà plurale di risorse; tale pluralità può essere salvaguardata mediante politiche vòlte a incentivare un uso sostenibile del suolo e

ca, nel secondo richiede una prova scientifica di pericolo. V. in proposito, tra gli altri, S. Candela, *Principio di precauzione e criterio del “rischio grave e manifesto” nell’applicazione delle misure di emergenza in materia di OGM: la prospettiva della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, 2, 16 ss.; F. Ferri, *Corte di giustizia dell’Unione europea e (non) applicazione del principio di precauzione alle misure provvisorie di emergenza in materia di OGM: note sulla sentenza Fidenato*, in *Federalismi.it*, 2018, 15; A. Lupo, *Sostenibilità*, cit.

⁵⁷ La tutela della biodiversità è positivizzata nel nostro ordinamento dalla l. 1 dicembre 2015, n. 194, *Disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare*, la quale ha introdotto a livello nazionale (facendo seguito a precedenti esperienze legislative regionali) una serie di innovative «disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare», ai fini della «tutela delle risorse genetiche di interesse alimentare ed agrario locali dal rischio di estinzione e di erosione genetica» (art. 1, co. 1). Quella legge costituisce, così, una possibile interazione tra il diritto dell’ambiente e quello dell’alimentazione. L’interesse per la protezione delle varietà genetiche emerge anche in altri ordinamenti: si pensi a quello francese, con la sua *Loi n. 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité de la nature et des paysages*. Ne parla M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell’era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2018, 2; la legge è stata poi seguita da un Piano d’azione per la biodiversità, presentato il 4 luglio 2018 da Nicolas Hulot, Ministro della transizione ecologica e solidale della Francia: il Piano si propone sei Assi strategici (ricostituire la biodiversità nei territori; costruire un’economia senza inquinamento e con un impatto ridotto sulla biodiversità; proteggere e ripristinare la natura in tutte le sue componenti; sviluppare una tabella di marcia europea e internazionale ambiziosa per la biodiversità; conoscere, educare e formare; migliorare l’efficacia delle politiche per la biodiversità) per il conseguimento dell’obiettivo finale, ritenuto oramai – e giustamente – in pericolo: la sopravvivenza stessa della società umana. Il testo del Piano è reperibile in http://interreg-maritime.eu/documents/197474/290047/2018.07.04_PlanBiodiversite.pdf/efb547b5-571f-4799-a3c0-61773949b90d.

⁵⁸ M. Monteduro, *The Multifaced Nature of “Food Diversity” as a Life-Related Legal Value*, in A. Isoni, M. Troisi, M. Pierri (eds.), *Food Diversity Between Rights, Duties and Autonomies. Legal Perspectives for a Scientific, Cultural and Social Debate on the Right to Food and Agroecology*, Springer, 2018, 385 ss.

degli altri elementi naturali (tra di essi, particolare attenzione deve essere riservata alle risorse idriche); alla *bio*-diversità è intimamente correlata una necessaria diversificazione del paesaggio e del territorio, quali elementi identitari e culturali⁵⁹ di una comunità che vi è installata, lì vive ed è governata secondo i tradizionali principi di autonomia e differenziazione, anche al fine di autodeterminare le proprie scelte di modelli alimentari alternativi (si pensi alla cosiddetta “dieta mediterranea”, garantita dalla permanenza locale delle coltivazioni tipiche); ancora, la *bio*-diversità declina il diritto alla protezione della salute, poiché il mantenimento di un *range* di varietà biologiche può limitare, o quanto meno delimitare, il rischio di sviluppo di allergie e intolleranze, le cui ricadute sulla sostenibilità, economica ed organizzativa, del sistema sanitario, appaiono (vieppiù ad oggi) di tutta evidenza; infine, la *bio*-diversità mantiene legami strettissimi con la libertà di autodeterminare il proprio stile di “vita alimentare”, e di creare sistemi educativo-alimentari (personali e, o, sociali) volti a una buona dieta⁶⁰.

D'altra parte, il concetto stesso di *bio*-diversità ha raggiunto una dignità giuridica, che ne tutela il valore di effettività, tramite testi normativi forgiati dapprima dal diritto europeo dedicato alla conservazione di *habitat* naturali ed ecosistemi⁶¹, di poi sfociati in un florilegio di fonti normative interne – ricco di strumenti programmatici e di *soft laws* – che ne riconosce tanto la crescente trasversalità, quanto la necessaria integrazione con le politiche pubbliche ambientali, di governo del territorio, economiche e di utilizzo delle risorse, in ossequio al più generale principio d'integrazione⁶².

⁵⁹ M. Brocca, *Food, Culture and Law: The Terms of an Evolving Relationship*, in A. Isoni et al. (eds.), *Food Diversity*, cit., 457 ss.

⁶⁰ Sono questi i *core values* della diversità alimentare che M. Monteduro, *The Multifaced Nature*, cit., analizza, 400 ss.: rimarcandone, così, il valore giuridico per la stretta interconnessione con principi e libertà tutelati anche dal nostro sistema costituzionale (diritto alla salute, libertà di autodeterminazione, principio di autonomia e differenziazione, tutela del patrimonio culturale, tutela dell'ambiente).

⁶¹ A. Farì, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, spec. 125 ss., delinea bene l'emersione della biodiversità quale ambito meritevole di una espressa tutela giuridica: dalle direttive settoriali dell'UE – Dir. 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, sostituita oggi dalla Dir. 2009/147/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici (c.d. direttiva uccelli) e la Dir. 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio del 1992, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (c.d. direttiva *habitat*) – fino alle strategie europee di *policy* per la conservazione della biodiversità, per approdare infine al diritto interno con l'approvazione della Strategia Nazionale per la Biodiversità.

⁶² M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012, 1/2, 62 ss.: «Integrazione significa, in breve, carattere trasversale del diritto dell'ambiente: ogni intervento normativo, ogni azione amministrativa, in qualsiasi materia, in qualsiasi settore di attività, deve sempre farsi carico del problema della tutela ambientale. L'ambiente si tutela, cioè, in ogni settore di disciplina, giacché qualsiasi attività umana può costituire una minaccia, un pericolo, un danno per l'ambiente».

In questo senso sono orientate anche le *policies* europee da ultimo formalizzate nei pertinenti documenti della Commissione UE⁶³. Obiettivo, questo della tutela della varietà biologica, reso ancora più nitido e stringente nell'attuale situazione di emergenza sanitaria⁶⁴.

Ne consegue, come ribadisce ancora la Commissione UE, che gli agricoltori, e più in generale tutti gli attori della filiera produttiva alimentare, assurgono al ruolo di autentici “custodi della propria terra”, e svolgono un ruolo imprescindibile nel preservare le singole *bio*-diversità.

L'impegno all'elaborazione di politiche agricole di medio-lungo termine, nell'Unione europea, si concretizza all'interno della c.d. strategia “*From farm to Fork*”: la leva è qui costituita dall'incentivo economico all'adozione, da parte del sistema economico-produttivo, di sistemi ecologici remunerati in base ai risultati⁶⁵.

La “strategia” comunitaria può essere così sinteticamente compendiata: la Commissione pianifica la strategia tramite il monitoraggio dei progressi innovativi, e dei miglioramenti in termini di sicurezza alimentare e reddito degli agricoltori; pur sempre la Commissione, assicura così che i piani strategici della “PAC” siano valutati in base a criteri climatici e ambientali, condivisi dalla comunità scientifica, e che gli Stati membri stabiliscano esplicitamente i relativi criteri ed indicatori nazionali, per ciascuno degli obiettivi stabiliti nella strategia stessa; questi piani strategici condurranno – nelle intenzioni della Commissione – allo sviluppo e all'applicazione di pratiche sostenibili tra le quali figurano, in via

⁶³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *EU Biodiversity Strategy for 2030 Bringing nature back into our lives*, Bruxelles, 20 maggio 2020, COM(2020) 380 final, in https://ec.europa.eu/info/files/communication-eu-biodiversity-strategy-2030-bringing-nature-back-our-lives_en.

⁶⁴ Lo ha rilevato di recente anche F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 2019, 3.

⁶⁵ La remunerazione dei risultati dovrà essere assicurata dagli incentivi finanziari dell'apparato pubblico, poiché – come spiega la Commissione – i prodotti del settore agricolo non possono essere adeguatamente remunerati e regolati attraverso il normale funzionamento dei mercati. Sicché un'eventuale abolizione del sostegno finanziario pubblico concentrerebbe ulteriormente la produzione in alcune zone caratterizzate da condizioni particolarmente favorevoli e da pratiche agricole più intensive, esponendo le zone meno competitive al rischio di marginalizzazione: con un aggravio delle pressioni ambientali e il degrado di *habitat* di alto valore naturale, con gravi ripercussioni economiche e sociali, tra cui un deterioramento irreversibile della capacità di produzione agricola europea. Cfr. *La PAC verso il 2020*, cit., 5.

meramente esemplificativa, l'agricoltura di precisione⁶⁶, l'agricoltura biologica e l'agroecologia⁶⁷.

Si tratta di metodi di coltivazione e produzione in grado di fornire alimenti salubri, nel contempo aumentando la fertilità dei suoli, salvaguardando la biodiversità⁶⁸, e riducendo l'impatto antropico sul consumo delle risorse naturali. Senza tacere la circostanza che ciascuno di questi settori produttivi riveste un potenziale economico e occupazionale importante: basti pensare che l'agricoltura biologica fornisce il 10-20% in più di posti di lavoro, per ettaro/ suolo, rispetto alle aziende agricole convenzionali⁶⁹.

È in questa cornice che s'inscrive, ancora, un progetto europeo specificamente orientato a garantire un sistema alimentare più sostenibile nel tempo.

Si tratta del progetto "FOOD 2030"⁷⁰, che prende le mosse dalla consapevolezza che la produzione e il consumo di cibo, in Europa, potranno rivestire un ruolo decisivo per garantire la sicurezza alimentare e nutrizionale, a dispetto dei molteplici e deteriori impatti esercitati, più in particolare, dai cambiamenti climatici, dalla carenza delle risorse, dal degrado del suolo, dal declino della biodiversità, dalla denutrizione e sovralimentazione, dalla crescita della popolazione, e persino dalla instabilità geopolitica. La salvaguardia della sicurezza alimentare e nutrizionale,

⁶⁶ L'agricoltura di precisione è disciplinata dal d.m. 22 dicembre 2017, del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, col quale sono state approvate le Linee guida per lo sviluppo dell'Agricoltura di precisione in Italia: in esse l'AdP è definita come «una gestione aziendale (agricola, ma anche forestale e zootecnica) basata sull'osservazione, la misura e la risposta dell'insieme di variabili quanti-qualitative inter ed intracampo che intervengono nell'ordinamento produttivo. Ciò al fine di definire, dopo analisi dei dati sito-specifici, un sistema di supporto decisionale per l'intera gestione aziendale, con l'obiettivo di ottimizzare i rendimenti nell'ottica di una sostenibilità avanzata di tipo climatico e ambientale, economico, produttivo e sociale».

⁶⁷ Una meta-disciplina che non riguarda solo lo sfruttamento della terra e delle risorse, ma ne incoraggia un utilizzo a favore dell'ecosistema. La sua anima multidisciplinare esclude ancora – ingiustamente – il diritto: «Le scienze giuridiche sono finora rimaste estranee (*rectius*, si sono estraniare) al dialogo transdisciplinare in seno all'agroecologia, nonostante recenti ma largamente minoritari tentativi, tuttora in corso, di attivare percorsi di reciproca comprensione ed integrazione tra diritto e agroecologia: ciò non meraviglia, se si considera la tendenza del diritto alla chiusura "insulare" già al suo interno, ossia nelle relazioni intragiuridiche tra i diversi settori scientifico-disciplinari in cui esso si articola, ed *a fortiori*, verso l'esterno, ossia nelle relazioni con le "aliene" scienze non giuridiche». Così, cfr. M. Monteduro, *Ius et rus: la rilevanza dell'agroecologia del diritto*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2019, 2, 4 ss., spec. 20-21.

⁶⁸ Anche la perdita della diversità genetica è destinata a essere fermata: il cammino deve essere invertito, secondo la Commissione UE, anche facilitando l'uso delle varietà tradizionali di colture e sementi. Ciò porterebbe anche benefici per la salute attraverso diete più varie e nutrienti. La Commissione valuterà, infatti, di rivedere le disposizioni inerenti la commercializzazione delle colture tradizionali al fine di contribuire alla loro conservazione e a un uso sostenibile. La Commissione adotterà inoltre misure per facilitare la registrazione delle varietà di sementi, anche per l'agricoltura biologica, e per garantire un più facile accesso al mercato per le varietà tradizionali e adattate localmente. Il medesimo obiettivo è oggetto di attenzione da parte della FAO. V. per esempio il Report della FAO sulla biodiversità nel 2019, *The State of the World's Biodiversity for Food and Agriculture*, in <http://www.fao.org/3/ca3129en/ca3129en.pdf>.

⁶⁹ Il dato è ricavato da *EU Biodiversity Strategy for 2030*, cit., 8.

⁷⁰ In <https://cordis.europa.eu/article/id/400948-food-2030-innovative-eu-research-ensures-food-system-is-future-ready/it>.

nel medio-lungo periodo, richiederà comunque la trasformazione dei sistemi produttivi, insieme al costante monitoraggio degli odierni sistemi alimentari caratterizzati, al momento, da una rilevante frammentazione e disorganicità.

La ricerca delle *policies* comunitarie converge dunque verso una produzione alimentare più sostenibile, al fine di proteggere l'ambiente, conservare la biodiversità, assicurare la durata nell'approvvigionamento delle derrate alimentari e, per conseguenza, una maggiore equità nella loro distribuzione tra i consumatori. Da qui, come possibili corollari, il mantenimento (o l'elevazione) dei livelli occupazionali e produttivi, il perseguimento della salvaguardia della salute umana e animale, e la conseguente riduzione dei costi sanitari.-

6. Considerazioni finali

Le riflessioni sino a qui svolte rifuggono da ogni pretesa di compiutezza: intendono tuttavia dare atto dell'urgenza giuridico-politica, avvertita all'origine dalle istituzioni europee, volta a sensibilizzare la collettività e gli Stati membri sul tema della sostenibilità ambientale e alimentare.

Ciò che emerge, a sintesi conclusiva, può essere così esposto.

Allo stato attuale, i sistemi produttivi – le filiere – sono tendenzialmente lineari: partono cioè da un “tempo zero”, nel quale le risorse sono ancora nel loro stato originario, per arrivare ad un “tempo ultimo”, nel quale il prodotto finale è il risultato della loro lavorazione.

Questo sistema ignora ciò che accade *prima* del “tempo zero”, così come *dopo* il “tempo ultimo”: fattore di progressione temporale, invece, non di secondaria importanza, poiché esso è indice della durata organizzativa, nel tempo, del singolo sistema produttivo.

Di poi, è fondamentale comprendere che le risorse naturali sono ontologicamente scarse ed esauribili: suolo e acqua, *in primis*; e che, stante tali scarsità ed esauribilità, gli scarti di produzione possono (e devono) ancora avere una vita e una utilità, così come i residui dell'utilizzo di molteplici prodotti (si pensi ai prodotti elettronici) hanno ancora il potenziale per ulteriori usi, anche di stampo solidale.

In estrema sintesi, la linearità deve lasciare il posto alla circolarità.

Tutti gli attori della filiera alimentare – dall'agricoltore, al produttore, al distributore, al consumatore finale – devono dunque guardare oltre il limitato orizzonte temporale della singola linea produttiva e di consumo: questo, tuttavia, implica uno sforzo anzitutto assiologico.

Occorre sfatare il mito dell'assoluta inconciliabilità tra le esigenze dello sviluppo economico e quelle della protezione dell'ecosistema, compatibilità vice-

versa testimoniata dall'incidenza e dalla progressiva espansione del principio ambientale dello sviluppo sostenibile⁷¹.

Quel principio, così incoraggiato, reca in sé la dimensione del “dovere essere” (*sollen*), e non del mero “essere” (*sein*), per cui il rispetto dell'ecosistema reca in sé sia un connotato *doveroso* per la sua stessa sopravvivenza, sia la sua declinazione solidaristica: solo attraverso un parsimonioso utilizzo delle risorse, si garantisce infatti che di esse possano usufruirne anche le generazioni future.

Le *policies* europee spingono verso questa direzione, incentivando innovazioni che – a dispetto di ogni timore ideologico o immotivato – non mirano a uno sviluppo scevro da cautele e attenzioni, bensì ne combattono l'applicazione uniforme e indifferenziata: le politiche europee profilano pertanto interventi che sostengono la differenziazione delle colture, la varietà nell'uso delle risorse, e che tutelano le identità culturali, rispettano l'ambiente, in funzione di una loro naturale tendenza espansiva all'interno della regolazione giuridica di gestione dei mercati e della produzione alimentare.

La difficoltà di attuazione delle politiche di sostenibilità risiede, pressoché integralmente, nella sua dimensione temporale: sussiste infatti un immanente scarto diacronico tra l'orizzonte umano, necessariamente limitato all'orizzonte della nostra vita, e quello ecosistemico, misurato attraverso la scala dei millenni⁷².

Un percorso consapevole, più che ogni risposta definitiva, sta probabilmente nell'abbracciare una prospettiva assiologica e sistemica⁷³, in grado di incentivare (ancor più che imporre) un impegno che prescindendo dalla angusta visione unipersonale e osservi ognuno di noi, e ciascuno degli altri, come componente di un *unicum* pleromatico.

Se di questo non si è ancora pienamente coscienti, provare a incamminarcisi è un dovere.

⁷¹ Così, S. Persia, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile “sostenibile”*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2018, 1, 11.

⁷² M. Monteduro, *Ius et rus*, cit., 31, riscontra il «macroscopico disallineamento tra la scala temporale di durata degli ecosistemi (come è stato osservato, i singoli ecosistemi hanno cicli temporali compresi tra centinaia e migliaia di anni) e quella di vita degli individui umani come organismi (caratterizzata da cicli temporali nell'ordine di decine di anni)» (corsivo originale). Ciò comporta, secondo l'A., che gli individui *uti singuli* non possono tarare le loro azioni sulla dimensione temporale dell'ecosistema; tuttavia essi, organizzandosi come collettività, potranno aspirare a una sincronizzazione temporale graduale incamerando dati e consolidando così una «memoria socio-ecologica».

⁷³ Il ripensamento assiologico dell'uomo e della sua relazione con il contesto che lo circonda è alla base non soltanto del diritto sostanziale settoriale quale, per esempio il diritto dell'ambiente, ma investe anche gli strumenti processuali che garantiscono l'azionabilità delle tutele processuali. V. in proposito quanto sottolineato in merito alla legittimazione assiologica ad agire in giudizio in materia ambientale da P.L. Portaluri, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, 1243 ss.

Il bene alimentare: necessità e sostenibilità

La disciplina pubblicistica alimentare è ancora lontana dall'essere organica e saldamente orientata alla sostenibilità. Oggi, *food safety* e *food security* – intese rispettivamente come sicurezza alimentare dal punto di vista igienico-sanitario e come sicurezza degli approvvigionamenti – ricevono un crisma di diversa nitidezza da parte del legislatore.

Mentre la *safety* è imperniata sul principio di precauzione, progressivamente delineato dal diritto positivo e giurisprudenziale, la *security* resta ancora oggetto prevalentemente di intenti, *soft laws*, atti di matrice unionale attuativi della Politica agricola comune.

Tuttavia, il principio dello sviluppo sostenibile trova gradualmente un utilizzo più ampio anche nelle applicazioni nel settore dell'alimentazione, sì da preservare – oggi – le risorse della filiera alimentare e trasmetterle alle generazioni future: rivelando che la *security* può trovare applicazione nel prisma della sostenibilità della produzione e del consumo.

The food commodity: necessity and sustainability

Food law is still far from being organic and firmly oriented towards sustainability. Today, food safety and food security – intended respectively as hygienic-sanitary safety and as guarantee of supply – receive a chrism of different sharpness from the legislator.

While safety is based on the precautionary principle, progressively outlined by positive and jurisprudential law, security still remains mainly the object of intentions, soft laws, acts from UE implementing the Common Agricultural Policy.

However, the principle of sustainable development gradually finds wider use also in applications in the food sector, so as to preserve – today – the resources of the food supply chain and transmit them to future generations: revealing that security can find application in the prism sustainability of production and consumption.

Il (difficile) equilibrio tra funzione produttiva e finalità conservative dei beni forestali alla luce del TU n. 34/2018

Roberto Saija

SOMMARIO: 1. *Excursus storico*. – 2. Dalla legge di orientamento del 2001 al TUFF. – 3. Il TUFF: le foreste nel terzo millennio. – 4. La nozione giuridica di bosco tra novità e tradizione. – 5. I prodotti forestali spontanei non legnosi. Cenni. – 6. La trasformazione del bosco e le opere compensative. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Excursus storico*

Che il bosco avesse plurime funzioni e che si rendesse necessario adottare una idonea legislazione che ne assicurasse quanto più possibile l'efficacia era chiaro sin dal diritto romano classico che pone una serie di limiti ai tagli indiscriminati¹.

Anche i sistemi romano-barbarici si preoccuparono di tutelare le molteplici funzioni del bosco, assicurando alla comunità una sorta di proprietà collettiva².

Nonostante queste misure, col passare del tempo esse si rivelarono insufficienti a garantire le risorse forestali e sin dal medioevo si rese necessario introdurre norme per regolare l'esercizio del diritto sui boschi³. Una tappa degna di nota fu raggiunta grazie ad un noto editto del Re Sole su proposta del Colbert in Francia alla fine del XVII secolo che fu anche un modello per altri Paesi e che ebbe l'effetto, in quei territori, di ricostituire il depauperato patrimonio boschivo⁴.

¹ V.E. Romagnoli, *L'usufrutto dei boschi*, Milano, 1950, 12.

² Cfr. F. Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, vol. II, *Possessi e domini*, Città di Castello, II, 1915, 138 ss.

³ Cfr. G. Cherubini, *Il bosco in Italia tra XIII e XVI secolo*, in *L'uomo e la foresta, Secc. XIII-XVIII*, Atti della ventisettesima settimana di studi, Prato, 8-13 maggio 1995, a cura di S. Cavaciocchi, Firenze, 1996, 357-374. Per una trattazione del bosco di carattere storico, cfr. M. Agnoletti, *Storia del bosco: il paesaggio forestale italiano*, Bari-Roma, 2020, *passim*.

⁴ Vedi A.M. Sandulli, *Boschi e foreste (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 618. Vedi anche G.P. Bognetti, *Boschi e foreste (storia)*, *ivi*, 615. In precedenza, può essere utile consultare L. Vigna, V. Aliberti, *Selve*

Gli ideali libertari della Francia rivoluzionaria comportarono, tuttavia, un ritorno al passato, con l'abrogazione dell'Editto del Colbert e con la proclamazione della libertà dei boschi nel 1791 che portò, insieme ad alcune imprudenti misure di carattere economico, ad un pericoloso impoverimento del patrimonio forestale. Solo con la legge napoleonica per i domini italici del 1811 furono previsti dei limiti per i boschi pubblici per i quali solo lo Stato aveva il potere di determinare i tagli e ogni altra operazione⁵. Diverso, invece, era il regime dei boschi privati con riguardo ai quali la legge si limitò a intervenire solo per quelli ubicati sulle vette o sui pendii o quelli che costeggiavano fiumi e torrenti⁶.

Va, tuttavia, specificato che in quel periodo storico era ancora prematuro comprimere la proprietà privata, anche se la scarsità delle risorse forestali fece germogliare, col tempo, l'idea che la proprietà dei boschi richiedesse un trattamento giuridico differenziato. Su questa scia si pose la Legge Majorana-Calatabiano del 1877 che segnò l'inizio del diritto forestale moderno e, lasciando alla discrezionalità dei privati i boschi che rimanevano al di sotto della linea vegetazionale del castagno, vincolò, seppure con la possibilità di consistenti deroghe, le aree che ne rimanevano al di sopra⁷. La storia ci insegna quanto poco efficiente si rivelò questo provvedimento dell'Italia sabauda e quanto dovette lavorare il giovane parlamento italiano per rimediare alle troppe maglie lasciate aperte dalla legge n. 3917/1877⁸, perlomeno fino agli albori dell'Italia fascista che con la Legge Serpieri del 1923⁹ adottò un sistema forestale dal quale emergeva con chiarezza

(boschi e), in *Dizionario di diritto amministrativo*, Torino, 1852, vol. V, 885 ss.

⁵ Per una ricostruzione storica dei beni forestali specie in ordine al rapporto tra interessi del privato proprietario e interesse della collettività, cfr. A. Crosetti, *Note sulla politica legislativa forestale italiana tra '800 e '900: luci e ombre*, in *Riv. storia del diritto italiano*, 2012, pp. 159-204, ed ivi ampia bibliografia. Mi sia consentito, inoltre, rinviare a R. Saija, *La proprietà ed i diritti reali di godimento del bosco tra funzioni protettive e funzioni produttive. Riflessioni sul tema dei "beni comuni"*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, 525-575.

⁶ Cfr. G.P. Bognetti, *op. cit.*, 615 s. V. anche, riguardo alla normativa vigente nel Regno di Sardegna la ricostruzione di G.S. Pene Vidari, *Il bosco dall'ambito territoriale locale alla disciplina sabauda*, in *Pouvoirs et territoires dans les Etats de Savoie, Actes de colloque internationale* (Nizza, 2002), a cura di M. Ortolani, O. Venier, M. Bottin, Nizza, 2010, p. 333 ss.; nonché Id., *Aspetti del regolamento forestale albertino*, in *L'apicoltura nel Piemonte dell'800*, in *Atti del Seminario in memoria di A. Bogge* (Torino, 2 dicembre 1989), a cura di P. Caroli, P. Corti, C. Pischetta, Torino, 1991, 1 ss.

⁷ Si tratta della prima legge forestale generale emanata il 20 giugno 1877 n. 3917.

⁸ Più diffusamente, su questa legge e sull'impatto che ha avuto, cfr. l'analisi condotta da A. Crosetti, *Note sulla politica legislativa forestale italiana tra '800 e '900: luci e ombre*, cit., 168-175 (§ 3). Cfr. G. Osti, *Appunti per uno studio sistematico della legislazione forestale*, Bologna, in *L'Alpe*, 3-5, 1913, *passim*.

⁹ R.D.L. 30 dicembre 1923 n. 3267, Riordinamento e riforma della legislazione in materia di boschi e terreni montani, meglio nota come "Legge Serpieri dal nome di colui che se ne fece promotore (Arrigo Serpieri, nato a Bologna nel 1877 che fu sia dal punto di vista politico sia da quello accademico, uno dei maggiori esponenti della politica agroforestale italiana della prima metà del XX secolo. Su di lui v. J. Griziotti Kretschmann, *Arrigo Serpieri*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1970, 85 ss.) cui seguì il relativo regolamento di esecuzione emanato con R.D. 16 maggio 1926, n. 1126. Tra gli scritti di Serpieri coevi alla Legge del '23, cfr. A. Serpieri, *Lo Stato, gli enti pubblici e i privati nell'attività forestale*, in *Atti del quarto Convegno forestale*, Udine, 1923, *passim*. Sull'impatto di questa legge cfr. A. Crosetti, *op. ult. cit.*, 179-185.

la funzione sociale dei boschi e che sopravvisse a lungo ai travolgenti mutamenti istituzionali postbellici¹⁰. Il primo importante passo nella costruzione del sistema forestale italiano è stato nell'ultimo scorcio del ventesimo secolo, con la nota Legge Galasso del 1985. Più precisamente, mentre la Legge Serpieri considerava il bosco come bene strumentale alla difesa del suolo, con il provvedimento adottato nel 1985 il bosco cessò di essere considerato come bene singolo per scomporsi in una pluralità di beni e ciò in quanto si prese definitivamente consapevolezza delle sue molteplici funzioni.

2. *Dalla legge di orientamento del 2001 al TUFF*

Il legislatore italiano tornò ad occuparsi delle foreste con la legge di orientamento forestale, e cioè con il d.lgs. 227/2001, il cui art. 2 fornì – per la prima volta in Italia – una nozione giuridica generale di bosco. A questo provvedimento seguirono tre lustri (o poco più) di significativi cambiamenti su ogni fronte¹¹, in quanto è noto che a partire da quella data, a livello europeo, il quadro giuridico è notevolmente mutato, a causa di una serie di provvedimenti adottati dall'Unione in materia non solo economica ma anche di ambiente, clima, biodiversità e paesaggio, con inevitabili ricadute sul settore forestale, non direttamente coinvolto, come sappiamo, dalle competenze unionali¹². Ne è scaturita, per un verso,

¹⁰ Durante il periodo fascista, la politica autarchica inverte la tendenza rispetto al passato. Più tardi, con la II guerra mondiale il patrimonio boschivo italiano subì un forte depauperamento ed il bosco fu impiegato per far fronte alla carenza energetica anche per la impossibilità di importare legna dall'estero e l'Italia del dopoguerra fu impegnata nel ricostituire le risorse forestali. In questo periodo, a parte la legge Fanfani a favore dei territori montani del 1952 (L. 25 luglio 1952, n. 991) bisogna aspettare gli anni settanta per avere dei provvedimenti che incentivassero il rimboschimento e lo sviluppo delle zone montane. In dottrina, cfr. *ex multis* A.M. Sandulli, *Boschi e foreste (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, cit., 617 ss.; A. Abrami, *Foreste e boschi*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 851 ss.; A. Crosetti, *Boschi e foreste*, Enc. giur. Roma, 1988, vol. V.

¹¹ Cfr. R. Romano, *La genesi del Decreto Legislativo 3 aprile 2018, n. 34, "Testo Unico Foreste e Filie Forestali"*, in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, a cura di N. Ferrucci, Milano, 2019, 10.

¹² Si pensi al Reg. (UE) n. 995/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, pubblicato sulla GUUE del 12/11/2010, che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati, cd. Regolamento EUTR che prevede la tracciabilità del materiale legnoso commercializzato nel territorio europeo. Ancora si veda la Risoluzione del Parlamento Europeo del 28 aprile 2015, *Una nuova strategia forestale dell'Unione Europea: per le foreste e il settore forestale* – sulla GUUE del 21/09/2016 che ha esortato gli Stati alla valorizzazione del "capitale naturale". Va segnalata la Risoluzione del 2019 (COM(2019)0352) allo scopo di intensificare l'azione dell'UE per proteggere e ripristinare le foreste del pianeta votata e approvata il 9 ottobre 2020. In questo documento è evidenziata l'importanza delle misure di contenimento degli incendi, la lotta contro i parassiti e il ruolo della PAC nel sostenere la silvicoltura e l'agrosilvicoltura ed i numerosi benefici che apporta, tra cui la produzione di biomassa e assorbimento di CO₂, nonché il coinvolgimento degli stakeholder nella strategia generale. Il testo finale costituisce, pertanto, un punto di equilibrio che riconosce l'importanza del settore come fonte di materie prime, ma una preziosa occasione per incrementare l'occupazione e notevoli vantaggi sotto il profilo ambientale e di protezione della biodiversità.

la necessità di un ruolo attivo della gestione forestale sostenibile, per altro, sono profondamente mutate le esigenze socio-economiche del territorio ed il settore forestale ha richiesto negli ultimi anni nuovi servizi ambientali. Non va trascurata la circostanza che il d.lgs. n. 177/2016 ha soppresso il CFS che è stato accorpato all'Arma dei Carabinieri¹³.

Si è trattato, in altri termini, di una vera e propria rivoluzione copernicana in materia forestale che ha condotto al TUFF, ovvero il d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34¹⁴, attuativo della legge delega n. 154/2016¹⁵. Il TUFF costituisce oggi la legge-quadro nel settore forestale, in quanto sostituisce il d.lgs. 227/2001, di cui tuttavia ripercorre il solco, adeguando le norme in esso contenute al mutato quadro normativo sovranazionale¹⁶. In particolare, per ciò che riguarda il tema che ci occupa, il TUFF intende la tutela del bene forestale come il complesso di regole che garantiscono, nel miglior modo possibile, sia gli interessi della collettività sia quelli dei privati, cercando il più possibile di bilanciarli.

Per una disamina delle molteplici funzioni che svolge il bosco, l'interesse pubblico, da intendersi come valore costituzionale primario, è ovviamente sovraordinato rispetto al valore del bosco come bene produttivo di ricchezza e su questa scia si innesta la nota sentenza della Consulta n. 105/2008¹⁷.

Cfr. <https://paolodecastro.it/altre-attivita-parlamentari/1258-risoluzione-del-parlamento-europeo-sulla-strategia-forestale-europea-il-cammino-da-seguire-testo-votato-in-plenaria.html>. Cfr. Il cammino da seguire. Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2020 sulla strategia forestale europea – Il cammino da seguire (2019/2157(INI)).

¹³ Si tratta di un provvedimento che ha sollevato qualche dubbio di legittimità costituzionale, superato dalla nota pronuncia della Corte Cost. 10 luglio 2019 n. 170 che ha ritenuto infondata la questione in riferimento agli art. 2, 3, 4, 5, 9, 32, 76, 77, comma 1, 81, 97, 117, comma 4, 118 e 120 Cost. in *Foro it.* 2019, 12, I, 3824.

¹⁴ Pubblicato sulla GURI – Serie generale 20 aprile 2018, n. 92.

¹⁵ Il Parlamento italiano ha conferito la delega al Governo con la l. 154/2016 richiamata nel testo che prevedeva il "Riordino e la semplificazione normativa in materia di agricoltura, selvicoltura e filiere forestali". Più precisamente, l'art. 5 lett. h) prevedeva la "revisione e armonizzazione della normativa nazionale in materia di foreste e filiere forestali, in coerenza con la Strategia definita dal Programma quadro per il settore forestale (PQSF 2008), la normativa europea e gli impegni assunti in sede europea e internazionale, tramite l'aggiornamento o l'eventuale abrogazione del d.lgs. 227/2001". La l. 154/16 è stata pubblicata sulla GURI – Serie generale 10 agosto 2016, n. 186.

¹⁶ Per una ricostruzione dell'*iter* che ha condotto alla redazione ed alla conseguente approvazione del TUFF si veda R. Romano, *op. ult. cit.*, 19 ss. Tra i primi commenti al TUFF cfr. A. Crosetti, voce *Beni forestali*, in *Digesto Disc. pubbl.*, Aggiornamento, 2018; Id., *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo TUF*, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, fasc. 2, 113 ss.; N. Ferrucci, *Il nuovo Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali: una prima lettura*, in *Diritto agroalimentare*, 2018, fasc. 2, 275 ss.; R. Romano, *Il Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, in *Agriregionieuropa*, 2018, n. 54; Aa.Vv., *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, a cura di N. Ferrucci, cit., *passim*.

¹⁷ Si tratta della sentenza della Corte Cost., 18/04/2008, (ud. 14/04/2008, dep. 18/04/2008), n.105, su cui cfr., di recente, S. Carmignani, *La nuova gestione del bosco tra funzionalizzazione, sostenibilità e interesse pubblico*, in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, cit., 30 ss. Sulla sentenza 105/2008, cfr. *ex multis*, F. Benelli, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte Costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, nota alle sentenze 104 e 105 del 2008 della Corte Costituzionale, in

Anche il quadro degli interessi pubblici appare variegato, se si pensa che il bosco svolge un ruolo cruciale sia dal punto di vista idrogeologico, sia nella tutela paesaggistica, ma anche dal punto di vista ambientale e sociale. Lo stesso dica-si per gli interessi privati che non si limitano più alla produzione del legno, che rimane sullo sfondo di una cornice che mette decisamente in risalto la funzione sociale del bosco in un'ottica spiccatamente pubblicistica che si preoccupa più degli interessi della collettività che di quelli del singolo.

Ne deriva che la situazione giuridica del proprietario del bosco non è più, o forse, da quanto detto, non è mai stata piena, ma rimane affievolita dall'esigenza, per un verso, di tutelare la fruizione dei cd. "beni comuni" e, più in generale, per altro, di salvaguardare gli interessi generali della collettività in una dimensione sostenibile¹⁸. Ne deriva il ruolo strategico svolto dal bosco, ormai consolidato nella cultura non solo italiana ma anche europea. In questa logica, diventa importante capire quali sono le novità apportate dal TUFF nella tutela dei boschi che diventa oggi una tutela attiva in quanto le foreste, alla luce di questo provvedimento, sono funzionali alla conservazione degli ecosistemi, oltre che della diversità biologica, alla prevenzione del degrado derivante sia dall'opera dell'uomo sia dalla natura, alla salvaguardia delle risorse idriche e ambientali, ivi compreso il legno che rimane comunque indispensabile per lo sviluppo dell'economia.

Dopo aver tracciato un quadro generale, appare opportuno orientare l'indagine verso le due principali direttrici lungo le quali si muove il bosco, ovviamente alla luce del TUFF. Va precisato che per quanto all'interno del provvedimento *de quo* vi siano norme che innegabilmente coinvolgono il tema dell'impresa, tra cui per esempio, quelle in materia di prodotti forestali spontanei non legnosi (su cui mi soffermerò più avanti), le norme del TU mantengono, come detto, una vocazione pubblicistica, ragion per cui, anche le norme che attengono a profili, per così dire, imprenditoriali, e quindi *lato sensu* produttivi, vanno ricondotte nell'alveo della funzione protettiva che coinvolge anche la valorizzazione del patrimonio forestale.

Le regioni, 2008; P. Maddalena, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela ambientale (relazione al Convegno "Energie rinnovabili e compatibilità ambientale", Gubbio, 10-11 ottobre 2008)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, fasc. 4-5, 113; cfr., più di recente, Id., *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di "materia", sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, fasc. 5, 685.

¹⁸ Dal punto di vista tecnico rimane chiaro che i "beni forestali" non possono essere ricondotti alla categoria dei cd. beni comuni, che non sono stati oggetto finora di alcuna regolamentazione giuridica, e ciò nonostante essi presentino aspetti di "rivalità" quali beni ambientali. Cfr. in argomento A. Crosetti, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo TUF*, cit., 120 ove l'A. considera "difficile" la riconduzione della categoria dei beni forestali a quella dei beni comuni. In questo senso si veda il dibattito sulla categoria dei "beni comuni" che ha visto coinvolti autorevoli studiosi che hanno sottolineato come questa categoria tenda oggi a rappresentare "un altro modo di possedere" rispetto a quella tradizionale dei "beni pubblici" che spiccano per una "visione prettamente patrimoniale e proprietaria" (cfr. anche P. Grossi, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, rist. int. 2017, *passim*).

In ogni caso, anche quando si guarda alle funzioni prettamente produttive, esse non possono pressoché mai essere nettamente scisse da quelle protettive, ed è per questo motivo che la linea di demarcazione tra le une e le altre è quanto mai poco definita. Ne deriva la necessità di contemperare o forse meglio di bilanciare i molteplici interessi che diversamente si agiterebbero come le correnti marine in una notte di tempesta.

Posto che obiettivo di questa indagine è quello di individuare le novità che il TUFF ha apportato nel complesso assetto di interessi, sembra opportuno passare in rassegna le singole disposizioni di questo complesso provvedimento, per verificare se e in che modo esse hanno inciso sul sistema forestale italiano rispetto alla disciplina previgente e per stabilire in che misura ogni disposizione ha influito sul precario equilibrio tra funzioni produttive e funzioni protettive.

3. *Il TUFF: le foreste nel terzo millennio*

Prima di procedere oltre, sembra opportuno premettere che, a differenza di altri Testi Unici che si limitano, in genere, al riordino della disciplina previgente, quello forestale del 2018 ha apportato consistenti innovazioni rispetto al passato¹⁹. In questa direzione, basti citare l'art. 1 che costituisce il *trait d'union* con la vecchia disciplina e rappresenta al contempo una proiezione verso il futuro, nella parte in cui considera il patrimonio forestale come parte del capitale naturale nazionale. Questa disposizione si distingue in quanto non utilizza il termine "bosco" ma parla di "patrimonio forestale", rimarcando il fatto che non si tratta di un bene singolo ma di un complesso di beni²⁰. Non va trascurato, inoltre, che il tenore letterale della norma in esame propende per mettere in risalto l'interesse pubblico che prevale su quello privato senza tuttavia soppiantarlo. La ragione di ciò sta in un altro dei motivi dominanti della nuova disciplina che si muove verso una tutela del bosco, o meglio del patrimonio forestale, che guarda lontano, più precisamente verso la salvaguardia di questa risorsa anche a vantaggio

¹⁹ Segnatamente, rispetto al d.lgs. 18 maggio 2001, n. 227, il cd. decreto di orientamento nel settore forestale "Orientamento e modernizzazione del settore forestale, a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57, pubblicato in G.U., Serie Generale n. 137 del 15 giugno 2001 – Suppl. ordinario n. 149, in vigore dal 30 giugno 2001 fino all'entrata in vigore del TUFF. Va in proposito precisato che il "decreto foreste" del 2001 fa parte di un pacchetto di 3 decreti, e precisamente quello di orientamento nel settore agricoltura (d.lgs. 228/2001) e nel settore della pesca (il d.lgs. 226/2001), tutti attuativi della medesima legge delega. In dottrina cfr. A. Abrami, *Commento al decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, fasc. 4, 571 ss.; nonché sui tre decreti cfr. A. Germanò, *I tre "decreti orientamento" della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo (d.lg. 18 maggio 2001, n. 226, d.lg. 18 maggio 2001, n. 227 e d.lg. 18 maggio 2001, n. 228)*. Aa.Vv., *Commento al d.lg. 18 maggio 2001 n. 227, di Orientamento e modernizzazione del settore forestale a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Le nuove Leggi civ. comm.*, 2001, 3-4, 714-723.

²⁰ Cfr. S. Carmignani, *op. cit.*, 28 ss.

delle generazioni future. Ne deriva che l'art. 1 del TUFF contiene due dei pilastri su cui si regge l'intero impianto della nuova disciplina, e cioè l'interesse pubblico che sta alla base del patrimonio forestale e la necessità di una gestione sostenibile delle foreste.

Strettamente correlata all'art. 1 è la disposizione che segue, l'art. 2 che, nell'indicare le finalità della legge, fa intendere come la molteplicità di interessi è correlata ai plurimi rischi da cui le foreste stesse vanno salvaguardate. Tali rischi possono derivare non solo dalla natura ma anche dall'opera dell'uomo. Per proteggere il patrimonio forestale da questo attacco su più fronti, il legislatore delegato promuove la presenza umana nelle foreste ma secondo modalità di utilizzo programmate e spesso predefinite. In questa logica si inquadra la promozione sui boschi e sui beni forestali in genere delle attività economiche, lo sviluppo delle attività agro-silvo-pastorali ed il recupero dei terreni abbandonati e la ricomposizione fondiaria. In sintesi, l'obiettivo che il legislatore vuole perseguire è quello di gestire il patrimonio forestale in modo quanto più possibile razionale e confacente al raggiungimento delle finalità collettive contemperandole con quelle individuali che rimangono tuttavia sullo sfondo. In buona sostanza, da un esame dell'art. 2, letto in combinato disposto con l'art. 1, norma quest'ultima chiaramente ispirata ai principi costituzionali contenuti nell'art. 9 della Carta, che affida alla Repubblica la salvaguardia del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, rimarcando l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio forestale come parte integrante del capitale naturale italiano, emerge con chiarezza che il TU non si accontenta più, come accadeva in passato, di salvaguardare il mantenimento del patrimonio boschivo esistente, scongiurando i tagli indiscriminati, ma si preoccupa di assicurare lo sviluppo dei boschi, e ciò appare evidente se si riflette sulla lettera b) del comma 1 dell'art. 2 laddove individua tra le finalità della legge quella di promuovere una «*gestione attiva e razionale del patrimonio forestale nazionale al fine di garantire le funzioni ambientali, economiche e socio-culturali*». Si assiste così, col TU del 2018, al passaggio dalla mera *conservazione* alla *gestione attiva* che appare, oggi, assolutamente indispensabile per assicurare il bosco a chi verrà dopo di noi. Anche l'art. 2 si muove, quindi, nella stessa direzione dell'art. 1 e cioè verso lo sviluppo, purché esso sia sostenibile²¹.

Da questo sommario esame delle due norme emergono tuttavia dei dubbi. Posto il rilievo prevalentemente pubblicitico dei boschi, ci domandiamo se rimane e, in caso di risposta affermativa, quale sia il ruolo dell'imprenditore selvicol-

²¹ Cfr. N. Lucifero, *Le attività di gestione forestale, i relativi divieti e la disciplina della viabilità forestale, forme di promozione dell'associazionismo fondiario e della gestione associata*, in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, cit., 136 ss. ove l'A. si sofferma sulla nozione di "gestione attiva" e sul modo in cui essa incide sulla disciplina forestale vigente alla luce del TUFF.

turale²². Questo interrogativo non è casuale ma deriva dalla lettura dell'art. 2 lett. c), nella parte in cui tra le finalità della legge individua la promozione dell'economia forestale, dell'economia montana e delle filiere produttive. In buona sostanza, la formula contenuta nell'art. 2 lett. c) sembra lasciare ancora spazio all'imprenditore selvicolturale al quale è affidata un'importante funzione di raccordo tra la produzione ed il perseguimento dell'interesse pubblico, anche se l'ago della bilancia, come vedremo meglio nelle considerazioni conclusive, propende decisamente verso quest'ultima direzione. Vediamo tuttavia di essere più precisi. Se esiste un imprenditore, significa che questi deve poter usare il patrimonio forestale a fini produttivi. D'altra parte, come è stato sottolineato dalla dottrina che si è occupata *funditus* di questo tema, lo scopo della selvicoltura è quello di produrre ricchezza e questa ricchezza è certamente il legno, ma è pur vero che anche la cura del bosco ha inevitabili sbocchi sul mercato, ragion per cui anche questa attività è riconducibile all'imprenditore. Si tratta, quindi, di capire quali siano le modalità di utilizzo del bosco ammesse dalla legge, quelle imposte e quelle semplicemente promosse attraverso misure di sostegno. Con questo genere di prescrizioni, contenute nel corpo della legge, e più in generale nel sistema forestale, il legislatore delegato ha voluto sottolineare che l'imprenditore selvicolturale ha un compito connaturato al tipo di bene sul quale si svolge la sua attività, la terra, e, addirittura, una tipologia ancora più specifica, il bosco. Per questo motivo egli non può limitarsi a seguire la logica del profitto ma deve contribuire al benessere della collettività, assicurandole una serie di servizi, tra cui spicca quello di garantire alle generazioni future un adeguato livello di qualità della vita. Il concetto di collettività appare, in questa logica, ben diverso rispetto a quello cui siamo stati abituati da quando sia il legislatore interno sia quello sovranazionale hanno optato per la multifunzionalità dell'impresa agricola della quale l'impresa selvicolturale fa inevitabilmente parte. Qui i servizi che devono essere resi alla collettività sono ben più impegnativi per l'imprenditore, in quanto il servizio in questione è la conservazione dell'ambiente e a fruirne non è solo la comunità locale ma una collettività che abbraccia anche chi ancora non esiste, e cioè le generazioni future²³. Appare chiaro, sin da ora, che il TUFF, pur essendo una normativa di settore, ha un respiro molto ampio, in quanto si inquadra in una corrente di pensiero ormai consolidata che si muove verso la tutela della persona intesa a largo raggio,

²² Sul punto cfr. A. Germanò, E. Rook Basile, *Le imprese forestali*, in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, cit., 228 ss.

²³ Si pensi, in questa logica, ai cd. "interventi eco-ambientali" di cui all'art. 7 del TUFF. A tal proposito cfr. A. Germanò, E. Rook Basile, *op. ult. cit.*, 232 ss. in cui viene messo in evidenza che tali interventi «svolti sul bosco e nel bosco, sono considerati, assieme alle pratiche selvicolturali, oggetto dell'attività della "impresa forestale". [...] Tali "interventi" possono ricondursi alla nozione di "servizi" che il soggetto compie in funzione della tutela e conservazione del bosco».

e ciò in quanto il concetto di collettività abbraccia anche soggetti che si trovano al di fuori di qualsiasi confine sconvolgendo principi già consolidati, tra cui quello che prevede che la legge italiana non può produrre effetti al di fuori dei confini nazionali. Qui la legge non ha confini, si preoccupa di conservare un ambiente salubre e di alto livello qualitativo non solo per i cittadini italiani ma per chiunque e a qualunque etnia o nazionalità appartenga. A testimonianza di ciò sta il comma 3 dell'art. 2, nella parte in cui prevede che per raggiungere le diverse finalità previste dalla norma, lo Stato e le Regioni promuovono accordi, intese istituzionali e progetti di valenza interregionale e internazionale.

4. *La nozione giuridica di bosco tra novità e tradizione*

Profili di novità rispetto alla disciplina previgente si possono cogliere anche negli artt. 3, 4 e 5 che vanno trattati unitariamente nonostante sembrino voler scomporre in tre distinte disposizioni la nozione giuridica di bosco, precedentemente contenuta in un'unica norma, l'art. 2 del d.lgs. 227/2001²⁴. Va subito precisato che a differenza della vecchia disciplina, quella contenuta negli artt. 3-5 del TUFF contiene una definizione di bosco valida per tutto il territorio nazionale e che si limita ad attribuire alle Regioni un potere esclusivamente integrativo, senza poter in alcun modo decrescere il livello di tutela garantito dalla norma statale che costituisce lo standard minimo a presidio della qualità della vita. Senza volere qui soffermarsi sulle differenze di disciplina, sembra quanto meno opportuno mettere in luce quei profili di novità che incidono sulla molteplicità delle funzioni del bosco. A questo proposito va messo l'accento sulle cd. "definizioni aggettivate di bosco"²⁵, assenti nella vecchia disciplina, e tra esse quella di "bosco di protezione diretta" (art. 3, comma 2, lett. r), cioè quella superficie boscata che, a causa della propria speciale ubicazione, assolve a una funzione di protezione diretta di persone, beni e infrastrutture da pericoli naturali quali valanghe, caduta massi, scivolamenti superficiali, lave torrentizie ed altro, impedendo l'evento o mitigandone l'effetto. In questa disposizione che sottopone ad uno speciale regime aree boscate destinate specificamente alla tutela di beni e, soprattutto di persone, emerge

²⁴ Prima del d.lgs. 227/2001 mancava nel nostro ordinamento una nozione giuridica di bosco e ciò aveva influito negativamente sul nostro ordinamento giuridico. Sul punto cfr. A. Crosetti, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo t.u.f.*, cit., 128. Sul punto cfr. altresì F. Di Dio, *Chiosando sulla nozione di boschi e foreste: il percorso evolutivo della definizione scientifica e normativa*, in *Dir. giur. agr.*, 2005, 534 ss.; G. Bobbio, *La nozione di bosco e foresta nell'ordinamento italiano e spunti di diritto comparato*, in *Riv. giur. urb.*, 2011, fasc. 3, 263 ss.

²⁵ Su cui cfr. N. Ferrucci, *La nozione giuridica di bosco alla luce del Testo Unico Foreste e Filie Forestali, sulle orme dei precedenti, nel segno dell'innovazione*, in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filie forestali*, cit., 43 ss., ma v. spec. 58.

con chiarezza certamente la funzione protettiva. Va, tuttavia, sottolineato che la funzione produttiva non viene relegata ad un ruolo marginale dalla nuova legge e ciò si coglie con chiarezza se si guarda ad un'altra delle diverse definizioni aggettivate di bosco, cioè quella di «bosco da pascolo»²⁶ che comprende le superfici a bosco destinate tradizionalmente *anche* a pascolo, con superficie erbacea non predominante; e ancor di più la definizione di «prato o pascolo arborato», contrapposta a quella di «prato o pascolo permanente». Mentre il «prato o pascolo arborato» comprende superfici in attualità di coltura con copertura arborea o forestale inferiore al 20%, impiegate principalmente per il pascolo del bestiame, la definizione di «prato o pascolo permanente»²⁷ mette in risalto la funzione produttiva del bosco e lo stesso dicasi per la definizione di “impresa forestale” di cui alla lettera q) della stessa disposizione. Va sottolineato che né la definizione di «prato o pascolo arborato», né tantomeno quella di «prato o pascolo permanente» sono contenute o richiamate dall'art. 5 che elenca le aree escluse dalla definizione di bosco, ragion per cui può ritenersi che si tratti di forme speciali di bosco cui non è estranea la funzione produttiva.

5. *I prodotti forestali spontanei non legnosi. Cenni*

Nell'economia di un discorso sulle molteplici funzioni del bosco e alla ricerca di un (difficile) equilibrio tra funzioni produttive e protettive, l'art. 3 alla lett. d) contiene la definizione di «prodotti forestali spontanei non legnosi»²⁸, la cui disciplina abbraccia anche le cd. «pratiche selvicolturali», di cui alla lettera c) dello stesso articolo, nonché l'art. 11 che delega alle Regioni alcune competenze che riguardano questi prodotti.

La normativa contenuta nel TUFF in materia di prodotti forestali non legnosi ha una vocazione essenzialmente pubblicistica, in quanto sembra attribuire a tali prodotti una funzione essenzialmente protettiva ma anche di valorizzazione del patrimonio forestale. Pur essendo questo un dato di fatto, non si può, tuttavia, dimenticare che i prodotti forestali non legnosi, un tempo conosciuti

²⁶ Cfr. art. 3, comma 2, lett. M, TUFF.

²⁷ Tale definizione riguarda «le superfici non comprese nell'avvicendamento delle colture dell'azienda da almeno 5 anni, in attualità di coltura per la coltivazione di erba e altre piante erbacee da foraggio, spontanee o coltivate, destinate ad essere sfalciate, affienate o insilate una o più volte nell'anno, o sulle quali è svolta attività agricola di mantenimento, o usate per il pascolo del bestiame, che possono comprendere altre specie, segnatamente arbustive o arboree, utilizzabili per il pascolo o che producano mangime animale, purché l'erba e le altre piante erbacee da foraggio restino predominanti».

²⁸ Cfr. M. Mauro, *La raccolta dei prodotti forestali spontanei non legnosi*, in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, cit., 267 ss.

semplicemente anche come «prodotti spontanei» o «frutti spontanei»²⁹, rappresentano, insieme al legname, una porzione non indifferente del valore economico del bosco e per questo motivo sono stati oggetto di interesse da parte del legislatore italiano³⁰. Non va trascurato che oltre alla disciplina statale, tali prodotti sono oggetto di competenza concorrente Stato/Regioni ed è per questo che lo Stato si limita a dettare una normativa di principio, in quanto costituiscono una risorsa ambientale regionale ed è anche questa la ragione che ha spinto il legislatore a includere la loro produzione, il cui ruolo è cruciale al fine della conservazione dell'ecosistema, nell'ambito delle cd. "pratiche selvicolturali". In questa logica si rende necessario individuare un punto di equilibrio tra le finalità pubblicistiche e quelle privatistiche, o meglio tra quelle protettive e quelle produttive dal momento che i prodotti spontanei rientrano tra quelli che possono essere utilizzati in una logica di tipo imprenditoriale; il che implica la necessità di un coordinamento con le norme in materia di impresa e di proprietà. La questione che si pone all'attenzione del giurista è, per quanto riguarda l'impresa, quella della raccolta e soprattutto come vada qualificato il soggetto raccoglitore; dal punto di vista della proprietà, invece, il problema è quello di stabilire chi sia legittimato ad entrare nel fondo altrui per la raccolta e con quali modalità, se il proprietario abbia il potere di chiudere il fondo ed infine come si acquista la proprietà dei prodotti spontanei. Come è stato detto in dottrina, il TUFF non ha risolto tali questioni e quindi i confini della competenza regionale rimangono labili e non definiti dalla legislazione statale. Senza volere qui entrare nel merito delle singole questioni, già affrontate dalla dottrina, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra le diverse funzioni del bosco, può dirsi che il tema della raccolta dei prodotti spontanei non presenta solo gli evidenziati profili privatistici ma rimane cruciale in una disamina che pone al centro del problema lo sviluppo e l'affermazione della persona umana, garantendone al contempo la libertà. Accanto a questa principale funzione, non si può non vedere nella facoltà di raccolta dei prodotti forestali spontanei non legnosi un modo per tutelare l'ambiente, dal momento che la raccolta è direttamente funzionale alla conservazione dell'ecosistema, e quindi -di conseguenza- anche la protezione della salute umana. Il corollario che ne deriva è che la posizione del proprietario, pur rimanendo centrale, non è tutelata in via esclusiva o principale proprio in vista della necessità di garantire le molteplici funzioni del bosco e quindi una soluzione potrebbe rinvenirsi nel potere del proprietario di limitare la raccolta solo in presenza di esigenze giustificate dalla necessità di tutelare valori superiori come la salute umana e l'ecosistema. Diversamente,

²⁹ Cfr. E. Casadei, *Frutti spontanei*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 564.

³⁰ Cfr. N. Ferrucci, *Il nuovo testo unico in materia di foreste e filiere forestali*, in *Dir. Agroalimentare*, 2018, 294, ove l'A. mette in evidenza il carattere innovativo del TU in materia rispetto al d.lgs. 227/2001.

cioè in mancanza di una giustificazione congrua, il proprietario deve tollerare la raccolta dei prodotti forestali spontanei non legnosi. Inoltre, a supporto dell'argomentazione che accantona la logica strettamente proprietaria, può richiamarsi l'art. 11 del TUFF che si muove chiaramente verso una dimensione collettiva. Si tratta di una lettura che appare del tutto in linea con la prospettiva costituzionale, basata sul principio per cui il suolo va sfruttato in modo razionale e, soprattutto quando si parla di proprietà collettive e di usi civici, tutti i titolari devono poter far valere la propria posizione in modo eguale³¹. La ragione di ciò sta nel fatto che il bosco costituisce una risorsa a vantaggio non del singolo ma dell'intera collettività³². Ne deriva che in presenza di un conflitto tra il singolo, proprietario o imprenditore, per un verso e la collettività, per altro, è sempre l'interesse di quest'ultima a prevalere. Inoltre, che la posizione dell'imprenditore selvicolturale non sia adeguatamente tutelata è dimostrato dal fatto che il TUFF prevede due tipologie di raccoglitori, quello per autoconsumo e quello commerciale, nessuno dei quali può essere considerato un imprenditore agricolo per ovvie ragioni. Questa scelta del legislatore del 2018 non è senza conseguenze, in quanto è indice del fatto che il legislatore non ha voluto, probabilmente, dare sufficiente spazio alle attività agricole sui boschi, anche se l'interrogativo rimane aperto.

6. *La trasformazione del bosco e le opere compensative*

Altra norma del TUFF è l'art. 8 che si occupa della trasformazione del bosco e delle opere compensative. Se, per un verso, essa sembra impostata sulla falsariga

³¹ Può essere opportuno precisare, a tal proposito, che l'uso collettivo del bosco è ben possibile qualora esso sia gravato da uso civico. In caso contrario, il bosco rimane un bene di proprietà privata cui si applica il relativo regime giuridico, ivi comprese le norme contenute nel TUFF. Ovvio è che pur essendo il bosco un bene appartenente al privato, il relativo diritto si atteggia in modo del tutto peculiare. Si veda sul punto M. Tampioni, *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali)*, Padova, 1983, *passim*. Di recente, cfr. G. Spoto, *Usi civici e domini collettivi: "un altro modo" di gestire il territorio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 1, 3 ss.

³² In proposito, va tuttavia precisato che alla luce dell'orientamento prevalente in dottrina, i beni forestali sono ascrivibili alla categoria dei cd. "beni privati di interesse pubblico". Su questa categoria, in dottrina, cfr. A.M. Sandulli, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 1956, 163 ss. Per la dottrina privatistica, cfr. S. Pugliatti, *Strumenti teorico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà privata*, in *Id.*, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 116 ss. Cfr. A. Crosetti, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo TUF*, cit., 119 ss., ove l'A. precisa che «l'interesse pubblico, oltre ad investirli come beni destinati alla produzione... ne è venuto progressivamente esaltando ulteriori profili di utilità diversi dalla mera produzione». L'A. al par. 2, 121 s., dopo aver evidenziato la problematicità della riconduzione dei beni forestali ai cd. "beni comuni" intesi come categoria ibrida che include elementi propri sia dei beni pubblici sia di quelli privati, esclude che essi possano rientrare tra i cd. "beni pubblici" in senso tradizionale, ovvero intesi come beni di proprietà di soggetti pubblici o in quanto soddisfano un interesse pubblico (si ricordano, a tal proposito i due criteri, quello soggettivo e quello oggettivo, e in dottrina, *ex multis*, M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963; A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 277 ss.; più di recente Aa.Vv., *I beni pubblici. Tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008, *passim*).

dell'art. 4 del D.Lgs. 227/2001³³ di cui riproduce in qualche modo la struttura, il legislatore della riforma ha introdotto alcune novità significative³⁴.

Prima di individuare gli aspetti evolutivi della nuova norma, appare opportuno specificare che in base al comma 1 dell'art. 8 la trasformazione del bosco include ogni intervento che implichi l'eliminazione della preesistente vegetazione per lo svolgimento di attività diverse dalla gestione forestale di cui all'art. 7³⁵. A differenza di quanto prevedeva l'art. 4 del decreto di orientamento del 2001, il divieto di trasformazione del bosco rimane subordinato a due condizioni. Innanzitutto, l'intervento deve provocare un danno ambientale, e in questo caso la trasformazione deve essere oggetto di ripristino in base alla direttiva europea 2004/35/CE ed in base alla normativa interna che l'ha recepita. Inoltre, l'opera deve essere svolta in mancanza di autorizzazione³⁶.

La trasformazione che elimina la vegetazione esistente non consiste più nel mutare la destinazione d'uso del suolo a favore di un utilizzo non forestale³⁷, come poteva essere la trasformazione del bosco in un terreno agricolo o addirittura in area urbana, bensì nel mutamento delle finalità che saranno diverse dalla gestione forestale *ex art. 7* dello stesso TUFF. Si tratterebbe quindi, stavolta, alla luce della nuova disposizione, di attività che pur rimanendo compatibili con l'uso boschivo del terreno oggetto di trasformazione, comprendono anche la prima commercializzazione dei prodotti legnosi, mentre la gestione forestale comprende le attività volte alla tutela e al mantenimento, e anche alla valorizzazione delle

³³ Cfr. la Relazione (p. 21) nella parte in cui prevede che gli aggiornamenti e le modifiche rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 4 del d.lgs. 227/2001 sono dovuti alla necessità di adeguare la normativa italiana agli impegni assunti a livello internazionale, nonché alla strategia forestale europea, alle norme che regolano il danno ambientale e a quelle in materia di uso del suolo.

³⁴ In effetti, anche le parti dell'art. 8 che sembrano ribadire previsioni già contenute nella norma corrispondente del decreto di orientamento di inizio secolo risultano adesso contestualizzate nell'ambito dei principi cui si ispira il TUFF che riconosce il patrimonio forestale nazionale come parte del capitale naturale nazionale oltre che bene di rilevante interesse pubblico meritevole di tutela finalizzata alla stabilità ed al benessere delle generazioni presenti e future. Cfr. M. D'Addezio, *La trasformazione del bosco e le opere compensative*, in *Commentario al Testo Unico in materia di Foreste e Filiere Forestali*, cit., 147.

³⁵ Potrebbe rientrare nella previsione, pertanto, ogni intervento effettuato dal proprietario del bosco che non rispettando il limite previsto dalla normativa vigente, violi il vincolo di destinazione attraverso una riduzione o addirittura l'eliminazione della vegetazione e destini il legname ricavato al consumo personale, o per svolgere attività ricreative di carattere sportivo o ludico. Cfr. M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 178.

³⁶ Cfr. N. Ferrucci, *Il nuovo Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali: una prima lettura*, in *Dir. agroalim.*, 2018, 287 ove l'A. specifica che l'autorizzazione è quella prevista dall'art. 146 del Codice Urbani o quella prevista dai Piani Paesaggistici Regionali, o finalizzata al «ripristino delle attività agricole tradizionali e della realizzazione di opere di rilevante interesse pubblico e di viabilità forestale connesse alle attività selvicolturali e alla protezione dei boschi dagli incendi, sempre che la trasformazione del bosco risulti compatibile con le esigenze ambientali di difesa idrogeologica, di stabilità dei terreni, di regime delle acque, di difesa dalle valanghe e dalla caduta dei massi, di conservazione della biodiversità e di tutela della pubblica incolumità».

³⁷ Cfr. art. 4, comma 1, del d.lgs. 227/2001. In argomento cfr. M. Tamponi, *Commento all'art. 4 d.lgs. 227/2001*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, 590 ss.

produzioni non legnose, in base ad una lettura congiunta dell'art. 7 comma 1 e del comma 2, lett. c e d dell'art. 3 del TUFF³⁸.

Tra le novità di rilievo contenute nell'art. 7 vi è il divieto di effettuare le trasformazioni che provochino un “danno o un danno ambientale”. Il problema principale che si pone consiste nel dare un contenuto preciso a questa previsione, specie a proposito dell'espressione “danno o danno ambientale”. Si tratta, pertanto, di stabilire se “o” stia per “oppure”, o per “cioè”. Infatti, se si interpreta come “ovvero”, il legislatore del TUFF potrebbe aver voluto aggiungere una voce di danno rispetto a quello ambientale come disciplinato a livello unionale, e disciplinato, a livello interno dagli artt. 298 *bis* ss. Codice dell'ambiente³⁹. Ora, se si attribuisce alla “o” un valore esplicativo, e quindi se si interpreta questa parola come “cioè”, la conseguenza che se ne potrebbe trarre appare abbastanza sconcertante in quanto emergerebbe una “svista” da parte del legislatore del 2018 che dimostrerebbe di non conoscere adeguatamente il complesso concetto di danno ambientale come si è evoluto dal 1986 ad oggi. Se, invece, si vuole dare alla formula contenuta nel TUFF un significato utile, si può ritenere che il legislatore italiano abbia voluto ampliare le ipotesi di responsabilità per danno causato dalla trasformazione del bosco. A indurre l'interprete su questa strada potrebbe essere una lettura comparatistica dell'istituto. Infatti, come ha messo in luce la dottrina che si è occupata *funditus* di questo tema, il legislatore italiano avrebbe fatto propri i risultati già sperimentati dalla riforma francese del 2016 che ha introdotto nel *Code civil* d'oltralpe il cd. pregiudizio ecologico⁴⁰.

Il comma 7 dell'art. 8 ha introdotto, per i boschi con funzione di protezione diretta di abitati, beni e infrastrutture strategiche, individuati e riconosciuti dalle regioni, alcuni divieti che non comparivano nella disciplina previgente. Si tratta del divieto di trasformazione e di mutamento della destinazione d'uso del suo-

³⁸ Cfr. M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 156.

³⁹ Per un'analisi accurata delle questioni interpretative che scaturiscono da questa previsione, cfr. M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 162 ss. ed ivi ampia bibliografia. L'A., in particolare, si sofferma sul concetto di “danno ambientale” e sul complesso percorso compiuto dal legislatore, a partire dall'art. 18 della legge 349/1986 fino alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 -che ha stravolto il quadro normativo creando ulteriori difficoltà in sede di recepimento che, lungi dal trovare un riparo nelle norme del Codice dell'ambiente del 2006, questo Codice ha subito una serie di interventi, tra cui si può ricordare quello contenuto nella Legge Europea del 2013 (art. 25) che ha inserito l'art. 298 *bis* (Principi generali), oltre a modificare l'art. 311- che ha reso oltremodo difficile il lavoro ermeneutico in quanto sembra aver circoscritto, rispetto alla legge italiana del 1986, la nozione di danno ambientale.

⁴⁰ Cfr. sul punto, M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 175 s., ove l'A. propone una suggestiva e lucida interpretazione della normativa che si riporta per comodità espositiva qui in nota: «Ogni intervento non autorizzato di trasformazione del bosco, che comporti l'eliminazione della vegetazione arborea e arbustiva esistente, finalizzato ad attività diverse dalla gestione forestale ex art. 7, comma 1, del T.U. forestale, dal quale derivi un danno ambientale non riconducibile alla direttiva 2004/35/CE e alle norme nazionali di attuazione, obbliga colui che ha effettuato l'intervento a risarcire il danno. Per danno ambientale si intende qualsiasi deterioramento significativo e misurabile diretto o indiretto di una risorsa naturale o dell'utilità da essa assicurata».

lo. Come ha sottolineato la dottrina, le ragioni che hanno ispirato questi divieti hanno un carattere prevalentemente pubblicistico in quanto, più che proteggere i beni indicati dalla norma, essa si preoccupa di prevenire e di riparare il danno ambientale⁴¹. Che si tratti di una disposizione volta a salvaguardia dell'intera collettività⁴² è dimostrato dal fatto che a fronte di questo divieto non è previsto alcun obbligo di indennizzo, a differenza del poco utilizzato vincolo di difesa o protettivo, ex art. 866 c.c.⁴³, in combinato disposto con l'art. 17 della legge Serpieri, che si pone invece a vantaggio di soggetti predeterminati⁴⁴.

Come già previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 4, anche l'art. 8 obbliga chi ha ottenuto l'autorizzazione alla trasformazione ad effettuare, a propria cura e spese, le opere compensative sulla base dei criteri individuati dalle Regioni che, attraverso norme di natura regolamentare, stabiliscono quali interventi dovranno essere effettuati nel caso in cui l'obbligo compensativo sia violato⁴⁵, oltre a stabilire i casi in cui tali interventi non debbano essere effettuati⁴⁶. Il comma 4 dell'art. 8 individua le tipologie di interventi compensativi⁴⁷, mentre il comma 5 obbliga

⁴¹ Cfr. M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 179, 180 ove l'A. precisa che l'art. 8, comma 7, del TUFF, che introduce i nuovi divieti di trasformazione e di mutamento della destinazione d'uso del suolo per i boschi aventi funzione di protezione diretta. Il fatto che non sia contenuta la formula "danno o danno ambientale" fa sensatamente ritenere che il legislatore abbia voluto far prevalere le esigenze di prevenzione, riparazione e risarcimento del danno ambientale su quelle di protezione dei beni. In buona sostanza, ad avviso dell'A., con i divieti contenuti nella norma citata, viene tutelato un interesse marcatamente pubblicistico.

⁴² Cfr. R. Volante, *Le novità della l. n. 168/2017 sugli enti esponenziali della proprietà collettiva*, in *Domini collettivi e usi civici*, Atti del XIV Convegno Annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista "G. Cervati" L'Aquila, 31 maggio 2018, a cura di F. Marinelli e F. Politi, Pisa, 2019, 91 ss. (cfr. spec. 106, 107), il quale si pone l'interrogativo se per i boschi in proprietà collettiva sia possibile applicare l'art. 8, co. 3, TUFF. Cfr. altresì G. Spoto, *op. cit.*, par. 2, nt. 19.

⁴³ V. A. Jannarelli, *Commento all'art. 866 c.c.*, in *Aa.Vv., Della proprietà*, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, 667.

⁴⁴ In effetti si tratta di norme, quelle da ultimo richiamate, che non sembrano collidere con il comma 7 dell'art. 8. Infatti, mentre la norma sul vincolo protettivo si applicherebbe qualora le Regioni non si preoccupassero di attivare i divieti previsti dall'art. 8, comma 7, TUFF o, pur avendolo fatto, sia comunque necessario limitare l'utilizzo dei boschi per la difesa di terreni (o anche di fabbricati) dai rischi idrogeologici ex art. 866 c.c. Dal punto di vista pratico il vincolo protettivo non ha avuto successo proprio a causa dell'obbligo di indennizzo. Cfr. M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 180.

⁴⁵ Che si tratti di norme di natura regolamentare cfr. M. D'Addezio, *op. ult. cit.*, 181, nt. 91.

⁴⁶ Per quanto concerne gli oneri spetterà allo Stato stabilire le linee direttrici con decreto ministeriale (MIPAAF) d'intesa con la Conferenza permanente Stato/Regioni. Il comma 8 testualmente prevede che: «Con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, sono adottate linee guida per la definizione di criteri minimi nazionali per l'esonero dagli interventi compensativi di cui al comma 3. Le regioni si adeguano alle disposizioni di cui al precedente periodo entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto».

⁴⁷ Si riporta, per comodità espositiva il comma 4 dell'art. 8: «Le compensazioni previste dal comma 3 per la trasformazione del bosco che non determini un danno o un danno ambientale ai sensi della direttiva 2004/35/CE, possono essere realizzate con opere e servizi di:

a) miglioramento e restauro dei boschi esistenti nonché del paesaggio forestale in ambito rurale, urbano e periurbano;

chi richiede l'autorizzazione alla trasformazione ad allegare all'istanza un progetto delle opere compensative e saranno poi le Regioni a specificare dove dovrà essere effettuato l'intervento, in caso di rilascio dell'autorizzazione⁴⁸.

Infine, laddove la trasformazione non sia causa di danno o di danno ambientale, le Regioni possono prevedere una prestazione di carattere pecuniario da effettuare da parte di chi richiede l'autorizzazione in un apposito fondo regionale quantificata in base a quello che potrebbe essere l'importo dell'opera o del servizio e saranno poi le Regioni stesse a convogliare le somme confluite nel fondo destinandole a realizzare gli interventi di cui all'art. 8 comma 4, anche se essi si debbano eseguire in bacini idrografici diversi.

7. *Considerazioni conclusive*

Dopo questo rapido esame di alcune tra le norme più significative del TUFF, sembra opportuno riflettere ancora sulle residue possibilità di sfruttamento economico del bosco, anche alla luce delle finalità protettive che sulla base del TU sembrano, ancor più che in passato, mettere in ombra quelle produttive. La considerazione che si può fare in proposito è che l'attività selvicolturale non ha tanto lo scopo di realizzare l'interesse dell'imprenditore silvicolo, che rimane sullo sfondo, nonostante i continui richiami all'impresa forestale contenuti nel TUFF. L'interesse prevalente è, infatti, ormai quello pubblico alla conservazione del bosco e del patrimonio forestale come parte del capitale naturale nazionale e come bene di rilevante interesse pubblico da tutelare e valorizzare per la stabilità e il benessere delle generazioni presenti e future. Ne consegue che il rilievo del bosco come bene economico, pur mantenendo un ruolo nell'attuale quadro giuridico di riferimento, rimane marginale in un discorso sulla multivalorialità di questo bene. In questo senso, va detto che anche alla luce della vecchia discipli-

b) rimboschimenti e creazione di nuovi boschi su terreni non boscati e in aree con basso coefficiente di boscosità, tramite l'utilizzo di specie autoctone, preferibilmente di provenienza locale e certificata, anche al fine di ricongiungere cenosi forestali frammentate e comunque in conformità alle disposizioni attuative della direttiva 1999/105/CE del Consiglio del 22 dicembre 1999. I nuovi boschi realizzati a seguito degli interventi di compensazione sono equiparati a bosco;

c) sistemazioni idraulico-forestali o idraulico-agrarie o realizzazione e sistemazione di infrastrutture forestali al servizio del bosco e funzionali alla difesa idrogeologica del territorio, che rispettino i criteri e requisiti tecnici adottati ai sensi dell'articolo 9, comma 2;

d) prevenzione di incendi boschivi e di rischi naturali e antropici;

e) altre opere, azioni o servizi compensativi di utilità forestale volti a garantire la tutela e valorizzazione socio-economica, ambientale e paesaggistica dei boschi esistenti o il riequilibrio idrogeologico nelle aree geografiche più sensibili».

⁴⁸ Le opere compensative dovranno essere eseguite nell'ambito dello stesso bacino idrografico in cui la trasformazione è stata autorizzata, salvo diversa previsione contenuta nella legislazione regionale.

na, la dimensione collettiva occupava una posizione di indubbio rilievo ma è solo grazie al TUFF che si è deciso di fare assumere ai cittadini e in genere agli utenti del bosco una posizione attiva stimolandoli ad assumere una posizione di garanzia di questa risorsa e ciò può avvenire solo attraverso una adeguata educazione degli utenti, facendo in modo che essi possano comprendere quanto questo bene sia importante non solo per assicurare la prosecuzione del genere umano ma anche per garantire alle generazioni future un alto livello qualitativo della vita stessa. Che la dimensione pubblicistica del bosco e le finalità di tutela della collettività siano prevalenti è dimostrato anche con estrema chiarezza dal rilievo che viene dato alla cd. arboricoltura da legno -che l'art. 5 del TUFF esclude dalla nozione di bosco- e che è invece destinata alla produzione di legname. Il bosco e le aree ad esso assimilate sono, pertanto, beni a fruizione collettiva che rileva non tanto per il bene che ivi si produce e cioè il legno, ma anche e soprattutto per la funzione di protezione del paesaggio e dell'ambiente, e ciò è dimostrato dal TU che parla di gestione sostenibile e considera il patrimonio forestale come una risorsa che va salvaguardata per garantire la qualità della vita alle generazioni future. Si tratta di una "risorsa scarsa" che, come tale, va salvaguardata e quindi, se un tempo chi scrive aveva sostenuto che il bosco si muove tra istanze produttive e conservative che devono essere entrambe garantite, poiché anche la produzione del legno è, entro certi limiti, consentita tenendo presente la sostenibilità, intesa quale obiettivo per salvaguardare il bosco come risorsa, oggi è ancora possibile ribadire questa conclusione alla luce del TUFF che sin dalla norma di apertura, l'art. 1, si esprime proprio in questi termini indirizzando pressoché tutta la disciplina in esso contenuta verso la tutela e la valorizzazione della stabilità e del benessere delle generazioni presenti e future. Alla luce del vigente quadro giuridico si può concludere affermando che se nel 2011 si riteneva che l'esigenza di sganciare il bosco da una logica che guarda esclusivamente o prevalentemente all'interesse del proprietario fosse ormai indifferibile⁴⁹, oggi non si può che constatare che questa istanza si è realizzata, anche se con modalità diverse da quelle allora ipotizzate, in quanto, se è vero che l'auspicata riforma della disciplina generale dei beni pubblici non c'è stata, a supplire alla mancanza di una disciplina generale è intervenuto il TUFF che pur ponendosi come normativa di settore ha inciso sul labile rapporto tra proprietà privata e funzione sociale di un bene cruciale come il bosco, privilegiando posizioni irrinunciabili e qualificabili come diritti fondamentali ed è proprio in questa logica che può affermarsi che un provvedimento come quello del 2018, più che muoversi nel delicato equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato, non ha potuto far altro, in sede di bilanciamento, che dare il giusto

⁴⁹ Cfr. R. Saija, *La proprietà ed i diritti reali di godimento del bosco tra funzioni protettive e funzioni produttive. Riflessioni sul tema dei "beni comuni"*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 4, 525 ss.

rilievo a posizioni sovraordinate rispetto a qualunque diritto di carattere economico, ed è così che ad essere tutelati sono valori irrinunciabili della persona umana, come la salute e la qualità della vita che può essere raggiunta solo attraverso la cura della natura, di cui il bosco è parte integrante, ed è solo così che è possibile evitare che il progresso diventi una forma di regresso⁵⁰ e facendo in modo che l'attenzione verso la natura diventi un vero e proprio stile di vita, il solo in grado di garantire la sopravvivenza della dimensione sociale dell'uomo.

In estrema sintesi può dirsi che il TUFF, oltre a cercare di mediare i diversi interessi di carattere pubblico e privato attraverso una serie di regole di gestione e predisponendo un apparato sanzionatorio nei confronti del proprietario, su cui grava una posizione di garanzia volta ad assicurare gli interessi della collettività⁵¹, riconosce alle foreste italiane un ruolo senz'altro crescente rispetto al passato e se è vero che gli aspetti pubblicistici e protettivi risultano prevalenti rispetto alle funzioni produttive, non va trascurato che il legislatore italiano, nel costante sforzo di allinearsi alla strategia forestale europea, ha tenuto ben presente, nel formulare le norme in esso contenute, l'obiettivo della crescita imprenditoriale e, perché no, anche occupazionale del nostro Paese⁵². Ne deriva che lo sforzo che è stato fatto consiste nel tenere in equilibrio la dimensione imprenditoriale con quella della tutela ambientale e paesaggistica, in uno con la salvaguardia del territorio. Ne risulta un rinnovato quadro normativo, volto a individuare le migliori pratiche selvicolturali che presuppongono il mantenimento nel tempo delle risorse in una logica che presuppone una parola chiave: la sostenibilità che si coniuga per un verso allo sviluppo, che rimane imprescindibile, per altro alla tutela. Il risultato è ovvio: non c'è produzione senza protezione.

⁵⁰ Interessante notare come anche la dottrina metagiuridica si preoccupi di mettere in guardia contro gli effetti deteriori del progresso che impediscono il miglioramento della qualità della vita. In questo senso, si veda Francesco, *Laudato si'. Lettera enciclica sulla cura della casa comune*, 2ª ed., Città del Vaticano, 2019, 34.

⁵¹ A. Crosetti, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo T.U.F.*, cit., 123.

⁵² Cfr. A. Crosetti, *op. ult. cit.*, 145.

Il (difficile) equilibrio tra funzione produttiva e finalità conservative dei beni forestali alla luce del TU n. 34/2018

Il saggio costituisce una rielaborazione con aggiornamento, arricchimento dei contenuti e del corredo di note della relazione svolta dall'Autore nel corso del Convegno tenutosi a Firenze il 21/22 novembre 2019, in onore della Prof.ssa Eva Rook Basile, dal titolo *Le regole del mercato alimentare tra sicurezza e concorrenza. Diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali, su agricoltura, alimentazione, ambiente*. Il lavoro mira ad analizzare la questione della molteplicità delle funzioni del bosco, specie a seguito dell'entrata in vigore del TUFF n. 34/2018, mettendo in risalto le innovazioni apportate rispetto al previgente quadro giuridico, quello risultante dal d.lgs. 227/2001. Dopo un breve excursus storico, l'A. analizza gli interessi sottesi ad alcune delle norme più significative del citato provvedimento normativo, ponendo attenzione al delicato rapporto tra interessi pubblici e interessi del privato proprietario o titolare di altro diritto di godimento. Dall'analisi del quadro normativo emerge che non è possibile scindere nettamente le funzioni produttive da quelle protettive, ragion per cui si rende necessario contemperare gli interessi contrapposti. La riflessione finale cui giunge l'A. riguarda le residue possibilità di uno sfruttamento economico del bosco alla luce delle finalità protettive che, sulla base del TUFF, sembrano, ancor più che in passato, mettere in ombra quelle produttive.

The (difficult) balance between productive function and conservation purposes of forest assets in the light of consolidated act n. 34/2018

The work – which is the report to the Conference entitled *The rules of the food market between security and competition* – aims to analyse the issue of the multiplicity of functions of a forest following the entry into force of consolidated act n. 34/2018, highlighting the innovations made in respect to the previous legal framework. After a brief historical excursus, the Author analyses the interests underlying some of the most significant rules of the act, paying attention to the delicate relationship between public interests and the interests of the private holder of a right of enjoyment. From the analysis carried out it emerges that it is not possible to separate the productive functions from the protective ones, so it is necessary to balance the opposing interests.

Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza

Gabriele Serra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Funzione e principi sottesi alla normativa sull'evidenza pubblica. – 3. Recenti percorsi giurisprudenziali dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e non solo). – 4. La "semplificazione" della disciplina nazionale sulle procedure ad evidenza pubblica: il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019 c.d. sbloccacantieri. – 5. Il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020 c.d. semplificazioni. – 5.1. Le procedure sotto soglia e sopra soglia nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni. – 5.2. Conclusione dei contratti pubblici, ricorsi giurisdizionali e sospensione dell'esecuzione dell'opera nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni. – 6. Alcune prime questioni interpretative del d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Come noto, è stato recentemente convertito, con la legge 11 settembre 2020, n. 120, il d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni, che il Governo ha adottato per far fronte alle ricadute economiche e sociali, particolarmente drammatiche, a causa dell'emergenza sanitaria in atto derivante dalla pandemia da Covid-19.

In detto provvedimento, proprio perché ritenuta materia centrale per sostenere l'economia del Paese in siffatte circostanze, il Capo I è dedicato alle procedure ad evidenza pubblica, la cui disciplina viene modificata in vari aspetti, al dichiarato fine di accelerare e semplificare le gare, tanto mediante norme che troveranno applicazione solo fino ad una certa data (31 dicembre 2021), quanto mediante modifiche a regime.

Ciò che questo lavoro si propone di fare non consiste però in un esame dettagliato e particolareggiato delle singole previsioni del citato d.l. n. 76/2020 semplificazioni in materia di procedure ad evidenza pubblica (artt. 1-9), bensì inda-

gare gli attuali rapporti tra i principi fondanti la materia dei contratti pubblici e le riforme nazionali in materia.

In tal senso, è possibile considerare le novità introdotte in materia di contratti pubblici dal d.l. semplificazioni nel rapporto con i principi che presiedono la disciplina, di derivazione eurounitaria, della contrattualistica pubblica, anche alla luce della giurisprudenza più recente, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che consente di vagliarne l'attuale portata e il rilievo interpretativo di detti principi, che, lo si anticipa, è creduto assolutamente centrale, laddove appaiono estranei rispetto all'intervento legislativo del 2020 e, a ben vedere, già al precedente d.l. n. 32/2019 c.d. sblocca-cantieri.

Dal confronto dei due percorsi, paralleli e contestuali, giurisdizionale e legislativo, è possibile cogliere l'assoluta complessità della normazione di un settore, quale quello della contrattualistica pubblica, a cui sono sottesi un relevantissimo numero di interessi. È dunque straordinariamente attuale – e l'analisi che si condurrà pare mostrarlo in termini evidenti – l'insegnamento di quella autorevole dottrina per cui è necessario, quale atteggiamento iniziale, una «predisposizione verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a proprio favore»¹.

2. *Funzione e principi sottesi alla normativa sull'evidenza pubblica*

Il diritto eurounitario, in ragione della volontà di realizzare il mercato unico europeo, è intervenuto sul settore della contrattualistica pubblica, dapprima sulla disciplina sostanziale, in quanto è stato necessario consentire l'ingresso di nuovi valori e, correlativamente, sulla tutela degli interessi ad essi collegati.

Infatti, è noto che, prima di tale intervento, nella legislazione nazionale sulla contabilità di Stato, che disciplinava le procedure ad evidenza pubblica, l'interesse prevalentemente protetto fosse quello, pubblico, di natura patrimoniale della stazione appaltante, teso ad ottenere la migliore qualità al minor prezzo; la *ratio* era dunque quella del raggiungimento del massimo risultato con il minor dispendio di risorse finanziarie².

¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 1992, Torino, 168.

² Cfr. F. Forte, *Tutela giurisdizionale delle imprese nel mercato degli appalti pubblici tra giurisdizione soggettiva ed oggettiva. Il modello processuale ed i profili critici*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Siena – Foggia, a.a. 2017-2018, 12. In tal senso, pur se la procedura di gara doveva già svolgersi tenendo in considerazione la tutela della concorrenza, evidenzia M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss., che il significato che assumeva la messa in concorrenza nelle prime leggi di contabilità di Stato «era totalmente diverso rispetto a quello che sarebbe stato proprio delle norme di diritto comunitario poi recepite dagli Stati membri». In tema v., *ex multis*, F. Cortese, *Diritto eurounitario dei con-*

A fronte di tale sistema, come detto, l'intervento del legislatore europeo è stato originato dalla volontà di realizzare un mercato comune europeo, che, nell'ambito commerciale ed industriale, significa eliminare atteggiamenti protezionistici nei confronti degli operatori economici nazionali, in modo da favorire l'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutte le imprese comunitarie. Dunque, il mercato unico europeo è realizzabile attraverso la garanzia della libera concorrenza tra tutte le imprese comunitarie, che, a sua volta, impone il rispetto dei principi della *par condicio competitorum* e della trasparenza³.

Ciò che preme evidenziare è che, quindi, attraverso gli interventi del diritto europeo, peraltro sviluppatisi progressivamente, ma costantemente, a partire dagli anni '70 fino alle direttive più recenti del 2014, le procedure ad evidenza pubblica divengono strumento per soddisfare la libera circolazione di beni e servizi e la concorrenza tra gli operatori a livello europeo, garantendo così, in via prioritaria, il libero mercato, attraverso un incremento delle garanzie di pubblicità e trasparenza.

Viene perciò a ribaltarsi la prospettiva che presiedeva la disciplina delle leggi di contabilità dello Stato, in quanto la nuova disciplina è volta, principalmente, a soddisfare la libertà di concorrenza nel mercato comune, laddove l'interesse patrimoniale della stazione appaltante è solo secondariamente considerato.

Dunque, la procedura di gara risulta funzionalizzata, in via principale, alla tutela del gioco concorrenziale in ambito europeo, dal momento che diventa prevalente la garanzia della liberalizzazione del mercato, ossia dell'apertura dello stesso a tutte le imprese comunitarie nel rispetto della libertà di concorrenza in condizioni di parità e trasparenza⁴.

Per comprendere ancor meglio le vicende in esame, è di interesse richiamare una rilevante distinzione, proposta da autorevole dottrina, tra concorrenza intesa in senso ampio, di sistema, "macro"; ed una intesa in senso particolare, limitata alla singola procedura ad evidenza pubblica, "micro"; per usare le parole dell'Autore, «nella dimensione "macro" la pubblica amministrazione può essere conside-

tratti pubblici, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. I, 99 ss.

³ Cfr. F. Forte, *op. cit.*, 14. Rileva, F. Astone, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010, 35, che «la liberalizzazione degli appalti pubblici rivestiva, infatti, la massima importanza, sia sotto il profilo economico generale, sia sotto il profilo più specifico della integrazione europea, nella prospettiva della creazione di un grande spazio economico».

⁴ Cfr. M. D'Alberti, *op. cit.*, 298-299. Sul tema v., senza pretesa di esaustività, A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 398 ss.; S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, 119 ss.; R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustamm.it*; F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell'unione Europea, mercato, risorse, pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, 2013; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda: vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione per il potere*, 2011.

rata come un agente che opera “nel mercato”; in quella “micro” come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza «per il mercato»)⁵.

Peraltro, tali nozioni ben possono essere lette congiuntamente, in quanto la somma delle singole gare esperite, attraverso le quali si realizzano piccoli ambiti di concorrenza e che le stazioni appaltanti costruiscono in applicazione della normativa europea e nazionale, dovrebbe accrescere la concorrenza nella sua dimensione “macro”. Infatti procedure aperte, trasparenti, gestite in modo imparziale hanno effetti positivi a livello di sistema in termini di efficienza e di competitività e, nella prospettiva europea, possono dare un impulso alla crescita del mercato unico⁶.

In tale visione allora, si propone una lettura della concorrenza non più come un “principio guida” dell’attività delle stazioni appaltanti, bensì come la conseguenza applicativa dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio⁷.

Deve peraltro correttamente rilevarsi che, come evidenziato anche dalla medesima dottrina, le più recenti direttive europee in materia (2014/24/UE, 2014/25/UE, 2014/26/UE), al cui recepimento si è proceduto con l’attuale *corpus* normativo che regola le procedure ad evidenza pubblica in Italia, il d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), paiono porre la concorrenza non più quale obiettivo primario della normativa in tema di procedure ad evidenza pubblica⁸.

Esse riconoscono come gli appalti pubblici siano anche uno strumento per realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva con l’obiettivo di accrescere l’efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale⁹.

⁵ M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di studi amministrativi su *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, in *Astrid Rassegna*, n. 19/2015, 4.

⁶ Così ancora M. Clarich, *op. ult. cit.*, 35.

⁷ M. Clarich, *op. ult. cit.*, 13, che utilizza, per sostenere tale impostazione sul piano del diritto positivo, l’art. 18 della direttiva 2014/24/UE: «Il primo paragrafo prescrive alle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici «su un piano di parità e in modo non discriminatorio» e di agire «in maniera trasparente e proporzionata». Il paragrafo aggiunge poi che la concezione della procedura di appalto (cioè in pratica il bando e gli altri documenti che costituiscono la *lex specialis*) non deve avere l’intento «di limitare artificialmente la concorrenza». Chiarisce nell’ultimo periodo che quest’ultima evenienza si verifica laddove «la concezione della procedura sia effettuata con l’intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici». In buona sostanza le tre proposizioni contenute nell’articolo danno vita a una sequenza logica di tipo circolare che muove dal principio della parità di trattamento e di non discriminazione, si sviluppa attraverso il riferimento alla concorrenza e si conclude ancorando l’intento di alterare quest’ultima a una presunzione che richiama indirettamente proprio i principi della parità di trattamento e di non discriminazione enunciati nella prima parte della disposizione».

⁸ Cfr. M. Clarich, *op. ult. cit.*, 2.

⁹ Considerando 2 direttiva 2014/24/UE.

In linea con la strategia Europa 2020 infatti, le nuove direttive prescrivono che «la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione»¹⁰.

Tali più recenti esigenze sociali ed ambientali, incidono senz'altro sulla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, in particolare con riferimento ai criteri di aggiudicazione e alle condizioni di esecuzione dell'appalto, nonché al *life-cycle costing*, per tale intendendosi il costo complessivo di un bene, servizio o lavoro comprensivo non solo degli oneri legati alla fase prodromica di realizzazione dello stesso, ma anche di quelli collegati alla successiva di fase di utilizzo, anche sotto il profilo dei costi energetici, di manutenzione e smaltimento¹¹.

Ma, come esplicitato dalle stesse direttive, la necessaria considerazione di tali recenti interessi generali, riscontra comunque un limite invalicabile, costituito dalla circostanza per cui «i criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva [...]»¹². Inoltre e nella medesima direzione, se è pur vero che «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di ricorrere a criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti lavori, forniture o servizi oggetto dell'appalto pubblico sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita [...]», nondimeno «le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale»¹³.

Sulla base di tali articolate vicende normative europee e considerazioni dottrinali, mi pare emerga un sistema che, per quanto si possa anche non considerare la concorrenza tra le imprese tutelata, in quanto tale, dalla disciplina normativa, poiché sarebbe invero il riflesso dei più generali principi di trasparenza, non discriminazione e imparzialità, nondimeno l'interesse degli operatori economici allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, *lato sensu*, "aperta", appare senz'altro posto a fondamento della normativa europea in tema di appalti pubblici.

¹⁰ Considerando 47 direttiva 24/2014/UE.

¹¹ Cfr. F. De Peppo, *La disciplina degli appalti e la semplificazione del Codice dei contratti pubblici nelle ultime riforme*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 89 – giugno 2020, 92, che evidenzia peraltro che «nel disegno finalistico delle direttive europee, l'attivazione del mercato e la sua integrità (attraverso la richiesta di requisiti morali per gli operatori) nonché la promozione della concorrenza sembrano costituire interessi intermedi, mentre gli interessi finali (espliciti) riguardano la promozione dell'innovazione e dello sviluppo economico, la tutela ambientale, la tutela sociale e dei lavoratori».

¹² Art. 67, par. 4, direttiva 2014/24/UE.

¹³ Considerando 97 direttiva 2014/24/UE.

E ciò pure nella consapevolezza che le recenti istanze di valorizzazione di distinti interessi generali, quali le esigenze sociali ed ambientali sopra richiamate, abbiano trovato ingresso nelle direttive del 2014, in quanto esse non dimenticano di evidenziare come la concorrenza effettiva tra le imprese debba sempre essere salvaguardata e costituisca limite alla discrezionalità dell'amministrazione nel prescegliere criteri di selezione dell'offerta eccessivamente valorizzanti altre esigenze¹⁴.

Mi pare dunque attuale la considerazione, proposta da autorevole dottrina, per cui non è solo la stazione appaltante a perseguire un interesse pubblico, ma anche i partecipanti alla gara sono portatori di interessi che assurgono al rango di interessi pubblici perché tutelati in via primaria dalle norme¹⁵.

D'altronde, la stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare l'intima connessione tra la concorrenza e i principi europei sopra richiamati, laddove ha affermato che la tutela della concorrenza «si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza»¹⁶.

Se può essere perciò pur vero che anche nella visione della Corte Costituzionale la concorrenza rappresenta una espressione di sintesi, di rinvio, ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza¹⁷, ciò non sposta la rilevanza delle argomentazioni sin qui svolte ai fini della nostra analisi.

Ciò che infatti preme evidenziare, indipendentemente dal rapporto che intercorre tra la clausola della tutela della concorrenza e i principi europei ora richiamati, è come tali riferimenti abbiano determinato l'insorgere di una cate-

¹⁴ Sembra muoversi in senso, almeno parzialmente, difforme M.P. Chiti, *Principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. I, 285 ss., il quale evidenzia comunque come la valorizzazione di diversi interessi di natura ambientale, sociale e di innovazione contenuti nelle direttive del 2014 non pongono in discussione i principi generali dell'UE fondanti la normativa sui contratti pubblici, né avrebbero potuto farlo, stante il rango di principi generali di questi ultimi, contenuti nei Trattati o elaborati dalla Corte di Giustizia. Nondimeno, evidenzia l'A., come la concorrenza perda il rango di principio primario, pur rimanendo uno dei principi, laddove viene altresì valorizzato il principio dell'efficiente spesa pubblica, per il quale l'A. richiama addirittura un recupero della configurazione contabilistica della disciplina (in part. 300-302).

¹⁵ Cfr. E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 2761.

¹⁶ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in www.cortecostituzionale.it. Sulla visione pro-concorrenziale della disciplina dei contratti pubblici v. recentemente Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷ M. Clarich, *op. cit.*, 15.

ria di interesse pubblico tutelato direttamente dalla disciplina sui contratti pubblici, tanto europea quanto nazionale, che si concretizza in capo ai singoli operatori economici.

Da ciò peraltro discende un secondo aspetto delle questioni in esame, rappresentato dal versante, consequenziale, di carattere rimediabile, della necessità che tali nuovi interessi codificati, a livello sostanziale, dalla normativa europea via via succedutasi nel tempo, possano ricevere una completa ed effettiva tutela giurisdizionale.

È in questa direzione infatti che, come peraltro noto, si deve allora brevemente ricordare che il legislatore europeo ha adottato le direttive ricorsi di prima generazione 89/665/CEE (per i settori ordinari) e 92/13/CEE (per i settori speciali), consapevole che per assicurare l'effettività della normativa comunitaria (c.d. effetto utile del diritto comunitario) fosse necessario affiancare alla disciplina sostanziale dettata per le gare pubbliche rimedi, giurisdizionali e non, tesi a garantire il rispetto integrale della normativa sostanziale. Difatti, i principi di trasparenza e di non discriminazione, finalizzati a realizzare la libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, sarebbero rimasti lettera morta se non fossero stati previsti rimedi rapidi ed efficaci diretti a contrastare le violazioni del diritto comunitario e della normativa nazionale di recepimento¹⁸.

Su tali basi dunque, si è sviluppato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, anche con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive di matrice eurounitaria, che ha condotto, anche sulla scorta dell'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il legislatore europeo ad introdurre normative di natura processuale nella materia degli appalti pubblici¹⁹.

Ed è proprio a seguito delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, che hanno fatto ingresso nel nostro sistema processuale la tutela cautelare *ante causam* e il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, poi estesi a tutto il processo amministrativo²⁰.

Ciò che maggiormente preme evidenziare in questa sede sono soprattutto le ragioni e le finalità che il legislatore europeo, sin dalle primigenie direttive ricorsi, ha posto a fondamento del suo intervento in materia e che ha ritenuto baluardi imprescindibili per garantire che le imprese potessero agire a tutela di quegli interessi generali di cui sopra si è trattato.

¹⁸ Cfr. F. Forte, *op. cit.*, 19 e ss. ed ivi ampia bibliografia sul tema; nonché F. Cortese, *op. cit.*, 129-135.

¹⁹ Cfr., in particolare, M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 499 ss. e M. Ramajoli, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* in *www.giustamm.it*.

²⁰ In tema v. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea e processo amministrativo italiano: note introduttive*, in C. Schepisi (a cura di), *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, 2013, 1 ss.

Ed allora, vale richiamare l'esigenza di assicurare un «un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile»²¹, ma anche la previsione di poteri che permettano di «prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici»²².

Ancora, la successiva direttiva ricorsi c.d. di seconda generazione 2007/66/CE, ha chiarito come, in presenza di un contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione illegittima per violazione grave del diritto comunitario, in linea di principio «la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere [...]»²³.

In linea con le considerazioni sopra svolte, in dottrina si è sottolineato come tale norma consentirebbe sia la soddisfazione dell'interesse pubblico allo svolgimento di una procedura rispettosa dei principi di trasparenza e non discriminazione, che l'interesse del privato alla stipulazione del contratto, con conseguente coincidenza del raggiungimento dell'interesse pubblico e di quello privato. Pertanto, «è come se quest'ultimo interesse si pubblicizzasse, perché coincide con la soddisfazione dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e diventa, perciò, pubblico e, conseguentemente, tutelato dalle norme in via primaria»²⁴.

Provando a trarre alcune conclusioni di principio, deve ritenersi che, pur con le precisazioni sopra svolte, la tutela della concorrenza e dell'apertura delle procedure ad evidenza pubblica a tutti gli operatori economici di un determinato settore rivesta un rilievo fondamentale in seno alla disciplina eurounitaria, anche alla luce dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza, dei quali l'esigenza di concorrenza può essere letta come conseguenza e dunque espressione di sintesi.

Ciò in ragione del fatto che, tramite essi, si è consentita o comunque facilitata la realizzazione di un mercato comune europeo, che non può esistere in assenza di libera circolazione di persone, servizi e beni e, in materia commerciale e industriale, di imprese che partecipino alle procedure selettive per la stipula di pubblici contratti a parità di condizioni.

²¹ Art. 1, par. 1, direttiva 89/665/CEE e già il II Considerando della direttiva 89/665/CEE.

²² Art. 2, par. 1, lett. a), direttiva 89/665/CEE.

²³ Considerando 14 direttiva 2007/66/UE.

²⁴ F. Forte, *op. cit.*, 57, che richiama anche la posizione di E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1073.

Tale esigenza perciò ha natura e portata generale, costituisce un interesse pubblico sotteso alla disciplina in esame, con la peculiarità che di esso si fanno portatori i singoli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche, in quanto coincide con il loro interesse all'aggiudicazione dell'appalto. Per tali ragioni, assume rilievo centrale la predisposizione di strumenti di tutela, anche giurisdizionale, che consentano al singolo di contestare, in maniera rapida ed efficace, le violazioni del diritto europeo che presidiano, appunto, l'esigenza di concorrenza.

Questi principi assumono una particolare rilevanza assiologica, in quanto possono fornire coordinate interpretative sulla cui base leggere le riforme nazionali che hanno interessato la materia degli appalti pubblici, utilizzando una delle tradizionali quattro funzioni dei principi generali – interpretativa, integrativa, direttiva o programmatica, limitativa del potere – proposte dalla più autorevole dottrina²⁵, fungendo perciò da chiave interpretative delle specifiche previsioni modificative o derogatorie delle norme del Codice dei Contratti Pubblici, che resta, sulla base delle considerazioni svolte, animato dalle finalità sin qui esaminate.

3. *Recenti percorsi giurisprudenziali dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e non solo)*

Prima di esaminare l'approccio del legislatore nazionale della riforma alla materia in esame, può essere utile ripercorrere brevemente alcune rilevanti decisioni della giurisprudenza, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, rese nell'arco dell'ultimo anno solare e, dunque, parallelamente alla gestazione delle normative semplificatorie, le quali, si ritiene, utilizzano proprio i citati principi al fine di prescegliere una determinata opzione interpretativa delle norme del Codice dei Contratti tra le diverse possibili e già prospettate dalla giurisprudenza.

Procedendo con analisi diacronica, in primo luogo la sentenza dell'Adunanza Plenaria, 21 maggio 2019, n. 8, aveva ribadito la centralità nel Codice dei Contratti Pubblici del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello – che deve essere considerato recessivo – del prezzo più basso²⁶.

La Plenaria, in particolare, nega cittadinanza a quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva, in ragione di esigenze di accelerazione della procedura, che gli appalti di servizi, quand'anche ad alta intensità di manodopera, dovessero

²⁵ Ci si riferisce a V. Crisafulli, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941; in tema v. anche F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

²⁶ V. Cons. Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8, in *Foro Amministrativo (II)* 2019, 5, 790.

essere aggiudicati col criterio del minor prezzo se aventi caratteristiche standardizzate ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice, affermando, al contrario, che, in presenza di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera, sorge un obbligo speciale di utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale trova applicazione in forza della generale preferenza espressa del Codice per esso²⁷.

Dunque, già in questa prima decisione, sembra potersi ritenere che la Adunanza Plenaria sostenga che esigenze di semplificazione e accelerazione delle procedure non possano giustificare una pretermissione dei criteri fondamentali su cui si fonda la disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Ma, ancor di più, alcune decisioni rese nell'anno in corso da parte dell'Adunanza Plenaria paiono attribuire nuova linfa ai principi di imparzialità, di parità di trattamento e di non discriminazione, di pubblicità e di trasparenza, nonché, correlativamente, alla garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva.

Sotto il primo angolo prospettico, giova richiamare, in primo luogo, la sentenza 28 agosto 2020, n. 16, che, nel tracciare i confini applicativi della norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), Codice dei Contratti, in materia di trasgressione degli obblighi dichiarativi sui c.d. gravi illeciti professionali, chiarisce come le informazioni che devono essere rese dagli operatori «sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara», con la conseguenza che, tanto in caso di omissione dichiarativa, quanto di informazioni false o fuorvianti, non si ha alcun meccanismo di automatismo espulsivo, essendo necessaria una valutazione, necessariamente rimessa all'amministrazione, circa l'incidenza di tali dichiarazioni sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico²⁸.

In tal senso allora, mi pare che la decisione della Plenaria valorizzi, a scapito di strumenti acceleratori e semplificatori, quale una espulsione automatica del concorrente che ometta o renda dichiarazioni false, il principio di massima tutela della concorrenza e del *favor participationis*, consentendo di spiegare un confronto competitivo pieno tra gli operatori economici interessati ad una determinata commessa pubblica sulla base di elementi di carattere sostanziale e non meramente formale.

Nondimeno, ancora in chiave di valorizzazione dei principi sostanziali eurounitari, la decisione dell'Adunanza Plenaria 16 ottobre 2020, n. 22, al fine di dichiarare la nullità della clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione

²⁷ In tema v., diffusamente, A. Gorgoglione, *Criteri di aggiudicazione degli appalti. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 21 maggio 2019*, n. 8, in www.giustamm.it, n. 7/2020.

²⁸ V. Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, in www.giustizia-amministrativa.it.

SOA anche della stessa impresa ausiliata, richiama proprio la *ratio* dell'istituto in questione, a cui è sottesa l'esigenza di soddisfare la massima partecipazione delle imprese alle procedure di gara, così garantendo una piena esplicitazione della concorrenza tra operatori²⁹.

Ancora, al confine tra la matrice sostanziale e quella processuale dei principi europei, può ritenersi posta nella medesima direzione la sentenza 2 aprile 2020, n. 10 dell'Adunanza Plenaria, che riconosce, nel silenzio della normativa, l'applicabilità della disciplina in materia di accesso agli atti a quelli relativi «alla fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale»³⁰.

A giustificazione di tale principio di diritto, la Plenaria valorizza esplicitamente i principi di trasparenza e di tutela della concorrenza per colmare la lacuna normativa, con passaggi che vale la pena richiamare: si legge nella decisione infatti che «è vero che il codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione [...] deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotta secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza»; ciò proprio in quanto «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione».

E, muovendo pienamente dal piano sostanziale a quello processuale, si può richiamare la sentenza 2 luglio 2020, n. 12 dell'Adunanza Plenaria³¹, la quale, per quanto qui rileva, ha ritenuto di non condividere l'orientamento giurisprudenziale che aveva ritenuto che, per effetto del tenore letterale dell'art. 120, comma

²⁹ V. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰ V. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, 7-8, III, 379. In dottrina v. A. Berti, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 203-229.

³¹ V. Cons. Stato, ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *Foro it.*, 2020, 9, III, 437.

5, cod. proc. amm., il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione fosse sempre di trenta giorni e decorresse in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione proveniente dalla stazione appaltante ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito per altra via³².

L'Adunanza Plenaria, richiama più volte proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale, per come declinato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: premesso infatti che «gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi», evidenzia come la Corte UE abbia affermato che «i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione», senza che possa essere considerata valida alternativa la proponibilità di motivi aggiunti, in quanto «gli offerenti sarebbero costretti a impugnare *in abstracto* la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso».

Conseguentemente, il supremo consesso conclude per ritenere che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto, non possa che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza e che a tal fine rilevi l'eventuale accesso agli atti eseguito ai sensi dell'art. 76, comma 2, Codice dei Contratti Pubblici.

Oltre alle richiamate decisioni dell'Adunanza Plenaria, che paiono delineare un percorso interpretativo del Codice dei Contratti Pubblici volto a valorizzare i principi europei fondanti il sistema in chiave interpretativa, anche la giurisprudenza di primo grado ha avuto modo di porsi in linea di continuità con tale impostazione.

Senza poter approfondire troppo l'indagine, è qui sufficiente richiamare l'orientamento giurisprudenziale che, in ordine alla possibilità che la stazione appaltante, nel definire i requisiti di partecipazione delle imprese al procedimento, possa limitare l'accesso alla gara ai raggruppamenti di imprese, ritiene di dover

³² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «del resto la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato, per il quale il *dies a quo* avrebbe decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ed altri vizi percepibili aliunde, per i quali il termine di impugnazione comincerebbe a decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza, non avrebbe riscontro nel diritto positivo». Per una completa rassegna degli orientamenti in merito emersi e delle questioni connesse si rimanda all'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria della sez. V, 2 aprile 2020, n. 2215, in www.giustizia-amministrativa.it.

escludere tale potere discrezionale dell'amministrazione, anche con riferimento agli appalti sotto soglia ai sensi dell'art. 36 Codice dei Contratti Pubblici.

Ciò proprio alla luce della «ratio del R.T.I., che è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti» ed è quindi un istituto diretto «a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, con effetti strutturalmente pro-concorrenziali, nonché di garanzia dell'imparzialità, della *par condicio*, di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità. Si tratta, quindi, di un istituto «centrale» per la tutela della libera concorrenza e per l'applicazione del principio di «massima partecipazione»³³.

Infine, non può non farsi una brevissima menzione della recente giurisprudenza della Corte UE in relazione alla disciplina nazionale del subappalto, la quale ha ritenuto che la direttiva 2014/24/UE sia incompatibile con una normativa nazionale, quale l'art. 105 del Codice dei Contratti Pubblici, che, a pena di automatica esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, limita rigidamente al 30% la parte di prestazione che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi, «anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione», in quanto sarebbe possibile adottare misure meno restrittive della concorrenza e del pari idonee a raggiungere l'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico perseguito dal legislatore italiano con il limite quantitativo citato al subappalto³⁴.

Peraltro, tali considerazioni erano già state espresse dalla Commissione Europea in sede di procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia, ove veniva rilevato che «le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto. Conformemente a tale approccio, l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offe-

³³ TAR Liguria, sez. I, 9 maggio 2019, n. 421; nello stesso senso TAR Sardegna, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 595, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ V. Corte di Giustizia UE, sez. V, 26 settembre 2019, n. 63, in *Foro Amministrativo (II)*, 2019, 9, 1422. Rileva G.A. Giuffrè, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, fasc. 1, 85 ss., che «la possibilità degli operatori economici aggiudicatari di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di subaffidare a terzi l'esecuzione dei relativi contratti pubblici di appalto è stata tradizionalmente oggetto di discussione in considerazione della sua potenziale idoneità ad aggirare le regole di evidenza pubblica a tutela della concorrenza e della corretta gestione del denaro pubblico e, soprattutto, a favorire i fenomeni di infiltrazione mafiosa». In generale sul subappalto, v., solo tra i contributi più recenti, F. D'Alessandri, *Il subappalto nei contratti pubblici*, Roma, 2020; S. Fantini, *Subappalto*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. IV, 47 ss.; A. Castelli, M. Loche, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urb. e App.*, n. 5/2020, 648-655.

renti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere»³⁵.

Quindi, anche nella più recente giurisprudenza di primo grado nazionale, nonché in quella della Corte di Giustizia UE, sembra emergere la centralità della tutela della concorrenza e dei principi ad essa correlati che si sono fin qui analizzati, quali criteri interpretativi al fine di definire l'ambito di applicazione degli istituti rilevanti in materia di procedure ad evidenza pubblica.

4. *La “semplificazione” della disciplina nazionale sulle procedure ad evidenza pubblica: il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019 c.d. sblocca-cantieri*

Ciò posto, come detto, l'attuale disciplina nazionale delle procedure ad evidenza pubblica è affidata al d.lgs. n. 50/2016, con cui si è proceduto a recepire le più volte citate direttive 24/25/26/2014/UE³⁶.

In sede di premessa, si è anticipato che la pandemia in corso da Covid-19 ha spinto il legislatore nazionale a intervenire sulla disciplina in materia di appalti pubblici, per fronteggiare le ricadute economiche conseguenti alle misure restrittive adottate per fronteggiare il proliferare dei contagi.

In particolare, l'intervento del legislatore è volto a semplificare le procedure ad evidenza pubblica, con evidente intento acceleratorio di esse, anche mediante la predisposizione di deroghe all'applicazione del citato Codice dei Contratti Pubblici, quantomeno fino al 31 dicembre 2021, disponendo alcune modifiche definitive al testo del Codice dei Contratti Pubblici e introducendo, contestualmente, una normativa speciale con portata limitata e durata circoscritta nel tempo.

Si deve subito segnalare, prima di cercare di esaminare sistematicamente le modifiche introdotte dal d.l. n. 76/2020, che tale intervento è stato senz'altro agevolato e stimolato dalla pandemia da Covid-19, ma non pare tuttavia che di essa sia frutto esclusivo. Non si può infatti non evidenziare la linea di continuità, quantomeno sul piano delle finalità, che intercorre tra il nuovo d.l. n. 76/2020 e

³⁵ Commissione Europea, Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273, C (2019), 452.

³⁶ Come rilevato in dottrina peraltro, «il testo normativo iniziale del codice ha, però, incontrato fin dalla sua entrata in vigore notevoli problemi applicativi dal momento che per un verso si è a lungo dibattuto su quale fosse la data esatta della sua concreta operatività (19 o 20 aprile 2016), mentre per altro verso, a distanza di sole poche settimane dalla sua promulgazione, veniva pubblicato in Gazzetta Ufficiale un comunicato di rettifica ove venivano riscontrati (e corretti) ben 181 errori formali tra i 220 articoli di cui si compone il codice. [...] Di conseguenza, sebbene il codice del 2016 fosse stato concepito sotto l'impegno e l'auspicio di contribuire in maniera strategica alla ripartenza del settore dei contratti pubblici, in realtà, si è registrata una fase intermedia di stallo che ha imposto prima l'approvazione del cosiddetto “correttivo” (previsto già nel testo della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11) e successivamente di diversi e periodici altri interventi tampone» (M. Pani, *Il decreto sblocca-cantieri ed il suo regime transitorio*, in *Lexitalia.it*, 28 settembre 2019).

il d.l. n. 32/2019, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55 c.d. sblocca-cantieri, adottato dal precedente Governo ben prima dell'emergenza sanitaria in atto³⁷.

Non preme in questa sede analizzare compiutamente le singole previsioni del d.l. sblocca-cantieri, bensì porre l'accento sulla circostanza per cui il legislatore, pur in assenza del fenomeno pandemico ora in corso, aveva ritenuto necessario, per fronteggiare la difficile situazione economica, lavorativa e sociale del Paese, intervenire sulla disciplina dei contratti pubblici in senso derogatorio e semplificatorio³⁸.

Con il d.l. sblocca-cantieri, infatti, il legislatore aveva già sperimentato la tecnica della previsione di discipline normative «a tempo», poi riproposta, come anticipato, nel d.l. n. 76/2020; in particolare, lo sblocca-cantieri aveva disposto la sospensione dell'efficacia e dell'applicazione fino al 31 dicembre 2020 di diversi istituti del Codice dei Contratti, nonché l'introduzione di nuove norme anch'esse con efficacia limitata al 31 dicembre 2020³⁹.

Che la disciplina temporanea risultante dalla commistione tra norme sospese e nuove norme introdotte non guardi al solo stretto ambito temporale per cui ciò è disposto, è senz'altro confermato dalla circostanza per cui, almeno con riferimento alle norme sospese, l'art. 1, comma 2, prevede che «entro il 30 novembre 2020 il Governo presenta alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa».

Quanto alle nuove norme introdotte dal d.l. sblocca-cantieri, esse non sono esplicitamente soggette a tale riesame all'esito del periodo, eppur tuttavia, proprio anche alla luce del fatto che le stesse siano state adottate in un periodo non caratterizzato da un'emergenza sanitaria ed economica transitoria, quale quella derivante dalla pandemia, bensì per fronteggiare una ormai endemica crisi economica, pare assai probabile che le stesse verranno comunque vagliate nei loro effetti, per valutarne le ricadute pratiche.

Tale circostanza non è priva di rilevanza ai fini della nostra analisi, in quanto mostra una linea di tendenza del legislatore nazionale, anche a prescindere dalla pandemia, per cui il Codice dei Contratti Pubblici, costruito sull'impianto eurounitario ed ispirato, perciò, ai principi di cui prima s'è detto, possa costituire un freno, un ostacolo, allo sviluppo economico.

³⁷ Ripercorre le recenti riforme del Codice dei Contratti Pubblici F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020, 36-76.

³⁸ Sul d.l. sblocca-cantieri v. F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri. Commento organico alle novità introdotte nei contratti pubblici dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55*, Roma, 2019; A. Massari, *Gli appalti pubblici dopo il decreto «sblocca-cantieri» e le altre recenti novità*, Santarcangelo di Romagna, 2019; A. Iannotti Della Valle, *Prime riflessioni sul decreto legge «sblocca cantieri» in ottica eurounitaria e costituzionale*, in *RISE Giuridica*, Vol. I, num. I, 2019, 34 e ss.

³⁹ Cfr. ancora M. Pani, *Il decreto sblocca-cantieri ed il suo regime transitorio*, cit.

Tra le norme maggiormente rilevanti rispetto a tale impostazione legislativa introdotte dal d.l. sblocca-cantieri, vale menzionare la previsione, in sede di decretazione d'urgenza, del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per gli appalti sotto soglia comunitaria in via prioritaria, potendosi ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto previa adeguata motivazione; disciplina poi mitigata in sede di conversione, ove si è prevista l'equiparazione del criterio del prezzo più basso con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo rimasta la preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo per i contratti sopra soglia, ad eccezione dei servizi e delle forniture aventi caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato e non interessati da alta intensità di manodopera.

Tale disciplina, seppur non in contrasto frontale con l'art. 67, comma 1, direttiva 2014/24/UE⁴⁰, non può comunque dirsi ispirata dalla medesima *ratio* della norma europea e, nel raffronto con la giurisprudenza che, contestualmente, si era occupata della questione, *i.e.* la sentenza sopra citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2019, si pone in termini limitativi dei principi in essa definiti.

Se è pur vero infatti che, da un lato, la previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale regola nei contratti sopra soglia è del tutto conforme alla statuizione esplicita della Plenaria, non è men vero che, in via generale, una gara che si fonda sul solo massimo ribasso comporta un aumento esponenziale dei rischi sull'affidabilità dell'offerta, «in quanto all'apparente immediato vantaggio per la stazione appaltante sovente segue una prestazione scadente e non rispondente al progetto di gara, dovuta altresì al fatto che l'operatore economico non riesce ad assicurarsi un adeguato profitto»⁴¹.

Il d.l. sblocca-cantieri ha poi previsto che, fino al 31 dicembre 2020, nelle procedure aperte è applicabile l'art. 133, comma 8, del Codice, ovvero il metodo della c.d. inversione procedimentale (precedentemente valevole per i soli settori speciali), quale strumento procedimentale utilizzabile anche nei settori ordinari sopra soglia, che consente alla stazione appaltante di esaminare prioritariamente le offerte rispetto alla verifica dell'idoneità degli ammessi.

Ora, se è pur vero che la norma può avere una portata meno dirompente di quel che sembra, se si pone mente al fatto che, al fine di verificare l'anomalia delle offerte è necessario comunque individuare ed esaminare la documentazione delle altre imprese ammesse, la sua rilevanza, ai nostri fini, si coglie sotto il profilo della filosofia di fondo che la anima e che pare porsi in contrasto con i principi della

⁴⁰ La norma citata dispone che «fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

⁴¹ Così A. Gorgoglione, *op. cit.*

trasparenza, non discriminazione e imparzialità, che si legano a doppio filo, come visto, alla concorrenza.

In questa direzione, infatti, la stessa Corte Costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., di una legge regionale che estendeva il meccanismo di inversione procedimentale anche agli appalti sotto soglia.

Nel far ciò, peraltro, la Consulta ribadisce che anche le norme in tema di procedure sotto soglia sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, «in quanto tale finalità può sussistere in riferimento anche ai contratti riconducibili alla prima di dette categorie [sotto soglia] e la disciplina stabilita al riguardo dal legislatore statale mira ad assicurare, tra l'altro, il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione»⁴².

Inoltre, evidenzia come, pur esistendo un orientamento nella giurisprudenza amministrativa per cui l'inversione procedimentale dia luogo a mera irregolarità⁴³, da un lato, detto orientamento sia contraddetto da altra giurisprudenza⁴⁴, nonché che lo stesso orientamento riconosce comunque l'esistenza di un principio generale di sequenzialità logica e giuridica nell'esame della documentazione amministrativa e di quella relativa all'offerta, pur non facendone derivare dalla sua violazione una conseguenza invalidante.

Infine, vale sottolineare come il d.l. sblocca-cantieri sia intervenuto sull'istituto del subappalto, anche alla luce della procedura di infrazione aperta dalla Commissione, cui avrebbe poi fatto seguito la sopra citata giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche se la novella, quale modifica più rilevante, innalza semplicemente il limite della quota subappaltabile dal 30% al 40%.

Come rilevato in dottrina, non pare che l'innalzamento del 10% del limite della quota subappaltabile possa superare i conflitti con il diritto eurounitario, che esigerebbe di non comprimere affatto il ricorso al subappalto, salve particolari ragioni relative alla peculiarità della prestazione da svolgere⁴⁵.

⁴² Corte cost., 6 marzo 2020, n. 39, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴³ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁴ Cfr. TAR Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391; TAR Sardegna, 14 maggio 2003, n. 605; Cons. Stato, sez. II, parere 30 aprile 2003, n. 1036; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6306, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Questa giurisprudenza evidenzia, in particolare, come «la preventiva conoscenza dell'offerta economica è in grado di influire non solo sui giudizi da assegnare alla qualità delle offerte (che nel caso di specie non era oggetto di valutazione) ma anche sulle decisioni in merito all'ammissione dei concorrenti alla procedura, e ai fini dell'annullamento non è necessario dimostrare che tale possibilità si sia concretizzata essendo sufficiente la mera possibilità del suo avverarsi». Evidenzia altresì la dottrina il conseguente prevedibile aumento del contenzioso (si pensi al miglior offerente che si vede escluso a seguito della verifica dei requisiti), nonché la necessità di evitare che offerte di soggetti evidentemente privi dei requisiti contribuiscano a (ri) determinare la soglia di anomalia (M. Pani, *Il decreto sblocca-cantieri ed il suo regime transitorio*, cit., nota 29).

⁴⁵ Così A. Iannotti Della Valle, *op. cit.*, 40.

5. *Il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020 c.d. semplificazioni*

Su tali basi è poi dunque intervenuta la recente adozione del d.l. n. 76/2020, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120⁴⁶, che, pare di poter rilevare, si muove nella medesima direzione del d.l. n. 32/2019, alla ricerca di una modifica, tanto mediante normative speciali «a tempo», quanto mediante modifiche «a regime», di alcuni istituti del Codice dei Contratti e del Codice del processo amministrativo, ritenuti eccessivamente gravosi per la pubblica amministrazione e per l'esecuzione degli appalti pubblici, con conseguenze perciò in tema di (minor) sviluppo economico del Paese.

Ai nostri fini, dunque di una analisi del rapporto tra gli interventi di riforma e i principi fondanti la normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica, assumono preminente rilievo alcune disposizioni.

5.1. *Le procedure sotto soglia e sopra soglia nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni*

In tal senso, il legislatore ha previsto una normativa derogatoria tanto per l'aggiudicazione dei contratti sotto soglia, quanto di quelli sopra soglia, «qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021» e, dunque, secondo la tecnica legislativa «a tempo»⁴⁷.

Quanto ai contratti sotto soglia, l'art. 1, comma 1, del d.l. semplificazioni, eliminando qualsiasi riferimento alle procedure aperte, indica come modalità per l'affidamento di tale tipologia di contratti quelle dell'affidamento diretto e quello della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara. In tali casi, il legislatore prevede che la procedura di affidamento debba essere conclusa entro il termine di due mesi (affidamento diretto) o quattro mesi (procedura negoziata) dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, prevedendo, in caso di mancato rispetto di tale termine, la possibile rilevanza a fini della responsabili-

⁴⁶ Per un commento articolo per articolo v. C. Contessa, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Sottolineano peraltro acutamente M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti sotto soglia nel d.l. semplificazioni*, in Lexitalia.it, 16 novembre 2020, che «proprio questa finestra temporale, poi, allunga in misura variabile la vigenza temporale della prescrizione in commento atteso che la sua efficacia, o sarebbe meglio dire la sua scadenza, appare condizionata al livello di efficienza che la stazione appaltante riuscirà a dimostrare nella gestione della commessa oltreché ad eventi imprevisi e/o imprevedibili quali quelli scaturenti e connessi alla proposizione di eventuali atti di impugnazione davanti ai Tribunali amministrativi competenti. Di conseguenza se pure la prescrizione appare logica e condivisibile nella ratio di fondo che l'ha ispirata non può di converso essere celato che la stessa potrebbe risultare, sotto un profilo pratico, assoggettata ad un periodo temporale di ultrattività che, in ipotesi, si andrebbe ad affiancare con il reingresso dell'impianto di regole adottate *ab origine*».

tà erariale, se il mancato rispetto è imputabile al responsabile unico del procedimento, ovvero, se imputabile all'operatore economico, quale causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o, in caso di tardivo avvio dell'esecuzione, di risoluzione del contratto per inadempimento.

Per gli affidamenti diretti peraltro, l'art. 1, comma 2, lett. a) innalza le soglie di valore, che passano da euro 40.000 a euro 150.000 per i lavori e a euro 75.000 per i servizi e le forniture e in tali ultimi casi non è necessaria la richiesta di più preventivi.

In dottrina, si è evidenziato che la scelta legislativa dunque è chiaramente nel senso di garantire la tempestività nell'affidamento e nell'esecuzione del contratto, anche laddove ciò comporti un sacrificio al sistema garantista della pluralità di concorrenti, giacché «nell'equilibrio tra il confronto concorrenziale con almeno due o più preventivi e quello della celerità del procedimento di appalto pubblico, il legislatore – limitatamente a questa speciale fase storica emergenziale – ha deciso di far pendere l'ago della bilancia verso questo secondo caso, con tutte le conseguenze che necessariamente ne derivano in termini di snellezza procedimentale pur con sacrificio dell'obbligo generale di trasparenza e pluralità di inviti/partecipanti»⁴⁸.

Quanto alle procedure negoziate senza pubblicazione del bando, l'art. 1, comma 2, lett. b) prevede la consultazione di un numero crescente di operatori da cinque fino a quindici al crescere del valore della commessa, prevenendo il rispetto del «criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici»⁴⁹.

In merito ai criteri di aggiudicazione, il d.l. semplificazioni conferma quanto previsto dal d.l. sblocca-cantieri sopra richiamato, per cui equipara il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con quello del prezzo più basso, pur facendo salva, con un intervento operato solo in sede di conversione del decreto, che ha recepito sul punto le osservazioni dell'ANAC⁵⁰, l'applicazione dell'art. 95, comma 3, del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai casi ivi previsti.

Nondimeno, il d.l. semplificazioni ha poi previsto che, per gli affidamenti sotto soglia aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltan-

⁴⁸ Così M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti sotto soglia nel d.l. semplificazioni*, cit.

⁴⁹ Sul criterio di rotazione v., da ultimo, R. Giani, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in G.M. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, 55-76.

⁵⁰ Cfr. ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, reperibile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it.

ti procedano all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Tale esclusione automatica risulta peraltro applicabile, stante l'assenza di deroghe, anche agli appalti che presentino un interesse transfrontaliero, ponendo perciò problemi di compatibilità con il diritto europeo. Infatti, con la procedura di infrazione n. 2018/2273 la Commissione Europea aveva evidenziato l'incompatibilità dell'art. 97, comma 8, del Codice dei Contratti con le disposizioni UE, in quanto trovava applicazione a prescindere dal fatto che l'appalto presentasse o meno un interesse transfrontaliero certo e prevedesse una soglia riferita al numero delle offerte giudicata non sufficientemente elevata. Per superare tali criticità, l'articolo era stato modificato dall'art. 1, comma 20, lett. u), della l. n. 55 del 2019, di conversione del d.l. sblocca-cantieri, prevedendo che l'esclusione automatica potesse operare soltanto quando il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'art. 35 e per affidamenti che non presentassero carattere transfrontaliero. Inoltre, era stato previsto che l'esclusione automatica non operasse quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

Di tale disposizione ha anche già fatto applicazione la giurisprudenza di primo grado, la quale ne ha peraltro fornito una interpretazione letterale e dunque assai incisiva sulla posizione dell'operatore economico che aveva presentato una offerta con percentuale di ribasso sotto la soglia di anomalia, avendo infatti chiarito che il tenore del comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020 non lascia margine di scelta alla stazione appaltante che in questo caso deve procedere all'esclusione automatica; e ciò poiché «se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare [...], l'esclusione automatica sotto soglia risulta certamente coerente con tale obiettivo», pur evidenziando che al raggiungimento del medesimo obiettivo «non sembra funzionale, come reso evidente dal presente giudizio, il continuo e disallineato mutare della disciplina, con reiterata modifica dei valori di riferimento e delle tipologie di procedura, che inevitabilmente ingenera come più immediato effetto il disorientamento tanto delle stazioni appaltanti che degli operatori»⁵¹.

⁵¹ TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si legge anche che «il legislatore, assumendo che l'efficacia della spesa pubblica – declinata in questo caso in termini di maggiore rapidità della sua erogazione – possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia, ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti, con scadenza al 31.12.2021, la quale privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione «meccanica» di alcuni passaggi (quali, nel caso che interessa, il giudizio di anomalia condotto con esclusione automatica delle offerte anomale). Diversamente da quanto affermato in ricorso l'applicazione della disciplina emergenziale non è correlata nel testo di legge alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria (distinzioni che, per altro, rischierebbe di indurre ulteriori complicazioni e contenziosi volti a «perimetrare» cosa si inten-

Inoltre, la recente decisione ritiene che la previsione in discorso, sempre alla luce di una interpretazione letterale, debba essere applicata a tutti i settori e non solo alle gare strettamente connesse all'esigenza sanitaria, pur chiarendo come, nel caso sottoposto al suo esame, non si pongano questioni di compatibilità eurounitaria in ragione dell'assenza di prova dell'interesse transfrontaliero della procedura sotto soglia e comunque dovendosi considerare la natura temporalmente limitata della norma al 31 dicembre 2020.

In merito invece ai contratti sopra soglia comunitaria, il legislatore, sempre con riferimento alle procedure che prendano avvio entro il 31 dicembre 2021, detta due novità derogatorie di particolare rilevanza, oltre a prevedere, anche per essi, il termine entro cui devono concludersi le procedure, fissato in sei mesi, e la cui violazione determina le medesime conseguenze sopra viste in tema di contratti sotto-soglia (responsabilità erariale o esclusione/risoluzione a seconda dell'imputabilità alla p.a. o al privato).

In primo luogo, l'art. 2, comma 3, del d.l. semplificazioni prevede che l'affidamento possa avvenire mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63 del Codice dei Contratti, per i settori ordinari, e di cui all'art. 125, per i settori speciali, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara e nel rispetto del criterio di rotazione, quando per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati ovvero nei casi, per vero assai limitati, di singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa che, prima della dichiarazione dello stato di emergenza, avessero stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma.

Ma, ancor più rilevante in punto deroga alla concorrenza, è il disposto del comma 4 dell'art. 2 che, nei casi del citato comma 3, ma anche in ulteriori numerosissimi settori di grande rilevanza economica (quali edilizia scolastica, giudiziaria, sanitaria, ...) ⁵², prevede che gli affidamenti «operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decre-

da per gare «connesse all'emergenza sanitaria») ma più genericamente all'emergenza economica indotta dall'emergenza sanitaria, quindi senza distinzione di settori».

⁵² L'art. 2, comma 4, fa riferimento ai «settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria».

to legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto».

Come è stato efficacemente notato⁵³, la norma ricalca quanto previsto dal d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv. in legge 16 novembre 2018, n. 130, afferente alla ricostruzione del ponte Morandi a Genova che, all'art. 1, comma 5, per le attività di demolizione, rimozione, smaltimento e conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, assegnava al Commissario straordinario il medesimo potere di deroga alle leggi vigenti, con il limite delle sole leggi penali, del codice delle leggi antimafia e dei vincoli di appartenenza dell'Unione Europea⁵⁴.

5.2. *Conclusioni dei contratti pubblici, ricorsi giurisdizionali e sospensione dell'esecuzione dell'opera nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni*

L'altro ambito di maggiore rilevanza su cui è intervenuto il d.l. semplificazioni, rispetto alla tutela della concorrenza e alla correlata effettività *della tutela giurisdizionale*, è quello inerente alla conclusione del contratto e ai ricorsi giurisdizionali, per il quale l'art. 4 del d.l. detta alcune modifiche "a tempo" ed alcune modifiche "a regime".

Seguendo la tassonomia della norma, in primo luogo, l'art. 4, comma 1, modifica l'art. 32, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, disponendo che la mancata stipulazione del contratto nel termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione ivi previsto debba essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e rilevi ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto; inoltre, specifica che la proposizione di un ricorso giurisdizionale non costituisce

⁵³ F. Di Matteo, *Misure di incentivazione degli investimenti pubblici: novità in tema di procedure di affidamento, criteri di selezione delle offerte e requisiti di partecipazione*, Relazione svolta al Corso di formazione «Le nuove regole in materia di appalti e di semplificazione amministrativa», organizzato in videoconferenza il 12 novembre 2020, in collaborazione tra la Scuola Superiore della Magistratura e l'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa.

⁵⁴ La norma era stata definita dall'allora Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, in sede di audizione davanti alle Commissioni congiunte VIII^A Ambiente, territorio e lavori pubblici e IX^A Trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati, «una disposizione che credo sia senza precedenti (la deroga a tutte le norme dell'ordinamento italiano, ad esclusione di quelle penali)», con la quale «si intende consentire al Commissario di muoversi con assoluta e totale libertà, imponendogli solo i principi inderogabili dell'Unione europea ed ovviamente i principi costituzionali». L'intero testo dell'audizione è consultabile in www.appaltiecontratti.it.

giustificazione per la mancata stipulazione, salvo che non operino i meccanismi di *stand still* di cui all'art. 32, commi 9 e 11, del Codice dei Contratti.

Particolarmente rilevante è poi quanto disposto ai commi 2 e 3 del citato art. 4 del d.l. semplificazioni, che operano una estensione applicativa di quanto dispone l'art. 125 cod. proc. amm., con riferimento, finora, alle sole infrastrutture strategiche.

La modifica è "a tempo" in quanto trova applicazione per i contratti sotto soglia e sopra soglia stipulati con le modalità in deroga previste dai citati artt. 1 e 2 del d.l. semplificazioni, per cui, come detto, la relativa disciplina è, allo stato, applicabile solo fino al 31 dicembre 2021.

In tal senso, in caso di impugnazione degli atti di tali procedure, il legislatore dispone l'applicazione dell'art. 125, comma 2, cod. proc. amm. (art. 4, comma 2, d.l. semplificazioni) e, con riferimento agli appalti sopra soglia aggiudicati mediante procedura negoziata per ragioni di urgenza causata dalla pandemia da Covid-19, dispone altresì l'applicazione dell'art. 125, comma 3, cod. proc. amm. (art. 4, comma 3, d.l. semplificazioni).

Dunque, il legislatore intende, in primo luogo ed in sede cautelare, rafforzare la valutazione del giudice amministrativo circa le conseguenze della eventuale sospensione dell'aggiudicazione sull'interesse nazionale alla prosecuzione dell'opera, nonché al necessario raffronto tra il pregiudizio irreparabile per il ricorrente e quello dell'aggiudicatario alla celere prosecuzione dell'opera (art. 125, comma 2, cod. proc. amm.); ma, ancor più rilevante, soprattutto sul piano dei principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica, è la scelta legislativa di prevedere, per gli appalti sopra soglia aggiudicati con procedura negoziata per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19, che alla sospensione o all'annullamento dell'aggiudicazione non faccia seguito la caducazione del contratto e il ricorrente possa conseguire solo la tutela risarcitoria per equivalente (art. 125, comma 3, cod. proc. amm.).

Per completezza, vale evidenziare che il legislatore modifica poi, nuovamente, l'art. 120 cod. proc. amm., che disciplina il rito processuale in materia di appalti pubblici, prescrivendo che il giudizio debba essere «di norma» definito in camera consiglio con sentenza in forma semplificata *ex* art. 60 cod. proc. amm., «qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa»; inoltre, prescrive il deposito della sentenza entro quindici giorni dall'udienza di discussione e, per i casi più complessi, entro tale data il deposito del dispositivo, «indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione», e

il deposito della sentenza entro il termine di trenta giorni (art. 4, comma 4, d.l. semplificazioni)⁵⁵.

Di interesse ai nostri fini è, in ultimo, la previsione di cui all'art. 5, comma 6, del d.l. semplificazioni, che fino al 31 dicembre 2021, ridisegna le cause di sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, prescrivendo, quanto all'eventuale contenzioso giurisdizionale, che il giudice debba compiere le medesime valutazioni previste dall'art. 125, comma 2, cod. proc. amm., di cui, come visto sopra, l'art. 4, comma 2, ha previsto l'applicazione alle impugnazioni di atti di gara fino al 31 dicembre 2021.

Le due norme vanno lette in via coordinata e consequenziale, disciplinando, nel medesimo modo, i poteri del giudice di due contenziosi diversi e che intervengono in momenti diversi: l'art. 4, comma 2, si riferisce al contenzioso davanti al giudice amministrativo di impugnazione degli atti di gara e, in particolare, dell'aggiudicazione; l'art. 5, comma 6, al contenzioso, che in base alle regole di riparto di giurisdizione, dovrà tenersi davanti al giudice ordinario, relativo all'esecuzione del contratto e, in particolare, all'eventuale possibile sospensione dell'esecuzione dell'opera⁵⁶.

In tal senso infatti, la più recente giurisprudenza amministrativa che ha già avuto modo di occuparsi della norma di cui al citato art. 5, comma 6, ha chiarito che essa non trova applicazione in caso di impugnazione dell'aggiudicazione, in quanto va riferita all'ambito sostanziale del medesimo art. 5, *i.e.* i casi in cui o vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5, comma 6, primo periodo, o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2, e che «la citata previsione processuale extravagante dell'art. 5, comma 6, d.l. n. 76/2020 non incide sulle regole processuali contenute negli art. 120 e ss. c.p.a. in ordine alla sentenze di merito del giudice amministrativo sull'aggiudicazione degli appalti e sulla sorte del contratto»⁵⁷.

Così, il legislatore, per entrambi i momenti rilevanti dell'appalto, quello della scelta del contraente e quello dell'esecuzione dell'opera, pone quale interes-

⁵⁵ Per un commento v. M. Lipari, *Il nuovo rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Sul riparto di giurisdizione nei contratti pubblici cfr., da ultimo, Cass., ss.uu., 10 gennaio 2019, n. 489, in *Guida al diritto*, 2019, 14, 42, per cui in tema di appalti pubblici, anche a seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle aventi a oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni giuridiche qualificabili come diritti e obblighi.

⁵⁷ Cons. Giust. Amm., decreto 14 novembre 2020, n. 795, in www.giustizia-amministrativa.it, che peraltro preferisce lasciare aperta la questione sul riparto di giurisdizione in tal caso, affermando che «essendo altresì da stabilire se in siffatte due evenienze la giurisdizione sulla controversia spetti al giudice ordinario ovvero al giudice amministrativo».

se primariamente rilevante la celere aggiudicazione ed esecuzione dell'opera, con eventuale sacrificio dell'interesse del ricorrente e del suo irreparabile pregiudizio, che deve essere valutato in rapporto con l'interesse pubblico alla quanto più rapida aggiudicazione ed esecuzione dell'opera, nonché, anche laddove si dovesse giungere ad una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione, la sua tutela potrebbe essere limitata al solo risarcimento per equivalente, in forza del disposto dell'art. 125, comma 3, cod. proc. amm., nei casi di contratti sopra soglia stipulati in via urgente a causa delle conseguenze negative della pandemia.

6. *Alcune prime questioni interpretative del d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni*

Alla luce dell'analisi qui brevemente compiuta del d.l. semplificazioni, ma anche del precedente d.l. sblocca-cantieri, pare evidente la tendenza legislativa a voler porre a fondamento dell'intervento riformatore sulla normativa delle procedure ad evidenza pubblica esigenze di accelerazione nello svolgimento delle gare, consentendo alla stazione appaltante di derogare alla necessità di una consultazione ampia degli operatori economici potenzialmente interessati alla commessa.

Depongono chiaramente ed esemplificativamente, in tal senso, le previsioni dei due decreti-legge, l'ultimo dei quali con tendenza rafforzata a causa dell'aggravamento della crisi economica dovuta alla pandemia, che ampliano la possibilità per gli appalti sotto soglia di ricorrere all'affidamento diretto e alla procedura negoziata senza bando, nonché, ancor di più, le deroghe previste per gli appalti sopra soglia.

Tali misure si pongono in rapporto di tensione con i principi che hanno sempre presieduto la normativa in tema di contratti pubblici e segnatamente, quelli in apertura analizzati di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza, che consentono l'esplicitarsi della piena concorrenza tra le imprese.

Nella medesima direzione, le riforme nazionali muovono verso una correlata limitazione dei rimedi processuali attivabili dall'operatore economico che si ritenga leso dagli atti adottati dall'amministrazione nelle procedure di gara, prevedendo limitazioni alla tutela cautelare, alla possibilità di caducazione del contratto, con possibilità di ottenere la sola tutela risarcitoria, nonché al c.d. rito appalti, le cui tempistiche si muovono sempre più verso una decisione «rapida», che pare ignorare la complessità delle questioni che le gare pubbliche pongono.

Non può non notarsi dunque come se da un lato il legislatore europeo aveva fondato il suo intervento sulla necessità di tutelare la concorrenza e i principi di apertura delle pubbliche gare alle imprese, sia sul piano sostanziale che, di riflesso,

sul piano della effettività della tutela, in particolare giurisdizionale, in direzione speculare, ma contraria, il legislatore nazionale degli ultimi decreti interviene al fine di approntare deroghe ai meccanismi di tutela della concorrenza e della correlata effettività della tutela giurisdizionale, cogliendo anch'egli, anche se in chiave opposta, l'intimo legale che intercorre tra i due aspetti.

Eppure, come si è visto al precedente par. 3, la giurisprudenza intervenuta contestualmente e parallelamente all'adozione del d.l. semplificazioni, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che si è occupata nell'anno in corso di dirimere numerose questioni interpretative sulla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici, pare aver assunto a criterio guida proprio quello della tutela dei principi fondamentali di trasparenza, pubblicità e non discriminazione, dunque di consentire una piena esplicazione della concorrenza, nonché la correlata esigenza di garanzia sul piano della tutela giurisdizionale.

Su tali basi, emerge allora la difficoltà, anche, di interpretazione di alcune disposizioni contenute nel d.l. semplificazioni.

In primo luogo, già i primi commentatori si sono posti l'interrogativo se, nella vigenza della descritta disciplina emergenziale, derogatoria delle disposizioni dell'art. 36, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, per gli appalti di lavori di valore inferiore ad euro 150.000 e di servizi e forniture, sia obbligatorio procedere all'affidamento diretto oppure sia comunque ammessa la facoltà della stazione appaltante di scegliere le procedure semplificate o quelle ordinarie previste dal Codice dei Contratti Pubblici.

Alcuni infatti pare abbiano ritenuto che, in forza di tale novella e per il periodo della sua vigenza, temporalmente limitato fino al 31 dicembre 2021, debba ritenersi preclusa la possibilità di ricorrere a procedure aperte o ordinarie, dovendosi applicare il meccanismo di affidamento diretto⁵⁸.

Secondo diversa impostazione, propria anche dell'ANAC⁵⁹, tale possibilità deve considerarsi ammessa, in ragione della circostanza per cui l'art. 1 del d.l. n. 76/2020 è intervenuto a derogare il solo comma 2 dell'art. 36 del Codice dei Contratti, risultando perciò pienamente applicabile il comma 1 della norma, che dispone l'applicazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione e l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese; di tal che, una interpretazione sistematica dovrebbe

⁵⁸ Cfr. M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti sotto soglia nel d.l. semplificazioni*, cit., per i quali «scompare la procedura aperta od ordinaria, anche come mera facoltà, mentre si estende l'affidamento diretto, che risulta essere ancora più alleggerito rispetto ai vincoli originari dell'art. 36, comma 2 del codice dei contratti pubblici».

⁵⁹ Cfr. ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, reperibile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it.

condurre a riconoscere la perdurante facoltà, per le stazioni appaltanti, di operare con procedure aperte anche nei contratti sotto soglia⁶⁰.

Tale seconda opzione ermeneutica appare per vero maggiormente convincente, alla luce della citata funzione interpretativa dei principi fondanti la normativa sui contratti pubblici, in quanto rappresenta la migliore sintesi tra l'esigenza di semplificazione manifestata dal legislatore del 2020 con le ragioni di fondo che animano il Codice dei Contratti.

È dunque in una visione non solo sistematica, ma anche di *ratio legis* e di interpretazione c.d. per principi, che la seconda lettura proposta appare preferibile, poiché consente di operare una interpretazione della novella che sia coerente con l'intero impianto normativo in materia e con i principi su cui essa è stata costruita, garantendo comunque la possibilità che siano offerte agli operatori economici maggiori possibilità di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Ulteriore profilo interpretativo attiene poi alla riconosciuta possibilità per le stazioni appaltanti, secondo il c.d. modello Genova, di derogare, per l'affidamento di contratti in numerosi settori, a tutte le norme dell'ordinamento, salvo quelle penali, antimafia, nonché ai «vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto», secondo quanto disposto dal citato art. 2, comma 4, d.l. n. 76/2020.

Di tale norma infatti, l'ANAC ha già fornito una interpretazione assai restrittiva, in forza della quale «le stazioni appaltanti che opereranno nei settori indicati dal comma 4 dovranno applicare le direttive a partire dalla scelta della procedura che, in assenza di motivate ragioni in concreto, non potrà essere sempre la procedura negoziata senza bando. [...]»⁶¹.

Ora, se è senz'altro condivisibile l'impostazione di fondo di tale opzione interpretativa, che peraltro, come visto, è la medesima proposta in via generale in questo lavoro, detta lettura appare eccessivamente manipolativa della previsione normativa, forzando la lettera della legge che fa salvi i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea e conducendo ad un risultato interpretativo che, più che orientato alla tutela dei principi eurounitari di trasparenza, parità di trat-

⁶⁰ Cfr. A. Ruffini, *Decreto Semplificazioni: come cambiano le procedure di affidamento*, in *Urb. e App.*, n. 5/2020, 600.

⁶¹ ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, reperibile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it, 8, che evidenzia anche come tale lettura potrebbe trovare una conferma nel testo dello stesso comma 4 che dispone la deroga «per quanto non espressamente indicato dal presente articolo». Questo inciso consentirebbe, infatti, di ritenere applicabili ai settori del comma 4 le disposizioni del comma 2 che in materia di affidamento rinviano al d.lgs. n. 50/2016.

tamento e non discriminazione, risulta operare una, parziale, *interpretatio abrogans* della norma.

Pare più opportuno, allora, propendere per una interpretazione che, nella medesima direzione già vista in precedenza per i contratti sotto soglia, consenta comunque alla stazione appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie e aperte, ma non imponga l'adozione di una apposita motivazione in concreto per ricorrere alla procedura negoziata senza bando, salvaguardando così anche la *voluntas legis*, sottesa all'intervento semplificatorio.

Ciò anche alla luce della circostanza per cui la normativa in questione dovrebbe avere una durata temporalmente limitata e volta a fronteggiare la situazione emergenziale in atto; d'altronde, laddove il legislatore ritenesse di poter estendere "a regime" tale modello, non pare sarebbe sufficiente ad evitare l'illegittimità costituzionale e comunitaria della norma neppure la lettura restrittiva (*rectius*: manipolativa) offerta dall'ANAC.

Infine, venendo al piano della effettività della tutela giurisdizionale, particolarmente delicata può apparire l'estensione, anch'essa temporalmente limitata, del meccanismo di cui all'art. 125, commi 2 e 3, cod. proc. amm., che come detto, impongono al giudice amministrativo, un rigoroso bilanciamento in sede cautelare e l'impossibilità di dichiarare la caducazione del contratto, riconoscendo al ricorrente il solo risarcimento per equivalente.

Una interpretazione che valorizzi i principi europei necessariamente impone, a monte, una lettura restrittiva delle ipotesi in cui tale estensione può operare, in particolare valutando restrittivamente le ipotesi in cui non sia possibile disporre la caducazione del contratto, *i.e.* i casi di aggiudicazione di appalto sopra soglia mediante procedura negoziata senza bando «per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi», di cui all'art. 2, comma 3, del d.l. semplificazioni.

In dottrina, si è rilevato come, interpretando restrittivamente tale clausola aperta, la possibilità di riconoscere tutela solo in forma risarcitoria per equivalente, potrebbe non considerarsi in frontale contrasto con il diritto europeo, anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 4 luglio 2013 "Fastweb"⁶², che ha riconosciuto la possibilità di derogare, seppur in casi

⁶² Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, n. 100, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2013, fasc. 3-4, 795, con nota di E.M. Barbieri, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*.

assai limitati, alla regola della dichiarazione di inefficacia del contratto in caso di violazione del diritto dell'Unione⁶³.

Ciò nondimeno, la stessa dottrina, condivisibilmente, non solo evidenzia la forte discrasia tra il principio fondamentale della tutela piena ed effettiva della concorrenza, attuato appunto mediante la possibilità di privare di effetti il contratto, e l'estensione del meccanismo che limita tale possibilità e riconosce il solo risarcimento per equivalente, ma altresì riconosce come la norma rischi di essere controproducente, in quanto l'esclusione del potere per il giudice amministrativo di valutare la possibilità che gli effetti del contratto siano o meno fatti salvi, come previsto in via generale, può condurre all'antieconomico risultato per cui debbono restare salvi gli effetti di un contratto la cui esecuzione fosse ancora in fase embrionale, con conseguente doppio onere economico per la p.a. che, oltre a remunerare l'aggiudicatario illegittimo, sarà altresì tenuta a risarcire il danno al ricorrente vittorioso⁶⁴.

7. Conclusioni

Provando a trarre delle conclusioni in merito alle considerazioni sin qui svolte, deve senz'altro riconoscersi come le più recenti riforme legislative si pongano in senso distonico rispetto ai principi generali, in particolare europei, che presidiano la materia dei contratti pubblici e, in particolare, quello della tutela della concorrenza, anche a volerlo leggere quale conseguenza o sintesi dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza.

Bisogna senz'altro riconoscere come la più recente ed autorevole dottrina abbia evidenziato come le direttive del 2014 in materia, al cui recepimento si è proceduto con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016, abbiano introdotto ulteriori interessi e principi rilevanti, in particolare di tutela ambientale, sociale e del lavoro ed anche il principio di efficienza ed efficacia della spesa pubblica⁶⁵.

E tuttavia, se pure così è, si è anche cercato di illustrare (v. *supra* par. 2), come, in primo luogo, il legislatore del 2014 abbia comunque richiamato la necessità che la valorizzazione di tali ulteriori interessi non costituisca una via per limitare la concorrenza, che dunque resta valore di grande rilievo; a sommo

⁶³ In termini si è espresso A. Travi, *Conclusioni dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali: le novità processuali; risarcimento del danno versus caducazione e subentro*, Relazione svolta al Corso di formazione «Le nuove regole in materia di appalti e di semplificazione amministrativa», organizzato in videoconferenza il 12 novembre 2020, in collaborazione tra la Scuola Superiore della Magistratura e l'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa.

⁶⁴ Ancora A. Travi, *op. ult. cit.*

⁶⁵ Ci si riferisce alla già citata posizione di M.P. Chiti, *Principi, op. cit.*

parere di chi scrive infatti, più che aver perduto il carattere primario, come pure autorevolmente sostenuto, mi pare che la tutela della concorrenza abbia perduto il carattere sostanzialmente esclusivo di cui prima era portatore, in quanto viceversa sarebbe difficilmente spiegabile la sua connotazione di limite all'applicazione degli altri principi che le direttive gli riconoscono⁶⁶.

Peraltro, a mitigazione del contrasto, come rilevato efficacemente in dottrina, ciò che assume maggiore rilevanza è soprattutto una «sana» concorrenza, che si realizza proprio attraverso i molteplici profili relativi alla qualità delle prestazioni all'interno di relazioni contrattuali affidabili e sostenibili⁶⁷.

Ma, in ogni caso, ciò che maggiormente in questa sede si vuole evidenziare, è come una visione relazionale dei pur molteplici interessi oggi sottesi alla disciplina dei contratti pubblici non dovrebbe poter condurre ad interventi di riforma che pongano a loro fondamento uno solo di essi, quale quello all'accelerazione delle procedure di gara e alla loro semplificazione, come fatto dal legislatore del d.l. sblocca-cantieri e del d.l. semplificazioni. È proprio a ciò che, anzi, osta la presenza di numerosi principi che debbono ispirare la, difficile, normazione di un settore, quale quello della contrattualistica pubblica, di così cruciale rilevanza per la vita del Paese.

D'altronde, in questo senso, si pensi all'equiparazione tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso operata dal d.l. semplificazioni per gli appalti sotto soglia, ove senz'altro il criterio del prezzo più basso semplifica e accelera la procedura, nonché determina una minor spesa pubblica, ma, al contempo, sacrifica del tutto gli interessi, diversi dalla concorrenza, di valorizzazione della ricerca e dell'innovazione posti a fondamento delle più recenti direttive europee.

È senz'altro vero che la disciplina introdotta col d.l. semplificazioni è figlia, dichiarata, della crisi economica derivante dalla emergenza sanitaria in atto, ma, come si è visto, nella medesima direzione il legislatore si era già mosso col precedente d.l. sblocca-cantieri, in quanto, a ben vedere, la recessione economica è in atto da ben prima della pandemia da Covid-19.

Dunque, come ha rilevato la citata giurisprudenza che ha fatto applicazione, peraltro assai rigorosa, della norma sull'esclusione automatica delle offerte anormali nei contratti sotto soglia, pare doversi evidenziare come tale deroga ai principi fondamentali della materia può, al più, essere considerata ammissibile quale deroga "a tempo", prevista, come più volte detto, fino al 31 dicembre 2021.

⁶⁶ Cfr. i già richiamati art. 67, par. 4, e Considerando 97 direttiva 2014/24/UE.

⁶⁷ Cfr. A. Massera, *Principi procedurali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. I, 341.

Non pare invece condivisibile che la visione semplificatrice, acceleratoria e derogatoria delle regole sull'evidenza pubblica, unicamente rinvenibile nei recenti interventi normativi di riforma, divenga *ratio* generale sulla cui base costruire e interpretare il sistema dei contratti pubblici e quello di tutela giurisdizionale ad esso correlato.

Pare allora preferibile, proprio alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, offrire una lettura delle questioni interpretative che potranno sorgere, che, senza dimenticare le esigenze, pur certamente sussistenti e meritorie di considerazione, di semplificazione ed accelerazione delle gare pubbliche, non sacrifichino eccessivamente gli altri interessi generali che, in periodi ordinari, certamente devono essere considerati preminenti, tra cui in particolare le esigenze di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza⁶⁸.

In tal senso, paiono deporre anche tutte le decisioni esaminate, peraltro coeve agli interventi legislativi, della giurisprudenza ed in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, a fronte di diverse opzioni ermeneutiche, pare aver sempre optato per quella maggiormente conforme ai citati principi fondanti le procedure ad evidenza pubblica.

In conclusione, mi piace richiamare le considerazioni espresse della Presidente emerita della Corte Costituzionale, Prof.ssa Marta Cartabia, all'indomani della cessazione del suo mandato, che, pur riferite all'attività della Consulta, *mutatis mutandis*, mi pare possano guidare tanto il legislatore, quanto gli interpreti, nell'opera di "formazione"⁶⁹ del diritto, anche e forse soprattutto nella materia dei contratti pubblici, alla luce dei tanti interessi rilevanti: «ogni punto di vista illumina l'uno o l'altro degli aspetti dei problemi del decidere, gettando un fascio di luce. È nell'intrecciarsi dei vari fasci di luce che si delinea l'immagine nella sua complessità. Nessuno può conoscere da solo, occorre incrociare le prospettive»⁷⁰.

⁶⁸ Descrive diffusamente la necessità del bilanciamento tra i vari principi nel settore dei contratti pubblici A. Massera, *Principi procedurali*, cit., 345 e ss., cui si rinvia anche per numerose applicazioni concrete.

⁶⁹ Si utilizza, evidentemente, il termine "formazione" del diritto quale figlio spurio del noto concetto di «formante» del diritto, elaborato da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 3.

⁷⁰ M. Cartabia, intervista in *La Repubblica*, 13 settembre 2020. Non dissimile è l'insegnamento espresso da Corte cost., 15 maggio 2013, n. 85, in www.cortecostituzionale.it, per cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza

Il presente scritto affronta il problematico rapporto tra la tutela della concorrenza e dell'apertura delle procedure ad evidenza pubblica con le esigenze di semplificazione ed accelerazione delle stesse, alla luce del recente d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020 c.d. semplificazioni. In tal senso allora, e con approccio idealmente dialogico tra giurisprudenza e legislatore, in primo luogo, richiamati gli interessi generali e le ragioni di fondo sulla cui base, dapprima a livello europeo, e poi nazionale, si è proceduto a definire una compiuta normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica, si esaminano i più recenti arresti, resi nell'anno in corso, della giurisprudenza, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, nel risolvere alcuni nodi interpretativi, paiono ispirati da una costante valorizzazione degli interessi generali sottesi alla normativa in esame. Colta così la portata dei principi e richiamata la funzione interpretativa degli stessi, si compie una *overview* delle principali novità introdotte col d.l. c.d. semplificazioni (e già col precedente d.l. n. 32/2019 c.d. sblocca-cantieri) nella materia in esame, in chiave acceleratoria delle procedure e derogatoria di previsioni del d.lgs. n. 50/2016, anche in rapporto al Codice del processo amministrativo. Così, in conclusione, si pongono al confronto i diversi approcci tenuti, contestualmente, dalla giurisprudenza e dal legislatore della riforma e rispetto alle *rationes* giustificatrici della stessa disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, provando a trarre anche alcune indicazioni interpretative *pro futuro*.

The difficult balance between the protection of competition and the simplification of public procedures, in the dialogue between legislature and jurisprudence

The paper deals with the problematic relationship between the protection of competition and the opening of public procedures with the need of their simplification and acceleration, considering the recent Law Decree no. 76/2020, converted into Law 120/2020 so-called simplifications. In this direction, and with an ideally dialogic approach between jurisprudence and legislature, first of all, having recalled the general interests and the underlying reasons on which, first at European level, and then at national level, it has proceeded to define a comprehensive legislation on public procedures, it examine the most recent decisions, made in the current year, of the jurisprudence, in particular of the Plenary Assembly of the Council of State, which seems to be inspired by a constant enhancement of the general interests underlying the legislation in this matter. After that, the article makes an overview of the main innovations introduced with the so-called simplification law (and already with the previous law decree no. 32/2019) in this matter, in terms of acceleration of the procedures and derogation of the provisions of Legislative Decree no. 50/2016, also in relation to the administrative process code. Thus, in conclusion, the article compares the different approaches of the jurisprudence and the legislator, also trying to draw some interpretative indications for the future.

Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare

Gianfranco Orlando

SOMMARIO: 1. La rinuncia atipica alla proprietà immobiliare e il diritto civile della crisi economica. – 2. L'incompatibilità della rinuncia negoziale con il principio tipicità dei modi di acquisto della proprietà. L'art. 827 c.c. quale fattispecie ad efficacia preclusiva. – 3. I presupposti di integrazione dell'atto reale di abbandono immobiliare. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *La rinuncia atipica alla proprietà immobiliare e il diritto civile della crisi economica*

La rinuncia (atipica) alla proprietà immobiliare sembra vivere una seconda giovinezza¹. Il riferimento è non solo alla recente rilettura, ad opera dell'Adunan-

¹ Si preferisce sottolineare fin da subito la natura "atipica" della rinuncia di cui ci si occuperà nel presente saggio sia per marcare la differenza con le varie forme, espressamente disciplinate dalla legge, di "abbandono liberatorio" (artt. 1170, 882, 550 e 1004 c.c.), sia per evidenziare fin da subito la problematicità della figura alla luce del principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà di cui all'art. 922 c.c.

L'attenzione della dottrina per il tema emerge chiaramente dal proliferare, negli ultimi anni, delle trattazioni monografiche: v., in particolare, C. Bona, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017 (ove ampi riferimenti sull'evoluzione storica della figura); R. Quadri, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessioni sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018; A. De Mauro, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018; R. Franco, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, in *Quaderni de «Il Foro napoletano»*, Napoli, 2019. Si vedano anche M. Bellinvia, *La rinuncia alla proprietà*, in *Notariato*, 2016, 1, 8 ss. R. Materi, M. Molinari, *Atto di abbandono della proprietà tra volontà privata e interesse pubblico*, in *Notariato*, 2016, 6, 566 ss.; V. Brizzolari, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, 187 ss.; U. La Porta, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, 484 ss.; A. Cecchetto, *La rinuncia alla proprietà dell'immobile tra nuovi limiti e prospettive future*, in *Foro pad.*, 2018, 2, 298 ss.; M.F. Giorgianni, *Sull'ammissibilità della rinuncia alla proprietà*, in *Riv. not.*, 2019, 3, 586 ss., nota a ord. Trib. Genova, 05 febbraio 2019; T. Pasquino, *La rinuncia alla proprietà immobiliare, con particolare riferimento alla quota in multiproprietà*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 2, 25 ss.; F. Meglio, *Note in tema di rinuncia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche*, in *www.juscivile.it*, 2019, 6, 630 ss.; G.V. Colonna, *A proposito della causa della rinuncia abdicativa alla proprietà*, in *Notariato*, 2020, 4, 377 ss.

za plenaria del Consiglio di Stato², del suo tradizionale legame con le procedure ablatorie³. Il riferimento è anche alla sua recente “riscoperta”, nell’ambito della

² Il riferimento è a Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2, seguita dalle pronunce – che si potrebbero definire “gemelle eterozigote” – nn. 3 e 4 del 20 gennaio 2020 e n. 5 del 18 febbraio 2020. Il massimo consesso amministrativo ha sancito l’incompatibilità tra la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare l’istituto dell’acquisizione sanante previsto dall’art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 (sul punto si tornerà nelle considerazioni conclusive).

Si è inteso leggere in queste decisioni un *révirement* rispetto al precedente orientamento (riferito, più precisamente, alla compatibilità tra rinuncia abdicativa e richiesta risarcimento del danno da occupazione *sine titulo*): v. R. Pardolesi, C. Bona, *Rinuncia abdicativa, abdicazione della giustizia?* in *Foro it.*, 2020, III, 170; E. Amante, *L’Adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall’acquisizione sanante*, in *Urb. App.*, 2020, 3, 365 ss.

In generale, sui rapporti tra rinuncia abdicativa e acquisizione sanante v. A. Di Cagno, *La rinuncia abdicativa in favore dell’amministrazione nell’ambito delle occupazioni illegittime*, in *Urb. e app.*, 1, 2020, 106 ss.; G. Mari, *Rinunciabilità della proprietà e occupazione sine titulo*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Roma, 2019, 196 ss.; L.A. Caloiaro, *La rinuncia alla proprietà immobiliare tra principio di tipicità e funzione sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2018, 1550 ss.; R. Pardolesi, C. Bona, *Sull’abbandono dell’immobile e sulla proprietà imposta*, in *Corr. giur.*, 2017, 1113 ss. e dei medesimi autori *Espropriazione fallita, trasformazione dell’immobile e rinuncia abdicativa del privato: un intreccio problematico*, in *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, I, 777 ss.; F. Tedeschi, *L’art. 42-bis del Testo unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupato dall’Amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 3, I, 2013, 446 ss.; R. Conti, *Diniego di rinuncia abdicativa*, in *Urb. app.*, 2009, 92 ss.; Id., *Occupazione acquisitiva e tutela dei diritti umani*, Milano, 2006; A. Gambaro, *Occupazione acquisitiva (agg.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 854 ss.

³ L’origine di questo utilizzo giudiziale viene solitamente individuata nell’esigenza pratica di tracciare dei chiari riferimenti oggettivi e temporali per determinare la liquidazione del risarcimento dei danni derivanti dall’occupazione *sine titulo* della P.A. In particolare, a partire dagli anni ’80 del secolo scorso, la giurisprudenza della Cassazione cominciò ad affermare che se il proprietario leso dall’occupazione chiede, in luogo della tutela restitutoria, un risarcimento del danno parametrato al valore venale del bene, tale richiesta integra, al contempo, una implicita rinuncia abdicativa alla proprietà (Cass., 18 aprile 1987, n. 3827, in *Foro it.*, 1987, I, 1727; Cass., Sez. Un., 04 marzo 1997, n. 1907, in *Urb. app.*, 1997, 5, 525 con nota di De Marzo; in *Riv. Giur. Edil.*, 1997, I, con nota di Annunziata; in *Giur. it.*, 1998, 229 ss. con nota di Martorelli; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2000, n. 1814). In questo modo diventava possibile considerare, nella liquidazione del danno, non solo il mancato godimento “temporaneo” del bene ma anche il valore dell’intero diritto dominicale (c.d. danno da “perdita della proprietà”: v., *ex plurimis*, Cass., 25 novembre 2005, n. 24819, in *Danno e resp.*, 5, 2006, 495 ss. nota di Fabbrizzi); si poteva, in secondo luogo, assumere la data della domanda di risarcimento come riferimento temporale della cessazione dell’illecito permanente costituito dall’occupazione *sine titulo* – con le note implicazioni in tema di interessi e rivalutazione – e come *dies a quo* per la prescrizione dell’azione giudiziale. Più ampiamente, l’interpretazione che tradizionalmente ammette la rinuncia abdicativa ha il fine – sovente dichiarato – di accrescere lo strumentario rimediabile messo a disposizione del proprietario che subisce l’illegittima occupazione e trasformazione del fondo compiuta dalla P.A., consentendogli non solo di dismettere la proprietà di un bene ormai “trasformato” – e di fatto “svuotata” nel suo contenuto “minimo”, secondo la definizione tracciata dalla giurisprudenza costituzionale (v. T. Pasquino, *Il «contenuto minimo» del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di N. Tamponi e E. Gabrielli, Napoli 2006, 38) – ma facendo anche salva la possibilità di ottenere un ristoro pari al valore venale dell’intero bene. Questo orientamento ha in breve tempo registrato un largo consenso tra i giudici, peraltro di recente confermato – seppure *per incidens* – da due arresti dei massimi consessi della giustizia ordinaria (Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2015, n. 735, in *Foro it.*, 2015, I, 436, con note di R. Pardolesi, C.M. Barone; in *Corr. giur.*, 2015, 3, 314 nota di R. Conti; in *Nuova giur. civ.*, 2015, 7-8, 632 con nota di Imbrenda; in *Urbanistica e appalti*, 2015, 4, 413 con nota di Barilà) ed amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., 09 febbraio 2016, n. 2, in *Corr. giur.*, 2016, 4, 498 ss. con nota di V. Carbone; in *Foro it.*, 2016, III, 185, con note di R. Pardolesi e di E. Barilà; in *Giur. it.*, 2016, 5, 1212 nota di Urbani; in *Urb. app.*, 2016, 7, 803 ss. nota di R. Gisondi, *Ese-*

prassi negoziale, quale soluzione ai problemi posti ai proprietari dalla titolarità di immobili divenuta “svantaggiosa”⁴.

Si tratta di un chiaro segnale della stagione del diritto civile della crisi economica⁵, la cui inesorabile morsa può certamente spiegare le ragioni che hanno spinto l’avvento di tale prassi, ma non per questo vale a renderla meno problematica⁶. Di seguito si proverà a mostrare le ragioni per cui il riconoscimento della rinuncia negoziale immobiliare sembra porsi in contrasto con i principi del sistema giuridico, senza con ciò escludere, per altro verso, la possibilità di riconoscere la legittimità di atti reali di abbandono immobiliare⁷. Sembra opportuno segnalare subito, infatti, che il ricorso a tali ultimi atti è strutturalmente subordinato all’esistenza di presupposti oggettivi che, come si proverà a mostrare, prevengono la possibilità di usi abusivi. Si tratta, pertanto, di comprendere quali sono le ragioni, segnalate dall’assiologia del sistema positivo, per cui la distanza che corre tra atto negoziale e atto reale appare così decisiva per la valutazione delle figure in esame.

cuzione del giudicato e acquisizione sanante). Di recente, tale orientamento è stato messo in crisi da alcune sentenze della giustizia amministrativa proprio in virtù di argomentazioni ora recepite dall’Adunanza plenaria con la citata sentenza n. 2 del 2020.

⁴ Che, fuori dai casi di abbandono conseguente ad occupazione *sine titulo*, sia quella indicata nel testo la funzione principalmente oggi assegnata alla rinuncia alla proprietà immobiliare emerge chiaramente, ad esempio, nell’ambito della prassi notarile: v. lo studio del Cons. Naz. Notariato, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, Studio n. 216-2014/C, approvato dalla Commissione studi civilistici del Notariato il 21 marzo 2014, a firma di M. Bellinvia, in *www.notariato.it* (ove si legge che: «Il tema in esame risulta essere particolarmente interessante, sia da un punto di vista prettamente teorico e dogmatico, sia da un punto di vista pratico, tanto più in un contesto socio-economico, quale quello attuale, in cui atti del genere possono risultare frequenti, stante la crisi economica e la forte pressione fiscale»); v. anche D.M. Galeardi, G. Pappalardo, *Riflessioni in tema di rinuncia alla proprietà*, in *Federnotizie*, 5 marzo 2015; D. Riva, *Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *Federnotizie*, 20 giugno 2018; E. Mancini, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, in *Vita not.*, 2013, 943 ss. Tale “riscoperta” dell’istituto da parte della prassi negoziale spiega anche la ragione del recente Parere – su cui si tornerà più avanti – reso dall’Avvocatura Generale dello Stato in data 14 marzo 2018, prot. n. 137950, nonché del precedente Parere dell’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze reso in data 7 aprile 2008, n. 1317/08.

⁵ La notazione è di F. Meglio, *op. cit.*, 630, che proietta sul tema in esame la felice formula, descrittiva di una tendenza caratteristica degli ultimi anni, di G. D’Amico, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 1030.

⁶ Nella giurisprudenza ordinaria (non connessa al tema della occupazione *sine titulo*), in senso favorevole alla rinuncia alla proprietà immobiliare v. Corte d’Appello di Genova, 27 novembre 2018, n. 675 in *Nuova giur. ligure*, 1, 2019, 7; Trib. Genova, ord. 01 marzo 2018, *ivi*, 8 (favorevole all’abbandono mero dell’immobile in generale, ma contraria alla possibilità che possa farsi al fine di sottrarsi a una denuncia di danno temuto perché in tal caso avrebbe causa illecita); sostanzialmente negli stessi termini v. Trib. Genova, ord. 5 febbraio 2019, *ivi* (ove si cita in senso conforme anche Trib. Imperia 23 agosto 2018, n. 2600) e in *Riv. not.*, 2019, 3, 586 con nota di M.F. Giorgianni, *cit.*; v. anche Trib. Trento, decr., 23 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 1975, con nota di C. Bona; Trib. Rovereto, ord., 22 maggio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 2833; in senso difforme (ma, pare, con riferimento solo ai profili pubblicitari più che alla legittimità dell’abbandono) Trib. Rovereto, decr., 02 maggio 2014 in *Foro it.*, 2014, I, 2245, con nota di C. Bona.

⁷ In generale sull’abbandono v. G. Deiana, *Abbandono (derelictio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 5 ss; M. Comporti, *Abbandono*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, *ad vocem*; M.E. La Torre, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993; C. Bona, *L’abbandono mero degli immobili*, *cit.*; G. Branca, *Abbandono (derelictio), a) Diritto romano e intermedio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1 ss.

2. *L'incompatibilità della rinuncia negoziale con il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà. L'art. 827 c.c. quale fattispecie ad efficacia preclusiva*

La possibilità di ammettere la configurazione di una rinuncia negoziale alla proprietà immobiliare passa dalla soluzione di un problema preliminare: occorre innanzitutto chiarire se il potere di rinuncia debba necessariamente trovare il suo fondamento in una (esplicita) formula legislativa ovvero se, al contrario, sia la negazione di tale potere a dover essere esplicitamente prevista dalla legge, e ciò in quanto sarebbe questa a configurarsi come un limite alla generale libera disponibilità del diritto di proprietà (art. 832 c.c.) e alla libera esplicazione dell'autonomia privata (art. 1322 c.c.).

Poiché la rinuncia alla proprietà immobiliare non determina l'estinzione del diritto dal punto di vista oggettivo – essendo necessario, a tal fine, anche il perimento del bene⁸ – la risposta da dare al quesito appare inscindibilmente legata alla valutazione delle situazioni che si vengono a creare in seguito al compimento dell'atto. In astratto, queste sembrano essere essenzialmente due: o l'immobile diventa *res nullius* oppure viene acquistato – indirettamente e a titolo originario – da un altro soggetto. Poiché la prima strada è testualmente sbarrata dall'art. 827 c.c.⁹, non resta che la seconda opzione, la quale però – il dato viene solitamente trascurato anche dalla dottrina – è retta da una riserva di legge. L'art. 922 c.c. sancisce, infatti, il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà, onde deve ritenersi che l'ammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare debba necessariamente agganciarsi ad una esplicita previsione legislativa¹⁰. La tendenza, diffusa in dottrina, a giustificare la rinunciabilità della proprietà immobilia-

⁸ Osserva opportunamente R. Franco, *op. cit.*, 105: «La rinuncia alla proprietà immobiliare provoca formalmente la perdita del diritto dal patrimonio del soggetto, ma (*cave!*) non lo estingue; con il che l'elemento costitutivo (ed essenziale) che dovrebbe essere a fondamento anche dell'acquisto a titolo *originario* dello Stato, vale a dire l'essere (divenuto) il bene immobile *res nullius*, per consentirne l'eventuale *occupazione* nelle modalità descritte dall'art. 923 (sia pure nella dinamica individuata dall'art. 827), non è dato a verificarsi».

⁹ Ciò emerge testualmente dalla lettera della legge e dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942 (§ 398), ove si afferma che «con questa nuova norma è pertanto escluso che vi siano beni immobili senza proprietario».

¹⁰ Le considerazioni svolte sembrano trovare conforto in Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2018, n. 3873 la quale, pur pronunciandosi non sul tema in oggetto ma in un terreno affine (l'acquisto per accessione in capo a tutti i comunisti della proprietà della costruzione realizzata da un solo comproprietario), ha avuto modo di osservare che: «sia la Costituzione (art. 42, secondo comma) che il codice civile (art. 922, che, nell'elencare i vari modi di acquisto della proprietà, conclude con la formula “e negli altri modi stabiliti dalla legge”) configurano una vera e propria “riserva di legge” in ordine ai modi di acquisto della proprietà, in forza della quale la proprietà può acquistarsi solo nei modi “legali”, solo nei modi che il legislatore ha inteso prevedere (non solo – ovviamente – in seno al codice civile, ma anche in altri campi del diritto: si pensi ai vari casi di appropriazione coattiva previsti dal diritto pubblico o dal diritto processuale in materia esecutiva), non potendosi ammettere modi di acquisto della proprietà (o di altri diritti reali) diversi da quelli che il legislatore abbia previsto e disciplinato».

re sulla base di principi è, quasi paradossalmente, incline a dimenticarne sempre uno: quello di tipicità dei modi di acquisto della proprietà di cui all'art. 922 c.c., il quale, a ben vedere, costituisce un architrave del sistema¹¹.

Ciò posto, occorre adesso concentrare l'attenzione sulle ragioni per cui non sembra possibile invocare, quale norma legittimante l'acquisto del bene in capo ad un altro soggetto, il già citato art. 827 c.c., che determinerebbe, stando alla tesi favorevole alla configurazione della rinuncia negoziale, l'acquisto del bene da parte dello Stato a titolo originario.

Al riguardo va, innanzitutto, chiarito che corre una grande differenza tra pensare che tale norma prospetti una vicenda di acquisto derivante – indirettamente – da un atto negoziale di rinuncia, ovvero si configuri come una norma di chiusura, necessaria al sistema per individuare, più che altro, la disciplina applicabile ad alcune situazioni “oggettivamente incerte”. Sembra sia quest'ultimo il senso originariamente raccolto e sviluppato dal legislatore napoleonico e poi trasfuso nell'art. 827 dal Codice del '42: il principio *nulle terre sans seigneur* – in cui quella tradizione si condensava – indica, infatti, che al *seigneur* appartiene l'immobile di cui non si può “provare” la proprietà¹², non quello oggetto di un atto di rinuncia che, dovendo essere peraltro compiuto formalmente (e magari per atto pubblico)¹³, esclude per definizione qualsiasi incertezza relativamente alla titolarità del bene. Un conto è pensare che tra i fatti giuridici considerati dalla fattispecie vi possa essere un atto formale di rinuncia negoziale il cui compimento è

¹¹ Non persuaderebbe l'idea di estendere l'art. 922 alla rinuncia negoziale per via dell'art. 1324 c.c. Con una formula linguistica impeccabile dal punto di vista tecnico, infatti, l'art. 922 disciplina le ipotesi in cui la proprietà viene acquistata «... per effetto di contratti»: il riferimento è, chiaramente, ad effetti diretti del contratto. Non può per definizione configurarsi, invece, un acquisto della proprietà «... per effetto di atto unilaterale tra vivi»: anche quando si parla, tecnicamente, di “acquisto” conseguente alla rinuncia lo si fa, com'è noto, per indicare un meccanismo “indiretto” (normalmente si tratta di acquisti a titolo originario che, per definizione, non sono effetto della rinuncia). L'impossibilità tecnica di configurare un acquisto che costituisca l'effetto diretto della rinuncia induce a ritenere operante, nella fattispecie in esame, il limite della “incompatibilità” previsto dall'art. 1324 c.c. come filtro all'estensione della disciplina dei contratti.

¹² Si veda, sul punto, la colta indagine di C. Bona, *L'abbandono mero degli immobili*, cit., 27, ove si legge che l'origine storica dell'art. 827 c.c. è da ricercare nella necessità di creare una regola “probatoria” che consentisse di risolvere, soprattutto in Francia, l'alternativa tra “feudo” e proprietà “allodiale”. Si giunse, così, a formulare la regola per cui: «[...] la proprietà feudale si presume, salva la prova contraria della libertà del feudo. Si crea il germe dell'idea per la quale l'immobile di cui non si può provare la proprietà è del sovrano (idea che, vedremo, verrà raccolta e sviluppata dapprima dal legislatore napoleonico, per il quale ogni immobile vacante appartiene al demanio, in seguito dal nostro legislatore del 1942 con l'art. 827 c.c.)». Va, tuttavia, segnalato che l'A. conclude la sua indagine assegnando all'art. 827 cc. non solo un effetto volto al superamento dell'“incertezza” degli atti di abbandono, ma anche quello di modo di acquisto a titolo originario della proprietà come conseguenza indiretta della rinuncia negoziale.

¹³ Nella prassi si ha contezza di atti nei quali «si assiste – nel modo in cui sono stati pensati, scritti e ricevuti dai notai roganti – ad un vero e proprio atto unilaterale di rinuncia al diritto di proprietà avente effetti reali immediati: costituita in atto è la sola parte rinunziante che coincide con il o i soggetti risultanti pieni proprietari del bene immobile, mentre oggetto dell'atto è il diritto di piena proprietà sul terreno o fabbricato che sia, che si intende dismettere»: R. Materi, M. Molinari, *op. cit.*, 567.

per definizione – proprio in quanto formalmente determinato – certo; tutt'altro, invece, è assumere che tra i possibili ma incerti fatti storici presupposti dalla norma vi possa essere un remoto atto reale di abbandono¹⁴: è proprio per superare un oggettivo – e altrimenti paralizzante – stato di incertezza che la legge attribuisce la proprietà del bene allo Stato. In breve, è di immediata intuizione che l'incertezza che può caratterizzare la situazione che si viene a determinare in seguito ad un atto reale di abbandono è ben distante dalla certezza che circonda un atto di rinuncia formale. Diremmo, anzi, che l'atto di abbandono è tale solo se seguito da uno stato di oggettiva incertezza: in quanto atto reale, infatti, esso consiste in un comportamento che determina un effetto giuridico (estinzione della titolarità del diritto) solo per mezzo di una modifica della realtà¹⁵, quale è, appunto, la creazione, in seguito alla perdita del possesso materiale, di un oggettivo stato di incertezza in ordine alla titolarità del bene.

Non è certo un caso, del resto, se l'art. 827 c.c. non sia annoverato nell'elenco dell'art. 922 c.c. Tale circostanza assume, invero, una significativa valenza sistematica: altro è un modo di acquisto (anche a titolo originario) della proprietà, altro è la soluzione legislativa da dare a delle ipotesi di incertezza oggettiva (soluzione che “prescinde” dalla titolarità precedente¹⁶). Di qui la ragione per cui si può pensare, seguendo un insegnamento di teoria generale dell'efficacia giuridica, che l'art. 827 c.c. contempra un tipico (fatto ad) effetto preclusivo¹⁷. Tale rico-

¹⁴ Segnava chiaramente la distinzione tra rinuncia e abbandono già S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1939, 99 ed ivi nt. 218. In estrema sintesi, la rinuncia è un negozio giuridico, l'abbandono è un atto reale: il primo si ha quando ricorrono tutti gli elementi essenziali di un programma d'azioni (ecco perché l'ordinamento interviene su di esso – regolandone validità, efficacia, opponibilità ecc. – “prima” della realizzazione dell'interesse); il secondo, invece, è un comportamento cui l'ordinamento riconosce un effetto (nel nostro caso, l'estinzione della titolarità del diritto) *solo se e quando ricorre un mutamento della realtà che realizza l'interesse* (ecco perché l'ordinamento lo riconosce solo quando l'auto-realizzazione dell'interesse è “già compiuta”, predisponendo strumenti di adeguamento successivi). Per l'esatta individuazione dei criteri di questa distinzione si rinvia a A. Falzea, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 1 ss., spec. 25 ss., 48 ss. Come si vedrà a breve nel testo, tra le modifiche della realtà richieste dalla legge per l'abbandono immobiliare c'è, oltre alla spontanea perdita materiale del possesso, l'incertezza oggettiva in ordine alla titolarità del bene.

Diversamente da quanto detto, riconduce l'abbandono nell'ambito della negozialità C. Bona, *op. cit.*, 65 ss. Se non si è inteso male, però, per individuare il fenomeno negoziale l'A. ricorre al tradizionale criterio “volontaristico” (per cui si avrebbe un negozio nelle ipotesi in cui si riscontra la “volontà degli effetti”: v. ivi anche nt. 8 e 72). La qualificazione negoziale dell'abbandono non si dà come possibile ove la distinzione tra atto negoziale e atto reale venga, però, fondata – come si reputa di fare qui – su un criterio ricostruttivo generale fondato sull'interesse (su cui v. A. Falzea, *op. cit.*, 25-34).

¹⁵ A. Falzea, *op. cit.*, 1 ss., spec. 25 ss., 48 ss.

¹⁶ Proprio in questo si trova l'elemento specifico dell'effetto preclusivo: A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, § 55; v. anche nota seguente.

¹⁷ Il segno caratterizzante la natura “preclusiva” della fattispecie è dato dalla “potenziale ambivalenza” della situazione presupposta: la norma sancisce, infatti, che la proprietà dell'immobile vacante è dello Stato sia qualora questo fosse di un privato (situazione che giustificerebbe un vero e proprio acquisto), sia qualora il bene fosse già in mano pubblica in virtù di diverso titolo di cui però s'è persa – o non c'è mai stata – traccia giuridica (situazione in cui l'acquisto sarebbe per definizione escluso). Ciò «[...] poiché è logicamente inammissi-

struzione si coniuga, peraltro, con l'orientamento tradizionale che legge in detto articolo una norma di chiusura destinata a risolvere, appunto, i casi di incertezza, più che un vero e proprio modo di acquisto a titolo originario della proprietà¹⁸.

L'interpretazione proposta spiega le non poche sentenze secondo cui, a seguito della "rinuncia" alla proprietà, l'acquisto da parte dello Stato non è automatico¹⁹. Seppur con una fraseologia foriera di fraintendimenti, tali sentenze segnalano, forse inconsapevolmente, l'esigenza che, in seguito all'atto di abbandono, scorra il tempo necessario perché si determini quell'incertezza per il cui superamento è previsto l'art. 827 c.c.: *longo silentio res habetur pro derelicta*.

Va detto, peraltro, che solo in linea di massima si può pensare che la norma contempli un effetto legale diretto a rimuovere un'incertezza dovuta al decorso del tempo, ben potendosi dare, in astratto, cause diverse²⁰. Una conferma di ciò deriva dalla omessa definizione legislativa delle situazioni che possono determinare lo stato di immobile che «non è di proprietà di alcuno». Tale formulazione legislativa ha l'evidente fine di comprendere nella previsione della norma tutti i casi che determinano, di fatto, l'incertezza sulla titolarità del bene: la norma non individua una precisa causa dell'effetto al fine di convogliare la varietà di situazioni che possono determinare l'incertezza. Ecco perché la disposizione prevede che gli immobili "sono" – e non "divengono" – dello Stato: la staticità del verbo "essere", in luogo della dinamicità del verbo "divenire", segnala che l'intenzione non è quella di disciplinare un vero e proprio fenomeno di "acquisto", bensì di far fronte alla necessità di sancire un regime giuridico con certezza, regime che può anche *prescindere* dall'accertamento della realtà storica dei fatti.

Alla luce di queste considerazioni, vale la pena sottolineare che non esistono serie ragioni per non ricomprendere nell'ambito dell'art. 827 c.c. il compimento di un remoto atto reale di abbandono. Anzi, la circostanza che la *derelictio* costituisca una delle possibili cause dello stato di "vacanza" dell'immobile emerge dall'interpretazione sistematica con il 2° comma dell'art. 923 c.c. (che ricomprende esplicitamente tra tali beni anche quelli "abbandonati"). Contro questa

bile e praticamente impossibile acquistare a titolo originario un diritto soggettivo di cui si sia già titolari (*plus quam semel res mea esse non potest*): A. Falzea, *op. ul. cit.*, § 55 (si riprendono qui le considerazioni formulate da questo A. in riferimento ad un fenomeno analogo).

¹⁸ Tale orientamento è stato di recente ribadito da Trib. Genova, ord. 5 febbraio 2019, cit., massima come segue: «L'art. 827 c.c. non introduce nel nostro ordinamento il recepimento generalizzato della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare ma è mera disposizione 'di chiusura': assolve la funzione di evitare che possano esistere immobili acefali e come tali acquisibili per occupazione e non già alla funzione di far acquisire al patrimonio dello Stato la proprietà di una gran moltitudine di beni oggetto di rinuncia dei rispettivi proprietari».

¹⁹ Così di recente Cons. Stato, 30 giugno 2017, n. 3234, v. anche Cass. Sez. Un., 06 maggio 2003, n. 6853.

²⁰ I Glossatori pensavano che l'incertezza della titolarità dell'immobile potesse crearsi per *natura, facto, tempore, censura, casu, culpa, iuris naturalis constitutione*. Più avanti, si prenderà in considerazione l'ipotesi dell'incertezza conseguente ad atto illecito (la c.d. occupazione *sine titulo* della P.A.).

possibilità non può invocarsi il diverso ambito di applicazione tra l'art. 827 c.c. e l'art. 923 c.c. (l'uno riferito agli immobili, l'altro ai mobili)²¹: la differenza tra le due norme, infatti, si pone esclusivamente sul piano dell'effetto (nel primo caso la vacanza comporta la "proprietà dello Stato", nel secondo una *res nullius* liberamente occupabile), non anche sul piano del fatto giuridico descritto. In questo senso appare significativa la circostanza che entrambe le disposizioni individuino lo stato di vacanza con una formula linguistica identica (beni che «non sono di proprietà di alcuno»). Del resto, come è stato osservato, l'abbandono sembra sottinteso dall'art. 827 «[...] che, postulando l'esistenza di beni immobili vacanti, non distingue tra beni che non hanno appartenuto ad alcuno [...] e beni abbandonati dal proprietario»²². Non ci sono, dunque, motivi per escludere dal concetto di immobile vacante anche quello abbandonato²³.

In definitiva, le considerazioni svolte segnalano che esistono ragioni storiche, letterali e sistematiche – coerenti con la teoria dell'efficacia giuridica e confermate da una parte della giurisprudenza – che conducono a escludere che la norma in esame dia copertura legislativa all'acquisto della proprietà dello Stato per effetto di un atto negoziale: non avrebbe, infatti, alcun senso ricomprendere nello spettro applicativo di una fattispecie ad efficacia preclusiva – comprensiva, al più, di atti reali – anche atti formali (come sarebbe, necessariamente, un atto di "rinuncia" al diritto), in riferimento ai quali non si dà, per definizione, alcuna incertezza. Il che implica il venir meno della principale – se non unica²⁴ –

²¹ Osserva correttamente C. Bona, *op. cit.*, 13: «Il legislatore afferma che tra le cose mobili che non sono di nessuno ci sono le cose abbandonate, ma non afferma che tutte le cose abbandonate devono per forza essere mobili».

²² A. Tabet, E. Ottolenghi e G. Scaliti, *La proprietà*, in *Giur. sistem. civ. comm.*, fond. W. Bigiavi, Torino, 1981, 789.

²³ È questo, se non si intende male, il senso del ragionamento svolto anche da C. Bona, *L'abbandono mero*, cit., 84, secondo il quale: «il legislatore, prevedendo che i beni immobili vacanti spettino allo Stato, indirettamente ammette l'abbandono».

²⁴ Non convince, ad esempio, l'idea di trarre argomento, a favore della rinunciabilità della proprietà immobiliare, dalle fattispecie di c.d. abbandono liberatorio previste dagli artt. 1170, 882, 550 e 1004 c.c. Si tratta, infatti, di fattispecie tipiche che, proprio in quanto tali, si conformano al principio generale di tipicità dei modi di acquisto della proprietà di cui s'è detto. Si tratta, peraltro, di fattispecie che determinano (seppur indirettamente) l'acquisto in capo a soggetti rispetto ai quali il bene ha un rapporto, per dir così, di "prossimità" (il proprietario del fondo dominante, il proprietario confinante, gli altri eredi o legatari o agli altri comproprietari). Allo stesso modo, va registrata l'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 923 c.c., espressamente riferito ai beni mobili: l'art. 827 c.c. sancisce espressamente la volontà legislativa di differenziare, sotto il profilo della "occupabilità", la disciplina dei beni mobili da quella degli immobili. Ancora meno persuade l'invocazione degli artt. 1350 n. 5) e 2643 n. 5), c.c.: il riferimento alle "rinunce" contenuto in tali disposizioni è circoscritto alle fattispecie tipiche. Come s'è detto, infatti, la possibilità di configurare una rinuncia negoziale atipica è un problema che si pone a monte e non può, dunque, essere risolto alla luce di tali disposizioni. Sul punto v. le lucide considerazioni di U. La Porta, *op. cit.*, 484.

copertura legislativa necessaria, ai sensi dell'art. 922 c.c., per collegare alla rinuncia negoziale della proprietà un acquisto in capo allo Stato²⁵.

3. *I presupposti di integrazione dell'atto reale di abbandono immobiliare*

L'assetto normativo descritto nel precedente paragrafo risponde ad una logica chiara. Il combinato disposto dell'art. 922 e dell'art. 827 c.c. pone un argine invalicabile all'utilizzo della rinuncia negoziale alla proprietà immobiliare quale comodo espediente per collettivizzare i rischi e le responsabilità connessi alla titolarità degli immobili di cui il privato si è, fino al momento della rinuncia, avvantaggiato: si tratterebbe di un palese spregio al principio *cuius commoda eius et incommoda*²⁶. È difficile, infatti, immaginare casi – che comunque si situerebbero in una zona del tutto marginale – in cui i privati rinunciano ad immobili che producono esternalità positive maggiori di quelle negative²⁷: non è un caso, infatti, se di regola i timori posti dal riconoscimento di tale istituto vertano su immobili potenzialmente dannosi per i terzi (terreni franosi prospicienti a vie pubbliche o centri abitati; edifici in stato fatiscente, che possono crollare sulla via pubblica o all'interno dei quali chiunque può penetrare)²⁸. Del resto, i casi in cui l'intento è

²⁵ In questo senso v. la sentenza Trib. Genova 23 marzo 1991, riportata da S. Sica, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 239, che sancisce l'irrinunciabilità del diritto di proprietà a fronte della tipicità dei modi di acquisto della proprietà. Nella giur. amm. v. T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018; T.A.R. Calabria, sede di Reggio di Calabria, 12 maggio 2017, n. 438, in *Corr. giur.*, 2017, 1110 ss., con commento critico di R. Pardolesi e C. Bona, *Sull'abbandono dell'immobile e sulla proprietà imposta*, cit., ove i giudici discorrono, con riferimento alla rinuncia immobiliare, di «una forma di circolazione del bene, invero inaudita, che porrebbe per altro serie criticità nei rapporti coi terzi»; T.A.R. Puglia, Bari, 17 settembre 2008, n. 2131; T.A.R. Puglia, Bari, 17 settembre 2009, n. 2081, in *www.giustiziaamministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, 22 settembre 2008, n. 2176, in *dirittoegiustizia.it*, 2008. In dottrina, dubita della validità della rinuncia immobiliare A. Quarta, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 788.

²⁶ Cfr. A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2ª ed., 2017, 564 ss., il quale scrive: «se un proprietario di un edificio o di altra costruzione abbandona il possesso del suo bene ciò comporta che altri possa occuparlo ed anche usucapirlo, ma sino a quando tale vicenda non sia compiuta la responsabilità conseguente a fatti di rovina viene imputata a lui. Ciò corrisponde alla funzione generale del diritto di proprietà come modo per selezionare chi debba prendersi cura dei beni. Sarebbe incoerente con il sistema se il proprietario potesse lasciare che il suo edificio vada in rovina, ma liberarsi dalla responsabilità rinunziando al diritto poco prima che la rovina si compia».

²⁷ Tale evenienza si riduce nel caso in cui la memoria dell'atto di abbandono è persa nel tempo: evidentemente, per un lungo tratto di tempo non si è reso necessario chiedere all'ordine giuridico di risolvere problemi la cui soluzione è legata all'individuazione del titolare. A. Falzea, *op. ul. cit.*, § 55: «In presenza di una situazione di fatto che esprime un interesse reale ed attuale ed in mancanza di fatti che, dentro un ragionevole arco del tempo trascorso, dimostrino la reale vigenza di una situazione giuridica incompatibile, il diritto legittimamente deduce che dal passato remoto non sopravvive alcun interesse giuridico il quale esiga e meriti, a preferenza dell'interesse manifestato dalla situazione di fatto presente, la sua garanzia».

²⁸ Che, fuori dai casi dell'occupazione *sine titulo*, sia questa l'evenienza maggiormente – per non dire unicamente – ricorrente emerge dalle preoccupazioni prospettate dall'Avvocatura Generale dello Stato nel citato parere reso in data 14 marzo 2018, prot. n. 137950, ove, pur ammettendosi l'ammissibilità della rinuncia sul

beneficiare la collettività seguono, di regola, percorsi ben diversi (atti di donazione, disposizioni testamentarie, atti di destinazione, etc.), che peraltro – proprio in ragione dell’opinabilità su ciò che può essere considerato un beneficio – sono governati dal principio *nemo inuitus locupletari potest*, che consente al destinatario di rifiutare o rinunciare al “beneficio”.

Per altro verso, la ricostruzione proposta non nega la legittimità dell’abbandono degli immobili, a condizione però che esso si configuri come atto reale²⁹: la struttura di quest’ultimo tipo di atto, infatti, non solo è compatibile, come s’è visto, con la lettura storica, funzionale e sistematica dell’art. 827 c.c., ma pone altresì un argine a possibili usi opportunistici. Su questo crinale si coglie, a ben vedere, una delle principali differenze con il negozio di rinuncia, il cui perfezionamento è sganciato da mutamenti della realtà tali da giustificare un effetto preclusivo. Detto altrimenti, la natura reale dell’atto – *melius*: la necessità che lo stesso, per essere tale, debba necessariamente legarsi ad una oggettiva modifica della realtà nel senso dianzi indicato – costituisce una garanzia strutturale per prevenire quei rischi, tipici della rinuncia negoziale alla proprietà, di una generalizzata corsa alla collettivizzazione dei rischi e delle responsabilità connessi ai beni immobili nel momento in cui divengono svantaggiosi.

4. Considerazioni conclusive

Se le considerazioni svolte sono esatte, le conseguenze che ne derivano sul piano della disciplina sono numerose.

È necessario, in primo luogo, escludere l’ammissibilità della rinuncia negoziale alla proprietà immobiliare già in via astratta e generale, senza poter dare ingresso a valutazioni caso per caso, in ragione della (asserita) meritevolezza dell’atto in concreto³⁰. Il privato che intenda beneficiare la collettività, potrà farlo

piano generale, la esclude nelle ipotesi in cui venga posta in essere «al fine, egoistico, di trasferire in capo all’erario ex art. 827 c.c. – e dunque in capo alla collettività intera – i costi necessari per le opere di consolidamento, di manutenzione, di demolizione dell’immobile, facendo ricadere sullo Stato anche la responsabilità (sia civile: ex artt. 2051 e 2053 c.c.; che penale: cfr., art. 449 c.p.) per i danni che dovessero in futuro occorrere a cose e/o persone nel caso di crollo e/o rovina del medesimo immobile».

²⁹ Sembra, così, possibile attenuare i timori prospettati da R. Pardolesi, C. Bona, *Sull’abbandono*, cit., 1117 s., i quali denunciano il rischio di ripetere l’errore già compiuto dall’imperatore Diocleziano, che «in piena crisi, con *procuratores*, *conductores*, coloni e infine proprietari che abbandonavano le terre, pensò di vietare l’abbandono: con l’unico risultato – classico esempio di “*unintended consequences*” – di aggravare ulteriormente la crisi».

C’è da rilevare, per altro verso, la tendenza di altra parte della dottrina a sottolineare che l’ammissione generalizzata della possibilità di abdicare non incoraggerebbe i proprietari a interessarsi diligentemente dei beni immobili, andando così contro la funzione sociale della proprietà sancita dall’art. 42 Cost.: T.A.R. Piemonte, Torino, 28 marzo 2018, n. 368 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, 1547 ss.

³⁰ Così sembrerebbe, invece, prospettare l’Avvocatura Generale dello Stato nel già citato parere reso in data 14 marzo 2018. Nella medesima direzione v. anche R. Franco, *op. cit.*, 125, il quale reputa che la rinuncia

seguendo – come già accennato – le ordinarie vie della donazione, del testamento, del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c., e così via.

Per quanto riguarda l'abbandono, invece, è chiaro che, non essendo un negozio, non è soggetto al requisito della forma scritta di cui all'art. 1350 c.c.³¹. Si tratta, nondimeno, di un comportamento in cui la volontà attuosa di abdicare la proprietà deve essere inequivoca. È da escludere pertanto – come del resto confermato dal massimo consesso della giustizia amministrativa³² – la possibilità di dedurre tale volontà dalla presentazione dell'istanza di avvio della procedura di cui l'art. 42-bis T.U.Espr.: chi presenta tale istanza intende, infatti, perseguire gli effetti del provvedimento finale, tra cui rientra senz'altro l'acquisto pubblico quale frutto della valutazione della P.A. ed effetto del provvedimento stesso (v. comma 1 della disposizione citata), non di un abbandono. Questione diversa – sulla quale non è possibile qui entrare – è quella che riguarda, invece, la possibilità, per il proprietario che abbia abbandonato l'immobile come conseguenza di un'occupazione *sine titulo*³³, di ottenere un risarcimento al di fuori della procedura di cui all'art. 42-bis³⁴.

alla proprietà immobiliare vada «sottoposta, ai fini dell'ammissibilità, ad un ponderato giudizio che abbia in adeguata ed equilibrata cifra di valutazione tutti gli interessi (pubblici e privati, altri rispetto a quello del proprietario) che potrebbero venire incisi dalla relativa manifestazione di volontà, in una loro complessiva, ragionevole ed equilibrata composizione, alla stregua dei valori costituzionali e dei principi generali». I riferiti accorgimenti finiscono, tuttavia, per rimettere la delicata ricerca del punto di equilibrio della validità della fattispecie alle attitudini del singolo professionista (che si addosserebbe così responsabilità di non poco momento), mentre la scelta del sistema è quella di rimettere alla legge la definizione, astratta e *a priori*, dei modi di acquisto della proprietà.

³¹ Diversamente Cons. Stato, Ad. Plen, 20 gennaio 2020, n. 2, cit. che – sul presupposto, ampiamente riconosciuto in dottrina e giurisprudenza, che il requisito della "forma scritta" non esige anche che la volontà debba essere "espressa" – indica la necessità di vagliare la sussistenza del requisito formale caso per caso.

³² Il riferimento è, ancora, a Cons. Stato, Ad. Plen, 20 gennaio 2020, n. 2, cit., che, d'altro canto, erroneamente sembra riconoscere la configurabilità generale e astratta di un atto negoziale di rinuncia. Sebbene il Collegio tenga ad avvertire che tale premessa non risulta necessaria «ai fini della soluzione delle questioni all'esame», subito dopo risolve velocemente la questione in senso favorevole alla configurabilità della rinuncia, reputando a tal fine «[...] sufficiente accennare alla dottrina civilistica prevalente che, argomentando da una serie di indici normativi – tratti dagli artt. 827, 923, 1350 n. 5) e 2643 n. 5), cod. civ., nonché dalle norme che prevedono fattispecie di c.d. abbandono liberatorio, quali gli artt. 1170, 882, 550 e 1004 cod. civ. – propende per l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto dominicale, che assume i tratti di una rinuncia traslativa nei casi di abbandono liberatorio (infatti, in queste ultime ipotesi la rinuncia alla proprietà del bene immobile non ne produce la 'vacanza', ma l'acquisto della sua titolarità in capo, rispettivamente, al proprietario del fondo dominante, al proprietario confinante, agli altri eredi o legatari e agli altri comproprietari)».

³³ Con quale altro nome, se non appunto "incertezza", si potrebbe altrimenti definire la situazione in cui si trova il proprietario vittima di una occupazione *sine titulo* e di una "irreversibile trasformazione pubblica" del proprio fondo? L'occupazione illecita e la radicale trasformazione del fondo compiuta dalla P.A. ben possono determinare una situazione di incertezza che può trovare nell'abbandono privato un suo naturale sbocco.

³⁴ In senso favorevole rispetto a questa possibilità si esprimono R. Pardolesi, C. Bona, *Rinuncia abdicativa, abdicazione della giustizia?* cit., i quali segnalano che secondo Corte cost. n. 71 del 30 aprile 2015, l'art. 42-bis non elimina la possibilità di «usufruire della tutela giurisdizionale (sentenza n. 85 del 2013)».

È chiaro, per altro verso, che l'abbandono dell'immobile possa costituire oggetto di un successivo e distinto atto di accertamento, anche stragiudiziale³⁵.

Più in generale, la questione esaminata insegna che, se unilaterali, le strade negoziali per la collettivizzazione dei beni (e delle responsabilità ad essi connesse) non possono essere atipiche, ma devono essere incanalate – pena il disordine della circolazione dei diritti immobiliari – entro chiari percorsi formali. Ciò appare viepiù evidente in un settore – quello, appunto, della circolazione dei diritti immobiliari – ove è fortemente avvertita l'esigenza di regole esplicite, chiare, precise, prevedibili e accessibili³⁶, in cui si riassume, a ben vedere, l'autentico significato assiologico del principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà. Tale assetto non viene contraddetto dalla capacità del sistema di assorbire atti reali di abbandono: la necessità di superare situazioni di oggettiva incertezza limita tali atti in una zona periferica, la cui considerazione legislativa è nondimeno vitale per qualsiasi sistema giuridico che punti al governo della varietà del reale.

³⁵ In generale, sul negozio di accertamento v. almeno: F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 3 ss.; A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205; M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 227 e ss.; R. Corrado, *Negozio di accertamento*, in *Nuov. Dig.*, XI, 1965, 196 ss.; A. Catricalà, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000; E. Minervini, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, VII, 3, 581 e ss.; Id. e L. Ruggieri, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in *Tratt.dir.civ. Cons. Naz. Notariato*, dir. P. Perlingieri, Napoli, 2016.

³⁶ Questo è il senso del principio di legalità espresso dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ed individuato nei suoi precisi confini dal giudice di Strasburgo. Cfr., tra le tante, Corte dir. uomo, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *www.echr.coe.int*, § 66; Corte dir. uomo, 22 settembre 1994, *Hentrich c. Francia*, in *www.echr.coe.int*; Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithgow*; Corte dir. uomo, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c. Italia e Carbonara e Ventura c. Italia*.

Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare

Il crescente orientamento favorevole alla configurazione di un negozio unilaterale di rinuncia alla proprietà immobiliare – che costituisce, di per sé, un chiaro segno della stagione del “diritto civile della crisi economica” – sembra mostrare poca attenzione al valore che il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà svolge nel sistema. Va considerato, per altro verso, che l’ordinamento non esclude la legittimità degli atti reali di abbandono immobiliare. Si tratta, pertanto, di comprendere quali sono le ragioni per cui la diversa struttura dei due atti (l’una negoziale, l’altra reale) consente di formulare valutazioni così differenti.

Opportunistic renunciation of land property and abandonment acts of lands

The growing current of support for the “unilateral renunciation” of the land property – which is a clear signal of the age of the “civil law of the economic crisis” – disvalues the role of the principle of typicality governing the ways to become owner in the Italian legal system. On the other hand, it should be considered that the law does not exclude a role to “abandonment acts” of lands. So, it is necessary to understand why the different structure of the two acts (“renunciation” and “abandonment”) makes it possible to formulate such different assessments.

Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice

Viviana Di Capua

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *casus belli*. L'ordinanza del Sindaco di Messina che limita l'attraversamento dello stretto e il suo annullamento ad opera del Governo. – 3. La disciplina del potere governativo di annullamento straordinario: profili storico-evolutivi. – 4. Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sulla qualificazione giuridica del potere e la sentenza n. 229 del 1989 quale esito di un itinerario ermeneutico controverso. – 4.1. *Segue*: la riforma del Titolo V della Costituzione e le perplessità sulla legittimità costituzionale dell'annullamento straordinario con riguardo agli atti degli enti locali. – 5. La morfologia del potere governativo di annullamento straordinario *ex art.* 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa nel percorso di ricerca di un fondamento costituzionale. – 6. L'annullamento straordinario e l'emergenza sanitaria da Covid-19. Un'occasione mancata per integrare il potere nel rinnovato assetto costituzionale. – 7. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Si narra che la Fenice fosse un meraviglioso uccello sacro, simile ad un'aquila reale, che avesse un piumaggio dal colore dell'oro e della cremisi, e che giunto all'età di cinquecento anni, termine ultimo della vita concessagli, deponesse le sue membra in un nido di incenso e cannella, costruito in cima ad una palma o ad una quercia e qui vi si adagiasse, lasciando che i raggi del sole l'incendiassero e lo consumassero. Dal cumulo di cenere emergeva poi una piccola larva, che si trasformava rapidamente nella nuova Fenice, più giovane e più vigorosa della prima.

L'elemento ricorrente nelle diverse versioni del mito è rappresentato dal potere dell'uccello di risorgere dalle sue ceneri, compendiato nel brocardo latino "*post fata resurgo*", che letteralmente significa "dopo la morte torno a rialzarmi"¹.

¹ * Ringrazio sinceramente il Prof. Vincenzo Coccozza e il Prof. Giovanni Leone per le preziose osservazioni sulla versione iniziale dello scritto. Rimango naturalmente l'unica responsabile per errori ed omissioni.

Il riferimento è utile per individuare e delimitare le ragioni dell'indagine che avrà ad oggetto il potere governativo di annullamento straordinario, attualmente disciplinato dall'art. 2, comma 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400², e dall'art. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267³. L'istituto, residuo dello Stato monarchico, è sopravvissuto alla transizione a quello democratico e, dopo la storica sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1989, è stato depurato della sua funzionalità con riguardo agli atti delle Regioni, sollevando una serie di dubbi di compatibilità con la costituzionalizzazione delle autonomie territoriali e locali risultante dalla riforma del Titolo V.

La prassi rivela che il potere è stato raramente esercitato⁴, inducendo in più occasioni la giurisprudenza e la dottrina a interrogarsi sulla sua vigenza e attualità all'interno di un contesto storico, istituzionale e giuridico profondamente mutato rispetto al passato, in cui è venuta meno qualunque forma di controllo dello Stato sugli atti delle Regioni e degli enti locali.

Tuttavia, l'emergenza sanitaria causata dalla diffusione, dapprima in alcune aree, e successivamente, nell'intero territorio nazionale, del virus SARS-Cov-2, ha ridato nuova enfasi all'istituto, confermandone non solo la perdurante funzionalità, ma anche la rilevanza strategica per riaffermare il primato dell'unità dell'ordinamento e della certezza giuridica in un contesto in cui la sovrapposizione di poteri e di competenze generata dal sistema normativo e amministrativo emergenziale avrebbe rischiato di porre in serio pericolo la garanzia della tutela minima dei diritti civili e delle libertà fondamentali.

Del resto, se è vero che gli assetti costituzionali degli ordinamenti positivi attuali sono il risultato dei rischi sanitari del passato (e anche del presente)⁵, è allora fuor di dubbio che l'emergenza in atto abbia in parte contribuito a ridefinire la morfologia delle relazioni tra centro e periferia⁶, nell'ambito delle quali si inserisce l'annullamento straordinario.

All'analisi preliminare della genesi, delle caratteristiche e dei profili critici dell'istituto, seguirà l'indagine sul parere 7 aprile 2020, n. 735/2020 reso dalla I sezione del Consiglio di Stato nel corso della procedura di annullamento straor-

Per una ricostruzione dei diversi aspetti della storia del mito, anche attraverso una ricca e originale documentazione iconografica, si rinvia a F. Zambon, A. Grossato, *Il mito della fenice in Oriente e in Occidente*, Marsilio, 2004.

² Recante «*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*».

³ Recante «*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*».

⁴ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2^{ed.}, Torino, 2017, spec. 656.

⁵ Il riferimento doveroso è a M. Foucault, *Naissance de la biopolitique: Cours au Collège de France (1978-1979)*, Parigi, 2004, trad. it. a cura di M. Bertani, V. Zini, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, ed. 2005.

⁶ Per una disamina della distribuzione del potere tra centro e periferia durante l'emergenza, G. Piperrata, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 318 ss.

dinario, allo scopo di formulare alcune riflessioni sul modo di atteggiarsi del potere nel contesto emergenziale in atto che, se giuridicamente sviluppate, avrebbero condotto ad una sua completa integrazione nel tessuto costituzionale, donandogli un fondamento rinnovato e, forse, finanche più potente e pervasivo rispetto al passato.

2. *Il casus belli. L'ordinanza del Sindaco di Messina che limita l'attraversamento dello stretto e il suo annullamento ad opera del Governo*

Durante la “fase uno” dell'emergenza epidemiologica da Covid-19⁷, il Sindaco di Messina ha adottato, in forza dell'art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000, l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020, recante: per «chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina» l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, sul portale www.sipassaacondizione.comune.messina.it, disponibile all'interno della pagina web istituzionale del Comune di Messina (fornendo, dunque, una serie di dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento), e di attendere poi il rilascio del nullaosta comunale allo spostamento; per «chiunque intende fuoriuscire dalla Sicilia attraverso i collegamenti navali del Porto di Messina», l'obbligo di registrarsi nelle modalità indicate prima dell'imbarco.

L'ordinanza avrebbe dovuto iniziare a produrre effetti dalle ore 00.01 dell'8 aprile 2020 sino al 13 aprile 2020, senonché, il 7 aprile, la Presidenza del Consiglio dei ministri ha sollecitato l'intervento del Consiglio di Stato, in sede consultiva, inoltrando la richiesta di parere del Ministro dell'Interno per l'avvio del procedimento di annullamento governativo straordinario *ex art.* 138 del d.lgs. n. 267

⁷ L'articolazione “in fasi” della gestione nazionale dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 è stata compiuta, per la prima volta, dal d.p.c.m. 26 aprile 2020 (c.d. decreto #IoRestoaDistanza) che, nell'allegato 10, ha individuato complessivamente cinque fasi: la Fase 1 (c.d. *Lock-down*); la Fase 2A (Transizione iniziale); Fase 2B (Transizione avanzata); Fase 3 (Ripristino); Fase 4 (Preparazione). Il testo elenca una serie di criteri la cui sussistenza (parziale o totale) o assenza, accertata attraverso verifiche periodiche, determina, rispettivamente, il mantenimento, il passaggio alla fase successiva o la regressione a quella precedente (ad esempio, la transizione dalla Fase 2A alla Fase 2B è subordinata al ricorrere di una serie di condizioni, tra cui: capacità di monitoraggio epidemiologico; stabilità di trasmissione; servizi sanitari non sovraccarichi; attività di *readiness*; abilità di testare tempestivamente tutti i casi sospetti; possibilità di garantire adeguate risorse per il *contact tracing*, isolamento e quarantena). Risultano così codificate le fasi in cui è stata empiricamente articolata (a causa dell'assenza di uno specifico piano da attuare) la strategia di contenimento dell'epidemia, peraltro notevolmente semplificata sotto il profilo della comunicazione (così, M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 282 ss., spec. 289, il quale rileva come «stampa e politica [abbiano] riunito sotto l'unica denominazione di “fase uno” il periodo, caratterizzato dall'attuazione di penetranti misure di contenimento, che va dalla dichiarazione dello stato di emergenza fino all'avvio, il 4 maggio 2020, della c.d. “fase due”, caratterizzato dal progressivo allentamento di tali misure e dalla progressiva riapertura delle attività commerciali, subordinatamente all'adozione di specifiche misure di igiene»).

del 2000 e art. 2, comma 3, lett. *p*), della legge n. 400 del 1988, per la rimozione dell'ordinanza sindacale. A sostegno della richiesta sono stati adottati molteplici profili di illegittimità dell'atto (tra cui, violazione di legge, incompetenza, irragionevolezza, ecc.), nonché la necessità di tutelare l'unità dell'ordinamento giuridico che rischiava di essere compromessa da interventi locali posti in essere al di fuori del perimetro tracciato dagli atti (legislativi e amministrativi generali) nazionali emanati allo scopo di fronteggiare la crisi.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato, in tempi rapidissimi, in senso favorevole sulla richiesta di parere⁸, consentendo al procedimento di concludersi con il decreto del Presidente della Repubblica⁹ del 9 aprile che, recependone integralmente le motivazioni, ha annullato l'ordinanza sindacale.

Avvalendosi di un istituto invero quasi obliterato in un sistema ordinamentale fondato sul «pluralismo istituzionale *paritario*»¹⁰, sull'autonomia e sul decentramento amministrativo, il Governo ha così recuperato la “regia” dell'operazione complessiva di gestione della crisi, scongiurando una limitazione ulteriore (e non giustificata) delle facoltà di godimento dei diritti civili e delle libertà fondamentali già fortemente compressi dalla normativa emergenziale.

In realtà, nonostante il risultato conseguito abbia superato, per efficacia e rapidità, quello ottenibile attraverso la classica tutela cautelare dinnanzi al giudice monocratico, permangono tuttavia alcune incertezze sulla qualificazione giuridica del potere, sui presupposti che ne legittimano l'esercizio e sulla ricerca di un fondamento costituzionale, resa peraltro ancora più urgente dal rafforzamento del sistema di autonomie territoriali e locali realizzato dalla riforma del Titolo V della Costituzione. Aspetti, questi, toccati solo marginalmente dal parere che, forse, a causa dell'urgenza dell'intervento derivante dal particolare momento storico, si è limitato ad “appigliarsi” agli orientamenti giurisprudenziali dominanti in materia, lasciando per l'appunto parzialmente nell'ombra alcuni dei profili più critici e controversi dell'istituto.

⁸ Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735/2020, sul quale si vedano le notazioni di A. Ruggeri, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello stretto di Messina*, in *ConsultaOnline.it*, 10 aprile 2020; N. Pignatelli, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Dir. reg.*, 2020, 1, 555 ss.

⁹ Pubblicato in GU n. 96 del 10 aprile 2020.

¹⁰ M. Cammelli, *Amministrazione (ed interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1273 ss., 1274 (corsivo testuale).

3. *La disciplina del potere governativo di annullamento straordinario: profili storico-evolutivi*

L'istituto, le cui origini risalgono allo Stato monarchico, era originariamente disciplinato dai regolamenti di esecuzione della legge sull'amministrazione comunale e provinciale¹¹. L'art. 107 del regio decreto 8 giugno 1865, n. 2321¹² e l'art. 117 del regio decreto 10 giugno 1889, n. 6107¹³ prevedevano, con formula sostanzialmente analoga, il potere del Governo del Re di dichiarare «in qualunque tempo», con decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato, «la nullità delle deliberazioni» del Consiglio comunale, rinviando per i casi specifici alle apposite leggi comunali e provinciali¹⁴. L'attivazione del procedimento poteva avvenire tramite la presentazione di un ricorso o di una denuncia o su iniziativa del Governo.

Lo strumento era stato poi recepito dall'art. 114 del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2839, di riforma della legge comunale e provinciale, e successivamente, dall'art. 6 del regio decreto 3 marzo 1934, n. 383, recante il testo unico della legge comunale e provinciale, che (salva la trasformazione – essenzialmente formale¹⁵ – di «dichiarare la nullità» degli atti in quella di «annullarli») ne riproduceva, senza variazioni sostanziali, il contenuto. Le previsioni normative, nonostante si uniformassero alla previgente disciplina, recavano tuttavia un'importante innovazione attraverso l'estensione oggettiva del potere a tutti gli «atti o provvedimenti» adottati in «violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali»,

¹¹ Sulla derivazione storica dell'istituto, A.M. Sandulli, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, in *Dir. e soc.*, 1975, 205 ss.

Sui caratteri del sistema «dualistico» che lo Stato italiano assunse nella sua prima fase, C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto italiano* (ed. 1931), Ristampa inalterata con prefazione di E. Cheli, Milano, 2000, 61 ss.

¹² Regolamento di esecuzione della legge comunale e provinciale di cui all'allegato A, della legge 20 marzo 1865, n. 2248.

¹³ Regolamento di esecuzione della legge comunale e provinciale approvata con regio decreto 10 febbraio 1889, n. 5921.

¹⁴ Rispettivamente, all'art. 227, dell'allegato A della legge n. 2248 del 1865, e all'art. 255, del regio decreto n. 591 del 1889, che prevedevano la nullità «di pien diritto [del]le deliberazioni prese in adunanze illegali o sovra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio o se si sono violate le disposizioni delle leggi».

¹⁵ In questi termini, E. Tosato, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, diretto da D. Donati, II, 1937, 13 ss., il quale appunto osserva come «dalla comparazione dei due testi di legge risulta chiaro che non è intervenuta in diritto alcuna modificazione»; P. Bodda, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, 91 ss.; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. (ma 1901), 478 ss.; U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2^{ed}, Milano, 1915, 1184 ss. Tuttavia, nel senso che si sarebbe trattato di una mera «dichiarazione di nullità» e non di un annullamento, si veda lo scritto posteriore di F. Cammeo, *La dichiarazione di nullità dei contratti degli enti locali e la competenza giudiziaria*, in *Giur. it.*, 1932, IV, 1 ss., spec. 3, le cui argomentazioni sono tuttavia rimaste senza seguito.

che diveniva così «espressione di un principio generale implicito»¹⁶ dell'ordinamento. Inoltre, contro il decreto reale era possibile proporre ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato per motivi di legittimità ovvero ricorso straordinario al Re, garantendo in questo modo il controllo sulla decisione di prime cure¹⁷.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948, l'istituto ha continuato a essere disciplinato dall'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, fino a quando ad esso si è sostituito l'art. 2, comma 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400¹⁸, che, nella formulazione originaria, aveva sottoposto alla deliberazione del Consiglio dei Ministri «le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali»¹⁹. La scelta legislativa di introdurre la disciplina di un istituto perfettamente compatibile con le concezioni di accentramento politico-amministrativo dominanti nel periodo precostituzionale²⁰, aveva tuttavia iniziato a sollevare non pochi dubbi di legittimità dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ispirata ai principi dell'autonomia e del decentramento. La disciplina positiva si differenziava, invero, dalla previgente per la presenza di alcune innovazioni riguardanti, innanzitutto, la riferibilità del potere (non più al Governo genericamente inteso ma) al Consiglio dei Ministri e, in secondo luogo, l'estensione espressa dell'ambito oggettivo di applicazione anche agli atti delle Regioni e delle Province autonome; in quest'ultimo caso, occorre il parere della Commissione parlamentare per le questioni regio-

¹⁶ A.M. Sandulli, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, cit., spec. 206-207, il quale precisa che l'oggetto del potere «non [erano più] soltanto le deliberazioni consiliari, ma tutti i provvedimenti; e non soltanto quelli dei Comuni e delle Province, ma anche quelli di ogni altra autorità amministrativa, così degli enti pubblici come dello stesso Stato». Sulla portata «generale» del potere già A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, 256 ss.; P. Bodda, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, cit., 97; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, 355; G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 167; V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 237 ss.; E. Cannada-Bartoli, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 492.

¹⁷ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 356, precisa come la norma avesse provveduto a risolvere la disputa dottrinale e giurisprudenziale sull'individuazione dell'autorità competente a decidere sulle controversie cui poteva dar luogo l'impugnativa del decreto di annullamento, visto che, fino a quel momento, il carattere discrezionale dell'atto era ritenuto motivo di esclusione della competenza dell'autorità giudiziaria.

¹⁸ Recante «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri».

¹⁹ L'introduzione della preventiva deliberazione del Consiglio dei Ministri stava dunque ad indicare che la valutazione dell'interesse pubblico attuale all'eliminazione dell'atto illegittimo doveva essere espressione dell'indirizzo unitario del Governo nella sua collegialità. In dottrina, sul punto, G. Canzio, *Spunti in tema di «annullamento governativo»*, in *Riv. giur. ed.*, 1970, 666 ss., spec. 668. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 dicembre 1968, n. 30, in *Cons. Stato*, 1968, I, 1981; sez. V, 24 ottobre 1969, n. 1097, ivi, 1969, I, 1688.

²⁰ E. Cannada Bartoli, *Aspetti costituzionali dell'annullamento governativo di provvedimenti amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1959, 330 ss., 334; G. Guarino-Ciancio, *Memoria difensiva per la regione siciliana nel giudizio di legittimità costituzionale deciso con sentenza n. 58 del 1959*, ivi, 1094 ss., 1103.

nali, in aggiunta a quello del Consiglio di Stato. Le ragioni della scelta legislativa di introdurre l'art. 2, comma 3, lett. p), come rilevato da autorevole dottrina, potevano allora essere con tutta probabilità rinvenute nell'accettazione tacita di un istituto già operante nell'ordinamento positivo, già legittimato dalla giurisprudenza costituzionale e, del resto, perfettamente in linea con il «generale disegno di rafforzamento dell'esecutivo, perseguito nel suo complesso dalla intera [legge]»²¹. Tuttavia, l'aggiunta del parere della Commissione parlamentare per le questioni regionali quando l'annullamento straordinario fosse diretto nei confronti degli atti emanati dalle Regioni (da quelle a Statuto speciale soprattutto), denotava la consapevolezza del legislatore della sua possibile frizione con la costituzionalizzazione dell'autonomia regionale²². Nonostante infatti la dottrina formatasi nella vigenza dell'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934 avesse cercato di far risaltare quel carattere di «potere di vertice»²³, tipico dell'autotutela²⁴, e la natura politica del rimedio, seppure alcune perplessità riguardassero la qualifica di alta amministrazione dell'atto conclusivo²⁵, tuttavia l'effetto immediato

²¹ C. Barbati, *L'annullamento governativo degli atti regionali illegittimi: alla ricerca del «perchè» di una scelta legislativa* (nota a C. cost., 21 aprile 1989, n. 229), in *Le Regioni*, 4, 1198 ss., spec. 1213-1214, la quale considera questa scelta anche come «l'espressione di più generali linee di tendenza che hanno recentemente interessato la configurazione legislativa e giurisprudenziale dei rapporti Stato-autonomie regionali (e provinciali)». Infatti, «molte delle scelte operate in proposito sono caratterizzate dall'attribuzione all'esecutivo del ruolo di interlocutore privilegiato, quando non unico, delle autorità regionali, come tale provvisto di poteri direttivi, più coerenti con un disegno di cooperazione unilaterale, a contenuti determinati dallo Stato Governo, che non con forme di reale «regionalismo cooperativo»».

²² Aderendo alle perplessità manifestate dalla dottrina formatasi nella vigenza dell'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934. Risolve «in senso negativo la questione dell'ammissibilità dell'annullamento governativo per gli atti amministrativi delle Regioni, data l'impossibilità di rinvenire nell'attuale ordinamento positivo una disposizione attributiva della potestà in parola», G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 2, 604 ss., spec. 617; in senso conforme, G. Berti, *Ordinamento amministrativo, annullamento governativo e autonomia regionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 6, 2818 ss., spec. 2833, secondo cui l'annullamento governativo «è decisamente rifiutato dai presupposti e dai caratteri del nuovo sistema [ordinamentale]». Si vedano anche i contributi di E. Cannada-Bartoli, *Aspetti costituzionali dell'annullamento governativo di provvedimenti amministrativi*, cit., 331 ss.; G. Guarino-Ciancio, *Memoria difensiva per la regione siciliana nel giudizio di legittimità costituzionale deciso con sentenza n. 58 del 1959*, cit., 1094 ss.; G. Treves, *Costituzionalità dell'annullamento governativo degli atti amministrativi nella sfera regionale*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 1009 ss.;

²³ A.M. Sandulli, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, cit., 214, per il quale, tale connotato era desumibile anche da elementi formali come il parere del Consiglio di Stato e l'adozione attraverso decreto del Re, sostituita nelle altre ipotesi dalla decisione dei Ministri (ad esempio, in materia di ricorsi gerarchici propri e impropri, come stabilito dall'art. 113 del regio decreto n. 2839 del 1923 e, successivamente, dall'art. 5 del regio decreto n. 383 del 1934).

²⁴ Sulla nozione di autotutela, doveroso il rinvio a F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss., *ad vocem*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1781 ss.

²⁵ Sia per la mancata previsione normativa della deliberazione del Consiglio dei Ministri (fin dal decreto 21 dicembre 1980, n. 1122, regolante le attribuzioni del Consiglio dei Ministri, elemento necessario per l'attribuzione della qualifica dell'alta amministrazione) sia per l'ambiguità della stessa categoria (ancora, A.M. Sandulli, *op. ult. cit.*, 214 ss.; in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 dicembre 1968, n. 30; Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 1971, n. 223; Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 1974, n. 7).

A favore della configurazione dell'annullamento straordinario come atto di alta amministrazione, G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, cit., spec. 628-629.

e diretto ad esso ricollegabile si esprimeva in un controllo invasivo e penetrante nella sfera di azione e di organizzazione delle amministrazioni pubbliche. Né le modifiche apportate al testo dell'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 denotavano un mutamento della morfologia del potere, che rimaneva profondamente ancorato ad una visione monolitica e verticistica dell'apparato statale e, per questo motivo, incompatibile con il rinnovato assetto ordinamentale.

Queste le ragioni alla base dell'impugnazione della norma dinanzi alla Corte costituzionale, per lesione della sfera di autonomia regionale garantita dalla Carta, e della decisione dei giudici di espungere dall'ordinamento la parte relativa all'applicazione dell'istituto nei confronti degli atti delle Regioni e delle Province autonome, rimanendo invece in vigore con riguardo agli atti emanati da altre autorità amministrative²⁶. Sicché l'annullamento straordinario è attualmente contemplato anche dall'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, collocato nel Titolo IV, dedicato al controllo sugli atti, la cui formulazione letterale recita che: «In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità»²⁷.

Sulla discussa categoria degli atti di alta amministrazione, nella letteratura più risalente, imprescindibile il riferimento a A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 749 ss.; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, 10^{ed}, Napoli, 1969, 16 ss. e 219; V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 94 ss.; E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, 160 ss.; G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, e prima ancora Id., *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, cit., spec. 626, che, aderendo all'orientamento a quel tempo dominante, valorizza «la funzione di indirizzo» di cui essi sono espressione e «l'altissima discrezionalità» che ne caratterizza il processo di emanazione; M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 2^{ed}, Bologna, 1986, 699 ss., spec. 708 ss. Nella dottrina recente, V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 101 ss., 122-123, che, ponendo l'accento sul profilo soggettivo, e cioè sulla «imputazione [di tali atti] all'autorità politica» piuttosto che su quello oggettivo, costituito dall'«ampia discrezionalità» del contenuto, giunge ad individuare «una [...] collocazione sistematica [...] parzialmente diversa (ma di essa comprensiva) rispetto a quella delineata [...]» dalla dottrina poc'anzi citata. Ad avviso dell'A., «si tratta infatti, di atti amministrativi, ascrivibili, in primo luogo, all'indirizzo politico amministrativo (atti di indirizzo in senso tecnico, direttive, atti generali, atti di programmazione, etc.); [...] in secondo luogo, si tratta di atti puntuali ascrivibili alla direzione politica dell'amministrazione, segnatamente in ordine alla gestione dei rapporti d'ufficio (distinta ovviamente dalla gestione personale), incarichi, nomine, rimozioni, etc.; [...] in terzo luogo, si tratta di atti di amministrazione puntuale, nei quali, dati gli interessi coinvolti, l'indirizzo politico amministrativo si esprime direttamente, cioè in diretta applicazione della legge, senza l'antecedente mediazione (individuazione, specificazione, di fini, obiettivi, etc.) rappresentata dagli atti di indirizzo» (spec. 133).

²⁶ Il riferimento è alla storica sentenza 21 aprile 1989, n. 229, in *Le Regioni*, 1990, 4, 1190 ss., con note di V. Cocozza, *Annullamento governativo e autonomia regionale*, e di C. Barbati, *L'annullamento governativo degli atti regionali illegittimi*, cit. Si rinvia sul punto alle considerazioni che saranno svolte *infra* paragrafo 4.

²⁷ Per un inquadramento generale dell'istituto, nella versione di cui all'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, I, 4^{ed}, Bologna, 2005, 766 ss., spec. 872; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*

4. *Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sulla qualificazione giuridica del potere e la sentenza n. 229 del 1989 quale esito di un itinerario ermeneutico controverso*

La rispondenza dell'annullamento straordinario all'esigenza di garantire la legittimità dell'agire amministrativo, compromessa dalla presenza di un atto invalido, e, al contempo, ad un interesse generale, rappresentato dalla tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico, insieme alla mancanza di qualunque termine, hanno costituito la principale ragione delle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sulla qualificazione giuridica del potere. Il dibattito, storicamente concentrato intorno a due momenti principali che possono essere individuati negli anni Sessanta e Novanta del secolo ormai trascorso, è stato invero stimolato dall'urgenza di verificare la coerenza dell'istituto, all'epoca ancora disciplinato dall'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, con il sistema delineato dall'art. 5 Cost., e in particolare, la legittimità dell'estensione nei confronti degli atti delle Regioni e delle Province autonome che, nel frattempo, erano state istituite dalla Carta.

Nella sentenza n. 24 del 1957²⁸, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione dell'ammissibilità del potere nei riguardi degli atti degli enti locali, conclude per la piena compatibilità con la Costituzione dell'attribuzione di un potere di controllo al Governo, cioè ad un organo diverso da quello titolare della funzione ordinaria, giustificata peraltro dal requisito della eccezionalità. Infatti, pur preferendo la qualificazione in termini di controllo, i giudici ne esaltano il carattere speciale, che ne rende legittimo l'esercizio solo quando, insieme all'illegittimità dell'atto, ricorrono «motivi attuali e concreti d'interesse generale all'annullamento».

Nelle pronunce successive, mutando il proprio precedente orientamento, l'annullamento governativo viene considerato quale «mezzo di autotutela dell'amministrazione pubblica intesa come ordinamento unitario», ritenendo sempre necessaria la contemporanea sussistenza dell'illegittimità dell'atto amministrativo e dell'interesse generale che si intende tutelare attraverso l'esercizio. L'attribuzione all'atto finale della qualifica di alta amministrazione, espressione del carattere unitario dello Stato, fa sì che l'istituto si ponga in armonia con il sistema delineato dall'art. 5 Cost., nel quale il decentramento organico e istituzionale è ordinato in modo da non contrastare con il predetto carattere unitario. In questa prospettiva, l'annullamento governativo si atteggia come potere assolutamente eccezionale, cui si ricorre esclusivamente in presenza di gravi motivi d'interesse genera-

to amministrativo, cit., 654 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 8^{ed}, Bologna, 2016, 485-486; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 19^{ed} a cura di F. Fracchia, Milano, 2017, 589; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 3^{ed}, Bologna, 2017, spec. 226.

²⁸ C. cost., 26 gennaio 1957, n. 24, in *Giur. cost.*, 1957, 373.

le, non essendo sufficiente il mero interesse a ristabilire il diritto violato²⁹. L'esito di tali argomentazioni coincide con la negazione espressa della configurazione del potere in termini di controllo, sul presupposto che «si caratterizza, rispetto a questo, per la estemporaneità e la discrezionalità, essendo connesso con le mutevoli esigenze e valutazioni dell'interesse pubblico»³⁰.

La sentenza n. 229 del 1989 risente di tale itinerario controverso, nel corso del quale l'elemento comune delle argomentazioni addotte può essere rinvenuto nello sforzo di giustificare la perdurante vigenza e funzionalità di un istituto in un contesto ordinamentale e istituzionale profondamente rinnovato rispetto al passato. Dall'impianto motivazionale risalta la volontà dei giudici di intraprendere un cambio di rotta rispetto ai propri precedenti, chiaramente percepibile dall'affermazione che il problema dell'ammissibilità dell'annullamento straordinario nei confronti degli atti delle Regioni e delle Province autonome «è rimasto sinora, in sede giurisprudenziale, del tutto impregiudicato» e «risolto, in sede legislativa, solo attraverso la norma di cui [all'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988]»³¹, nonchè dalla scelta di ritenere prevalente nella fattispecie il profilo del controllo, in contrasto con gli orientamenti poc'anzi esaminati. In sostanza, è come se la Corte intendesse negare qualunque linea di continuità tra la norma impugnata e il previgente art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, che viene richiamato solo per esaminare la derivazione storica del potere e passare in rassegna le diverse tesi proposte sulla sua natura giuridica. La conferma dell'assunto potrebbe derivare dal riscontro di alcuni elementi innovativi nel testo dell'art. 2, comma 3, lett. p) che escludono il carattere meramente ricognitivo o confermativo di una disciplina previgente o di un diritto vivente ormai consolidato.

La Corte privilegia la configurazione dell'annullamento straordinario in termini di controllo di legittimità sugli atti, ritenendo che l'estraneità del controllo rispetto al plesso di appartenenza del controllato e l'esistenza di un atto affetto da vizi di legittimità attribuiscono netta prevalenza alle garanzie della legalità. Non si esime tuttavia dal riconoscere l'esistenza di elementi di specialità che lo allontanano dalla fattispecie classica, conferendogli una morfologia ibrida e avvi-

²⁹ C. cost., 5 maggio 1959, n. 23, in *Giur. cost.*, 1959, 329; C. cost., 1° dicembre 1959, n. 58, *ivi*, 1901; C. cost., 16 dicembre 1960, n. 73, *ivi*, 1960, 1235.

³⁰ C. cost., 16 dicembre 1960, n. 74, in *Giur. cost.*, 1960, 1242.

³¹ Cfr. paragrafo 3 del considerato in diritto. Per la verità, la giurisprudenza costituzionale, pur in mancanza di una previsione espressa, aveva considerato legittimo l'esercizio del potere nei riguardi degli atti delle Province, oltre che dei Comuni (cfr. C. cost. n. 24/1957; n. 23/1959; n. 73 e 74/1960; 13 luglio 1963, n. 128, *ivi*, 1963, 1411 ss.; C. cost., 13 gennaio 1966, n. 4, *ivi*, 1966, 51 ss.); mentre un accenno marginale alla possibilità di estendere il rimedio agli atti delle Regioni a Statuto speciale era contenuto nella sentenza 28 dicembre 1971, n. 207, la quale aveva riconosciuto il carattere generale dell'annullamento straordinario e l'applicabilità agli atti amministrativi delle Regioni a Statuto speciale dell'art. 6, del regio decreto n. 383 del 1934. Tuttavia, la pronuncia n. 229/1989 aveva ommesso qualsiasi riferimento a tale precedente, richiamando esclusivamente la giurisprudenza costituzionale che non aveva affatto considerato la questione.

cinandolo all'area dell'amministrazione attiva. Dopo aver premesso che la natura costituzionale conferita dall'art. 115 Cost. all'autonomia regionale comporta che sia compito esclusivo della Costituzione disciplinare «il complesso di relazioni tra Stato e Regioni», nonché prevedere l'*an* e il *quomodo* di eventuali forme di ingerenza statale nell'attività degli enti regionali, riconduce l'istituto al controllo di legittimità *ex art.* 125 Cost.³². A causa del carattere tassativo di tale disciplina, che ne impedisce l'estensione con legge ordinaria, i giudici concludono per la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata, per violazione degli artt. 125, 126 e 134 Cost., nella parte in cui, per l'appunto, introduce «un tipo particolare di controllo di legittimità da esercitare in forma accentrata attraverso il Governo [sugli atti delle Regioni e delle Province autonome]», in palese contrasto con le disposizioni richiamate che, al contrario, ne prevedono l'esercizio esclusivamente da parte di un organo dello Stato in forma decentrata³³.

È interessante osservare che l'adesione alla tesi del controllo non si dimostra del tutto salda. I giudici si fanno infatti carico di evidenziare che anche una eventuale configurazione del potere in termini di autotutela o di alta amministrazione non potrebbe condurre ad esiti differenti, rafforzando per questa via la dichiarazione di incostituzionalità parziale della norma e precludendo in radice la possibilità di un futuro ritorno ai propri precedenti per giustificare la conformità dell'istituto al testo costituzionale.

Eguale è significativo che, mentre la qualificazione come strumento di autotutela appare incompatibile con il disegno pluralista tratteggiato dalla Carta, presupponendo una visione monolitica dell'amministrazione ormai del tutto superata, al contrario, la tesi dell'alta amministrazione viene respinta poiché espressione di un potere connotato da amplissima discrezionalità, facoltativo e del tutto svincolato da qualsivoglia tipizzazione dei contenuti o degli interessi generali da affermare in sede di adozione del provvedimento demolitorio³⁴. Rovesciando i termini del problema, le argomentazioni della Corte sembrerebbero lasciare spazio ad una soluzione differente, e quindi a ritenere ammissibile l'annullamento straordinario anche nei confronti degli atti delle Regioni e delle

³² V. Cocozza, *op. ult. cit.*, 1195, osserva, in proposito, come il «merito principale della decisione sia quello di aver sgombrato il campo da qualsivoglia equivoco sul modo in cui è da intendere l'ordinamento costituzionale». Non vi è infatti alcuna «tentazione verso l'unità politica che trova l'espressione di sintesi nel Governo, ma un disegno pluralista che compiutamente si realizza nel sistema dell'articolazione territoriale regionale».

³³ Cfr. paragrafo 5 del considerato in diritto.

Sul tema dei controlli sugli enti territoriali nel quadro costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V, A.M. Sandulli, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 2, 575 ss.; e, nello specifico, sulle Regioni, F. Benvenuti, *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 2, 587 ss., ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 2999 ss.

³⁴ Cfr. paragrafo 6 del considerato in diritto.

Province autonome in presenza di un futuro intervento legislativo di tipizzazione degli interessi generali³⁵.

Se ne trae che la preferenza per la tesi del controllo non vale a dirimere in via definitiva le perplessità sulla natura giuridica del potere, convivendo in esso profili differenti che lo rendono difficilmente inquadrabile all'interno di una categoria giuridica unitaria.

4.1. *Segue: la riforma del Titolo V della Costituzione e le perplessità sulla legittimità costituzionale dell'annullamento straordinario con riguardo agli atti degli enti locali*

Le perplessità manifestate dalla dottrina circa la compatibilità dell'annullamento straordinario con il modello complessivo delle relazioni tra Stato e autonomie, invero già sollevate con riguardo agli atti delle Regioni e delle Province autonome prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale, con sentenza n. 229 del 1989, dell'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988, si sono ripresentate con riferimento agli atti degli enti locali, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo disegno pluralistico delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione³⁶. Il riconoscimento pieno in sede costituzionale dell'autonomia di tali enti (art. 114 Cost.), insieme all'abrogazione degli artt. 125 e 130 Cost., e al conseguente superamento del modello degli «eterocontrolli», basato nella sostanza sul controllo (preventivo) di legittimità degli atti³⁷, ha infatti indotto una par-

³⁵ Questa eventualità era stata rilevata da R. Bin, *Annullamento governativo degli atti amministrativi regionali: è proprio l'ultima parola?*, in *Giur. cost.*, 1989, 987 ss., in part. 991: «si può davvero escludere qualsiasi ripensamento della Corte un giorno che il legislatore nazionale prevedesse casi di annullamento d'ufficio di atti amministrativi regionali, non come strumento generale e generico, ma specificamente previsto dalla legge per la difesa di interessi "tipizzati", o meglio, per ipotesi "tipizzate" dell'interesse nazionale?».

³⁶ R. Cameli, *Poteri sostitutivi del governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, 5, 3389 ss., spec. 3402, osserva, in proposito, che il pieno riconoscimento dell'autonomia degli enti locali all'interno del novellato testo costituzionale (art. 114 Cost.) porta a ritenere «non [...] più ammissibile un generale potere di annullamento governativo: la medesima *ratio* che condusse ad escludere la legittimità del potere in oggetto in capo al Governo nei confronti delle Regioni, oggi infatti dovrebbe essere estesa alla dinamica dei rapporti tra enti locali ed esecutivo centrale e, dunque, indurre ad escludere l'applicabilità dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000». Prima ancora, F. Pinto, *Diritto degli enti locali*, I, Torino, 2003, spec. 388; in senso conforme, E. Balboni, *Le garanzie esterne per la sana gestione finanziaria e le esigenze di una loro armonizzazione*, in G.C. De Martin, *Autonomie locali, garanzie di legalità e sana gestione*, in *www.astrid-online.it*, spec. 61.

³⁷ Sulle conseguenze derivanti dall'abrogazione, ad opera dell'art. 9, comma 2, della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, sul sistema di controlli previsto dal Titolo VI del d.lgs. n. 267 del 2000, si veda F. Pinto, *Il testo unico degli enti locali dopo la riforma: tra incertezze statali e incertezze regionali*, in *Quad. cost.*, 2002, 2, 291 ss., spec. 304 ss.

Sul tema dei controlli amministrativi, per un inquadramento generale, E. Guicciardi, *I controlli amministrativi e giurisdizionali sull'attività dell'amministrazione*, Brescia, 1951; G. Berti, L. Tumiati, *Controlli ammi-*

te della dottrina a dubitare della vigenza dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 nel sistema attuale³⁸, intravedendovi «una forma speciale di controllo sugli atti»³⁹; ricostruzione che risulterebbe peraltro corroborata dalla collocazione della norma nell'ambito del Titolo VI del d.lgs. n. 267 del 2000, dedicato proprio al controllo sugli atti degli enti locali.

Perplessità sostanzialmente analoghe sono state sollevate dalla stessa giurisprudenza amministrativa che, in occasione delle richieste di parere avanzate in sede di procedimento di annullamento straordinario, non ha esitato a rilevare alcuni profili di incompatibilità della norma con l'assetto dei rapporti tra centro e autonomie ridefinito dalla riforma costituzionale, soffermandosi in particolare sull'«indeterminatezza del presupposto [che ne] farebbe [...] uno strumento caratterizzato da così ampia discrezionalità da risultare lesivo dell'autonomia degli enti locali avente fondamento nella Costituzione»⁴⁰.

Il tema manifesta, con tutta evidenza, una difficoltà oggettiva che impone un esame accurato dei connotati peculiari della disciplina e della casistica in argomento.

5. *La morfologia del potere governativo di annullamento straordinario ex art. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa nel percorso di ricerca di un fondamento costituzionale*

La lettura dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, paradigma normativo di riferimento, insieme all'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988, del

nistrativi, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 289 ss., *ad vocem*; M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 4, 1263 ss.; A. Crosetti, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 69 ss., *ad vocem*; F. Trimarchi Banfi, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984; O. Sepe, *Controlli. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss., *ad vocem*; M. De Benedetto, *Controlli. II) Controlli amministrativi*, *ivi*, 2006, 1 ss., *ad vocem*; U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995.

³⁸ Esprime qualche «riserva sull'attuale vigenza di tale potere nei confronti degli atti dei Comuni e delle Province», P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Padova, 2003, 210; in senso conforme, A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1305 ss., spec. 1324, il quale, dopo aver rilevato che «appare incerta la sorte del potere di annullamento straordinario del Governo nei confronti degli atti degli enti locali», conclude tuttavia che, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, «appaiono sicuramente più numerosi e forti gli argomenti a sostegno della incostituzionalità anche con riguardo a Comuni e Province».

³⁹ In questi termini, C. cost., n. 229/1989, paragrafo 5 del considerato in diritto, secondo cui «il fatto che il potere [di annullamento] venga esercitato da un soggetto esterno all'amministrazione che ha posto l'atto da annullare e nei confronti di atti comunque viziati nella legittimità induce a ritenere prevalenti, nella fattispecie, le garanzie della legalità che si ricollegano al controllo di legittimità sugli atti, pur con tutte le connotazioni speciali che tendono ad avvicinare il potere stesso all'amministrazione attiva, in relazione sia alla facoltatività dell'annullamento, sia all'inesistenza di un limite temporale per il suo esercizio, sia all'ampia discrezionalità della valutazione relativa alla presenza di un interesse attuale di carattere generale in grado di giustificare l'intervento straordinario del Governo» (corsivo nostro).

⁴⁰ In questi termini, Cons. Stato, sez. I, parere 16 marzo 2005, n. 9771/2004.

potere governativo di annullamento straordinario, evidenzia un disposto normativo piuttosto sintetico dal quale è tuttavia possibile estrapolarne i presupposti, il profilo finalistico-causale e le fasi in cui si articola la procedura.

L'attivazione del procedimento, d'ufficio o su denuncia, è demandata alla formulazione di una proposta del Ministro dell'Interno, cui segue la consultazione del Consiglio di Stato e la deliberazione del Consiglio dei Ministri, recepita dal decreto del Presidente della Repubblica. Il potere, esercitabile «in qualunque tempo», assolve alla funzione di rimuovere gli atti illegittimi degli enti locali che possano pregiudicare «l'unità dell'ordinamento» giuridico.

La genericità della formulazione normativa ha indotto la giurisprudenza amministrativa a tentare di specificare quali stati patologici fossero idonei a determinare l'attivazione del potere. Non può invero non suscitare una certa perplessità la scelta del legislatore di espungere qualsiasi riferimento ai classici vizi di legittimità dei provvedimenti che, al contrario, compariva nel previgente art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, il quale appunto menzionava l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di leggi o di regolamenti, e di introdurre un generico riferimento agli «atti illegittimi», rievocando una categoria di cui la dottrina prevalente aveva cercato di disfarsi o quantomeno, in aderenza al dato normativo, sostituire con le nozioni di invalidità, annullabilità e nullità⁴¹. Un rinvio legislativo al Capo IV-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241⁴², recante la disciplina generale dell'invalidità degli atti amministrativi, avrebbe di certo reso meno arduo il compito dell'interprete di stabilire quali vizi rientrassero nell'illegittimità menzionata dall'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa in argomento rivela, in effetti, una certa restività dei giudici a ritenere sufficienti i classici vizi indicati dall'art. 21-*octies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ovvero incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, e al contrario a richiedere un *quid pluris*, una particolare gravità dello stato patologico dell'atto, tale da pregiudicare quell'unità dell'ordinamento alla cui tutela è diretto l'istituto. Si fatto così riferimento al

⁴¹ Come ricorda M.S. Giannini, *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 131 ss., 132, *ad vocem*, secondo cui «nei giovani studiosi sembra si vada facendo strada una diversa concezione, che sta molto più aderente al diritto positivo, con la quale la illegittimità viene raffigurata come uno stato viziato tipico degli atti dei pubblici poteri, costituiti dagli atti normativi e dagli atti amministrativi». In realtà, nei manuali di diritto amministrativo e negli studi monografici sul provvedimento attuali, continua a comparire la nozione di illegittimità intesa come «stato patologico tipico del provvedimento [...] data dalla [sua] non conformità [...] ad un modello legale ampiamente inteso, comprensivo come tale della disciplina dell'attività e della funzione, e si scompone nei noti vizi di eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge»; così R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 446; in senso analogo, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 468-469, secondo cui l'illegittimità identifica «la condizione patologica tipica dell'atto amministrativo».

⁴² Introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*».

«difetto assoluto di competenza» o di «incompetenza assoluta per materia»⁴³ o, in senso più generico, ad «un vizio in qualche modo “qualificato”»⁴⁴ dell'atto o alla «violazione significativa di un principio dell'ordinamento generale o di settore»⁴⁵.

L'elemento comune delle teorizzazioni proposte può essere rinvenuto nel duplice tentativo di “agganciare” la gravità del vizio al profilo finalistico-causale del potere, ricostruendo il primo in termini di idoneità (seppur potenziale o ipotetica) ad arrecare una lesione all'unità dell'ordinamento, e al contempo, di circoscriverlo nell'area dell'illegittimità, essenzialmente per ragioni di aderenza al dato normativo (ove compaiono le locuzioni «atti illegittimi» e «annullare»).

L'esame della casistica giurisprudenziale rivela peraltro che la gravità richiesta non riguarda tanto la tipologia di vizio, quanto la sua *attitudine* a pregiudicare l'unità dell'ordinamento: in altre parole, anche un atto affetto da violazione di legge potrebbe essere cassato in sede di annullamento straordinario, qualora sia idoneo a produrre una simile conseguenza.

Nonostante i dubbi di costituzionalità, l'orientamento prevalente dei giudici è sempre stato proteso a “scriminare” l'istituto attraverso la promozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata, fondata essenzialmente sulla sua riduzione entro margini di operatività che, da un lato, assicurassero la salvaguardia delle prerogative costituzionali degli enti locali e, dall'altro, il costante collegamento ad interessi e valori garantiti dalla Carta, tra i quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, la cui cura compete, in via prioritaria, allo Stato⁴⁶. Per questa via, si è giunti a ritenere legittimo l'esercizio del potere esclusivamente per rimuovere quei provvedimenti emanati dagli enti locali in materie riservate dalla Costituzione alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, «all'evidente fine di assicurare, nei settori ad esse corrispondenti, l'unitarietà e la coerenza dell'ordinamento giuridico»⁴⁷. In buona sostanza, gli artt. 5 e 117, comma 2, Cost., in combinato disposto, sono stati elevati a fondamento costituzionale dell'istituto.

⁴³ Cons. Stato, sez. I, parere 2 aprile 2003, n. 1313/2003. È interessante notare che le categorie di invalidità proposte precedono la codificazione dello statuto patologico del provvedimento amministrativo, avvenuto ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15, attraverso l'introduzione del Capo IV-*bis* nel *corpus* della legge n. 241 del 1990, intitolato «*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*».

⁴⁴ Cons. Stato, sez. I, parere 17 giugno 2009, n. 1675/2009.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. II, parere 22 novembre 2000, n. 921/2000, reso nel procedimento per l'annullamento straordinario del decreto 21 gennaio 2000 emanato dal Rettore dell'Università “La Sapienza” di Roma, che aveva disposto, a decorrere dal 27 ottobre 1999, l'inquadramento nel ruolo dei ricercatori universitari del personale di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 502 del 1992 (tecnici laureati medici), che svolgeva funzioni assistenziali.

⁴⁶ In questi termini, Cons. Stato, sez. I, parere n. 9771/2004.

⁴⁷ Ancora Cons. Stato, sez. I, parere n. 9771/2004.

L'esame dei provvedimenti di annullamento straordinario intervenuti a cassare atti illegittimi degli enti locali conferma l'esistenza di un *collegamento di tipo oggettivo* fondato sulle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tra quelli intervenuti negli ultimi anni, è possibile ricordare: il d.p.r. 13 agosto 2010, che ha disposto l'annullamento straordinario ai sensi dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 della modifica dell'art. 12 dello Statuto del Comune di Caulonia (Reggio Calabria), approvata dal Consiglio comunale con

Se il percorso logico-argomentativo è, in linea di massima, condivisibile,

deliberazione n. 36 del 29 giugno 2009, nella parte in cui aveva attribuito il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali agli apolidi e agli stranieri legalmente soggiornanti in Italia e residenti nel Comune che fossero in possesso della carta di soggiorno o che avessero risieduto legalmente ed abitualmente in Italia nei due anni precedenti le elezioni; il d.p.r. 13 febbraio 2009, che ha disposto l'annullamento straordinario dell'art. 20, comma 2, dello Statuto del Comune di Casalmaggiore (Cremona), approvato con deliberazione consiliare n. 84 del 28 settembre 2007, nella parte in cui aveva esteso il diritto di elettorato nell'elezione del Sindaco e del Consiglio comunale ai cittadini non appartenenti all'Unione europea residenti nel comune da almeno cinque anni; il d.p.r. 21 febbraio 2008, che ha disposto l'annullamento straordinario dell'art. 4-*bis* dello Statuto del Comune di Asti, introdotto dalla deliberazione consiliare n. 1 del 16 gennaio 2007, che aveva esteso il diritto di elettorato attivo e passivo nell'elezione del Sindaco, del Consiglio comunale e dei Consigli circoscrizionali ai cittadini non appartenenti all'Unione europea soggiornanti in Italia e residenti nel comune; il d.p.r. 16 gennaio 2008, che ha disposto, sulla base dei pareri del Consiglio di Stato, sez. I, 24 gennaio 2007, n. 4852/2006, 6 giugno 2007, n. 1707/2007, 10 ottobre 2007, n. 1707, l'annullamento straordinario dell'art. 10, commi 6, 7, 8 e 9, e l'art. 25, commi 3, 4 e 5 dello Statuto del Comune di Pisa, introdotti con la deliberazione consiliare n. 44 dell'8 giugno 2006, nella parte in cui aveva riconosciuto «il diritto di elettorato attivo e passivo nell'elezione del Consiglio comunale e del Consiglio circoscrizionale agli apolidi e agli stranieri "non comunitari" legalmente soggiornanti in Italia e residenti nel comune»; il d.p.r. 5 ottobre 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario dell'art. 20 dello Statuto del Comune di Acquapendente, approvato con delibera consiliare n. 2 del 31 gennaio 2005, che ha riconosciuto agli stranieri e agli apolidi residenti nel Comune, in possesso di valido titolo di soggiorno e residenti da almeno due anni nel territorio del comune, il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali. Per ragioni analoghe, sono stati adottati: il d.p.r. 8 settembre 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni degli Statuti dei Comuni di Cesena, della Spezia e di Perugia; il d.p.r. 11 luglio 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni degli Statuti della Provincia di Pisa e dei Comuni di Bassano Romano e di Jesi; il d.p.r. 18 luglio 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni degli Statuti dei Comuni di Firenze, Calenzano e Ragusa; il d.p.r. 3 aprile 2006, che ha esercitato il potere nei confronti dello Statuto del Comune di Ancona; il d.p.r. 20 marzo 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni dei Comuni di Ancona e Torino. Si noti che in precedenza il Consiglio di Stato, sez. II, con parere 28 luglio 2004, n. 8007/2004, si era espresso favorevolmente circa la possibilità per gli stranieri di esercitare il proprio diritto di voto limitatamente all'elezione delle circoscrizioni di decentramento comunale. Si prosegue con il d.p.r. 13 giugno 2005, che ha invece disposto l'annullamento straordinario, previo parere del Consiglio di Stato, sez. I, 22 febbraio 2005, n. 12060/2004, dell'art. 1, comma 3, dello Statuto della Città di Venezia (adottato con delibera consiliare n. 119 del 23 luglio 2003), il quale prevedeva testualmente che: «[i]n caso di mancata costituzione della città metropolitana, i confini della città metropolitana coincid[essero] con l'attuale circoscrizione territoriale del Comune di Venezia». Il procedimento per la costituzione delle «Città metropolitane» è disciplinato dagli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 267 del 2000; l'art. 22, comma 2, prevede in particolare che: «su conforme proposta degli enti locali interessati la regione procede entro centottanta giorni dalla proposta stessa alla delimitazione territoriale dell'area metropolitana. Qualora la regione non provveda nel termine indicato, il Governo, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, invita la regione a provvedere entro un ulteriore termine, scaduto il quale procede alla delimitazione dell'area metropolitana». L'art. 23, commi 2 e 3 dispone poi che: «il comune capoluogo e gli altri comuni ad esso uniti da continuità territoriale e da rapporti di stretta integrazione [...] possono costituirsi in città metropolitane ad ordinamento differenziato». La disposizione dello Statuto del Comune di Venezia era dunque palesemente in contrasto con il quadro normativo tratteggiato e perciò passibile di annullamento straordinario. Si segnala altresì il d.p.r. 23 aprile 2003, che ha disposto l'annullamento straordinario, previo parere del Consiglio di Stato, sez. I, 2 aprile 2003, n. 1313/2003, dell'ordinanza n. 32 del 20 marzo 2003, adottata dal Sindaco del Comune di Falconara Marittima, che, durante la guerra tra Stati Uniti e Iraq, aveva imposto *ex art.* 54, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000 il divieto di atterraggio agli aerei militari delle parti belligeranti nell'aeroporto del Comune di Falconara Marittima. Si pensi, infine, al d.p.r. 24 novembre 2000, che ha disposto l'annullamento straordinario, delle deliberazioni delle Giunte dei Comuni di Segusino, di Biassono, di Calco, di Riese Pio X, di Ponzano Veneto, di Campo San Martino, nella parte in cui, attraverso una modifica del regolamento per l'organizzazione degli uffici e dei servizi, avevano attribuito, nella valutazione dei titoli, punteggi preferenziali ai cittadini residenti.

non poche perplessità si nutrono tuttavia sull'esito cui perviene, in quanto la compatibilità dell'annullamento straordinario con il rinnovato assetto costituzionale viene fondata essenzialmente su di un parametro *statico*, quale appunto quello del criterio di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni delineato dall'art. 117 Cost.

Rimane in sostanza sullo sfondo la questione dei presupposti che giustificano il legittimo esercizio del potere, la cui precisazione si rivela invece decisiva in un sistema pluralistico che tollera ingerenze dello Stato nelle sfere d'azione riservate alle autonomie solo quando lo richiedano esigenze imperative connesse alla tutela dell'interesse nazionale. Poiché infatti il sistema costituzionale è regolato da un delicato complesso di equilibri, diventa allora essenziale compiere un'operazione di *integrazione* dell'annullamento straordinario con le componenti di quel sistema, fare in modo che ne diventi manifestazione tipica e non, al contrario, un elemento di rottura⁴⁸.

Un contributo in questo senso potrebbe derivare dal nuovo art. 120, comma 2, Cost., che attribuisce al Governo la facoltà di «sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali», prescrivendo poi che sia la legge a definire «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione»⁴⁹. Seguendo questa via, l'annullamento straordinario cesse-

⁴⁸ Si rivela ancora attuale il pensiero di G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, cit., spec. 612.

⁴⁹ Alla disposizione costituzionale è stata data attuazione con la legge 18 ottobre 2003 (c.d. Legge La Loggia), il cui art. 8, comma 1, prevede che: «Il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento». Il successivo comma 4 stabilisce che: «nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'art. 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame». Mentre il secondo capoverso successivo prescrive che «i provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite».

La disciplina costituzionale del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. ha sin da subito suscitato l'interesse della dottrina. Tra i numerosi contributi sul tema, C. Mainardis, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e «molte» ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1357 ss.; G.U. Rescigno,

rebbe di atteggiarsi a «strumento generale e generico»⁵⁰ nella piena disponibilità del Governo, per ancorarsi ai presupposti elencati dall'art. 120, comma 2, Cost., che, pur riferiti a un intervento di sostituzione, possono assumere questa capacità espansiva per interventi di tipo demolitorio (di un comportamento commissivo dell'ente medesimo)⁵¹.

A ben vedere, non sono mancati riferimenti alla connessione tra l'annullamento straordinario e l'art. 120, comma 2, Cost.⁵², ma essi risultano per la verità non troppo approfonditi. L'orientamento prevalente ha infatti continuato a ruotare intorno all'art. 117, comma 2, Cost., ritenendo ammissibile l'esercizio del potere esclusivamente avverso atti illegittimi degli enti locali lesivi di interessi afferenti alle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato⁵³. Non si può del resto nascondere come sviluppare tale connessione, peraltro sospinta da una lettura dell'art. 120, comma 2, Cost. proposta dalla Corte costituzionale⁵⁴,

Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato, ivi, 2002, 4, 729 ss.; G. Veronesi, *Il nuovo regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, ivi, 2002, 5, 733 ss.; G. Scaccia, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, ivi, 2004, 4, 833 ss.; A. D'Atena, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung*, in www.associazionedicostituzionalisti.it, 13 gennaio 2003; M. Belletti, *Potere sostitutivo straordinario e "ordinario" dopo la sentenza n. 43 del 2004. La Corte propone la quadratura del cerchio della riforma del Titolo V*, ivi, 9 marzo 2004; G. Marazzita, *I poteri sostitutivi tra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2005, 5, 819 ss.; A. De Michele, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo*, ivi, 2008, 5, 619 ss.; V. Cocozza, *Il potere sostitutivo «configura» l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, I, Napoli, 2008, 599 ss.

⁵⁰ R. Bin, *Annullamento governativo degli atti amministrativi regionali*, cit., 991.

⁵¹ G. Sciullo, *Il controllo sugli enti locali e la riforma costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 8, 899 ss., spec. 904-905, il quale giunge per questa via ad affermare che «l'annullamento straordinario, in linea di principio, trova ormai fondamento costituzionale nei confronti degli atti amministrativi di tutte le autonomie territoriali. L'inciso ("in linea di principio") sta a significare che la disciplina con legge ordinaria dell'istituto, per essere pienamente conforme alla previsione costituzionale, è necessario che, sul piano sostanziale, vincoli l'uso del potere di annullamento al perseguimento delle sole finalità in questa contenute e, sul piano procedurale, garantisca il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione anch'esso menzionato dall'art. 120 c. 2 Cost. Ne deriva che la formula dell'art. 138 Tuel, mentre soddisfa senz'altro il primo requisito, può corrispondere al secondo mediante una sua interpretazione adeguatrice». In senso analogo, A. Pitino, *Il potere governativo di annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi. Riflessioni a margine dell'annullamento disposto dal Governo delle norme dello Statuto del Comune di Genova riguardanti l'elettorato attivo e passivo degli stranieri*, in *Le Regioni*, 2006, 6, 1127 ss., spec. 1148 ss. In senso difforme, tuttavia, A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, cit., spec. 1324-1325, secondo cui, nonostante «l'assonanza tra la funzione che l'art. 138 T.U. degli enti locali assegna all'annullamento governativo e la «tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica» che il 2° comma del nuovo art. 120 assume tra le finalità dei poteri sostitutivi del Governo», tuttavia, quest'ultima disposizione «prevede quei poteri a garanzia dell'unità», a nulla rilevando «che alla finalità in questione vada assegnato un valore legittimante qualsivoglia tipologia di interventi». Al contrario «si tratta [...] di norma di chiusura che, in quanto contempla uno strumento straordinario ed eccezionale per far fronte all'esigenza indicata, insieme porta ad escluderne l'ammissibilità di altri».

⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere n. 12068/2005; sez. I, n. 4145/2005; sez. I, n. 4146/2005.

⁵³ Cfr. Cons. Stato, sez. I, n. 551/2006; sez. I, n. 553/2006; sez. I, n. 554/2006.

⁵⁴ C. cost. 27 gennaio 2004, n. 43, secondo cui tale disposizione non esaurisce, «concentrandole tutte in capo allo Stato, le possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi», ma, al contrario, «prevede solo un potere sostitutivo straordinario in capo al Governo da esercitarsi sulla base dei presupposti e per la tutela degli interes-

sarebbe stato di non poco interesse e avrebbe consentito di considerare la norma come parte integrante dei poteri predisposti dalla Carta a protezione di un sistema autonomistico e, al contempo, unitario⁵⁵, dirimendo le perplessità sulla sua legittimità costituzionale con un sistema di garanzia nei confronti del potere.

6. *L'annullamento straordinario e l'emergenza sanitaria da Covid-19. Un'occasione mancata per integrare il potere nel rinnovato assetto costituzionale*

Le considerazioni appena svolte definiscono la cornice entro cui inserire il parere n. 735/2020, emanato dalla I sezione del Consiglio di Stato nel corso del procedimento di annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina, allo scopo precipuo di esaminarne le ragioni, di soffermarsi su alcuni profili critici dell'*iter* logico-argomentativo e sul concreto atteggiarsi del potere nel contesto emergenziale ancora in atto.

Nonostante l'urgenza di intervento richiesta dalla situazione fattuale, è comunque desumibile dal parere la volontà dei giudici di prendere posizione, anche attraverso il richiamo di precedenti giurisprudenziali, sulla qualificazione giuridica del potere, sui presupposti legittimanti l'esercizio e sul relativo fondamento costituzionale.

Innanzitutto, trova conferma la morfologia ibrida dell'istituto, risultato della commistione tra controllo di legittimità, amministrazione attiva e alta amministrazione, nonché ribadita la sua funzione straordinaria o, più precisamente, di chiusura del sistema, che ne giustifica il ricorso solo in casi eccezionali⁵⁶. Uno

si ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi, configurabili dalla legislazione di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri Enti territoriali, in correlazione con il riparto delle funzioni amministrative da essa realizzato e con le ipotesi specifiche che li possano rendere necessari» Secondo tale interpretazione, «il fatto che la Costituzione abbia previsto il potere sostitutivo del Governo in relazione alle ipotesi ivi contemplate non sembra possa escludere che possano essere introdotti poteri sostitutivi cd. Ordinari, che trovano il loro fondamento giuridico in disposizioni costituzionali diverse dall'art. 120, comma 2, Cost. Il potere sostitutivo introdotto dalla norma costituzionale è definito straordinario ed aggiuntivo: nulla vieta perciò che il legislatore statale e quello regionale possano prevedere e disciplinare ulteriori ipotesi di poteri sostitutivi diverse da quella ivi contemplata» (così, A. De Michele, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo*, cit., spec. 630; G. Marazzita, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, cit., spec. 830-831, il quale rileva come, secondo l'interpretazione proposta, si arrivi a negare l'esistenza di «una riserva statale in materia di sostituzione»). Tale orientamento trova conferma e consolidamento nelle successive sentenze costituzionali 2 marzo 2004, n. 69; 6 aprile 2004, n. 112; 15 giugno 2004, n. 173.

⁵⁵ Per una lettura dell'art. 120, comma 2, Cost. come norma garantista delle autonomie costituzionali, per tutti, V. Cocozza, *Il potere sostitutivo «configura» l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, cit., *passim*.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. I, parere n. 735/2020, paragrafo 5 del considerato in diritto, ove si legge: «Nell'atto di cui trattasi convivono [...] elementi propri dell'ordinario controllo di legittimità insieme ad elementi di

degli aspetti più rilevanti del parere in questione è proprio l'aver valorizzato il carattere straordinario del rimedio, quasi obliterato in più di una pronuncia⁵⁷, cui è possibile ricorrere nelle situazioni in cui gli ordinari metodi di tutela della legalità si rivelino insufficienti o inadatti per il perseguimento dell'interesse generale che si vuole tutelare. Tale prospettiva spiega, in effetti, le ragioni del richiamo alla sentenza n. 229 del 1989 che, nonostante abbia optato per la ricostruzione dello stesso in termini di controllo di legittimità sugli atti, non ha tuttavia tralasciato di evidenziarne la natura polimorfa, a testimonianza dell'impossibilità di incasellarlo entro un'unica categoria giuridica predefinita. La straordinarietà del rimedio è infatti ben simboleggiata da «un'evidente prevalenza [dell'elemento finalistico] sull'elemento [...] oggettivo della rilevazione di vizi di illegittimità dell'atto da annullare», che si manifestano «soprattutto e naturalmente (ma non solo) sotto il profilo dell'incompetenza territoriale dell'ente locale, funzionale e/o territoriale, in termini di esorbitanza dai fisiologici limiti di attribuzione dell'ente locale medesimo» e che rilevano «solo in quanto mezzo o strumento attraverso il quale si attua la lesione dell'unità dell'ordinamento giuridico, la cui tutela costituisce il fine precipuo dell'istituto straordinario in esame»⁵⁸.

Nel caso di specie, l'ordinanza n. 105 del Sindaco di Messina viene giudicata (non solo illegittima ma addirittura) «abnorme» sotto una pluralità di profili: in primo luogo, perché dotata di un'efficacia extraterritoriale del tutto priva di un fondamento normativo, posto che «è [...] inconfigurabile, nel vigente ordinamento giuridico, un potere del Sindaco di un Comune di dettare norme che possano trovare applicazione ed avere efficacia obbligatoria al di fuori del perime-

straordinarietà della misura che, per essere preordinata primariamente a tutela dell'unità dell'ordinamento e per essere rimessa alla decisione dei vertici istituzionali dello Stato (delibera del Consiglio dei ministri) e alla emanazione del Capo dello Stato, che rappresenta l'unità della Repubblica in tutte le sue articolazioni e manifestazioni istituzionali, si pone su un piano di alta amministrazione e richiede, per il suo esercizio, che gli elementi di illegittimità che viciano l'atto assumano una connotazione e una rilevanza tali da costituire una lesione concreta e attuale all'unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale».

⁵⁷ Sul punto, ancora Cons. Stato, sez. I, parere n. 9771/2004, il quale, ancorando l'esercizio del potere di annullamento straordinario al solo parametro oggettivo del riparto di competenze stabilito dalla Costituzione, finisce per obliterare la natura straordinaria del rimedio che, al contrario, viene considerato uno strumento quasi ordinario nelle mani del Governo a tutela dell'unità dell'ordinamento. Il parere si conclude, infatti, stabilendo che nel caso del Comune di Genova, sussistono i presupposti che legittimano l'annullamento della delibera consiliare n. 105 del 27 luglio 2004, poiché le modifiche apportate allo Statuto comunale incidono in una materia, quella elettorale, che l'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. riserva alla competenza legislativa statale esclusiva e che, in virtù del parallelismo dell'art. 117, comma 6, si estende anche alla competenza regolamentare. In senso analogo, Cons. Stato, sez. I, n. 4145/2005; sez. I, n. 4146/2005; sez. I, n. 551/2006; sez. I, n. 553/2006, sez. I, 554/2006, nei quali i giudici ricordano come la Costituzione abbia stabilito una riserva di legge statale in materia elettorale escludendo, pertanto, che sulla medesima vi possa essere una competenza degli Statuti comunali. Sul punto, A. Pitino, *Il potere governativo di annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi*, cit., 1154, *sub* nota 51.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. I, n. 735/2020, paragrafo 5 del considerato in diritto.

tro della propria circoscrizione territoriale»⁵⁹; in secondo luogo, imponendo al richiedente di dichiarare di aver assolto gli obblighi informativi del Comune di destinazione, attribuisce ai rispettivi Sindaci «un nuovo, atipico, dovere funzionale, consistente nel rilascio, a richiesta, [...] [del] nulla osta»⁶⁰.

In realtà, è nella violazione della normativa emergenziale che i giudici ravvisano l'idoneità dell'atto a ledere l'unità dell'ordinamento giuridico, rilevando dunque l'esistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere. Il complesso sistema normativo e amministrativo imbastito dal Governo per gestire l'emergenza sanitaria scaturita dalla diffusione, dapprima in alcune aree, poi nell'intero territorio nazionale, della malattia Covid-19, ha infatti regolato le modalità di intervento delle autorità regionali e locali, allo scopo di coniugare la dimensione nazionale dell'emergenza con la differente concentrazione territoriale del contagio e di assicurare, così, una reazione tempestiva ad eventuali criticità sorte nei rispettivi ambiti⁶¹. Più in particolare, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19⁶², rimediando almeno in parte ai «veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell'emergenza»⁶³,

⁵⁹ Cons. Stato, sez. I, n. 735/2020, paragrafo 6.1. del considerato in diritto.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. I, n. 735/2020, paragrafo 6.2. del considerato in diritto.

⁶¹ Il profilo è colto da A. De Siano, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 15 aprile 2020, spec. 5.

⁶² Recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

⁶³ G. Silvestri, *Covid e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020, spec. 4, che si riferisce specificamente al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza», convertito, con modificazioni, in legge 5 marzo 2020, n. 13. Sul punto, S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 531 ss., spec. 540, il quale rileva come il d.l. n. 19 del 2020 sia intervenuto «a rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art. 16 Cost., cui ha condotto il primo decreto-legge»; F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 6 aprile 2020.

Per un'analisi delle criticità del decreto-legge e dei d.p.c.m. attuativi, emanati in sequenza spasmodica, si rinvia alle osservazioni di S. Cassese nell'intervista su «Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti», rilasciata a Radio Radicale il 6 marzo 2020, e disponibile all'indirizzo web *www.radioradicale.it*; nonché nell'intervista rilasciata a P. Armaroli e pubblicata ne *Il Dubbio*, il 14 aprile 2020; L.A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 23 marzo 2020; G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, 2020, 6; G.L. La Gatta, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*; E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2; M.A. Simonelli, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *laCostituzione.info*, 28 marzo 2020; A. Ruggieri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 368 ss.

Per una ricostruzione puntuale delle fasi della gestione emergenziale, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 558 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 109 ss.; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2; M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit.; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 18 marzo 2020.

prevede che le misure di contenimento del contagio debbano essere adottate, in via ordinaria, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con uno o più decreti, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri dell'Interno, della Difesa, dell'Economia e delle Finanze, gli altri competenti per materia e, a seconda che riguardino il territorio regionale o nazionale, anche dal Presidente della Regione interessata o dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, cui spetta peraltro anche un potere d'iniziativa (art. 2). Tuttavia, in via d'urgenza, le Regioni possono usufruire di uno spazio d'intervento a determinate condizioni: l'esercizio del potere d'ordinanza regionale, limitatamente all'adozione di misure più restrittive rispetto a quelle in vigore, può avvenire solo «nelle more» dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso» ed esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza, senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Tali limitazioni si applicano anche ai poteri d'ordinanza attribuiti alle Regioni in materia di sanità pubblica da ogni disposizione di legge previgente (comma 1), evidenziando così la volontà legislativa di serrare ogni eventuale varco aperto all'esercizio di poteri regionali da ulteriori disposizioni normative non espressamente richiamate dal decreto⁶⁴.

Recependo poi le prescrizioni dell'ormai abrogato art. 35 del d.l. n. 9 del 2020⁶⁵, si ribadisce il divieto dei Sindaci di adottare «ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali»⁶⁶ o eccedenti i limiti di cui al comma 1, valevoli per le ordinanze regionali (art. 3, comma 2).

Quali sono, dunque, le ordinanze sindacali legittime in quanto non «in contrasto» con le misure statali e regionali? La risposta impone di esaminare preliminarmente cosa debba intendersi con la locuzione «in contrasto», per poter poi stabilire in concreto quando lo spazio d'intervento delle autorità sindacali si mantenga entro i confini della legittimità. Un'interpretazione aderente all'«orientamento centripeto» sotteso al disegno normativo, «determinato dalla convinzione che la gestione del contenimento dell'epidemia virale debba essere uniforme e omogenea su tutto il territorio nazionale»⁶⁷, conduce a ritenere che le ordinanze sindacali:

⁶⁴ A. Bartolini, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, intervista di F. Ruggiero pubblicata in *Giustizia Insieme*, 23 aprile 2020, e disponibile all'indirizzo web www.giustiziainsieme.it.

⁶⁵ Recante «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», non convertito in legge.

⁶⁶ Si noti che l'inciso «e regionali» è stato aggiunto dalla legge n. 35 del 2020, in sede di conversione.

⁶⁷ R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 648 ss., 670, i quali precisano ulteriormente che «se è vero, come è vero, che le poten-

- a) non possano derogare i provvedimenti nazionali e regionali, inasprendone o allentandone le relative prescrizioni⁶⁸;
- b) possano assumere contenuto attuativo o integrativo (in questo caso, in assenza o con minimo esercizio di discrezionalità)⁶⁹;
- c) possano spingersi a disciplinare ambiti non già regolati dagli atti sovraordinati, purché si limitino all'introduzione di prescrizioni dotate di efficacia esclusivamente locale⁷⁰;
- d) si concretizzino esclusivamente nell'adozione di una delle misure definite a monte dalla normativa d'eccezione⁷¹.

zialità dannose del virus sono le stesse da Nord a Sud, tendenzialmente identiche devono essere altresì – salvo eccezionali esigenze esistenti in alcuni territori – le misure necessarie a soffocarne la diffusione».

⁶⁸ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109 ss., spec. 136, secondo cui «l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale». In senso difforme, tuttavia, A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 376-377, che non esclude l'inasprimento delle misure adottate in ambito locale, diversamente dal loro eventuale alleggerimento, ritenendolo provvisto di "copertura" nell'art. 32 Cost.

⁶⁹ Si pensi alle ordinanze con cui i Sindaci, a seguito della chiusura generalizzata dei mercati sul territorio nazionale, eccetto che per le attività di vendita di generi alimentari, disposta dall'art. 1, n. 1), del d.p.c.m. 11 marzo 2020, e dell'adozione a livello regionale di un apposito piano per la sicurezza, hanno introdotto soluzioni organizzative tali da garantire il c.d. distanziamento sociale (ad esempio, perimetrazione dell'area, predisposizione di varchi separati per l'entrata e l'uscita, obbligo di indossare le c.d. mascherine, ecc.). L'esercizio della discrezionalità dell'autorità locale è, in questo caso, minimo, limitandosi alla specificazione di prescrizioni generali già definite "a monte" dalle ordinanze regionali (si vedano, tra le tante, l'ordinanza del Comune di Milano n. 19 del 7 aprile 2020, recante norme per l'apertura in sicurezza dei soli mercati coperti, conformemente all'ordinanza della Regione Lombardia n. 522 del 6 aprile 2020). Sul punto, I. Forgiione, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 71 ss., spec. 94-95, cui si rinvia per un'ampia e puntuale disamina delle ordinanze sindacali emanate nel corso dell'emergenza da Covid-19.

⁷⁰ Ancora R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 676. Si vedano altresì le acute osservazioni di I. Forgiione, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 89, la quale giunge a ritenere ammissibile, nonostante la pervasività dell'azione dell'esecutivo, «un ambito di intervento integrativo ed attuativo [delle misure nazionali e regionali] [...], in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che [...] uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina». Ciò in quanto «gli enti locali non hanno unicamente il compito di attuare quanto disposto altrove, quale ultimo anello della catena istituzionale, ma devono essere un interlocutore istituzionale primario, con il compito di adattare, adeguare, informare, bilanciare in base alla realtà fattuale».

⁷¹ Il profilo è acutamente rilevato da B. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 15 maggio 2020, disponibile all'indirizzo web www.giustiziainsieme.it, il quale nota come «la definizione ad opera della decretazione d'urgenza di un "catalogo" di contenuti possibili d'ordinanze (dapprima non esaustivo d.l. n. 6 del 2020, [...] art. 1, co. 2), che a livello legislativo indicano tipi astratti di decreti o ordinanze di protezione civile, che potranno essere poi selezionati dal presidente del consiglio dei ministri e in via sussidiaria dal presidente della giunta regionale o in via residuale dai sindaci, rispettivamente con decreti (in luogo delle ordinanze di protezione civile) o con ordinanze contingibili ed urgenti, fermo restando per tutti i limiti dettati dal "principio di adeguatezza" (sic!) o dal "principio di proporzionalità", entrambe in ragione del rischio effettivamente presente sul territorio nazionale o in parti di esso (art. 1, co. 2°, d.l. n. 19 del 2020 [...])». In giurisprudenza, TAR Puglia, Bari, sez. III, sentenza 22 maggio 2020, n. 733, che ha statuito in ordine alla necessità che l'intervento tramite ordinanza sindacale sia limitato all'ambito «di un catalogo definito dalla normativa statale e governativa di tipo regolamentare».

Per un inquadramento generale del potere d'ordinanza, G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Nov. Dig. it.*, XII, Torino, 1976, 89 ss.; F. Bar-

La ricostruzione del quadro delle fonti entro cui si inseriscono gli interventi puntiformi delle autorità locali diretti a disciplinare specifiche criticità legate alle comunità di riferimento, è utile per cogliere appieno i profili di illegittimità dell'ordinanza n. 105 del Sindaco di Messina e, al contempo, per dimostrare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere di annullamento straordinario. Al momento dell'emanazione del provvedimento, il regime giuridico vigente per i trasferimenti o gli spostamenti intracomunali delle persone fisiche era costituito dal d.p.c.m. 22 marzo 2020, emanato in attuazione dell'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020, che all'art. 1, comma 1, lett. *b*), aveva vietato alle persone fisiche di trasferirsi o spostarsi in un comune diverso, con mezzi di trasporto pubblici o privati, eccetto che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute⁷², da attestarsi con autodichiarazione. Limitazioni in parte analoghe erano state poi previste per il transito attraverso lo stretto di Messina dal decreto n. 118 del 16 marzo 2020, emanato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro della Salute, e modificato poco dopo dal decreto n. 122 del 18 marzo 2020⁷³.

L'ordinanza n. 105 si pone dunque «in contrasto» con la disciplina attuativa nazionale perché, attraverso l'introduzione di un regime di autorizzazione o certificazione preventiva non previsto, si inserisce negli spazi già regolati dagli atti nazionali, inasprendone così le misure e finendo per incidere ulteriormente sulla libertà di circolazione e di iniziativa economica garantite dalla Costituzione.

Qui valgono due rilievi.

Il primo è che desta perplessità l'asserita illegittimità dell'atto per violazione dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 che, a detta dei giudici, attribuireb-

tolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I, 388 ss.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 345 ss.; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, 33 ss.

⁷² Nonché, modificando il d.p.c.m. 8 marzo 2020, aveva vietato il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

⁷³ I cui obblighi sono stati ribaditi dall'ordinanza del Ministro della Salute 28 marzo 2020 (art. 1, comma 9). L'art. 2 (*Trasporto marittimo da e per la Regione Sicilia*) del decreto n. 122 del 18 marzo 2020, sostituendo integralmente l'art. 2 del decreto n. 118 del 16 marzo 2020, ha infatti previsto testualmente che: «1. Il trasporto marittimo di viaggiatori da e verso la Sicilia è sospeso. 2. Continua ad essere assicurato esclusivamente il trasporto delle merci possibilmente su unità di carico isolate non accompagnate. 3. Gli spostamenti via mare dei passeggeri da Messina per Villa San Giovanni e Reggio Calabria e viceversa sono assicurati mediante quattro corse giornaliere A/R, da effettuarsi nella fascia oraria dalle 06.00 alle 21.00. Detti spostamenti sono consentiti esclusivamente agli appartenenti alle Forze dell'Ordine e alle Forze Armate, agli operatori sanitari pubblici e privati, ai lavoratori pendolari o per comprovate esigenze di lavoro, gravi motivi di salute e situazioni di necessità. Detti spostamenti devono essere effettuati a piedi o a bordo di veicoli appartenenti alle categorie di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 47 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 ovvero alla categoria M, con esclusione delle categorie M1, M2 ed M3, prevista dalla lettera b) del comma 2 del citato articolo 47. Il traffico merci dalla Calabria alla Sicilia e viceversa è effettuato esclusivamente sull'approdo di Messina-Tremestieri».

be ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci il potere di introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle tipizzate dalla legge, esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata sino a tale momento. In realtà, il d.l. n. 19 del 2020, attraverso la riscrittura dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 6 del 2020 mirante a "correggere" la disfunzione derivante da una sovrapposizione delle competenze delle autorità territoriali e locali verificatasi nella vigenza del primo decreto, ha operato una "contrazione" dell'ambito soggettivo di applicazione del potere limitandone l'esercizio alle sole Regioni e rendendo così ancor più sussidiario e residuale l'intervento dei Sindaci⁷⁴.

Se dunque le argomentazioni suesposte non lasciano spazio a ulteriori dubbi sui profili di illegittimità dell'ordinanza del Sindaco di Messina, il possibile pregiudizio all'unità dell'ordinamento giuridico, condizione legittimante l'esercizio dell'annullamento straordinario, si coglie proprio con riguardo all'idoneità dell'atto a compromettere la funzionalità del disegno unitario di gestione della crisi, attraverso una limitazione, priva di supporto normativo, del godimento di alcune libertà fondamentali già comprese per effetto dei provvedimenti emergenziali nazionali.

A questo punto, il secondo rilievo, collegato a quanto prima si notava. L'occasione poteva essere la più opportuna per sviluppare adeguatamente la connessione tra l'annullamento straordinario e l'art. 120, comma 2, Cost., che peraltro dispiega la sua funzione essenziale proprio nei casi di «emergenze istituzionali di particolare gravità»⁷⁵. La norma comporta infatti, almeno in parte, una rimeditazione dell'assunto secondo cui «lo Stato non [può] assumere nei confronti della regione un ruolo positivo, imponendo a questa obiettivi e interessi»⁷⁶.

La creazione da parte del legislatore nazionale di binari ben definiti entro cui *incasellare* il potere d'ordinanza regionale e sindacale risponde al duplice scopo di preservare la strategia unitaria di gestione della crisi, che potrebbe risultare compromessa da un esercizio incontrollato dello stesso, e al contempo, di lasciare un margine d'intervento alle autorità territoriali, definito "a monte" nei presupposti e nei contenuti, per risolvere tempestivamente criticità legate ai rispettivi ambiti⁷⁷.

⁷⁴ Si noti, infatti, che l'art. 3, comma 2, del d.l. n. 6 del 2020, stabiliva che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»; e quindi, rispettivamente, dal Ministro della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco.

⁷⁵ C. cost., n. 43/2004, paragrafo 3.3. del considerato in diritto.

⁷⁶ G. Berti, *Ordinamento amministrativo, annullamento governativo e autonomia regionale*, cit., spec. 2835.

⁷⁷ Sia consentito rinviare sul punto a V. Di Capua, I. Forgiione, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 330 ss. In tema, F. Cortese, *Stato e*

Ed è proprio la necessità di assicurare che il Governo mantenga la “regia” dell’operazione complessiva ad integrare la tutela dell’unità giuridica che legittima (e giustifica) l’esercizio del potere governativo di annullamento straordinario avverso un provvedimento suscettibile di pregiudicarla sul piano contenutistico ed effettuale.

La gestione di una pandemia, presupponendo l’integrazione della dimensione nazionale con la differente concentrazione territoriale del contagio, ha richiesto infatti la predisposizione di una strategia unitaria di intervento che, però, potesse essere modulata a livello regionale e locale nei limiti in cui fosse stato strettamente indispensabile a colmare le lacune dei decreti nazionali e a risolvere specifiche criticità territorialmente localizzate. L’esercizio del potere statale trova così fondamento (non solo nell’esistenza di sfere di competenza riservate alla legislazione esclusiva dello Stato su materie potenzialmente incise dall’ordinanza sindacale, ma anche) nell’esigenza di mantenere quell’unità giuridica in un contesto in cui la risposta istituzionale all’emergenza comporta il sacrificio di alcune delle più importanti libertà fondamentali⁷⁸. Rinsaldare l’unità dell’ordinamento nel contesto emergenziale significa, in sostanza, assicurare un livello minimo di garanzia dei diritti civili e delle libertà costituzionali sacrificati dalle misure di mitigazione, al di sotto del quale ulteriori compressioni disposte nel comparto regionale e/o locale in assenza dei presupposti e al di fuori del perimetro tratteggiato dai decreti-legge sono non possono che essere illegittime. Il rimedio ha infine il merito di enfatizzare i principi di certezza, chiarezza e univocità dei precetti cui i cittadini devono attenersi, che acquistano primarietà assoluta in un contesto emergenziale contrassegnato da una pluralità di atti di varia natura, emanati da autorità pubbliche appartenenti a vari livelli di governo. Quest’ultimo profilo è, in effetti, evidente nella persistenza dell’«interesse governativo all’annullamento» dell’ordinanza sindacale, nonostante l’art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 commini espressamente la sanzione dell’inefficacia dei provvedimenti locali contrastanti con le misure statali e regionali di contenimento del contagio⁷⁹.

Aspetti, questi, che avrebbero potuto costituire la premessa necessaria per sostenere la connessione tra annullamento straordinario e l’art. 120, comma 2,

Regioni alla prova del coronavirus, in *Le Regioni*, 2020, 1, 3 ss.

⁷⁸ Rileva la necessità che le decisioni pubbliche adottate per aggredire emergenze e criticità talmente gravi da porre in pericolo l’assetto sociale riflettano le matrici di unità, tempestività, valorizzazione dei doveri e responsabilità, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, 3, 575 ss., spec. 577.

⁷⁹ Sul punto, N. Pignatelli, *L’annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un’ordinanza comunale*, cit., spec. 568; Id., *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell’emergenza sanitaria nazionale: un potere “inesauribile”*, in *Diritti regionali*, 2020, 2, 68 ss., spec. 77-78, che evidenzia la «rilevanza [...] meramente simbolica» della sanzione dell’inefficacia, inizialmente prescritta dall’art. 35 del d.l. n. 9 del 2020, e successivamente ribadita dall’art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020, posto che l’illegittimità di eventuali successive ordinanze adottate in contrasto con le misure statali avrebbe potuto agevolmente desumersi dai principi generali sull’invalidità dei provvedimenti amministrativi.

Cost., e che però i giudici hanno preferito omettere, arrestandosi all'art. 95 Cost.; norma che, per quanto rilevante, rimane nel perimetro dei rapporti tra Presidente del Consiglio dei ministri e singoli Ministri.

In definitiva, il ricorso all'annullamento straordinario nel contesto emergenziale si è rivelato particolarmente efficace nel rimuovere un atto che avrebbe inciso, illegittimamente, sul livello minimo di garanzia dei diritti civili e delle libertà costituzionali assicurato dai provvedimenti nazionali emergenziali, rivelandosi in concreto di gran lunga superiore, per tempistica ed incisività, rispetto a qualsiasi altro rimedio giurisdizionale. Avendo invero le misure adottate durante il periodo contingente efficacia molto limitata nel tempo (esaurendosi talvolta nell'arco temporale di pochi giorni), la tutela cautelare, nella specie della tutela d'urgenza, ha finito per racchiudere, in questa fase, «*tutta* la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali»⁸⁰. In molti casi, addirittura «la tutela è [stata] solo quella anticipatoria, sicché, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti»⁸¹. Tali considerazioni fanno luce su un aspetto peculiare del sistema emergenziale rimasto almeno in parte nell'ombra: la tutela dinnanzi al giudice amministrativo non si è rivelata uno strumento di reazione effettivo ed efficace a fronte di provvedimenti delle autorità territoriali illegittimi, eppure fortemente compressivi delle libertà e dei diritti costituzionalmente garantiti. Si pensi, ad esempio, alle ordinanze emanate dal Presidente della Regione Campania che non solo hanno vietato ai cittadini di uscire dalla propria abitazione, residenza, domicilio o dimora e qualsiasi tipo di attività motoria e sportiva, ma si sono spinte sino al punto di sanzionare la condotta del «trasgressore» con l'applicazione dell'isolamento domiciliare fiduciario, trasformando una misura precauzionale in una affittiva⁸².

⁸⁰ A. Vuolo, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, 2020, 2, 86 ss., spec. 95-96 (corsivo testuale), il quale rileva che, per effetto del disposto dell'art. 3 del d.l. n. 19 del 2020, il «rapporto sussidiario [tra decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e le ordinanze contingibili e urgenti adottate dalle Regioni e dai Sindaci] finisce con il privare di efficacia gran parte di questi provvedimenti ingenerando enorme confusione» (*sub nota* 20). Il profilo è colto anche da A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 2020, 1, 218 ss., spec. 218; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 518 ss., 526; R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 675 ss.

Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo, G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019, spec. 235 ss.

⁸¹ A. Vuolo, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit., ivi.

⁸² Si vedano, nello specifico, le ordinanze n. 15 del 13 marzo 2020, n. 23 del 25 marzo 2020, n. 27 del 3 aprile 2020 e n. 32 del 12 aprile 2020. A favore dell'illegittimità dell'ordinanza n. 15, G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., spec. 11-12.

Per un'analisi delle ordinanze emanate dalla Regione Campania durante la «fase uno» e la «fase due» dell'emergenza, sia consentito rinviare a V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 20 maggio 2020, spec. 18 ss.

In casi come questo, la tutela monocratica non si è mostrata congeniale allo scopo, impedendo al ricorrente di conseguire l'effetto utile⁸³. E a nulla è valso il "contrappeso" dell'efficacia temporalmente limitata delle ordinanze emergenziali, poiché in più occasioni confermate, prorogate e finanche reiterate, con la conseguenza che la stessa precarietà dell'atto è stata sovente la causa dell'instaurazione di un regime d'eccezione permanente⁸⁴.

7. *Riflessioni conclusive*

Appare opportuno fissare alcuni punti cardinali minimi della trattazione, attraverso una sintesi ricognitiva dei risultati raggiunti nel percorso di ricerca svolto.

Un primo dato certo può essere rinvenuto nella natura polimorfa del potere governativo di annullamento straordinario, che ne ha reso estremamente ardua la riconduzione ad una categoria giuridica unitaria. Pur ritenendo prevalente il profilo del controllo di legittimità, la storica sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1989 non ha infatti ommesso di ravvisare elementi di specialità – come l'amplessissima discrezionalità che ne caratterizza l'esercizio e che non esclude la configurazione in termini di autotutela o di alta amministrazione – che hanno in una certa misura alimentato le oscillazioni della giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) successiva. Risulta tuttavia difficile disconoscere che la soluzione seguita dalla Corte, concretizzatasi nella dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, lett. *p*), della legge n. 400 del 1988 nei confronti degli atti delle Regioni, abbia accresciuto le perplessità manifestate dalla dottrina circa la compatibilità dell'istituto con il nuovo disegno pluralistico delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, arrivando finanche a dubitare della vigenza dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 con riguardo agli atti degli enti locali.

Nonostante i dubbi di costituzionalità, l'orientamento prevalente dei giudici è stato sempre proteso a "scriminare" l'istituto attraverso la promozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata, fondata essenzialmente sulla sua riconduzione entro margini di operatività che assicurassero, da un lato, la salvaguardia delle prerogative costituzionali degli enti locali e, dall'altro, il costante col-

⁸³ Si pensi al decreto del TAR Campania, Napoli, sez. V, 18 marzo 2020, n. 416, che ha ritenuto l'ordinanza della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020 e il relativo chiarimento n. 6 del 14 marzo 2020 pienamente legittimi, sia perché fondati su una pluralità di disposizioni del d.l. n. 6 del 2020, considerate come «la base legale del potere di adozione delle misure correlate a situazioni regionalmente localizzate», con conseguente esclusione di «ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale», sia perché l'estrema gravità ed urgenza giustificativa delle misure più restrittive sarebbe integrata dall'intensificarsi dei contagi nella Regione nonostante le precauzioni adottate in precedenza.

⁸⁴ Sul fenomeno della «normalizzazione dell'emergenza», A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, e dell'«emergenza infinita», A. Simoncini, *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

legamento ad interessi e valori garantiti dalla Carta, tra i quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, la cui cura compete, in via prioritaria, allo Stato. Per questa via, essi sono giunti a fondarne la compatibilità con il rinnovato assetto costituzionale su di un parametro statico, costituito dal criterio di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost., ritenendo legittimo l'esercizio esclusivamente per rimuovere quei provvedimenti emanati da enti locali suscettibili di ledere le attribuzioni statali esclusive. Se da un lato questa soluzione ha permesso di giustificare la permanenza e l'operatività di un istituto sulla cui vigenza e attualità era sorto un dibattito serrato, tuttavia dall'altro lato ha finito per obliterarne la natura straordinaria e per configurarlo come uno strumento quasi ordinario nelle mani del Governo a tutela dell'unità dell'ordinamento.

Un secondo dato certo è che, piuttosto che focalizzarsi su un *collegamento di tipo oggettivo* con materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, la giurisprudenza avrebbe potuto rinvenire il (nuovo) fondamento costituzionale del potere nel novellato art. 120, comma 2, Cost., norma di chiusura di un sistema pluralistico ma, al contempo, unitario. Seguendo questa via, come autorevolmente sostenuto, l'annullamento straordinario avrebbe smesso di atteggiarsi a strumento generale nella piena disponibilità del Governo, per ancorarsi ai presupposti elencati dalla norma costituzionale, che, seppur riferiti ad un intervento di sostituzione in senso tecnico, sono suscettibili di estendersi anche ad interventi di tipo demolitorio, volti ad espungere dall'ordinamento un atto illegittimo di un ente locale. Sviluppare questa connessione, peraltro sospinta dalla consapevolezza che l'art. 120, comma 2, Cost. non esaurisce il ventaglio dei poteri sostitutivi, avrebbe significato completare il processo di integrazione nel nuovo assetto dei rapporti tra centro e periferia e dirimere in radice le perplessità sulla sua legittimità costituzionale con un adeguato sistema di garanzie.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha ridonato nuova enfasi al potere, che è stato esercitato per annullare un'ordinanza sindacale con cui si è tentato di limitare l'attraversamento dello stretto, adottata in violazione della normativa primaria e secondaria nazionale emergenziale. In questo caso, l'istituto non è servito al solo scopo di ripristinare la legalità violata, per la quale peraltro era stata prevista la specifica sanzione dell'inefficacia, quanto piuttosto per garantire sul territorio nazionale la certezza e l'uniforme applicazione di provvedimenti emergenziali limitanti diritti civili e libertà fondamentali che godono di prioritaria considerazione nella trama costituzionale. Tali osservazioni hanno reso possibile rinvenirne il fondamento costituzionale non solo nell'esistenza di sfere di competenza riservate alla legislazione esclusiva dello Stato su materie potenzialmente incise dall'ordinanza sindacale, ma anche nell'esigenza di rinsaldare l'unità giuridica in un contesto nel quale quei diritti e quelle libertà avrebbero potuto subire ulteriori

compressioni da parte di atti adottati da enti locali al di fuori del perimetro tratteggiato dai decreti-legge e dai decreti attuativi.

Questi aspetti avrebbero potuto costituire la premessa necessaria per *integrare* l'annullamento straordinario nel sistema delle relazioni tra centro e periferia ridefinito dalla riforma costituzionale, sviluppando la connessione con l'art. 120, comma 2, Cost. e donando un fondamento rinnovato ad un istituto ormai interamente spogliato della funzione di controllo. Di tale connessione non v'è purtroppo alcuna traccia nel parere n. 735/2020, avendo preferito i giudici arrestarsi all'art. 95 Cost.; norma che, per quanto rilevante, non esula tuttavia dal perimetro dei rapporti tra Presidente del Consiglio dei ministri e singoli Ministri. Nonostante quindi, sul piano fattuale, il ricorso al rimedio si sia rivelato decisivo sia per "rinsaldare" l'unitarietà della strategia di gestione della crisi sia per evitare ulteriori (e indebite) compressioni delle libertà costituzionali in un contesto in cui neanche la tutela dinnanzi al giudice amministrativo (nella specie della tutela cautelare d'urgenza) si è spesso dimostrata uno strumento di reazione efficace⁸⁵, tuttavia, la scelta dei giudici di ragionare sull'art. 95 Cost., anziché sull'art. 120, comma 2, Cost., può essere considerata come un'occasione mancata per completare il processo di *integrazione* dell'istituto nel disegno di uno Stato pluralista ma pur sempre unitario.

⁸⁵ Tra i numerosi esempi, oltre al già citato TAR Campania, decreto n. 416 del 2020, che ha respinto il ricorso cautelare proposto avverso l'ordinanza della Regione Campania n. 15 cit. e il relativo chiarimento n. 6, in materia di attività motoria e sportiva, si vedano: TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, decreto 10 aprile 2020, n. 31, che ha respinto l'istanza di sospensione cautelare monocratica, presentata da un'associazione di imprenditori e artigiani, dell'ordinanza n. 7/pc del 3 aprile 2020 della Regione Friuli-Venezia Giulia, che ha limitato la circolazione di chiunque fosse presente nel territorio regionale e ha ordinato la chiusura domenicale di tutte le attività commerciali, con eccezione delle farmacie, parafarmacie, edicole e degli esercizi nelle aree di servizio situati lungo la rete autostradale; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, decreto 17 aprile 2020, n. 458, che ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dell'ordinanza n. 16 dell'11 aprile 2020 della Regione Sicilia che ha reiterato il divieto di ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale; TAR Campania, Napoli, sez. V, decreti 19 ottobre 2020, n. 1921 e n. 1922, che hanno rigettato la richiesta di sospensione cautelare dell'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 della Regione Campania, nella parte in cui ha sospeso le attività didattiche in presenza nella scuola primaria e secondaria fino al 30 ottobre 2020, ravvisando una correlazione tra aumento dei casi di positività al Covid-19 e frequenza scolastica.

Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice

Il contributo si propone di esaminare criticamente le modalità con cui il potere governativo di annullamento straordinario è stato esercitato per rimuovere l'ordinanza con cui il Sindaco di Messina, durante la "fase uno" dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, aveva tentato di limitare, in via precauzionale, il transito attraverso lo stretto, predisponendo un sistema di autorizzazione e di certificazione preventiva non previsto dai provvedimenti nazionali emergenziali.

L'istituto, residuo dello Stato monarchico, è attualmente previsto dall'art. 2, comma 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dall'art. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e, dopo la storica sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1989, depurato della sua funzionalità con riguardo agli atti delle Regioni, sollevando una serie di dubbi di compatibilità con la costituzionalizzazione delle autonomie territoriali e locali risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

Attraverso l'analisi del parere n. 735/2020 reso dalla I sezione del Consiglio di Stato nel corso del procedimento di annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina, si tenterà di dimostrare che, nonostante l'istituto si sia rivelato invero decisivo per "rinsaldare" l'unitarietà della strategia di gestione dell'emergenza predisposta dal Governo, nonché per scongiurare una limitazione ulteriore (e non giustificata) dei diritti civili e delle libertà fondamentali già fortemente compressi dalla normativa eccezionale, tuttavia, la scelta dei giudici di omettere qualsiasi riferimento all'art. 120, comma 2, Cost., norma disciplinante l'intervento sostitutivo del Governo nei confronti delle autonomie territoriali al verificarsi di casi tipizzati, si è rivelata un'occasione mancata per considerarlo come parte integrante dei poteri predisposti dalla Costituzione a protezione di un sistema autonomistico e, al contempo, unitario, superando così in radice qualsiasi perplessità sulla sua legittimità costituzionale.

The Government power of extraordinary annulment and the myth of the Phoenix

The article aims to critically examine the ways in which the governmental power of extraordinary annulment was exercised to remove the order with which the Mayor of Messina, during the "phase one" of the Covid-19 emergency, had attempted to limiting, as a precaution, the transit through the strait, setting up a system of authorization and preventive certification do not established by national emergency measures.

The institute, residual of monarchical State, is currently provided by art. 2, paragraph 3, lett. p), law of 23 August 1988, n. 400, and by art. 138 of Legislative Decree 18 August 2000, no. 267, and, following the historic sentence of the Constitutional Court no. 229 of 1989, stripped of its functionality with regard to the acts of Regions, raising a series of doubts of compatibility with the constitutionalization of territorial and local autonomies resulting from the reform of Fifth Title of the Constitution.

Through the analysis of opinion no. 735/2020 made by the first section of the State Council during the procedure for the extraordinary cancellation of the ordinance of the

Mayor of Messina, an attempt will be made to demonstrate that, despite the fact that the institute has been shown to have been decisive in “strengthening” the unity of the strategy management of the emergency prepared by the Government, and to avoid a further (and unjustified) limitation of civil rights and fundamental freedoms already strongly compressed by the exceptional legislation, however, the choice of the judges to omit any reference to art. 120, paragraph 2, of the Constitution, that govern the replacement intervention of the Government against the territorial autonomies in the occurrence of typified cases, proved to be a missed opportunity to consider it as an integral part of powers established by the Constitution to protect an autonomist and, at the same time, unitary system, thus overcoming at the root any perplexity about its constitutional legitimacy.

La gestione dei crediti deteriorati tra soluzioni esistenti e proposte. Raffronto tra la normativa nazionale con la proposta di direttiva europea n. 135 del 2018

Stefania Santamaria

SOMMARIO: 1. L'accumulo dei crediti deteriorati ed il pericolo di un effetto domino. – 2. La risposta dell'ordinamento giuridico europeo: l'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali. – 3. La normativa italiana di settore. Brevi cenni. – 4. Istituti a confronto e considerazioni conclusive.

1. *L'accumulo dei crediti deteriorati ed il pericolo di un effetto domino*

Il Covid-19 ha avuto conseguenze devastanti sia in termini sociali che economici. I protocolli di emergenza, infatti, imponendo restrizioni alla libera circolazione delle persone hanno messo in ginocchio il settore produttivo colpendo, in particolar modo, le piccole e medie imprese¹ ed innescando un circolo vizioso con effetti negativi sull'intera economia. Invero, alla difficoltà per gli imprenditori di onorare i propri debiti si accompagna una notevole riduzione di liquidità per le banche² con un contestuale aumento dei crediti deteriorati³.

¹ Cfr. A. Ricciardi, *Crediti deteriorati e piccola dimensione delle imprese: l'opportunità delle reti*, in *Rass. Econ.*, 2016, 43 ss.

² Si analizzi il documento della Banca Centrale Europea su "I crediti deteriorati", consultabile su www.bankingsupervision.europa.eu/banking/priorities/npl/html/index.it.html, ove si precisa che «Gli NPL costituiscono una questione rilevante per i cittadini e per le imprese, poiché gravano sulla redditività delle banche e assorbono risorse preziose limitando la loro capacità di erogare nuovi prestiti. Inoltre, i crediti deteriorati assumono rilevanza per la società nel suo insieme, in quanto i problemi del settore bancario possono diffondersi rapidamente ad altri settori dell'economia nuocendo alle prospettive di occupazione e crescita».

³ Cfr., altresì, la Risoluzione della 6a Commissione Permanente Finanza e Tesoro del Senato del 23 maggio 2019, nella quale si legge «[...] elevati stock di esposizioni deteriorate limitino la capacità del sistema bancario di erogare credito, compromettendo la crescita economica e determinando un contesto particolarmente

A ben vedere, quindi, gli effetti della crisi economica che si sta profilando vanno ad aggiungersi agli strascichi della crisi finanziaria del biennio 2007-2009⁴ provocando un aumento esponenziale dei *non performing loan*.

La situazione diventa ancor più preoccupante nell'area Euro se si considera che la crisi anche di un solo Stato Membro possa innescare un effetto domino nei confronti degli altri Paesi a causa della stretta interconnessione dei sistemi economici dell'eurozona⁵.

Ne deriva, pertanto, l'urgenza di individuare soluzioni finalizzate alla gestione dei detti crediti, pur con la consapevolezza che sono numerosi gli ostacoli che si frappongono alla risoluzione del problema.

Primo fra tutti vi è l'inefficace gestione dei *collateral* da parte di alcuni Stati Membri – tra cui l'Italia – caratterizzati da sistemi giudiziari lenti e da farraginose procedure esecutive⁶. A ciò si aggiunga l'assenza di una regolamentazione comune sulle modalità di accesso ai mercati secondari e sui criteri di determinazione del valore dei crediti tra le parti⁷.

te sfavorevole alle piccole e medie imprese (PMI), che per loro natura fanno ricorso prevalente al credito bancario [...]], consultabile sul portale www.senato.it.

⁴ Si rileva il manifestarsi di tutti gli elementi tipici di una crisi economica tra cui l'inutilizzabilità delle risorse per un periodo prolungato connessa alla sospensione temporanea delle attività, la riorganizzazione della produzione con minore impiego di manodopera, l'aumento del numero dei fallimenti delle imprese ed il conseguente incremento del livello di disoccupazione e di richieste di cassa integrazione. A ben vedere, tali conseguenze sono ben diverse da quelle caratterizzanti una crisi finanziaria – come quella del 2007 – nella quale si assiste ad un crollo dei prezzi azionari seguito da una prolungata ulteriore caduta, e accompagnato da continue turbative nei mercati monetari, finanziari e del credito. La Grande Crisi Finanziaria del 2007 è stata originata da diversi fattori quali l'assunzione insana ed imprudente di un elevato numero di rischi da parte degli enti creditizi, la tendenza ad una deregolamentazione finanziaria e l'espansione del c.d. *Shadow Banking System*. Cfr. C. D'Adda, *Dalla crisi finanziaria alla crisi reale*, in *Mon. cred.*, 2010, 63, 249, 59. F. Capriglione, *Crisi finanziaria, limiti della politica ed interventi UE*, in Id., A. Troisi (a cura di) *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Utet ed., 2014, 18; J. de Larosière et al., *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU- de Larosière Report*, Brussels, 2009, disponibile su <http://ec.europa.eu>; R. Masera, *The Great Financial Crisis*, Bancaria editrice, Roma, 2009; F. Capriglione, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani. L'UE tra rischi e opportunità*, Utet, 2012; D. Rossano, *La crisi dell'eurozona e la (dis)unione bancaria*, in *Federalismi.it*, 2014, 7, 1 ss.; F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 2, Supplemento n. 2, 2; V. Lemma, *The shadow banking system*, Londra, 2016, 37 ss.; R. Masera, *Non-performing exposures delle banche*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 2, Supplemento n. 2, 133.

⁵ Cfr. l'intervento del Vice Capo del Dipartimento Vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d'Italia P. Angelini dal titolo "I crediti deteriorati: mercato, regole e rafforzamento del sistema", in occasione del convegno "NPL: sfide e opportunità. Requisiti regolamentari, strategie delle banche e dei nuovi operatori", organizzato dalla *Riv. bancaria Minerva bancaria*, Roma, 9 ottobre 2018.

⁶ Cfr. D. Rossano, *La gestione dei crediti deteriorati nelle crisi bancarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 2, Supplemento n. 2, 83 ss.; C. Barbagallo, *I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti*, Intervento del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca d'Italia al Primo Congresso Nazionale FIRST CISL, Roma, 6 giugno 2017, 2.

⁷ Un altro fattore determinante viene individuato nel *pricing gap* da F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, cit. 16; F. Sartori, *Sul "diritto della gestione degli attivi problematici (Non Performing Loans)": linee dell'evoluzione normativa*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2018, 678.

Ciò considerato, si è avvertita la necessità di intervenire con azioni mirate⁸, decisive e di ampia portata che sono state previste in un apposito piano («Piano d'azione per affrontare la questione dei crediti deteriorati in Europa») approvato dal Consiglio ECOFIN l'11 luglio 2017. Gli interventi previsti, complementari tra di essi, riguardano quattro ambiti: vigilanza e regolamentazione bancaria; riforme della disciplina in materia di ristrutturazione, di insolvenza e di recupero dei crediti; sviluppo dei mercati secondari delle attività deteriorate; promozione della ristrutturazione del sistema bancario⁹.

Al fine di realizzare i detti interventi, la Commissione Europea, in data 14 marzo 2018, ha predisposto un pacchetto di misure nelle quali rientra la proposta di direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali¹⁰, il cui Titolo V introduce il meccanismo della escussione stragiudiziale accelerato delle garanzie reali, oggetto di esame nel presente lavoro.

2. *La risposta dell'ordinamento giuridico europeo: l'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali*

La summenzionata proposta di direttiva, la n. 135 del 2018, è parte integrante dello sforzo dell'UE di rafforzare l'unione economica e monetaria ed annovera, tra gli obiettivi da perseguire, l'armonizzazione della normativa in materia di acquisizione e gestione dei crediti, l'omogeneizzazione, fra gli Stati Membri, dei tassi di recupero delle esposizioni deteriorate e l'eliminazione degli ostacoli al trasferimento dei detti crediti da parte di enti creditizi a enti non creditizi incoraggiando, per tale via, lo sviluppo dei mercati secondari dei *npl*¹¹.

Con la detta proposta, viene introdotto il meccanismo della escussione stragiudiziale delle garanzie reali (letteralmente *Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement* – da ora *AECE*) avente caratteristiche comuni in tutti gli Stati Membri e da realizzarsi in via accelerata. La sua realizzazione garantirebbe la riduzione

⁸ Cfr. F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, cit. 11, secondo il quale di fronte alle dette problematiche sembrano plausibili le misure volte all'attivazione di procedure di cessione dei *npl* sul mercato o l'adozione di misure prudenziali sempre più dure. Sotto tale profilo, infatti, i legislatori europeo e nazionale hanno implementato l'utilizzo di innovati meccanismi finanziari ed «indirizzato l'operatività verso forme di ingegnerizzazione dei prodotti (polizze, depositi, ecc.) finalizzati alla eliminazione dei crediti deteriorati».

⁹ Nello specifico, il Piano si pone come obiettivo la risoluzione di eventuali accantonamenti insufficienti, il miglioramento della protezione dei creditori garantiti, lo sviluppo di mercati secondari dei crediti deteriorati e la definizione uno schema orientativo sulle società di gestione attivi; cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0133&from=HR>.

¹⁰ COM(2018)135, consultabile sul portale <https://eur-lex.europa.eu>.

¹¹ Cfr. il considerando 9 della proposta di direttiva.

ne dei costi per la cessione dei crediti deteriorati e l'aumento del valore dei crediti garantiti a seguito dell'accrescimento dei tassi di recupero¹².

L'istituto vuole rappresentare una valida alternativa all'escussione giudiziale ed a cui le parti possono ricorrere al verificarsi di una condizione sospensiva.

Il suo ambito di applicazione, soggettivo ed oggettivo, è costituito dai «contratti di credito garantiti conclusi tra un creditore e un'impresa debitrice che sono garantiti da beni mobili e immobili di proprietà dell'impresa debitrice costituiti in garanzia a favore del creditore al fine di assicurare il rimborso dei crediti risultanti dal contratto di credito garantito» (art. 2 par. 2). Ne consegue l'esclusione di quegli accordi in cui la parte debitrice è un consumatore o un'impresa senza fini di lucro e quando sono garantiti i contratti di garanzia finanziaria ed «i beni immobili residenziali che costituiscono la residenza principale del debitore» (art. 2 par. 5).

Relativamente alla forma, l'art. 24 par. 1 lett. a) della proposta di direttiva prevede la conclusione di un accordo stipulato esclusivamente per iscritto o mediante un atto notarile. Ne deriva, pertanto, la forma *ad substantiam* dell'accordo, a cui si riconosce forza esecutiva¹³.

Di converso, il legislatore ha affidato alla libera determinazione delle parti l'introduzione e le modalità di attuazione dell'*AECE*. Sicché, esso può essere convenuto al momento della stipulazione del contratto di credito o con patto autonomo, anche successivo al primo.

Al creditore è, altresì, riconosciuta la facoltà di scegliere la modalità attraverso cui soddisfare il proprio credito: vendita all'asta pubblica o tra privati (art. 24, co. 2). Inoltre, qualora lo Stato Membro lo preveda, si potrebbe optare anche per l'appropriazione del bene (art. 24 par. 3)¹⁴.

Nell'accordo, le parti devono precisare sia l'evento determinante (c.d. *enforcement event*), ossia la condizione al verificarsi della quale può essere avviata l'escussione, sia il periodo di tempo – residuo – durante il quale l'impresa debitrice può ancora effettuare il pagamento al fine di evitare l'azionarsi del meccanismo.

¹² Cfr. il considerando 6 della proposta di direttiva.

¹³ Nel considerando 45 della proposta, si legge: «Al fine di garantire che tale meccanismo di escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie sia uno strumento efficace e rapido per recuperare il valore della garanzia reale, il contratto mediante il quale il creditore garantito e l'impresa debitrice concludono un accordo su tale meccanismo dovrebbe comprendere in una clausola un titolo esecutivo che consente l'escussione diretta della garanzia reale mediante escussione extragiudiziale accelerata senza la necessità di ottenere un titolo esecutivo dall'organo giurisdizionale».

¹⁴ Cfr. il considerando 46 della proposta di direttiva.

Verificatasi la condizione, il creditore, entro quattro settimane, salvo diverso accordo¹⁵, deve notificare al debitore¹⁶ la volontà di avvalersi dell'escussione stragiudiziale, i termini per eseguire il pagamento prima dell'avvio del meccanismo, l'indicazione dell'importo del debito residuo su cui intende valersi e il tipo di misura che intende azionare¹⁷.

Momento necessario e prodromico all'escussione è la valutazione del bene garantito che deve essere effettuata all'insorgere dell'evento determinante. La direttiva lascia, anche in tal caso, alla libera determinazione delle parti la scelta del valutatore – terzo ed indipendente – la cui stima deve essere equa e realistica. Si prevede, in caso di mancato accordo sulla scelta del detto soggetto nonché di contestazione della sua valutazione, il ricorso all'organo giurisdizionale nazionale¹⁸.

Relativamente alla realizzazione dell'escussione, si prevede come unico limite quanto contemplato nell'art. 29 della proposta di direttiva che, ricalcando la clausola marciata¹⁹, impone al creditore di «pagare all'impresa debitrice qualsiasi differenza positiva tra l'importo a saldo del contratto di credito garantito e i proventi della vendita dell'attività». Si vuole, in tal modo, evitare il pericolo di approfittamento da parte del creditore in ordine al c.d. supero²⁰.

Per quanto riguarda le modalità di realizzazione dell'escussione, asta pubblica o vendita tra privati, la normativa delinea dei tratti comuni quali: il compimento da parte del creditore di ragionevoli sforzi per attirare il maggior numero di potenziali compratori (artt. 25 e 26); la notifica all'impresa debitrice (o a qualsiasi terzo avente un interesse o un diritto rispetto all'attività) che, decorsi 10 giorni, inizieranno le attività prodromiche all'escussione. Infine, la possibilità che l'attività possa essere venduta ad un prezzo ridotto (non più del 20%) rispetto all'importo determinato dalla valutazione nel caso in cui non vi siano state offerte congrue e se esiste una minaccia di imminente deterioramento dell'attività. Inoltre, gli Stati Membri possono contemplare, in caso di mancata vendita, una seconda asta pubblica o vendita tra privati. È possibile, ancora, prevedere, in caso di mancata vendita all'asta, che essa avvenga nella forma della vendita tra privati.

¹⁵ La proposta di direttiva prevede, all'art. 23 par. 1, la facoltà degli Stati di stabilire un prolungamento di almeno sei mesi per il pagamento della residua somma allorquando un'impresa debitrice abbia versato l'85% dell'importo del contratto di credito garantito.

¹⁶ C. Angelelli, *Note di confronto tra la nuova "escussione extragiudiziale delle garanzie" di cui alla proposta di direttiva del 13 marzo 2018 ed il nuovo art. 48-bis T.U.B.*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2018, 7.

¹⁷ L'art. 23 par. 2 della proposta di direttiva impone agli Stati membri di vietare all'impresa debitrice la cessione delle attività costituite a garanzia dopo la notifica di cui sopra ed altresì di provvedere alla verifica che il creditore compia ragionevoli sforzi per evitare il ricorso al meccanismo.

¹⁸ L'art 24 par. 2 della proposta di direttiva stabilisce che è in facoltà degli Stati membri affidare la valutazione del bene garantito ad un notaio, un ufficiale giudiziario o un altro pubblico ufficiale.

¹⁹ Cfr. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciato*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2 ss.

²⁰ Cfr. Trib. Milano, sez. XII, 24 giugno 2016, n. 7903, consultabile su www.dejure.it.

La disciplina si conclude rinviando alla normativa nazionale la possibilità per l'impresa debitrice di impugnare l'escussione «qualora la vendita delle attività fornite come garanzia reale non sia stata effettuata conformemente alle disposizioni nazionali» (art. 28).

Ad un'attenta analisi, la proposta di direttiva non solo prevede un ampio potere discrezionale degli Stati Membri ma altresì rinvia alla normativa nazionale la disciplina di aspetti da essa non regolati. A questo punto pare opportuno analizzare, seppur senza pretese di esaustività, la normativa nazionale di settore al fine di valutare la posizione che andrebbe a ricoprire il novello istituto all'interno di essa e verificare eventuali compatibilità.

3. *La normativa italiana di settore. Brevi cenni*

Prima di approfondire la risposta del legislatore italiano nell'affrontare la problematica dei crediti deteriorati, è importante considerare che in Italia, da anni oramai, la richiesta di una giustizia più veloce ed efficace è sempre più impellente, in particolare, nel processo esecutivo. Il regolatore, consapevole che una riforma della giustizia avrebbe comportato tempi eccessivamente lunghi, ha individuato, come parziale risoluzione del problema, la decretazione d'urgenza.

Ne deriva l'introduzione di una serie di strumenti di realizzazione del credito ai quali si riconosce il pregio di rendere le procedure più snelle, senza però sacrificare la tutela delle parti. Ci si riferisce al pegno non possessorio, al trasferimento di immobili sospensivamente condizionato, entrambi introdotti dal d.l. 59/2016, al prestito vitalizio ipotecario, introdotto dal d.l. 203/2005, ed al credito immobiliare ai consumatori ex d.lgs. 72/2016. Trattasi di figure delineate secondo lo schema del patto marciano ma nel pieno rispetto del divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Ad esse si aggiunge l'istituto di cui all'art. 48-*bis* t.u.b. il quale, ad un'attenta disamina si ritiene, per finalità e procedura, quanto più prossimo all'*AECE*²¹.

Difatti, con il detto articolo, rubricato «Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato», si realizza un trasferimento di proprietà del bene oggetto di garanzia al creditore, a seguito dell'inadempimento del debitore. Il creditore può acquisire la proprietà del bene soltanto a seguito di una stima da parte di un soggetto terzo ed imparziale al

²¹ Cfr. V. Confortini, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di Direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, cit. 3; R. Natoli, *L'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali nella proposta di Direttiva sui crediti deteriorati (NPL) (Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council)*, cit. 68.

momento dell'inadempimento ed è tenuto alla restituzione della eccedenza, nel caso in cui il valore del bene superi il debito²².

Con il detto istituto il regolatore ha inteso offrire uno strumento alternativo alle garanzie tradizionali²³, superando per tale via, l'ipoteca. Il contratto ex art. 48-*bis* t.u.b. è, infatti, «declinato secondo lo schema del marciano autonomo quale alienazione sospensivamente condizionata di un bene che non è oggetto di garanzia reale tipica»²⁴. Si precisa, purtuttavia, al comma 4, che «qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria».

Esso può essere concluso tra un imprenditore e una banca (o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico), e può avere ad oggetto il trasferimento della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, ad esclusione degli immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

La conclusione del patto può coincidere con la stipula del contratto di finanziamento o può intervenire successivamente attraverso un atto notarile che modifichi le condizioni contrattuali preesistenti.

Relativamente alla condizione sospensiva, essa coincide esclusivamente con il mancato pagamento del debitore protrattosi per nove²⁵ o dodici mesi, a seconda che quest'ultimo abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura pari almeno all'85 per cento della quota²⁶.

Verificatosi l'inadempimento, il creditore deve notificare al debitore²⁷ una dichiarazione di voler procedere con il trasferimento e l'ammontare del debito residuo. Decorsi sessanta giorni dalla notifica, il procedimento diventa giudiziale con la nomina, da parte del tribunale competente e su istanza del creditore,

²² Tale ultima condizione rappresenta il *discrimen* tra il patto marciano e quello commissorio. In quest'ultimo, infatti, non è contemplata la restituzione dell'eccedenza, circostanza che lo rende illecito.

²³ Cfr. E. Brodi, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis Tub per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Crisi di impresa e Fallimento*, 2017, 16.

²⁴ In tali termini, G. Marchetti, *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis Tub; un marciano abdicativo della garanzia generica?* in *Giustiziacivile.com*, 2017, 11, 5.

²⁵ Il comma 5 dell'art. 48-*bis* t.u.b. prevede tre specifiche ipotesi di inadempimento, rilevanti ai fini della realizzazione della condizione sospensiva: «[...] si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento».

²⁶ Quest'ultimo aspetto è simile nella normativa in esame.

²⁷ Oppure, diversamente, al titolare del diritto reale immobiliare nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile.

di un perito per la valutazione del bene oggetto del patto. Quest'ultimo, decorsi sessanta giorni dalla sua nomina, trasmette la valutazione alle parti interessate le quali possono presentare, nei dieci giorni successivi, delle note a cui il perito può rispondere in pari arco temporale. In ogni caso, si riconosce al debitore la possibilità di contestare la stima.

Punto cruciale della procedura è l'avveramento della condizione, momento a partire dal quale la banca diviene proprietaria dell'immobile²⁸. Il comma 8 dell'art. 48-*bis* t.u.b., infatti, distingue il caso in cui il valore del bene coincida con il debito o sia ad esso superiore. Nella prima ipotesi, la condizione si avvera al momento della comunicazione della stima al creditore; diversamente, nella seconda ipotesi, a seguito del versamento della differenza di valore, comprensivo di tutte le spese e i costi del trasferimento.

Per converso, la condizione non si avvera in caso di adempimento del debitore. In tale ipotesi, il creditore, entro 30 giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita, provvede, mediante atto notarile, a darne pubblicità nei registri immobiliari.

4. *Istituti a confronto e considerazioni conclusive*

All'esito del raffronto delle due normative risulta chiara la volontà dei legislatori, comunitario e nazionale, di accelerare la dismissione dei crediti deteriorati e di prevenirne nuovi accumuli.

Appare, a questo punto, necessario interrogarsi sulla posizione che andrebbe a ricoprire il proposto istituto di matrice comunitaria all'interno del contesto normativo nazionale esistente; se cioè possa derogare ai principi dell'ordinamento statale oppure adattarsi ad esso.

Si è ravvisato, a tal proposito, che diversamente dalle altre esperienze europee, nell'ordinamento giuridico italiano non esiste il principio della inderogabilità dell'esecuzione forzata giudiziale. Ne deriva che se confermato, l'*AECE* dovrebbe adattarsi all'ordinamento nazionale²⁹ e si ravviserebbero significativi problemi di compatibilità con le disposizioni interne.

²⁸ Il comma 9 dell'art. 48-*bis* t.u.b. prevede che «è previsto altresì che ai fini pubblicitari connessi all'annotazione di cancellazione della condizione sospensiva ai sensi dell'articolo 2668, terzo comma, del codice civile, il creditore, anche unilateralmente, renda in un atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione, a norma dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile». Cfr. lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato intitolato «Trasferimenti immobiliari a scopo di garanzia nelle recenti riforme del credito bancario: inferenze fiscali», consultabile su <https://www.notariato.it/sites/default/files/157-2017-T.pdf>.

²⁹ R. Natoli, *L'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali nella proposta di Direttiva sui crediti deteriorati (NPL) (Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement in the Proposal for a Directive of the European*

Difatti, nonostante diverse similitudini tra i due istituti³⁰, sono notevoli le differenze da cui scaturiscono sostanziali perplessità. Primo fra tutti riguarda il differente livello di tutela riconosciuta alle parti. Difatti, se nell'istituto del testo unico bancario si ravvisa un uguale grado di tutela nei confronti di tutte le parti – creditore, debitore, creditore non garantito e terzo acquirente – attraverso la nomina giudiziale di un perito e nella trascrizione della garanzia, non altrettanto può dirsi per l'istituto comunitario, nel quale, diversamente, non si accenna ai detti strumenti. Nulla si dice, persino, in ordine alla facoltà di opposizione del debitore al quale sembrerebbe non essere riconosciuta alcuna legittimità ad impedire la vendita ma soltanto un potere di intervento in una fase successiva al trasferimento. Per tale via, «il controllo giurisdizionale» – come giustamente osservato in dottrina³¹ – «sembra farsi eventuale, successivo, di legittimità della condotta del creditore».

Ciò detto, a sgombrare il campo da ragionevoli preoccupazioni vi è il già menzionato principio di inderogabilità del ricorso giudiziale che consente, in tal caso, al debitore la possibilità di avvalersi delle tutele sottese alle forme del rito sommario di cognizione³².

Avendo, poi, riguardo alla tutela dei terzi, le incertezze si concentrano sui titolari dei diritti di garanzia concorrenti nell'ambito della stessa garanzia reale, sul coordinamento tra coloro che hanno fatto ricorso all'escussione stragiudiziale rispetto a chi ha perseguito la forma giudiziale, ed infine sulla tutela dei creditori non garantiti o aventi garanzie di grado successivo. Purtroppo, la lacunosità della proposta di direttiva, nonostante il rinvio alla determinazione degli Stati Membri ex art. 27 della proposta di direttiva, non consente l'individuazione di una risposta se non attraverso il ricorso, *ove possibile*, alle vigenti disposizioni nazionali³³.

Infine, un altro aspetto da attenzionare concerne la condizione sospensiva o *enforcement event* che, nell'art. 48-*bis* t.u.b. coincide esclusivamente con un inadempimento protrattosi per un determinato periodo di tempo mentre nella

Parliament and of the Council), cit. 80.

³⁰ Tra le similitudini si annoverano la necessità della stima del bene ad opera di un valutatore terzo ed imparziale; la notifica, da parte del creditore, di volersi valere sul bene garantito con l'indicazione del valore del debito residuo ed il divieto di approfittamento del creditore sull'eccedenza di valore del bene.

³¹ V. Confortini, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, cit. 3.

³² E in tale caso, il giudice, al ricorrere di gravi motivi, può anche inibire la vendita.

³³ R. Natoli, *L'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali nella proposta di Direttiva sui crediti deteriorati (NPL) (Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council)*, cit. 70, ad esempio, richiama come soluzioni ai problemi di coordinamento descritti, l'applicazione dell'art. 498 c.p.c. che prevede l'avviso ai creditori iscritti, riconoscendo, pur tuttavia la difficoltà di coniugare il diritto del creditore non garantito a soddisfare il proprio credito sul bene con l'escussione accelerata stragiudiziale. L'A. ritiene che «il legislatore dovrà intervenire ortopedicamente sul sistema delle esecuzioni individuali e, in particolare, dell'intervento dei creditori».

proposta di direttiva può essere individuato anche nel «mancato rispetto di parametri finanziari di varia natura o il mancato rispetto di obblighi di fare o di non fare»³⁴. Sul punto la dottrina ha osservato che la previsione di casi ulteriori rispetto al semplice mancato pagamento, seppur coerente con le disposizioni di vigilanza prudenziale, potrebbe, tuttavia, risultare incompatibile con quelle fattispecie nelle quali, diversamente, sono contemplate ben precise soglie di inadempimento, come ad esempio negli artt. 41 e 48 bis del testo unico bancario³⁵. Sicché, al fine di salvaguardare la coerenza sistemica dell'ordinamento, il legislatore italiano dovrà necessariamente operare uno sforzo di coordinamento tra le varie ipotesi.

In conclusione, si ritiene che l'istituto proposto sia destinato a non sortire gli effetti sperati. Difatti l'eccessiva lacunosità³⁶ del testo normativo, unitamente ai frequenti rinvii alla normativa nazionale privano l'istituto dell'*AECE* della necessaria forza per imporsi quale alternativa agli strumenti nazionali esistenti. Si deve, in aggiunta considerare, come finemente osservato, che il ristretto ambito di applicazione in cui esso opererebbe, non consentirebbe nemmeno una significativa riduzione dei *npl* stante il considerevole livello dei crediti deteriorati concessi alle famiglie e di quelli garantiti da immobili destinati ad abitazione principale del titolare dell'impresa³⁷.

³⁴ C. Angelelli, *Note di confronto tra la nuova "escussione extragiudiziale delle garanzie" di cui alla proposta di direttiva del 13 marzo 2018 ed il nuovo art. 48-bis T.U.B.*, cit. 7.

³⁵ V. Confortini, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di Direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, cit. 3, nota 48, «Lasciare all'autonomia privata la determinazione dell'evento che giustifica l'escussione della garanzia potrebbe aprire, in sede di recepimento, scenari problematici, giacché ci si dovrà chiedere come coordinare tali clausole convenzionali con le norme che pongono soglie di irrisolubilità del contratto di mutuo (art. 41 t.u.b.) e che disciplinano con dettaglio l'inadempimento rilevante ai fini dell'escussione per appropriazione del bene sospensivamente trasferito al creditore ex art. 48-bis t.u.b.».

³⁶ V. Confortini, *op. ult. cit.* 3.

³⁷ R. Natoli, *L'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali nella proposta di Direttiva sui crediti deteriorati (NPL) (Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council)*, cit. 80.

La gestione dei crediti deteriorati tra soluzioni esistenti e proposte. Raffronto tra la normativa nazionale con la proposta di direttiva europea n. 135 del 2018

Il presente lavoro analizza gli strumenti legislativi adottati dal regolatore italiano e comunitario per contrastare l'accumulo dei *Non Performing Loan*. Quest'ultimo, infatti, rappresenta un serio pericolo per la stabilità dell'intero sistema bancario dell'eurozona. Sono stati individuati, quali ostacoli alla efficace gestione dei detti crediti, numerosi fattori tra cui l'assenza, a livello comunitario, di una regolamentazione unitaria e la presenza di sistemi giudiziari lenti e farraginosi, come quello italiano. Sicché il legislatore europeo ha riscontrato la necessità di intervenire con urgenza, proponendo l'introduzione di un meccanismo di escussione stragiudiziale ed accelerata delle garanzie reali. Ciononostante, la presenza di frequenti rinvii alla discrezionalità del legislatore nazionale, unitamente alle lacune presenti nel testo della proposta di direttiva n. 135/2018 costringono il regolatore locale ad un continuo intervento. Ne deriva che l'intento di celerità insita nella proposta, viene, di fatto, ad essere svilito.

The management of non performing loans between existing and proposed solutions. Comparison of national legislation with the proposed European directive no. 135 of 2018

This work analyzes the legislative instruments adopted by the Italian and EU regulator to counter the accumulation of Non Performing Loans. The latter, in fact, represents a serious danger to the stability of the entire eurozone banking system. Numerous factors have been identified as obstacles to the effective management of these credits, including the absence, at EU level, of a unitary regulation and the presence of slow and cumbersome judicial systems, such as the Italian one. So that the European legislator has found the need to intervene urgently, proposing the introduction of a mechanism for the accelerated extrajudicial enforcement of collateral. Nonetheless, the presence of frequent references to the discretion of the national legislator, together with the gaps present in the text of the proposed directive no.135 / 2018, force the local regulator to continuously intervene. It follows that the intent of speed inherent in the proposal is, in fact, debased.

Analisi dell'architettura giuridica delle responsabilità in materia di sperimentazione di farmaci. La decretazione d'urgenza punta sui modelli *off-label* in tempo di emergenza sanitaria Covid-19*

Elisa Bellomo

SOMMARIO: 1. Premessa. La sperimentazione dei medicinali al tempo dell'emergenza sanitaria Covid-19. – 2. Analisi applicata di *risk management* alle sperimentazioni farmaceutiche: il concetto di rilevanza. – 3. La ricerca delle cause del rischio nella sperimentazione del medicinale: pericolosità dell'attività o del prodotto. – 4. Architettura giuridica delle responsabilità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni cliniche. – 5. L'urgenza dell'accesso al farmaco e l'impatto sulla dinamica delle responsabilità: *focus* emergenza Covid-19. – 6. Spunti conclusivi. L'emergenza Covid-19 tra cambiamenti giuridici e nuove occasioni per la scienza verso una nuova frontiera dell'"evidenza scientifica" nell'*off-label*.

1. *Introduzione. La sperimentazione dei medicinali al tempo dell'emergenza sanitaria Covid-19*

L'emergenza epidemiologica da Covid-19¹ sta imponendo ai sistemi sanitari globali² di affrontare una serie di sfide su un terreno inedito. La comunità

* Il contributo verrà pubblicato prossimamente all'interno un'opera curata della Prof.ssa Roberta Lombardi e dalla Prof.ssa Fabirizia Santini.

¹ L'11 marzo il Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha annunciato la trasformazione delle condizioni da epidemia a pandemia, essendo stati registrati più di 118 mila casi di Covid-19 in 114 paesi, e 4.291 persone hanno perso la vita. Secondo i Centri statunitensi per la prevenzione e il controllo delle malattie (Cdc) il Covid-19 presentava già da tempo due dei tre criteri necessari a definire una pandemia: si diffonde tra le persone e può essere mortale. Il terzo criterio era appunto che la diffusione avesse scala mondiale – *Internazionale*, 11 marzo 2020 sul sito internet <https://www.internazionale.it/notizie/2020/03/11/pandemia-coronavirus>.

² F. Alagna, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Rivista di diritto delle autonomie territoriali - la gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 21 marzo 2020, in *Federalismi.it*.

scientifica internazionale, posta di fronte al rapido diffondersi di una pandemia di dimensione planetaria come questa, è coralmemente chiamata a individuare terapie farmacologiche sperimentali in una lotta impetuosa contro il tempo affinché si contenga l'effetto devastante e mortale.

Nei mesi di attesa del vaccino contro il Covid-19 le sperimentazioni di farmaci già immessi in commercio, seppur per il trattamento di malattie diverse, hanno rappresentato se non l'unica una delle poche speranze di guarigione contro il Covid-19³, le sperimentazioni⁴ di farmaci⁵ già immessi in commercio, seppur per il trattamento di malattie diverse, rappresenta se non l'unica tra le poche speranze di guarigione. Il presente contributo mira a illustrare come, in questo contesto emergenziale, la decretazione d'urgenza, prevedendo modalità di autorizzazione semplificate alla sperimentazione di farmaci da parte dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), come oltre si approfondirà, ha dato vita a procedure e metodologie frutto di un inedito sodalizio tra decisore pubblico e rappresentanti della comunità scientifica. Il diritto dell'emergenza da un lato è stato da Governo pensato per non imbrigliare in maglie burocratiche eccessivamente strette il progresso della conoscenza che, oggi più che mai, deve procedere verso un orizzonte di soluzioni da fornire a breve termine, dall'altro ha il compito di garantire la legittimità dell'esperimento che, affinché sia tale, anche in stato emergenziale, deve fondarsi sul rispetto del principio di autodeterminazione della persona⁶ e di

³ Tanto che, in data 29 marzo 2020, l'Istituto superiore di sanità ha pubblicato sul suo sito istituzionale un poster con un decalogo per fornire indicazioni sull'uso corretto dei farmaci e contrastare le *fake news* che circolano sul web e che hanno scatenato una vera e propria «caccia al farmaco» https://www.iss.it/documents/20126/0/Decalogo_farmaci+%283%29.pdf/820528d0-9062-a25f-7d0e-db9b567d9ad6?t=1585502032314.

⁴ La sperimentazione clinica (dei farmaci) consiste in: «*qualsiasi studio sull'uomo finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, e/o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno o più medicinali sperimentali, e/o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza e/o l'efficacia, nonché altri elementi di carattere scientifico e non. Questa definizione include le sperimentazioni cliniche effettuate in un unico centro o in più centri, solo in Italia o anche in altri Stati membri dell'Unione europea*» (così art. 2 d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 «Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico»).

⁵ Il d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 «Codice europeo dei medicinali per uso umano», definisce medicinale: 1) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; 2) ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica.

⁶ Il principio di autodeterminazione nasce dall'alleanza terapeutica tra medico e paziente; il primo, già secondo il paradigma ippocratico, deve «giovare» al malato e «non essere di danno»; deve farsi interprete del bene del paziente e allo stesso tempo cercarne la collaborazione, così delineandosi l'alleanza terapeutica così M. Vergallo, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 4, il quale richiama le Epidemie, I, 12, 5, di Ippocrate; D. Marcello, *La salute procreativa procreation health*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 3, 1 giugno 2019, 891 ss. E. Falletti, *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 11, 1021 ss.; A. Astone, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (I)*, 1 dicembre 2018, fasc. 4, 1508 ss.

eticità. Lo stato emergenziale che, come si vedrà oltre, può sì imporre semplificazioni nel processo autorizzativo ordinario, trovando tuttavia dei limiti insuperabili nell'acquisizione del consenso⁷, nel bilanciamento tra rischio per la salute e beneficio da progresso scientifico, e infine nell'eticità del metodo di conduzione sperimentale della ricerca.

L'eticità nella conduzione della sperimentazione farmacologica assume dei tratti peculiari proprio nel frangente dell'emergenza: se infatti da un lato il potere di controllo pubblico ha il dovere di tutelare il rispetto della dignità umana, dall'altro deve garantire alla scienza medica margini per un ancor più rapido «accesso precoce» al farmaco, prima dunque che l'AIFA⁸ abbia rilasciato l'autorizzazione al commercio del farmaco per quello specifico trattamento.

Il contributo mira altresì ad analizzare come la decretazione d'urgenza – occupandosi di sperimentazioni *off-label* – impatti altresì sull'architettura giuridica delle responsabilità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni cliniche a uso umano – come disciplinate dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200⁹ – e in particolare del promotore dello studio¹⁰, dello sperimentatore, dei Comitati etici delle strutture sanitarie presso cui si conducono le attività di sperimentazione.

2. *Analisi applicata di risk management alle sperimentazioni farmaceutiche: il concetto di rilevanza*

⁷ La centralità del consenso informato discende da significative fonti di legge ordinarie disciplinano specifiche attività mediche come la legge 22 dicembre 2017 n. 219 Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento commentata da O. Di Giovanni, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita* *The Role of Informed Consent (and Self-Determination) in Criminal Justice System of the End of Life*, in *Cassazione Penale*, fasc. 5, 1 giugno 2019, 1839 ss.; sul consenso di capaci ed incapaci anche I. Rapisarda, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 1, 43.

⁸ Di norma alla tappa preclinica, condotta in laboratorio dove si testano finalità terapeutiche delle sostanze, segue quella clinica volta all'accertamento non solo della reale efficacia terapeutica del farmaco ma anche della sicurezza; tra queste intercorre il delicatissimo percorso attuativo in ambiente clinico ed ospedaliero che porta ai risultati richiesti affinché le autorità regolatorie possano autorizzare l'immissione in commercio del farmaco. R. Masoni, *La sperimentazione di terapie innovative: la ricostruzione del quadro normativo*, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1 giugno 2019, fasc. 2, 968.

⁹ Il decreto legislativo pur rappresentando la fonte normativa quadro per le sperimentazioni interventistiche è stato modificato dalla legge n. 3 del 11 gennaio 2018 contenente la delega Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di sperimentazioni nonché per il riordino delle disposizioni in materia di professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria al fine di armonizzare la disciplina nazionale a quella europea a seguito dell'introduzione del Regolamento (UE) n. 536/2014 «sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE». Per un'approfondita analisi del Regolamento M. Ferrari, *La nuova normativa per un approccio armonizzato alla regolamentazione delle sperimentazioni clinica nei paesi dell'UE*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 2, 702 ss.

¹⁰ Il d.lgs. n. 211/2003 definisce «promotore»: una società, istituzione oppure un organismo che si assume la responsabilità di avviare, gestire ed eventualmente finanziare una sperimentazione clinica.

L'introduzione del concetto di *risk management*, di portata universale e trasversale in ogni settore dell'economia moderna, ha portato anche le aziende sanitarie a implementare l'attività di prevenzione e gestione del rischio.

Questa operazione si enuclea in un processo che si compone di due fasi distinte ma collegate tra loro: in un primo tempo si mappano le fonti di rischio, previa misurazione del suo grado connesso alla tipologia di attività, mentre in un momento successivo si sviluppano strategie per minimizzarlo e governarlo. Con un recente arresto giurisprudenziale, il giudice amministrativo ha affermato che «il risk management fa assumere al diritto alla salute una dimensione nuova preventiva e prospettica verso il futuro, e non più solo riparatoria, retrospettiva, che guarda al ristoro dei danni subiti dall'evento»¹¹. La coesistenza tra la pianificazione pubblicitica e gli strumenti di natura civilistica a ristoro dei danni subiti ai soggetti per responsabilità medica, di cui si tratterà più approfonditamente¹², fa assumere altresì al diritto alla salute la portata condizionata dall'esercizio di pubblici poteri. Questa nuova connotazione si affianca, all'opposto, a quella che pretende un'astensione dell'intervento pubblico, a garanzia del principio di autodeterminazione del singolo nel sottoporsi al trattamento, salvo che in casi eccezionali non sia la legge a prevederlo per fini costituzionalmente previsti.

La gestione del rischio sanitario è strettamente connessa con il tema della sicurezza delle cure. Con l'art. 1 della legge 8 marzo 2017, n. 24 «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», più nota come legge Gelli, il legislatore ha infatti definito la sicurezza delle cure come elemento costitutivo del diritto alla salute, perseguito nell'interesse dell'individuo e della collettività¹³. La sua realizzazione si raggiunge sia mediante l'insieme delle attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, sia tramite l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. L'ultimo intervento normativo ha quindi segnato un'ulteriore fondamentale tappa nella storia della responsabilità medica: pur considerando il rischio come elemento intrinseco dell'attività, si stabilisce infatti che possa essere prevenuto e gestito dalle strutture sanitarie e sociosanita-

¹¹ Il Consiglio di Stato richiamando, la definizione di *risk management*, ha affermato che il privato non ha una posizione di interesse legittimo tutelabile avanti il giudice amministrativo in ordine ad atti quali verbali del CVS e le perizie medico legali con cui l'amministrazione sanitaria organizza e attua al proprio interno l'attività di prevenzione e gestione del rischio (Così Cons. Stato sez. III, 31 gennaio 2020, n.808 conforme Consiglio di Stato, sentenza 23 maggio 2019 n. 3263 in www.giustizia-amministrativa.it).

¹² G. Ponzanelli, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management*, in *Danno e Resp.*, 2003, 4, 428.

¹³ N. De Luca, M. Ferrante, A. Napolitano, *La responsabilità civile in ambito sanitario (Artt. 7-9 L. 8 marzo 2017, n. 24)* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 4, 740.

rie, pubbliche e private, e da tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

Se l'assunto vale in ambito di gestione per così dire ordinaria delle attività sanitarie, occorre dunque analizzare ora come tale principio si declini nella materia specifica di regolamentazione delle sperimentazioni. Il rischio da somministrazione del farmaco sperimentale costituisce l'elemento in forza del quale il medico valuta l'opportunità e l'eticità della conduzione dello studio. A tal proposito, l'art. 3 del d.lgs. 6 novembre 2007 n. 200 «Attuazione della direttiva 2005/28/CE recante principi e linee guida dettagliate per la buona pratica clinica relativa ai medicinali in fase di sperimentazione a uso umano, nonché requisiti per l'autorizzazione alla fabbricazione o importazione di tali medicinali», che, richiamando l'art. 8 della Dichiarazione di Helsinki¹⁴, prevede che si possa iniziare o proseguire la somministrazione solamente nel caso i benefici previsti giustifichino i rischi, poiché la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti deve pur sempre prevalere sugli interessi della scienza e della società.

Spetta dunque in primo luogo al medico vagliare la "rilevanza" o meno della sperimentazione, da intendersi come una valutazione fondata sul bilanciamento di interessi tra rischio assunto dai soggetti e progresso scientifico. La legge fa infatti ricadere sullo sperimentatore principale le responsabilità, che il medico si assume già dal momento della richiesta di autorizzazione a condurre ricerche su pazienti reclutati presso la struttura ospedaliera, avanzata alla Direzione Generale di un'azienda sanitaria.

In secondo luogo, il medico è tenuto a mantenere tale bilanciamento sotto la luce prospettica dell'eticità dello studio, costantemente al vaglio del Comitato etico¹⁵, cui spetta il compito di fornire un parere favorevole, di natura vincolante, per l'autorizzazione dello studio, rilasciato sulla base della documentazione presentata dal promotore dello studio, soggetto pubblico o privato.

Il d.lgs. n. 200/2007 definisce il Comitato etico un organismo indipendente, composto da personale sanitario e non, a cui è demandato il compito di «ritrovare ogni volta le ragioni della scienza da conciliare con il diritto e l'etica»¹⁶. La sua principale responsabilità è quella di garantire la tutela dei diritti e del benes-

¹⁴ Documento deontologico cardine sulla sperimentazione clinica stilato dalla World Medical Association (WMA) (Associazione Medica Mondiale) in occasione della sua 18^o assemblea tenutasi ad Helsinki nel 1964.

¹⁵ Tra le altre monografie dedicate ai Comitati Etici E. Furlan, *Comitati etici in sanità: storia, funzioni e questioni filosofiche*, 2015; L. Marini, *I comitati etici per la sperimentazione clinica dei medicinali: competenze nella normativa comunitaria e nazionale: in appendice la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2001/20 del 4 aprile 2001, 2001*; L. Galvagni, *Bioetica e comitato etico*, 2005.

¹⁶ Per una cronistoria sui comitati etici Comolli, *La sperimentazione clinica per il benessere dell'uomo. Il ruolo del Comitato etico e la responsabilità dello sperimentatore*, 2011, 226 ss.; circa le diverse problematiche poste dall'istituzione dei Comitati etici Portigliatti Barbos, *I comitati etici tra urgenza e disincanto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, II, 1246; C. Buccelli, *Il ruolo dei comitati etici territoriali nella sperimentazione clinica the role of territorial ethical committees in clinical trial*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1 aprile 2017, fasc. 2, 431 ss.

sere dei soggetti arruolati nello studio sulla base di caratteristiche predefinite e a priori, valutate dallo sperimentatore in accordo con il promotore. L'organismo ha inoltre il compito di fornire pubblica garanzia di tale tutela, che viene ottemperata per esempio attraverso l'espressione di pareri sul protocollo di sperimentazione, sull'idoneità della capacità tecnica e dell'esperienza degli sperimentatori, sull'adeguatezza delle strutture, e sui metodi e i documenti che verranno impiegati per informare i soggetti e per ottenerne il consenso informato. La centralità del ruolo del Comitato etico si è non solo confermata ma anche rafforzata con l'entrata in vigore del Regolamento UE 536/2014 «Sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE»; l'art. 6 ha confermato che tale organismo dovrà esprimere il proprio parere sulla base di una valutazione delle previsioni dei benefici terapeutici per i pazienti partecipanti alla sperimentazione e per la salute pubblica. Quest'analisi preliminare deve tener conto delle caratteristiche dei medicinali sperimentali utilizzati e dell'affidabilità e robustezza dei risultati potenzialmente ricavabili dalla sperimentazione clinica; si dovranno considerare inoltre l'approccio statistico, la progettazione della sperimentazione, la metodologia utilizzata, ma anche i rischi e gli inconvenienti che potrebbero derivare dall'uso dei medicinali sperimentali, l'allontanamento dalla «normale pratica clinica», nonché le misure di sicurezza previste e adottabili. Al fine di armonizzare la legislazione nazionale con il regolamento UE, con legge 11 gennaio 2018, n. 3, il legislatore nazionale ha delegato al governo il riassetto e la riforma della normativa in materia di sperimentazione clinica, istituendo presso l'AIFA il Centro di coordinamento nazionale dei Comitati etici territoriali, con funzioni appunto di coordinamento, di indirizzo e di monitoraggio delle attività di valutazione degli aspetti etici relativi alle sperimentazioni demandate ai Comitati etici territoriali, il che può essere considerata una riprova del ruolo centrale di questi organi nella valutazione del rischio.

L'analisi della valutazione del rischio spetta quindi sia al promotore dello studio, che allo sperimentatore, che infine a un organo collegiale indipendente. Oltre a essere fondamentale nella fase iniziale, riveste importanza anche nel corso della conduzione dello studio, in cui possono verificarsi eventi avversi più o meno gravi, dinnanzi ai quali lo sperimentatore e il promotore dello studio sono obbligati a fermarsi, valutando l'opportunità di una prosecuzione.

3. *La ricerca delle cause del rischio nella sperimentazione del medicinale: pericolosità dell'attività o del prodotto*

Se nel capitolo precedente si è trattato, più in generale, il concetto di sicurezza delle cure e di impatto di rischio e di rilevanza della sperimentazione, occor-

re ora analizzare più dettagliatamente la fonte del rischio. Il Codice europeo dei medicinali per uso umano – adottato con d.lgs. n. 219 del 2006 recante attuazione della direttiva 2001/83/CE – disciplina l'immissione in commercio dei medicinali per uso umano, il regime autorizzatorio, l'importazione, nonché le linee guida di buona fabbricazione, etichettatura, foglio illustrativo, farmacovigilanza, con le conseguenti sanzioni previste in caso di violazioni di tali norme. Mentre il d.lgs. 200/2007 contiene la disciplina sul procedimento sperimentale interventistico, il Codice dei medicinali stabilisce solo precise regole di etichettatura, a garanzia sia della tutela del soggetto a cui sono somministrati, sia della tracciabilità del medicinale, consentendone l'identificazione¹⁷ e la correlazione tra farmaco e studio. Inoltre, è previsto che il rischio legato all'utilizzazione del medicinale possa essere connesso alla sua qualità, sicurezza o efficacia per la salute del paziente o per quella pubblica.

Il concetto di rischio connesso alla somministrazione in generale di un medicinale e, più nello specifico, di quello sperimentale, apre una questione definitoria di più ampia portata, cui è sottesa la seguente domanda: il rischio attiene esclusivamente al medicinale – nel senso di «prodotto pericoloso» – oppure si estende fino alla sperimentazione e di produzione del medicinale, comportando una «pericolosità intrinseca dell'attività»?

A questo interrogativo si ricollega un ulteriore problema, e cioè a quale titolo il promotore della sperimentazione potrebbe essere chiamato a rispondere per danni cagionati ai pazienti arruolati nello studio.

Partendo dalla prima delle due tesi, secondo cui la sperimentazione clinica costituirebbe un'attività di per sé pericolosa, occorre muovere dalla qualifica di attività pericolose, contenuta nel Codice civile, in cui la giurisprudenza ha ricompreso le «attività che sono qualificate tali dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, con quelle attività che per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati comportino la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva»¹⁸.

¹⁷ Il D.Lgs. n. 200/2007 definisce medicinale «sperimentale»: 1) una forma farmaceutica di un principio attivo o di un placebo saggiato come medicinale sperimentale o come controllo in una sperimentazione clinica, compresi i prodotti che hanno già ottenuto un'autorizzazione di commercializzazione, ma che sono utilizzati o preparati (secondo formula magistrale o confezionati) in forme diverse da quella autorizzata, o quando sono utilizzati per indicazioni non autorizzate o per ottenere ulteriori informazioni sulla forma autorizzata o comunque utilizzati come controllo; 2) i medicinali non oggetto dello studio sperimentale, ma comunque utilizzati nell'ambito di una sperimentazione, quando essi non sono autorizzati al commercio in Italia o sono autorizzati ma utilizzati in maniera difforme all'autorizzazione.

¹⁸ Cass. civile sez. III, 18 maggio 2015, n. 10131 annotata da Di Michele, in *Diritto & Giustizia*, 19 maggio 2015 che si è pronunciata sull'attività edilizia quando comporta opere di trasformazione o di rivolgimento o spostamento delle masse terrose e scavi profondi interessanti vaste aree che ha provocato dei danni ad un immobile nel fondo attiguo rispetto a quello dove sono stati effettuati i lavori.

Di recente la Corte di Cassazione ha affermato che, pur considerato che tutte le attività umane contengono in sé un grado più o meno elevato di pericolosità per coloro che le esercitano, al fine di individuare una responsabilità per la conduzione di attività pericolose in capo all' esercente, occorre sempre distinguere tra «pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività»¹⁹.

La prima riguarda un'attività normalmente innocua, che assume i caratteri della pericolosità solo se appunto condotta, da parte dell'operatore, con modalità imprudenti o negligenti, idonee a produrre danni ai sensi dell'art. 2043 c.c.; la seconda è invece un'attività di per sé intrinsecamente e potenzialmente dannosa per l'alta percentuale di danni che può provocare, in ragione della sua natura o della tipologia di mezzi adoperati.

In alcune occasioni, con riferimento alla produzione e alla commercializzazione di emoderivati, ossia di farmaci contenenti gammaglobuline umane e destinati all'inoculazione nell'organismo umano, la giurisprudenza ha affermato che «costituisce attività dotata di potenziale nocività intrinseca, con conseguente configurabilità della responsabilità solidale del fornitore delle componenti dell'emoderivato e del produttore finale del farmaco ai sensi dell'art. 2050 c.c. in caso di contagio del virus della epatite di tipo C causato dalla profilassi antitetanica immunoglobulina»²⁰.

Ancor più in generale, l'attività stessa di importazione e commercializzazione dei farmaci è classificabile quale «attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c., in quanto caratterizzata dalla probabilità statistica di eventi dannosi e dalla gravità dei danni ragionevolmente prevedibili. A tale attività è, infatti, connaturale un'apprezzabile potenzialità lesiva come si evince, peraltro, dalla particolare attenzione manifestata dal Legislatore che ha destinato alla materia un articolato complesso di norme, volte a garantire la pubblica salute ed incolumità»²¹.

Dunque, laddove si propendesse per qualificare l'attività di sperimentazione del farmaco come «pericolosa», anche la responsabilità del promotore andrebbe ricompresa nella disciplina di cui all'art. 2050 c.c.. In caso di produzione di danno ai soggetti arruolati, il promotore – società, istituzione o organismo che si assume la responsabilità di avviare, gestire ed eventualmente finanziare una sperimentazione – sarebbe chiamato a dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee a evitarlo, sebbene si sia ugualmente verificato. L'assimilazione della sperimentazione clinica a un'attività pericolosa si fonderebbe quindi principalmente sull'assunto che si tratti, per definizione, di una pratica i cui effetti sono igno-

¹⁹ Cassazione civile, sez. III, 27 marzo 2019, n. 8449, in *Giustizia Civile Massimario 2019* che si è pronunciata qualificando l'attività alpinistica come pericolosa.

²⁰ Tribunale Salerno, sez. I, 02 ottobre 2007 in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1, 361 e in *Rass. dir. farmaceutico* 2008, 1, 29.

²¹ Corte appello Roma sez. III, 21 novembre 2006 in *Rass. dir. farmaceutico* 2007, 3, 602.

ti o comunque ancora non sufficientemente conosciuti, essendo di per sé diretta a conoscere le reazioni del corpo umano sottoposto a un determinato trattamento o farmaco. La pericolosità dipenderebbe in particolare dalla «carenza di cognizioni scientifiche nel tempo in cui la sperimentazione è intrapresa, conoscenze che si vogliono appunto acquisire con l'attività di ricerca». Questa tesi tutelerebbe maggiormente il paziente arruolato e danneggiato: in primo luogo per l'assenza di limitazioni alla responsabilità in capo al promotore, fermo restando l'unico limite rinvenibile «nell'intervento di un fattore esterno, ovvero il caso fortuito, che attiene alla modalità di causazione del danno, o consistere nel fatto dello stesso danneggiato»²², come specificato anche dal giudice di legittimità; in secondo luogo, poiché varrebbe il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di richiesta di risarcimento danni.

In generale, la giurisprudenza propende per una maggiore tutela del paziente. Un esempio è dato dall'art. 39 d.lgs. 219/2006, che sancisce espressamente il non venire meno della responsabilità civile e penale del fabbricante e di colui che mette in commercio il farmaco autorizzato²³. L'art. 2050 c.c. individua inoltre la responsabilità in capo all'impresa farmaceutica persino quando sia stata autorizzata a immettere un farmaco in commercio e abbia ottemperato alla normativa vigente²⁴. Questo principio vale a maggior ragione nel caso in cui il farmaco autorizzato per un trattamento venga utilizzato per cure nuove o diverse o in un quantitativo difforme dalla prescrizione.

La tendenziale ricerca verso la massimizzazione della tutela del paziente arruolato è utile anche a superare un eventuale temperamento della responsabilità in capo al promotore, data dall'enucleazione del concetto di «rischio da sviluppo». Con questo termine si intende l'idea secondo cui solo successivamente alla commercializzazione di un prodotto, e alle scoperte scientifiche o agli sviluppi della tecnica, si possa assistere a un incremento dei livelli di sicurezza, il che comporta di conseguenza l'esclusione di responsabilità per danni connessi a effetti collaterali non gestibili nel momento poiché, appunto, non ancora conosciuti.

Su questo punto, la giurisprudenza ha chiarito che l'impresa farmaceutica è esente da responsabilità per danni conseguenti alla produzione e immissione in commercio di farmaci, se dimostra di avere osservato «prima della produzione e immis-

²² Cassazione civile, Sez. III, 12 marzo 2019, n. 7007 con nota di R. Savoia in *Diritto & Giustizia*, 19 marzo 2019 che ha preso ad esame il comportamento maldestro nel gestire i fuochi artificiali può comportare una riduzione del risarcimento in favore del danneggiato poiché è qualificabile come intervento di fattore esterno che reca i caratteri dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità.

²³ Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza generale dei prodotti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 3,11 ss.

²⁴ Cass. Civ., 27 luglio 1991, n. 8395; Cass. Civ., 20 luglio 1993, n. 8069. Sul punto anche Al. Murenden, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in Id., *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, Torino, 2017, 29 ss.

sione sul mercato del farmaco, i protocolli di sperimentazione previsti dalla legge, e di avere fornito un'adeguata informazione circa i possibili effetti indesiderati dello stesso, aggiornandola – se necessario – in relazione all'evoluzione della ricerca al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori»²⁵.

Analizzando ora la seconda delle due tesi, secondo la quale il rischio dipenderebbe non dall'esercizio di un'attività pericolosa ma direttamente dal medicinale sperimentale, occorre soffermarsi sul diverso concetto di «difetto del prodotto». Come già visto, il farmaco è un prodotto²⁶ la cui utilizzazione può comportare dei rischi, controbilanciati dall'utilità e dai benefici per la collettività. Nel sistema statunitense di qualificazione del rischio da farmaco l'accertamento del difetto del prodotto si basa sul *risk utility test*, un giudizio fondato su tre livelli di valutazione: la conformità del farmaco alla disciplina della sicurezza e agli standard tecnici; la presenza di un'utilità che sopravanzi il rischio insito nel prodotto; la trasmissione dei rischi, inclusi quelli noti e quelli conoscibili²⁷. Secondo l'approccio statunitense, che non ha avuto seguito in Italia, il rischio sarebbe tollerato solo nella misura in cui sia giustificabile dal *trade-off* in presenza di un *trade-off* costi/benefici positivo, al produttore non sarebbe imputabile alcuna responsabilità per eventuali danni.

Sebbene questo approccio non abbia avuto alcuna ricaduta nell'ordinamento italiano, laddove si analizzi la disciplina partendo dal medicinale sperimentale come prodotto potenzialmente «difettoso», e come tale producibile di danno, è interessante analizzare quanto previsto dal d.lgs. 206/2005 (Codice del consumo). La definizione offerta indica alcune caratteristiche, tramite le quali si individua un prodotto difettoso, tale in quanto «non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

A chiusura, l'art. 117 Cod. Cons. afferma che il prodotto è difettoso se non offre «la sicurezza offerta normalmente dagli esemplari della medesima serie».

²⁵ Cassazione civile, Sez. III, sent. 7 marzo 2019, n. 6587 in *Rass. dir. farmaceutico* 2019, 3, 578. Nella specie la Cassazione ha cassato una sentenza che, con riguardo all'effetto indesiderato di un farmaco del quale non si conosceva la causa, riscontrabile con una percentuale di uno su un milione, aveva ritenuto non raggiunta la prova liberatoria nonostante la relativa segnalazione nel foglietto illustrativo poiché l'impresa farmaceutica svolgeva una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche, allo stato di avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori. Si veda anche A. Querci, *Responsabilità per danno da farmaci: quali rimedi a tutela della salute*, in *Danno e Resp.*, 2012, 4, 353-C.

²⁶ Direttiva 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

²⁷ Ponzanelli, *Il caso Brown e il diritto italiano della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1989, IV, 130; Id., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 188.

Tuttavia, l'art. 120²⁸ impone al danneggiato (che nel caso di specie sarebbe un paziente) l'onere di provare tre elementi: il difetto del prodotto, il danno e la connessione causale tra difetto e danno. L'utilizzatore è onerato della dimostrazione che il prodotto non offrisse la sicurezza che ci si poteva legittimamente attendere, tenuto conto di tutte le circostanze, tra le quali le modalità di immissione nel mercato, la sua presentazione, le informazioni e le istruzioni allegate (art. 117 Cod. Cons)²⁹.

La responsabilità da prodotto difettoso ha quindi natura «presunta», e non oggettiva, poiché prescinde dalla colpevolezza del produttore, a cui spetta, ai sensi dell'art. 118 Cod. Cons., «provare i fatti che possono escludere la responsabilità», fornendo nel caso la dimostrazione che il difetto non esistesse nel momento in cui il prodotto veniva messo in circolazione, o che all'epoca non fosse riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche³⁰.

Dall'analisi giurisprudenziale e normativa sembra dunque che il rischio afferente alla conduzione di una sperimentazione interventistica connoti intrinsecamente l'attività stessa piuttosto che il prodotto, la quale può quindi essere qualificata dal punto di vista civilista come «pericolosa», con le conseguenze analizzate in termini di responsabilità.

4. *Architettura giuridica delle responsabilità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni cliniche*

Fermo restando, come visto, che il diritto del paziente alla tutela della propria integrità fisica e psichica, nel corso della sperimentazione clinica, è rafforza-

²⁸ Art. 120 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 "Prova" prevede che 1. Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno. 2. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'articolo 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'articolo 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. 3. Se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore.

²⁹ L'interpretazione giurisprudenziale della normativa sembra inoltre tendere progressivamente verso un più accentuato rigore nell'accertamento del difetto. Infatti, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2013, n. 13458, in *Danno e Resp.*, 2014, 5, 489 nota di C. Baldassarre, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, ha precisato che «il livello di sicurezza prescritto, al di sotto del quale il prodotto deve, perciò, considerarsi difettoso, non corrisponde a quello della sua più rigorosa innocuità, dovendo, piuttosto, farsi riferimento ai requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza», tenendo conto delle circostanze attualmente previste dall'art. 117 cod. cons. e degli standards di sicurezza eventualmente imposti dalle norme in materia.

³⁰ Tutte conformi Cass. Civ., Sez. III, Sent., 28 luglio 2015, n. 15851; Cass. Civ., Sez. III, Sent. 20 novembre 2018, n. 29828; Corte d'Appello Potenza, Sent., 20 febbraio 2019; Tribunale Latina, Sez. I, Sent., 21 febbraio 2019 Comento di E. Menga, *La responsabilità del produttore tra onere della prova e nesso causale - responsabilità da farmaco difettoso: il delicato equilibrio tra tutela della salute e la salvaguardia delle esigenze della produzione* in *Danno e Resp.*, 2016, 1, 41.

to dalla connotazione di pericolosità dell'attività ai sensi dell'art. 2050 c.c., l'onere di provare di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno» ricade sull'«esercitante l'attività», posto che è noto che è chiamato a rispondere chiunque cagiona il danno.

Dunque, occorre individuare il soggetto che causa il danno, un problema di non poco riguardo in un'attività così complessa come quella sperimentale.

Come si è accennato precedentemente, sono diversi i soggetti che svolgono attività nella conduzione della sperimentazione, tra cui: il promotore, lo sperimentatore (che può coincidere con il promotore), il Comitato etico, e infine il direttore legale, rappresentante della struttura sanitaria presso cui è condotta la sperimentazione, che può coincidere con il promotore nell'ipotesi in cui sia lo stesso ente ad assumere l'iniziativa dello studio per le proprie finalità di ricerca.

La disciplina codicistica sopra esaminata deve essere interpretata in combinato disposto con l'art. 7 della legge Gelli, che sancisce la regola secondo cui le strutture di cura sono chiamate a rispondere nei confronti del paziente delle condotte dolose e colpose degli operatori dei quali si avvalgono nell'adempimento della propria obbligazione, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. Analogamente a una qualsiasi ipotesi di responsabilità sanitaria, nel caso in cui la lesione lamentata risulti causalmente riconducibile a una carenza organizzativa della struttura, questa potrà essere chiamata a rispondere per responsabilità contrattuale diretta, ai sensi dell'art. 1218 c.c., in virtù della mancanza di un ambiente e di attrezzature idonei a garantire la sicurezza delle cure. L'ente dovrà invece essere chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 1228 c.c., per tutti quei casi in cui il danno sia riconducibile al negligente operato dei medici coinvolti nello studio, ossia dello sperimentatore e dei collaboratori.

Ci si può ancora domandare quale rapporto si instauri tra il titolo contrattuale imposto *ex lege*, ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli, e l'asserita natura pericolosa dell'attività sperimentale. Un'ipotesi interpretativa potrebbe essere quella secondo cui nell'ambito dell'attività sperimentale, lo sperimentatore dovrà fornire la prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, affinché il comportamento tenuto sia valutato secondo il parametro della diligenza, rapportato al grado di difficoltà in cui è incorso. Dunque, l'onere probatorio che incombe sulla struttura sanitaria potrebbe essere quello previsto dall'art. 1218 c.c., ma adeguato «alla peculiare natura dell'attività svolta».

L'operato dello sperimentatore sarebbe così da valutarsi alla luce della normativa specifica: ai sensi dell'art. 3, comma 7, del d.lgs. 200 del 2007 infatti, «le cure mediche prestate ai soggetti in sperimentazione e le decisioni di natura medica prese nel loro interesse ricadono sempre sotto la responsabilità di un medico qualificato». Il legislatore ha inoltre previsto che la sperimentazione sia

condotta in conformità al protocollo, approvato preventivamente dal Comitato etico. Anche in questo caso sarebbe la struttura sanitaria a dover rispondere per i danni causati dallo sperimentatore, eccezion fatta per l'azione di rivalsa dell'ente nei confronti del medico, limitata tuttavia ai soli casi di dolo o colpa grave. Il problema che si solleva consiste allora nel chiedersi se l'osservanza delle norme di buona condotta clinico-assistenziale, affiancata al rispetto del protocollo, sia sufficiente per escludere, non tanto la colpevolezza del medico, ma la gravità della stessa ai fini di un efficace esercizio dell'azione di rivalsa da parte della struttura.

Verosimilmente, una volta ottenuta l'approvazione del protocollo da parte del Comitato Etico il medico difficilmente può cogliere una pericolosità non colta precedentemente e quindi allo sperimentatore può essere imputata una responsabilità solo mancato rispetto dell'applicazione delle disposizioni contenute nel protocollo approvato.

Difficilmente lo sperimentatore può essere chiamato a rispondere per danni cagionati da vizi del protocollo salvo che egli abbia ommesso di evidenziare vizi nello stesso che sarebbero stati identificabili adottando la diligenza richiesta nell'attuazione dello stesso. In sede di regresso, al medico potrebbe essere imputata la grave negligenza della mancanza di segnalazione degli eventi avversi che discende da un obbligo contrattuale tra promotore e sperimentatore stesso. Dunque, in questo specifico caso, la struttura potrebbe rispondere dell'art. 1228 c.c. nei confronti dello sponsor, decidendo anche di rivalersi nei confronti del medico, nel caso il promotore dimostrasse che l'aggravamento del danno per il paziente, o il patimento, o persino l'evento infausto della morte, si sarebbe potuto evitare attraverso l'adempimento diligente dell'obbligazione di cessare immediatamente la conduzione della sperimentazione o di segnalare il manifestarsi di eventi avversi.

Alla luce di questa ricostruzione, si potrebbe evincere che la struttura sanitaria sia fortemente responsabilizzata laddove intenda accettare di far condurre e svolgere sperimentazioni.

Tuttavia, rispetto al quadro configurato nelle linee essenziali, si deve aggiungere una riflessione sulle responsabilità del Comitato etico, chiamato per legge a pronunciarsi preventivamente rispetto all'attivazione di uno studio sperimentale, a cui spetta un'imprescindibile attività propedeutica di analisi e valutazione della liceità, a comprova della tipologia dello studio³¹.

Il parere fornito dal Comitato etico, secondo le classiche categorie amministrative, sarebbe non solo obbligatorio, in quanto l'acquisizione è prescritta per legge, ma anche vincolante, e come tale la direzione della struttura sanitaria non

³¹ Per una più ampia descrizione delle attività assegnate ai Comitati etici dalle GCP e dai Decreti nazionali di recepimento, nonché per un'esauriente elencazione della documentazione necessaria all'avvio dello studio clinico, alla sua conduzione ed al suo completamento o interruzione, cfr. A. Nonis, *I Comitati etici e i criteri di GCP nella ricerca clinica*, in *Oncologia Medica* (Rivista dell'Istituto Europeo di Oncologia), n. 8, dicembre 1998.

può disattendervi, salvo che non lo ritenga illegittimo. Ma se allora, come visto, il parere assume una rilevanza centrale non solo per conseguire l'autorizzazione alla conduzione ma anche per vagliarne la legittimità e l'eticità, è evidente che la ricostruzione dell'architettura giuridica delle responsabilità dei soggetti coinvolti non può non includere quella del Comitato etico.

Essendo un organo collegiale, l'ipotesi che sussista un vincolo di responsabilità solidale tra i componenti che esprimono voto favorevole all'adozione di un parere causativo di danno, non sembra essere inconciliabile con il principio di personalità e parziarietà dell'obbligazione. Tale ipotesi è strettamente conseguenziale alla natura collegiale del Comitato etico, che comporta la necessaria fusione e unificazione delle volontà espresse dai singoli membri in quella dell'organo nel voto favorevole che ha comportato l'emissione di un parere su una ricerca che ha provocato dei danni. Non si può infatti escludere che le decisioni del Comitato, in violazione degli obblighi funzionali, provochino danni; tuttavia, tali comportamenti dovrebbero essere configurati come fatti illeciti ai sensi dell'art. 2043 c.c.. In questi casi potrebbe ravvisarsi un cumulo di responsabilità e due possibili azioni risarcitorie: la prima rivolta alla struttura sanitaria, la seconda invece, in via extracontrattuale, direttamente ai membri del Comitato etico.

5. *L'urgenza dell'accesso al farmaco e l'impatto sulla dinamica delle responsabilità: focus sull'emergenza Covid-19*

L'architettura giuridica delle responsabilità in capo ai soggetti coinvolti nella sperimentazione subisce un capovolgimento ogniqualvolta si attui l'accesso precoce al farmaco. Infatti, l'ordinamento giuridico ammette la somministrazione di un farmaco, non previamente autorizzato al commercio³², o non autorizzato per l'uso che si intende sperimentare, per salva vita quando la distanza temporale tra l'attuazione della pratica clinica e l'ottenimento dell'autorizzazione a seguito del procedimento previsto per legge possa essere, in mancanza di alternativa terapeutica, fatale per il paziente³³.

³² La procedura dell'autorizzazione all'immissione in commercio, quale requisito essenziale per la commercializzazione e l'impiego di medicinali, nell'ambito della disciplina comunitaria di riferimento è contenuta nella dir. 2001/83/Ce e nel successivo reg. Ce n. 726/2004. Quanto, invece, all'ottenimento ed ai presupposti dell'autorizzazione a livello nazionale, si richiama la normativa di cui agli artt. 8 e ss. e 29 ss. del d.lg. n. 219/2006. A livello europeo opera invece la European Medicines Agency (EMA), un'agenzia europea che opera dal 1995 nel settore della valutazione dei prodotti farmaceutici; per un approfondimento sulla tematica della regolazione delle autorizzazioni in ambito europeo competenze M. Filice, *L'accountability della european medicines agency*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1 dicembre 2018, fasc. 6, 1013 ss.

³³ M. Di Lello Finuoli, *Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione dei malati terminale. Quali implicazioni per il diritto penale? Therapeutic freedom and right to self-determination in the treatment of terminal*

Come sopra anticipato, il ricorso precoce al farmaco può avvenire nel rigoroso rispetto delle stringenti condizioni previste con legge 23 dicembre 1996, n. 648 «Conversione in legge del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, recante misure per il contenimento della spesa farmaceutica e la rideterminazione del tetto di spesa per l'anno 1996»³⁴, e ai sensi del D.M. 7 settembre 2017 «Disciplina dell'uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica», per quanto più strettamente concerne l'uso compassionevole dei farmaci.

Prioritariamente, il legislatore ha disciplinato l'incidenza economica sul SSN dell'uso *off-label* del farmaco, tanto che la legge n. 648/1996 è stata emanata al fine principale di limitare e razionalizzare la spesa pubblica conseguente all'erogazione di farmaci per indicazioni terapeutiche diverse da quelle espressamente autorizzate³⁵. Per questo è stato introdotto il concetto di «insussistenza di valida alternativa terapeutica», che costituisce la condizione in forza della quale il Servizio sanitario nazionale può sostenere il costo per il rimborso di un farmaco inserito nella cosiddetta Lista 648, prevista dalla medesima legge³⁶. Ignorato dalla precedente disciplina del 1996, l'aspetto peculiare della responsabilità del medico per l'utilizzo di farmaci *off-label* è stato successivamente affrontato con d.lgs. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito con modificazioni dalla l. 8 aprile 1998, n. 94³⁷. È stato così espressamente sancito il nesso, definito dalla dottrina come «indissolubile»³⁸, che sussiste tra le prescrizioni farmacologiche «fuori etichetta» e la discrezionalità tecnica dei medici nel valutare, secondo scienza e coscienza, la

illness. Criminal law issues in Rivista italiana di medicina legale, 1 febbraio 2019, fasc. 1, 7.

³⁴ Per un inquadramento della tematica dei costi inerenti l'utilizzo dei farmaci da parte del SSN G. M. Cavo, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2014, fasc. 4, 1071.

³⁵ Sul tema concorrenza tra farmaci autorizzati e *off-label* B. Calabrese, *Medicinali off-label, informazioni di farmacovigilanza e nuove frontiere della concorrenza basata sui meriti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2019, 979 Nota a: Corte giustizia UE, 23 gennaio 2018, n.179, grande sezione.

³⁶ La giurisprudenza amministrativa si è soffermata sul processo di valutazione di AIFA per l'inserimento nella lista c.d. 648 dei farmaci *off-label*, espressione di discrezionalità tecnica, rappresentando la condizione essenziale per la rimborsabilità del SSN. Il T.A.R. Lazio ha affermato «l'inserimento di un medicinale nella lista 648 per un'indicazione terapeutica non autorizzata e la conseguente erogazione a carico del S.s.n. anche se sussiste una valida alternativa terapeutica, qualora, a giudizio della Commissione tecnico scientifica di Aifa, esso possiede un profilo di sicurezza, con riferimento all'impiego proposto, non inferiore a quello del farmaco autorizzato e quest'ultimo risulti eccessivamente oneroso per il S.s.n., tenuto conto dei risultati delle eventuali sperimentazioni e ricerche condotte nell'ambito della comunità scientifica internazionale» (TAR Lazio, Roma, (Lazio) sez. III, 15 ottobre 2015, n.11698 in *Rassegna di diritto farmaceutico* 2016, 1, 87; sui canoni di legittimità dell'insindacabile discrezionalità tecnica esercitata da AIFA allorquando non siano inficiate da eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche della manifesta contraddittorietà, illogicità ed irrazionalità della determinazione assunta TAR Roma, (Lazio) sez. III, 14 ottobre 2015, n.11655 in *Rassegna di diritto farmaceutico* 2016, 1, 93.

³⁷ Anche in questo caso con l'urgenza propria del decreto legge è stata delineata una disciplina applicabile a tutti coloro i quali, malati allo stadio terminale di varie patologie tumorali, pretendessero in quel periodo di essere sottoposti, a fini terapeutici, al c.d. *multitratamento Di Bella*.

³⁸ B. Guidi, L. Nocco e M. Di Paolo, *La prescrizione off label: dentro o fuori la norma?*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010, 2165.

terapia più consigliabile per i propri pazienti. In mancanza di un preventivo rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco, specificatamente finalizzato a verificarne e accertarne la sicurezza per i potenziali destinatari, la potenzialità del rischio diventa di gran lunga superiore.

Nel dettaglio, l'art. 3 comma 2 ha previsto che, a fronte della generalità dei casi in cui il medico deve attenersi alle modalità e alle vie di somministrazione proprie dei singoli farmaci (secondo quanto previsto dall'A.I.C. dei medesimi), in situazioni più specifiche egli possa prescriberne al paziente anche un impiego *off-label*, purché ritenga, in base ad elementi obiettivi, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia consolidato e conforme a linee guida o lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale.

La norma ha quindi sostanzialmente ed espressamente previsto che tale possibilità rientri nella discrezionalità di scelta della terapia farmacologica da parte del medico, purché su questa “esista un *minimum* di evidenza scientifica”, anche se non autorizzata e indipendentemente dal suo inserimento nella Lista 648 dei farmaci *off-label* rimborsati dal SSN. Soffermandosi sul tema delle cure tempestive non erogabili dal servizio pubblico, Con un arresto giurisprudenziale, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che il diritto alla fruizione di prestazioni sanitarie a carico del Servizio sanitario, garantito dalla Costituzione e dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in favore di un numero quanto più ampio possibile di fruitori, deve dunque essere accertato sulla base dei seguenti criteri: a) le prestazioni richieste devono presentare, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, validate da parte della comunità scientifica; b) l'appropriatezza, che impone che vi sia corrispondenza tra la patologia e il trattamento secondo un criterio di stretta necessità, tale da conseguire il migliore risultato terapeutico con la minore incidenza sulla qualità della vita del paziente; c) l'economicità nell'impiego delle risorse, che richiede di valutare la presenza di altre forme di assistenza, meno costose ma di efficacia comparabile, volte a soddisfare le medesime esigenze ed erogabili dalle strutture pubbliche o convenzionate³⁹. Dunque, il medico, anche nel rispetto delle norme deontologiche⁴⁰, si assume

³⁹ Così Cassazione civile, sez. lav., 3 aprile 2019, n. 9272 in *Foro it.*, 2019, 2779. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva escluso il diritto del ricorrente all'erogazione gratuita della terapia Dikul, o R.I.C., basandosi sulle risultanze peritali, le quali avevano escluso sia la presenza di evidenze scientifiche atte a comprovare una maggiore efficacia oggettiva di tale metodo riabilitativo rispetto ai trattamenti ASL, sia che tale metodo avesse in concreto apportato al ricorrente benefici apprezzabilmente migliori rispetto a quelli ottenibili dal S.S.N.).

⁴⁰ Art. 13 Prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione «Il medico può prescrivere farmaci non ancora registrati o non autorizzati al commercio oppure per indicazioni o a dosaggi non previ-

la responsabilità personale di prescrivere medicinali *off-label*, ritenendo vi siano evidenze scientifiche e un significativo beneficio in termini di salute, nonché l'appropriatezza del trattamento con medicinale *off-label* rispetto alla patologia secondo un criterio di stretta necessità⁴¹. Il concetto di "evidenza scientifica" solleva già un primo ordine di problema, riguardante la definizione del grado o livello di "evidenza" che gli studi debbano avere per autorizzare l'uso *off-label* di un farmaco.

Ai sensi del D.M. 7 settembre 2017, l'accesso precoce al farmaco è altresì possibile in altri particolari casi: per uso compassionevole per pazienti affetti da malattie gravi o rare o che si trovino in pericolo di vita, quando, a giudizio del medico, non vi siano altre valide alternative terapeutiche; quando il paziente non può essere incluso in una sperimentazione clinica; ai fini della continuità terapeutica, per pazienti già trattati con beneficio clinico nell'ambito di una sperimentazione clinica almeno di fase II conclusa.

In questi casi tipizzati, i profili autorizzativi di utilizzo sperimentale del farmaco retrocedono per fare prima spazio al principio della tutela della vita e al maggior sforzo possibile per salvarla. L'ordinamento consente, quindi, un accesso agevolato a farmaci sottoposti a sperimentazione che, in ragione della loro indispensabilità e non sostituibilità, sono però somministrati sotto la diretta responsabilità del medico. Questo elemento rappresenta un ribaltamento degli ordini di fattori nell'architettura della responsabilità, che ordinariamente ricade sul promotore, facendo subentrare quella del medico e della struttura sanitaria solo in una fase successiva nel corso della conduzione dello studio.

In caso di somministrazione per uso compassionevole del farmaco, la procedura amministrativa viene attivata non su iniziativa del promotore, che sceglie il centro sperimentale di conduzione dello studio, bensì direttamente dallo sperimentatore, laddove a suo unico giudizio, «non vi siano ulteriori valide alternative terapeutiche». È sempre il medico inoltre a dover indirizzare al Comitato etico afferente al centro clinico sperimentale la documentazione contenente le seguenti indicazioni: a) motivazione clinica della richiesta; b) schema posologico e modalità di somministrazione di cui è stata dimostrata sicurezza e attività di somministrazione; c) grado di comparabilità dei pazienti arruolabili; d) dati pertinen-

sti dalla scheda tecnica, se la loro tollerabilità ed efficacia è scientificamente fondata e i rischi sono proporzionati ai benefici attesi; in tali casi motiva l'attività, acquisisce il consenso informato scritto del paziente e valuta nel tempo gli effetti».

Il medico può prescrivere, sotto la sua diretta responsabilità e per singoli casi, farmaci che abbiano superato esclusivamente le fasi di sperimentazione relative alla sicurezza e alla tollerabilità, nel rigoroso rispetto dell'ordinamento.

⁴¹ Sul tema, G. Iadecola, *Prescrizione di farmaci 'off label' e responsabilità penale del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1125 ss.; F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci "off label": adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Diritto e responsabilità*, 2003, p. 934; P. Piras, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 2009, 1963 ss.; A. Roiati, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato e imputazione colposa dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2009, 2382 ss.

ti relativi alla sicurezza, alla tollerabilità e all'efficacia; e) modello di consenso; f) dichiarazione di disponibilità dell'azienda produttrice alla fornitura gratuita del medicinale; g) dichiarazione di assunzione personale di responsabilità del medico.

Il parere del Comitato etico, insieme alla esaminata documentazione in forza della quale è stato rilasciato, dovrà essere trasmesso entro tre giorni all'AIFA. Tuttavia, in questo caso, al fine di ricevere la fornitura gratuita del medicinale da parte della casa farmaceutica, non è necessaria la preventiva autorizzazione dell'AIFA che, in questo, esercita un controllo successivo sulla tutela della sicurezza dei pazienti, sospendendo o vietando l'impiego del medicinale se ritenuto oltre modo lesivo⁴².

Contrariamente al solito, il procedimento in questo caso parte dal basso, poiché è l'iniziativa di un medico o di un gruppo di medici a dare avvio all'attività dei Comitati etici competenti, ma soprattutto a impegnare l'AIFA. Solitamente, come visto, il percorso è inverso, dall'alto verso il basso, poiché i promotori possono fornire i farmaci e lo sperimentatore prescriberli solo a procedimento regolatorio concluso.

L'inversione degli ordini dei fattori induce a una riflessione sulla responsabilità del medico che sceglie di attuare l'uso compassionevole del medicinale. Infatti, il verificarsi di un evento dannoso connesso causalmente all'uso *off-label* di un farmaco può configurare la colpa, non per l'uso *off-label* in sé, ma per il verificarsi di un possibile errore, valutabile caso per caso. Infatti, quando nell'esercizio del diritto della libertà terapeutica il medico opta per l'uso *off-label* di un farmaco, egli opera per una scelta puntuale dalla quale potrebbe scaturire una precisa responsabilità. Per assumere la decisione, il medico dovrebbe avvalersi di alcune linee guida, di cui si fa espressa menzione all'art. 5 della legge Gelli, elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati, nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della Salute. Tuttavia, questo potenziale e utile strumento del medico, nonché possibile parametro di valutazione della sua condotta da parte di un giudice in un'eventuale causa, ancora non esiste.

⁴² All'AIFA spetta non solo la competenza esclusiva per la valutazione, l'approvazione dei farmaci e la determinazione del loro prezzo – subordinatamente alle quali le specialità medicinali possono essere commercializzate e prescritte su tutto il territorio italiano – ma anche un ruolo di sorveglianza sulla compatibilità finanziaria della spesa farmaceutica nazionale, che può essere esercitato anche attraverso interventi straordinari sul prezzo dei farmaci e sulla loro rimborsabilità. In questo senso anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che la competenza ad intervenire in materia di prezzi al pubblico dei farmaci, invero, è stata attribuita dal legislatore al Sistema Sanitario Nazionale in generale ed all'Agenzia del farmaco – AIFA, la quale, in particolare, è dotata (a norma dell' art. 1, comma 408 della l. n. 266/2005 – Legge Finanziaria 2006) del potere di “procedere, in caso di superamento del tetto di spesa di cui al comma 1, [...] ad una temporanea riduzione del prezzo dei farmaci comunque dispensati o impiegati dal Servizio sanitario nazionale, nella misura del 60 per cento del superamento” (Cons. Stato, sent. 5911/07 reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it).

Dal quadro sopra descritto riemerge l'impatto sul sistema di somministrazione *off-label* dei farmaci della disposizione del Codice penale dell'art. 590-sexies c.p.⁴³ «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario» introdotta a seguito dell'entrata in vigore della legge Gelli. L'abrogata legge 189/2012 sanciva la non imputabilità penale della condotta del medico sorretta da colpa lieve; la norma vigente specifica, invece, che qualora i reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose vengano commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene previste dalle generali norme incriminatrici, salvo il caso in cui il reato derivi da imperizia del sanitario che abbia rispettato le linee guida o le buone pratiche cliniche e assistenziali.

L'esimente contemplata dalla legge Gelli, che ha superato la distinzione tra i diversi gradi di colpa, trova applicazione nelle ipotesi di imperizia e nei casi in cui il sanitario abbia agito nel rispetto delle linee guida accreditate e approvate secondo il disposto dell'art. 5. Applicando il principio alla tematica di cui più strettamente ci si sta occupando, ossia l'uso compassionevole del farmaco, è evidente che il medico potrebbe essere impossibilitato a osservare le linee guida, nel caso non fossero ancora accreditate e approvate nel momento in cui si attua la scelta terapeutica, fondata quindi in quel momento su criteri diversi. Come visto, l'utilizzo compassionevole del medicinale può rientrare o in una sperimentazione per uso terapeutico nominale in base alle sole evidenze scientifiche e non anche nell'ambito di un protocollo o, viceversa, in un uso terapeutico cioè rivolto a più pazienti sulla base di un protocollo clinico definito e identico per tutti.

È quindi chiaro che la condotta del medico che opti per un uso compassionevole non possa essere valutata in base al canone dell'osservanza delle linee guida; un'ipotesi è che, in questo caso, possano piuttosto venire in soccorso le "sole" buone pratiche clinico-assistenziali, previste solo via subordinata dalla legge Gelli. Assume così particolare rilevanza l'analisi del concetto di "evidenza scientifica", posto che, anche nel caso di uso compassionevole del farmaco, si ponga il problema di capire se le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica possano essere un parametro sufficiente.

Si pensi alla lacuna di un'univoca definizione, a livello internazionale, di buona pratica clinico-assistenziale⁴⁴, che la giurisprudenza ha tentato di colma-

⁴³ L'art. 590-sexies c.p. stabilisce invece che: «se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

⁴⁴ Salvo che tentare di darne una definizione in qualche modo per "sottrazione"; ne sia un esempio la precisazione apparsa, 17 aprile 2018, sul sito ufficiale dell'Istituto superiore di sanità, in sede di presentazione del nuovo sistema nazionale delle linee guida (SNLG), che identifica le buone pratiche clinico-assistenziali nel-

re, affermando che «le linee-guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto ad offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato alle specifiche circostanze cliniche [...] e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi [...]. Esse consistono dunque nell'indicazione di standards diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi e quindi qualcosa di molto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale»⁴⁵.

Quindi, al fine di far rientrare nell'alveo di applicabilità della legge Gelli anche la condotta del medico che sottopone il paziente a uso compassionevole di farmaco non autorizzato o autorizzato per indicazioni diverse da quelle applicate al caso di specie, si potrebbe ipotizzare che l'unico parametro di "sapere codificato"⁴⁶ in forza del quale poter valutare, da parte del giudice, la condotta del medico è la buona pratica clinica. A chiusura, occorrerebbe altresì domandarsi se la buona pratica clinica sancita a parametro della punibilità o meno del medico dalla legge Gelli sia sovrapponibile alla definizione fornita dal D.Lgs. 200/2007 quale insieme «di requisiti in materia di qualità in campo etico e scientifico, riconosciuti a livello internazionale, che devono essere osservati ai fini del disegno, della conduzione, della registrazione e della comunicazione degli esiti della sperimentazione clinica con la partecipazione di esseri umani». Dal combinato disposto dell'art. 1 del DM e del d.lgs. 200/2007 sembrerebbe in effetti possibile avvicinare concettualmente la buona pratica clinica – da adottarsi in materia di sperimentazioni interventistiche di medicinali – a quella in caso di uso compassionevole. Tuttavia, non si può immaginare che il grado di robustezza dei dati e dei requisiti a sostegno della proceduralizzazione della sperimentazione interventistica sia identica a quella per la conduzione di quella a uso compassionevole: a

le LG internazionali di elevata qualità, nei *position statements* e nelle raccomandazioni di agenzie e istituzioni nazionali/internazionali o di società scientifiche e *low or negative valuelists*.

⁴⁵ Cassazione penale sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102 nota di P. Grillo, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 28 giugno che si è pronunciata, ai fini dell'applicabilità dell'art. 590-*sexies* c.p., allorquando manchino linee – guida approvate ed emanate mediante il procedimento di cui all'art. 5 l. n. 24 del 2017 nel cui frangente può farsi richiamo alle linee guida attualmente vigenti, considerandole alla stregua di buone pratiche clinico-assistenziali sebbene vi siano delle differenze.

⁴⁶ F. Cembrani, *Irresponsabilità penale del medico e qualità metodologica del sapere scientifico codificato medical and methodological quality of the scientific code*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1 aprile 2019, fasc. 2, 645 ss.

questo proposito il legislatore prevede che il farmaco utilizzato con altra indicazione terapeutica sia stato almeno sperimentato con studio in fase seconda (con cui si verifica almeno la sicurezza sull'uomo), e che vi siano dati disponibili sufficienti per formulare un favorevole giudizio sull'efficacia e la tollerabilità del medicinale richiesto.

6. *Spunti conclusivi. L'emergenza Covid-19 tra cambiamenti giuridici e nuove occasioni per la scienza verso una nuova frontiera dell'“evidenza scientifica” nell'off-label*

Tali schemi procedurali sopra descritti relativamente all'accesso precoce al farmaco stanno subendo alcune modifiche, imposte dalla decretazione d'urgenza per l'impellente necessità di salvare la salute collettiva. L'uso compassionevole del farmaco in via sperimentale, unica strada percorribile nei mesi di attesa del vaccino, è avvenuto in un sostanziale ribaltamento tra regola ed eccezione imposto dallo stato emergenziale in corso. Anche la sperimentazione dei farmaci è così stata investita dalla decretazione d'urgenza, in particolare con il D.L. 17 marzo 2020, n. 18 «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19» che all'art. 17 prevede «Disposizioni urgenti materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici per l'emergenza epidemiologica da Covid-19».

Il decreto legge prevede che, limitatamente al periodo di emergenza, proprio al fine di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle “evidenze scientifiche disponibili”, è affidata all'AIFA la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli dei medicinali anti-Covid-19 oggetto di ricerca presso i centri sperimentali italiani. A differenza delle procedure amministrative ordinarie, la Commissione tecnico scientifica (CTS) dell'AIFA, appositamente istituita, esercitando una sorta di controllo questa volta sì preventivo, è responsabile della valutazione di tutti i protocolli di studio elaborati dai centri sperimentati italiani. Sempre nel corso dell'emergenza, è stato previsto un dialogo tra AIFA e il Comitato tecnico dell'Unità di crisi del Dipartimento della Protezione Civile, affinché si istituisca una raccolta dei dati centralizzata dei protocolli e delle evidenze scientifiche acquisite nel tempo relativamente a questo sconosciuto virus. Un ulteriore elemento di differenziazione rispetto a quanto ordinariamente previsto è rappresentato dalla costituzione di un sistema di centralizzazione delle funzioni del Comitato etico unico (e nazionale), in capo a quello già afferente all'Istituto Nazionale per le Malattie Infettive Lazzaro Spallanzani di Roma (con-

fermandone così l'eccellenza nel settore), chiamato a esprimere un parere nazionale, assumendo a parametro la valutazione sui dati precedentemente raccolti e analizzati dalla CTS dell'AIFA. Il parere rilasciato dal Comitato etico nazionale è pubblicato sul sito dell'AIFA, a cui spetta anche il rilevante compito di diffondere le procedure in forza delle quali i centri sperimentali possono attuare procedure di attuazione degli studi presso le strutture sanitarie aderenti.

In questo caso, non si può che osservare come l'emergenza imposta nel salvare vite stravolga in qualche modo sia l'ordine dei fattori sotto il profilo autorizzativo, sia i momenti di intervento dei diversi soggetti competenti nella rete della sperimentazione sopra descritta. In questo caso, non si attua infatti prioritariamente un rapporto tra promotore dello studio, sperimentatore e struttura sanitaria, ponendo invece l'accento direttamente sul medico supportato da un'acquisizione generalizzata e ampia di dati scientifici che, in modo del tutto sorprendente, costituiscono quel substrato sul quale si creano "le evidenze scientifiche" delle buone pratiche cliniche assistenziali.

La pandemia da Covid-19 ha fatto scendere in campo le forze della scienza farmacologica e medica contro un male nuovo, invisibile, mortale⁴⁷. L'emergenza sanitaria rappresenta l'occasione per la decretazione d'urgenza di condurre la scienza medica lungo un percorso unitario, caratterizzato da un «organismo unico»⁴⁸, un singolo Comitato etico nazionale, da un'unica piattaforma di trasmissione delle informazioni e di condivisione in tempo reale dei dati scientifici.

Si sta in fondo assistendo all'Open Science in *off-label* che, a dispetto delle definizioni e forse al di fuori di queste, sta creando quel concetto di "evidenza scientifica" in tempo reale, a riprova dell'esistenza di un sapere essenziale, non codificato, fondato su valori costituzionali che, quando tale potrà essere, assumerà quasi la valenza di un sapere medico nevralgico per la salute globale.

⁴⁷ M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Osservatorio emergenza COVID-19 Paper – 11 marzo 2020*, in *Federalismi.it*

⁴⁸ P. Giordano, *Nel contagio*, Torino, 2020.

Analisi dell'architettura giuridica delle responsabilità in materia di sperimentazione di farmaci. La decretazione d'urgenza punta sui modelli off-label in tempo di emergenza sanitaria Covid-19

Il contributo, partendo dalla composizione delle responsabilità in capo ai principali attori coinvolti nelle sperimentazioni cliniche di farmaci, considera gli effetti del rovesciamento degli schemi dettato dal d.l. 18/2020 «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». In particolare, l'analisi della gestione del rischio sarà seguita dal vaglio delle tesi contrapposte che vedono la fonte del rischio risiedere o nell'attività sperimentale – intesa come intrinsecamente pericolosa – o nel farmaco, inteso di per sé come prodotto pericoloso.

Analysis of the legal framework of the liability regarding drug testing. Off-label models seem to be preferred by the emergency legislation in times of Covid-19 health crisis.

Starting from the responsibility's structure of the main actors involved in the drugs' clinic tests, the paper considers the effects of the reversed schemes provided by Law Decree 18/2020, providing “strengthening measures for the National health Service and economic support measures related to Covid-19 epidemiologic emergency for families, workers and companies”.

In particular, the analysis of the risk management shall be followed by the study of the opposing thesis that address as the main sources of the risk either the testing activity – as inherently dangerous – or the drug itself, meant as a dangerous product.

La regolazione delle *lobbies* nelle politiche anticorruzione tra prevenzione e strumenti repressivi

Alice Caputo

SOMMARIO: 1. *Lobbies*, democrazia e regolazione. Il filo conduttore. – 2. La regolazione delle *lobbies* e le politiche anticorruzione: un nuovo o un vecchio binomio? – 3. L'introduzione del reato di traffico di influenze illecite nel nostro ordinamento: una regolazione indiretta dell'attività delle *lobbies*? – 4. Le fila dell'analisi. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Lobbies, democrazia e regolazione. Il filo conduttore*

Cosa si intende con il termine *lobbies*? Qual è l'attività di *lobbying*? Come si compie? Quali i risultati? Chi può compierla? Quali sono le decisioni pubbliche influenzate dall'attività di *lobbying*? Qual è il suo ruolo nella macchina democratica? E, ancora, è possibile controllare l'operato dei *lobbisti*?

Molti sono gli interrogativi che ruotano attorno ad un termine di chiara importazione anglosassone¹, ma a nessuno di questi interrogativi, in Italia, è ancora possibile dare una piana risposta di tipo normativo, poiché, nel nostro ordinamento, l'attività di *lobbying* non è ancora regolamentata legislativamente². Di fatti, è un'attività che consiste nella rappresentanza di interessi particolari e settoriali da parte di gruppi, attraverso l'intermediazione dei lobbisti, presso

¹ *Lobby* è parola di derivazione latina medioevale da *laubia* con il quale si intende una loggia o un portico. *Lobby* «*lobi*» s. ingl. [dal lat. tardo *laubia* (lo stesso etimo dell'ital. *loggia*); propr. «loggia, tribuna», e quindi «tribuna del pubblico (in aule parlamentari)»] (pl. *Lobbies*, «*lobbi*»), usato in ital. al femm. (e comunemente pronunciato «*lobbi*»). Termine usato, soprattutto, negli Stati Uniti d'America, e poi diffuso anche altrove, per definire quei gruppi di persone che, senza appartenere a un corpo legislativo e senza incarichi di governo, si propongono di esercitare la loro influenza su chi ha facoltà di decisioni politiche, per ottenere l'emanazione di provvedimenti normativi, in proprio favore o dei loro clienti, riguardo a determinati problemi o interessi ad esempio *le lobby degli ordini professionali, del petrolio*, in www.treccani.it/vocabolario/lobby.

² Cfr. G. Sgueo, *Lobbying e sistemi democratici. La rappresentanza degli interessi nel contesto italiano*, in *Rivista di Politica*, 2012, n. 2, 118 ss.

le istituzioni pubbliche e che viene a essere comunque svolta, pur essendo priva di una regolazione³. È, pertanto, un ingranaggio della macchina democratica, in quanto i gruppi riescono a esercitare un'influenza sulle decisioni prese dalle istituzioni in linea con i propri interessi che, giova precisare, non sono interessi rappresentativi di maggioranza, ma settoriali e specifici.

Questa osservazione interroga di necessità sulle origini e sul futuro dell'attività di *lobbying*.

Sul primo punto, è bene rammentare che nelle democrazie moderne, l'ampliamento del catalogo dei diritti, la crisi della rappresentatività dei partiti politici, la dinamizzazione e la multidimensionalità dei processi politici decisionali, la compatibilità democratica degli interessi particolari nelle scelte legislative hanno portato a rafforzare l'attività di *lobbying* all'interno della dimensione istituzionale pubblica⁴.

È stato, infatti, sostenuto⁵ che: i mutamenti istituzionali di tipo orizzontale, a rete, e le modalità decisionali che privilegiano il principio delle libertà delle forme a quello della tipicità, come le conferenze di servizi, gli accordi o le convenzioni, sono i tratti ben visibili di una democrazia degli interessi post-parlamentare, all'interno della quale, la dimensione associativa approda alla sfera del decisore pubblico con l'obiettivo di rafforzarlo, producendo e distribuendo informazioni nei vari settori in cui i diversi gruppi operano.

Pertanto, le richiamate cause sulle origini dell'attività lobbistica la rendono, in qualche modo, compatibile, o quantomeno accettabile, in riferimento agli assetti democratici, anche se i rilievi problematici tra *lobbies* e democrazia restano, pur sempre, evidenti.

È stato, infatti, acutamente⁶ osservato che le logiche interne ed esterne all'attività di *lobbying* sono molto distanti dai canoni di riferimento dell'azione democratica, in quanto la selezione degli interessi privati che riescono a porre in essere una rilevante influenza sulle decisioni pubbliche non corrispondono a criteri tipicamente democratici e spesso neppure etici. Infatti, è più facile che la *lobby* rappresentativa di una categoria più forte, ampia e unitaria goda di condizioni migliori, dal punto di vista dell'ascolto e della recezione dei materiali informativi che accompagnano la sua azione, rispetto ad un'altra che porta avanti, invece,

³ Per un'analisi ampia, dettagliata e precisa delle lobbies come problema giuridico e delle proposte di regolamentazione delle lobbies in Italia, si rinvia a G. Macrì, *Lobbies*, in *DIGESTO delle Discipline Pubblicistiche*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 472.

⁴ Per un approfondimento: G. Colavitti, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, Giuffrè, 2005, 125 ss. P.L. Petrillo, *Le lobbies della democrazia e la democrazia delle lobbies. Ovvero note minime (e provvisorie) sul rapporto tra Parlamento e gruppi di pressione in Italia*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2011.

⁵ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 96. A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?* in *Quad. Cost.*, 2008, 4, 870 ss. M. Fotia, *Le lobby in Italia. Gruppi di pressione e potere*, Bari, 2002, 14 ss.

⁶ In questo senso, L. Graziano, *Lobbying, pluralismo, democrazia*, Roma, 1995, 188.

interessi di un gruppo poco numeroso e non sostenuto dall'opinione pubblica o tra i partiti di governo o privo di mezzi rilevanti. Inoltre, non è possibile trascurare che il *lobbying* è un'attività che viene ad essere svolta da professionisti che possiedono una conoscenza approfondita del contesto politico di riferimento.

Si tratta molto spesso, infatti, di lobbisti provenienti da passate esperienze politiche, come ad esempio *ex* parlamentari, o provenienti dai ranghi della burocrazia⁷, i quali possono rivendere, a nuovi clienti, legami e rapporti interni alla macchina democratica derivanti, appunto, da precedenti esperienze politiche e lavorative, con non poche valutazioni di ordine etico, sulla compatibilità di queste relazioni con assetti di maggioranza o di rappresentatività.

Il legame particolare tra certi *lobbisti* e alcuni referenti politici permette a questi rappresentanti di interessi particolari di essere uditi dalle commissioni che esaminano provvedimenti di diretto interesse per la *lobby* rappresentata, agendo a favore di decisioni e provvedimenti legislativi che tengano conto di tali interessi.

Ma non sempre gli interessi privati che riescono ad essere rilevanti, nell'influenza sul decisore pubblico, sono quelli maggiormente rappresentativi o più rilevanti e/o più aderenti alla tutela degli interessi generali della collettività.

Da qui, l'annosa e sempre attuale questione sulla compatibilità delle *lobbies* con la democrazia.

Il punto più interessante, però, riguarda il fatto che, nonostante i continui dubbi su questa compatibilità, il fenomeno della rappresentanza di interessi particolari presso il decisore pubblico resta operante, anche senza una regolazione, creando certamente una maggiore cifra di indeterminazione e scarso controllo. Fare finta che qualcosa non esista non serve a risolvere i problemi⁸. Del resto, le democrazie che funzionano sono quelle in cui i cittadini controllano⁹.

Sul secondo punto del nostro interrogativo, riguardante appunto il futuro dell'attività di *lobbying*, anche alla luce delle considerazioni fin qui svolte, di certo non è più trascurabile la necessità della regolazione delle *lobbies*.

Data la delicatezza della ricaduta dell'operato delle *lobbies* sulla collettività e sul sistema democratico, la regolazione deve essere chiara e completa al fine di poter conoscere tutti i soggetti che operano come rappresentanti di interessi particolari presso le istituzioni pubbliche e tutti gli interessi privati che incidono sui

⁷ Cfr. A. Cattaneo, P. Zanetto, *Fare lobby. Manuale di public affairs*, Milano, 2007, 169 ss.

⁸ In questo senso, P.L. Petrillo, *Le lobbies della democrazia*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2011, il quale evidenzia l'importanza di «prendere atto che le lobbies esistono, che sono legittima espressione di una società multiforme e che rappresentano il naturale sviluppo delle democrazie industriali».

⁹ Dichiarazione resa nel contesto di una intervista dal Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, il quale ha sottolineato come spesso le lobby nascondono interessi strani, e che, pertanto, vi è l'urgenza di una legge sulle lobby per disciplinare con trasparenza il fenomeno (www.today/politica/lobby/cantone, 12 settembre 2019).

processi decisionali e/o legislativi. In Italia, come già evidenziato, questa regolazione manca.

Così non è, però, in tutti gli ordinamenti: in Canada¹⁰, negli Stati Uniti¹¹ e nell'ordinamento dell'Unione Europea¹² si è cercato di riconoscere il fenomeno fattuale dandogli una forma normativa e creando, così, una regolamentazione chiara e precisa. Due cerchi concentrici, la realtà e la norma, che si è deciso di far intersecare: ed è proprio in questo spazio comune e sovrapposto che il *lobbying* è lecito, i *lobbisti* controllabili e gli interessi particolari individuabili.

2. *La regolazione delle lobbies e le politiche anticorruzione: un nuovo o un vecchio binomio?*

Laddove la regolamentazione dell'attività di *lobbying* manca, come appunto in Italia, si registra l'impossibilità di un controllo trasparente dell'operato dei lobbisti e degli interessi particolari che influenzano le scelte del decisore pubblico.

Vi sono, certamente, delle ragioni specifiche e peculiari nella mancata regolazione dell'attività di *lobbying* nel nostro ordinamento che risiedono, fondamentalmente, in due ordini di constatazione¹³. La prima riguarda l'affermazione tardiva dell'attività di *lobbying* come attività professionale¹⁴. La seconda, invece, riguarda specificamente il modo di intendere le *lobbies* in Italia: con un'accezione del tutto negativa. Fin dall'inizio e ancora oggi, l'attività di *lobbying* viene a essere

¹⁰ In Canada, vi è il *Lobbying Act* del 1989 il quale definisce all'art. 5, comma 1, il *lobbying*: «Come ogni comunicazione con il decisore pubblico finalizzata a elaborare una proposta legislativa governativa o parlamentare; presentare un progetto di legge o una risoluzione presso le Camere del Parlamento, proporre modifiche, l'adozione o la bocciatura; proporre o emendare altri atti normativi, concedere sovvenzioni, contributi o altri vantaggi finanziari; organizzare incontri con un decisore pubblico». Viene previsto altresì l'obbligo della registrazione, prescindere dallo status giuridico, tutte le organizzazioni, le persone giuridiche e i lavoratori autonomi impegnati in attività rientranti nell'ambito di applicazione del registro.

¹¹ Negli Stati Uniti, invece, vi è il *Lobbying Disclosure Act* del 1995 il quale all'art. 3, comma 10, statuisce che: «Il termine *lobbista* si riferisce a tutti coloro che, impiegati, o comunque stipendiati in denaro o altra forma, da un cliente per servizi che includono più di un contatto lobbistico, utilizzano il 20% del proprio tempo di lavoro per l'attività di lobby, nell'interesse di quel cliente, in un tempo di tre mesi». Per attività di *lobbying* si intende ogni contatto lobbistico ed ogni attività svolta a sostegno di tale contatto, compreso la preparazione, la programmazione, la ricerca ed ogni altro lavoro preparatorio, destinato ad essere utilizzato in contatti, ed il lavoro di coordinamento con attività simili svolte da altri soggetti.

¹² L'UE ha varato un Accordo tra il Parlamento e la Commissione sul registro per la trasparenza delle organizzazioni e dei liberi professionisti che svolgono attività di concorso all'elaborazione e attuazione delle politiche dell'Unione Europea.

¹³ Queste due constatazioni sono ampiamente approfondite in G. Macrì, *Lobbies*, in *DIGESTO*, cit., 481.

¹⁴ In questo senso, vanno le considerazioni di M. Mazzoni, *Le relazioni pubbliche e il lobbying in Italia*, Roma-Bari, 2010.

intesa sostanzialmente come un insieme di relazioni e interessi portati avanti presso le istituzioni attraverso rapporti clientelari e di parentela con intenti corruttivi.

In verità, le due ragioni si intrecciano: i lobbisti, nel contesto culturale e politico italiano, sono spesso considerati dei faccendieri che tramite relazioni, contatti, rapporti politici, familiari e clientelari riescono ad indirizzare l'operato del decisore pubblico. Si tratta dei "classici" binomi: *lobby*= malaffare¹⁵ e *lobbisti* = faccendieri.

Così, mentre in altri Paesi ed in altri ordinamenti, il dibattito sul riconoscimento delle *lobbies* guarda al problema della consultazione dei poteri pubblici con i gruppi portatori di interessi particolari, ai fini dello svolgimento della potestà legislativa o di governo, nella maniera più aderente alle reali esigenze provenienti dalle diverse componenti della società e sull'impatto dell'influenza di alcuni interessi sulla collettività e sull'affermazione democratica degli interessi, in Italia, invece, il dibattito si concentra, da sempre, sulla corruzione lasciando da parte la considerazione che, essendo il *lobbying* una tecnica secondo cui si esercita la partecipazione dei corpi sociali alla decisioni pubblica, esso si presta ad essere qualificato come metodo di partecipazione democratica alternativa e radicalmente diversa rispetto alla corruzione¹⁶. In Italia, il riferimento alla regolazione dell'attività di *lobbying* riguarda la rappresentazione socialmente riconosciuta di interessi palesi, che si danno a tal fine un'apposita organizzazione politica, non essendovi spazio per il lobbismo laddove la corruzione è prevalente e sistematica¹⁷. In pratica, in Italia è diffusa la considerazione che i lobbisti non siano dei professionisti e che l'attività di *lobbying* non sia un ingranaggio della democrazia, bensì un'espressione della corruzione. Questa visione ha frenato, erroneamente, la regolazione del fenomeno, favorendo, invece, proprio il proliferare della corruzione e dell'ambiguità dell'attività delle *lobbies*.

Ciononostante, è pur vero che, negli anni, le esigenze di regolazione non sono sfuggite a parte della politica e della dottrina, in quanto è stata sempre più riconosciuta l'importanza delle *lobbies* come espressione di democrazia pluralista, utile nell'elaborazione di processi decisionali o legislativi da parte del decisore pubblico, in modo antitetico al binomio *lobbying*- corruzione.

Si è fatta strada, in particolare, nella seconda metà degli anni '90, la consapevolezza che «una norma che mostri di saper controllare anche una parte soltanto

¹⁵ Questa equazione, in particolare, è stata riportata da F. Bistoncini, *Vent'anni da sporco lobbista*, prefazione di O. Giannino, Milano, 2011, 20 ss.

¹⁶ Sulla necessità della regolazione e della regolamentazione della competizione per così dire «orizzontale» fra gli interessi nell'accesso ai decisori pubblici si veda G. Guzzetta, *I gruppi di interesse come problema e come soluzione nello Stato contemporaneo*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2011.

¹⁷ Pensiero espresso da L. Graziano, *Lobbying, Impresa e Stato*, in *Rivista telematica della Camera di Commercio di Milano*, 1996, 33.

*del fenomeno lobbista è sempre più accettabile dell'assenza totale di norme*¹⁸». Quanto meno per creare una differenziazione tra il *lobbying* lecito e il *lobbying* illecito imperniato su condotte corruttive. In questo senso, la regolazione dell'attività delle *lobbies* e le politiche anticorruzione costituiscono, nel nostro Paese, un binomio vecchio.

Si sono succedute, così, nel tempo, varie proposte legislative¹⁹, senza che nessuna di queste sia, poi, confluita nell'approvazione e nell'entrata in vigore. I disegni di legge hanno tutti perlopiù caratteristiche simili: iscrizione in un albo pubblico, anche ai fini del loro accesso presso le sedi istituzionali, obbligatorietà delle relazioni semestrali o annuali sull'attività svolta, la definizione di codici di condotta per assicurare la correttezza delle informazioni messe a disposizione dei soggetti istituzionali.

Alcune Regioni²⁰, in Italia, hanno, però, provveduto ad un intervento normativo con legge regionale, al fine di offrire una regolazione dell'attività *lobbista* nel contesto dell'attività legislativa regionale.

Il punto è che, attualmente, non si è ancora raggiunta una regolazione legislativa delle *lobbies* e dei lobbisti sul piano nazionale.

La mancanza della regolazione ha due ricadute molto importanti: da una parte vi è certamente un deficit democratico, in quanto la collettività non è in grado di partecipare e di controllare le scelte politiche influenzate da interessi particolari rilevanti per il gruppo di tipo *lobbistico*, cosicché i diversi provvedimenti risultano spesso espressivi degli interessi avanzati dai gruppi più forti sotto il piano delle risorse e dei mezzi, ma non ritenibili come rilevanti da un punto di vista sostanziale.

¹⁸ In *Relazione della Commissione speciale per l'esame dei progetti di legge recanti: Misure per la prevenzione e la repressione dei fenomeni di corruzione*, presentata alla Presidenza della Camera dei Deputati il 6-3-1997.

¹⁹ Dal 1948 al 2017, sono 65 i disegni di legge che sono stati presentati presso il Parlamento, in materia di regolamentazione della rappresentanza degli interessi e di partecipazione dei gruppi di pressione al processo decisionale pubblico, ma nessuno di essi è mai stato approvato. Tra questi si annovera, in particolare, il Ddl Santagata a. S. 1886- XV Legislatura, il quale propone come definizione di *lobbying*, ossia di attività rappresentanza di interessi, ogni attività, non sollecitata da decisori pubblici, svolta dai rappresentanti di interessi particolari, attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale e scritta, anche trasmessa per via telematica, intesa a perseguire interessi leciti di rilevanza non generale nei confronti dei decisori pubblici (art. 2, c. 1, lettera e).

²⁰ In assenza di una normativa nazionale, alcune regioni italiane hanno approvato delle leggi regionali in materia di disciplina del *lobbying*: è il caso della Regione Toscana (l. reg. n. 5 del 2002, «Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa»), della Regione Molise (l. reg. n. 4 del 2004, «Norme per la trasparenza dell'attività politica ed amministrativa del Consiglio regionale del Molise») e della Regione Abruzzo (l. reg. n. 61/ del 2010, «Disciplina sulla trasparenza dell'attività politica e amministrativa e sull'attività di rappresentanza di interessi particolari, della Regione Calabria e della Regione Lombardia»). Per un commento, in dottrina, cfr. P.L. Petrillo, *La disciplina dei gruppi di pressione a livello regionale: il caso della Regione Toscana* (e senza originalità quello della Regione Molise, in *Amministrazione in Cammino*, 2007, n. 1, 1 ss.

Dall'altra parte, vi è un deficit di trasparenza che costituisce terreno d'elezione per la commissione di condotte corruttive. In mancanza di una regolazione, non si è in grado di conoscere e controllare le attività delle *lobbies*.

Un contesto così buio rappresenta, di certo, l'ambiente più adatto per il proliferare della corruzione. Non è di per sé l'attività di *lobbying* ad essere un fenomeno gravato da pesanti sospetti, ma è l'assenza assoluta di regolazione a trasformarlo immediatamente in un fenomeno potenzialmente orientato a condotte corruttive.

Inoltre, negli ultimi anni, le politiche anticorruzione hanno sottolineato fortemente la necessità della trasparenza nelle attività della pubblica amministrazione, attraverso processi di mappatura, di piani triennali anticorruzione, di responsabili di anticorruzione, di prevenzione della corruzione attraverso specifici protocolli interni e codici di condotta²¹.

Molti degli interventi legislativi in tema di contrasto alla corruzione, tra cui *in primis* la legge 190 del 2012, hanno infatti posto l'accento sulla necessità, non solo di una più rigorosa criminalizzazione delle condotte corruttive, ma soprattutto sulla necessità di prevenire la corruzione tramite la trasparenza, il controllo e la chiarezza nelle attività della pubblica amministrazione.

In questo senso, la regolazione delle *lobbies* costituirebbe, certamente, un passo in avanti nella trasparenza e nel controllo delle *lobbies* e delle loro attività, prodromico alle politiche di prevenzione del rischio corruzione.

Ed è proprio per questo, che in un contesto così delicato, in cui la mediazione esercitata dalle *lobbies* nei confronti delle istituzioni può divenire influenza illecita senza controllo, la necessità della regolazione delle *lobbies* e le politiche anticorruzione, preventive e repressive, costituiscono certamente un binomio ancora nuovo.

Di certo, il rapporto tra regolazione delle *lobbies* e politiche anticorruzione rappresenta uno dei bilanciamenti più complessi ed interessanti degli ultimi anni. Obiettivo di queste considerazioni è proprio cercare di comprendere se un bilanciamento in questo rapporto è stato raggiunto nel nostro ordinamento.

²¹ Per un approfondimento completo della riforma si veda P. Severino, M. Del Vecchio, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2013. In merito all'inutilità della repressione penale in tema di corruzione si veda M.J. Bonell, *The impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Berlino, 2014.

3. *L'introduzione del reato di traffico di influenze illecite nel nostro ordinamento: una regolazione indiretta dell'attività delle lobbies?*

In riferimento alle politiche anticorruzione in Italia, com'è noto il contesto legislativo di riferimento è caratterizzato da un rilevante immobilismo, per un significativo numero di anni, sia nei confronti delle sollecitazioni internazionali ed europee²² sia nei confronti delle esigenze, riscontrate da un punto di vista pratico, di un contrasto penale più stringente. Il legislatore, infatti, dal 1990, periodo dello scandalo di mani pulite, è rimasto inerte fino al 2012.

Il 2012 segna, profondamente, nel nostro ordinamento, lo spartiacque per l'introduzione, da un punto di vista legislativo, di una lotta alla corruzione più efficace e più orientata ai recenti riscontri europei ed internazionali, sia da un punto di vista preventivo che repressivo²³. La consapevolezza della necessità di ridurre le zone d'ombra, nelle quali la corruzione trova spesso spazio, è, quindi, ormai più che matura.

In questo contesto, il legislatore, pur consapevole che lo strumento di repressione penale ha una portata più ridotta rispetto ad interventi di tipo preventivo del rischio corruzione, con l. 190 del 2012, insieme a molte altre novità, introduce anche il nuovo delitto di traffico di influenze illecite, inserito nel nuovo art. 346 *bis* c.p. Inizialmente, in sede di discussione, nei lavori preparatori, tale norma era stata vista con sospetto, da alcuni²⁴, per il timore di possibili interpretazioni estensive da parte della giurisprudenza, a causa di una formulazione ritenuta generica. Allo stesso modo, nei lavori preparatori²⁵, si era valutata la possibilità di inserire tale nuovo reato nell'art. 346 c.p. in correlazione con il reato di millantato credito, così come suggerito dalle fonti sovranazionali, ma il legislatore nella versione finale, poi approvata, ha preferito creare una nuova fattispecie di reato, al fine di differenziare nettamente le due condotte criminose e di poter colmare il vuoto di tutela che derivava dalla mancanza del reato di traffico di influenze illecite, nel nostro ordinamento. Infatti, prima dell'introduzione, nel 2012, del

²² L'accordo più completo in tema di contrasto al fenomeno della corruzione è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC: «*United Nations Conventions Against Corruption*») adottata a Merida nel 2005. Tale Convenzione segue un approccio di contrasto al fenomeno di ampio raggio e rinuncia a offrire una definizione univoca e unitaria di corruzione, data la disparità di definizioni accolte negli ordinamenti interni. Pertanto, la suddetta Convenzione definisce un'ampia serie di condotte di cui agli Stati impone o richiede la criminalizzazione. Cfr. in questo senso: *United Nations Office on Drugs and Crime, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, Vienna, 2006.

²³ Per un commento alla legge nella sua interezza si rinvia a B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 123 ss. O ancora E. Dolcini, F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2012, 1, 232 ss.

²⁴ Cfr. E. Dolcini, F. Viganò, *Prime riflessioni sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁵ Proposta di legge n. 4501 del 12 luglio 2011, Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVI leg., 10.

reato di traffico di influenze illecite, vi era l'impossibilità di sanzionare il ruolo del mediatore nella costruzione dell'accordo corruttivo. Vi è dal 2012, in buona sostanza, un'anticipazione della soglia di rilevanza penale tipica della corruzione e, quindi, una ulteriore prevenzione nella punizione delle fattispecie corruttive, con un'attenzione particolare alla figura del mediatore che pone in essere una mediazione illecita tra un privato e un pubblico ufficiale.

L'intento palese dell'introduzione del traffico di influenze illecite è stato proprio quello di arginare il malaffare che prospera nel sottobosco dei poteri dello Stato e delle pubbliche amministrazioni, spesso terreno di faccendieri che avvalendosi di rapporti, contatti, entrate e aderenze presso questi ambienti ne condizionano in modo "oscuro e indebito" le decisioni²⁶.

Il fenomeno del traffico di influenze illecite, infatti, prima del 2012, come già sottolineato, non veniva ad essere criminalizzato nel nostro ordinamento, se non attraverso il ricorso ad una interpretazione evolutiva di supplenza del reato di millantato credito ex art. 346 c.p.: la millantazione poteva intendersi, oltre che come vanteria di un credito presso la pubblica amministrazione inesistente, anche come vanteria di un credito davvero presente, ossia come capacità di manovre, agganci, di cui il millantatore disponesse. Questa interpretazione, seppur operante in sede giurisprudenziale, non sembrava comunque poter colmare, ancora per molto, la necessità di una previsione normativa del reato di traffico di influenze illecite.

Del resto, tale fenomeno era divenuto oggetto di costante interesse, soprattutto, da parte di importanti Convezioni internazionali orientate verso l'introduzione di reati dedicati, proprio appositamente, al traffico di influenze illecite.

Così, la Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa di Strasburgo, la quale chiede di considerare come reato, se commessi intenzionalmente: il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona titolare di funzioni pubbliche così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sortisca l'esito ricercato.

Allo stesso modo, la Convenzione ONU sulla corruzione di Merida, la quale suggerisce di prevedere come reato, quando commessi intenzionalmente: il fatto di promettere, offrire o concedere a un pubblico ufficiale o a ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, affinché detto pubblico

²⁶ In questo senso: M. Romano, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1397. Per un commento all'introduzione del reato di traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p. all'interno del nostro ordinamento: G. Andreatza, *Il traffico di influenze illecite tra prevenzione e repressione*, in *Corruzione. Strategie di contrasto*, a cura di F. Cingari, Firenze, 2013; F. Prete, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze*, in *Dir. Pen.e proc. Penale*, 2013, 8, 33.

ufficiale o altra persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere, da una amministrazione o da una pubblica autorità dello Stato, un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto e per ogni altra persona, così come il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per altra persona, al fine di abusare della sua influenza reale o supposta, per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica.

Da tutte queste premesse e considerazioni, con la legge 190 del 2012, si coglie, finalmente, l'occasione per introdurre questo nuovo delitto di traffico di influenze illecite, all'art. 346 *bis* c.p., in posizione immediatamente seguente al reato di millantato credito ex art. 346 c.p.²⁷.

L'art. 346 *bis* c.p., nella versione del 2012, dispone, pertanto, che:

«Chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

La stessa pena si applica a chi indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale.

La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita».

Circa il bene giuridico tutelato dalla norma, è bene notare che in tale fattispecie, sia il privato che l'intermediario sono soggetti attivi, i quali pongono in essere la mediazione illecita, uno attraverso le relazioni presso la PA e l'altro tramite la remunerazione della mediazione. Pertanto, non vi sono due soggetti offesi come nel reato di millantato credito, in cui sia il privato che la PA vengono ad essere danneggiati attraverso la millanteria. Qui, l'unico soggetto offeso risulta essere la Pubblica Amministrazione. Del resto, considerando che il reato di traffico di influenze illecite costituisce un'anticipazione del rilievo penale delle condotte corruttive e che i reati di corruzione tutelano, in via principale, l'imparzialità e il

²⁷ Per un approfondimento sui criteri distintivi tra millantato credito e traffico di influenze illecite, si veda I. Merenda, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2.

buon andamento della Pubblica Amministrazione, il bene tutelato dall'art. 346 *bis* c.p. pare essere, così come per i reati di corruzione ex art. 318 e seguenti, ancora una volta, l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione²⁸.

È bene notare, inoltre, che la norma, inserita dal legislatore del 2012, contiene una clausola di riserva: «fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 *ter*» che pone la fattispecie in una condizione di subordinazione rispetto ai reati di corruzione propria ed in atti giudiziari. Infatti, il reato di traffico di influenze illecite ex art. 346 *bis* c.p. viene ad essere assorbito nel caso in cui il soggetto attivo sia in concorso con i reati di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio e per corruzione in atti giudiziari. Pare che il legislatore del 2012 abbia escluso sia dalla clausola di riserva che dall'oggetto della mediazione illecita (con l'inciso: «in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio»), la rilevanza della corruzione per l'esercizio della funzione ex art. 318 c.p. in riferimento al reato di traffico di influenze illecite, discostandosi da quanto previsto dalla normativa sovranazionale in tema di traffico di influenze illecite, la quale non opera distinzioni tra la corruzione propria ed impropria.

Le ragioni della scelta operata dal legislatore del 2012 potrebbero rinvenirsi nella volontà di restringere l'ambito di rilevanza di applicazione e di rilevanza del reato di traffico di influenze illecite, al fine di evitare problemi con il principio di tassatività e/o offensività. Una tale lettura troverebbe conforto nella considerazione che sia nel caso in cui l'intermediario percepisce, per sé o per altri, il prezzo della mediazione, nel quale il pagamento deve essere indebito e la mediazione illecita, sia nel caso che prevede il pagamento di un prezzo da destinare alla remunerazione del pubblico ufficiale in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio non appare configurabile, in astratto, un traffico di influenze illecite finalizzato all'esercizio della funzione in conformità ai doveri d'ufficio.

È stato, inoltre, acutamente²⁹ osservato che il delitto di traffico di influenze illecite, introdotto nel 2012 con l'art. 346 *bis* c.p., sconta l'implicito riconoscimento di legittime attività di *lobbying*, svolte in modo professionale e trasparente, da gruppi di pressione per l'affermazione e la rappresentanza di interessi di settore e particolari. Di fatti, dalla dizione letterale della norma, il riferimento del legislatore va alla mediazione illecita, ritagliando uno spazio di legittimità alla mediazione lecita: quella svolta dai gruppi di pressione o da professionisti³⁰. Dalla let-

²⁸ V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 179.

²⁹ In questo senso: M. Romano, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1397.

³⁰ Si pensi, ad esempio, alle attività di professionisti o agenti incaricati dietro corrispettivo in denaro di rivolgersi alla Pubblica Amministrazione con l'obiettivo di ottenere per conto di un privato ed in modo del tut-

tura della norma, però, non è così agevole riconoscere quali siano i contorni della mediazione lecita, in quanto il reato di traffico di influenze illecite quasi presuppone o dà per scontata che la regolazione normativa sia già presente.

Infatti, questo riconoscimento implicito dei gruppi di pressione, in verità, non semplifica l'operatività della disposizione, ma in buona sostanza ne complica l'applicazione. In quanto, non essendovi una regolazione delle *lobbies* e delle loro attività, l'operatività e l'interpretazione della norma non costituiscono un'operazione semplice o chiara. Di certo, viene ad essere così demandata alla giurisprudenza la definizione di influenza/mediazione illecita, fino a quando non subentrerà una regolazione dell'attività delle *lobbies*.

Ma l'esigenza repressiva della corruzione, fortemente incentivata dal legislatore europeo e sovranazionale, ha ritenuto prioritaria l'introduzione della criminalizzazione del traffico di influenze illecite anche in un contesto in cui, data la mancanza della regolazione, non era e non è semplice distinguere tra un'influenza lecita ed una illecita.

In pratica, l'esigenza di mettersi in pari con gli impegni assunti in sede internazionale si è mostrata, nel 2012, prioritaria rispetto alla considerazione della mancanza della regolazione dell'attività lobbistica.

Tornando all'analisi del reato, è bene osservare che il traffico di influenze illecite è reato comune, che può essere commesso da chiunque. Si tratta di un'intesa tra due soggetti privati che verte sullo scambio tra un compenso e una mediazione, vale a dire un passo che sarà da compiere presso la pubblica amministrazione, con assoluta parità tra i due soggetti sul piano della pena, in antitesi con quanto, invece, era previsto per il reato di millantato credito ex art. 346 c.p.

Così come chiaramente disposto letteralmente dal reato ex art. 346 *bis* c.p., il soggetto attivo può essere anche un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio, con un aumento, in questo caso, della pena prevista.

Le relazioni esistenti, invece, si riferiscono alle amicizie, conoscenze, contatti, che il mediatore possiede presso un ambiente della pubblica amministrazione e sfrutta per farsi dare o promettere dall'altro il denaro o altro vantaggio patrimoniale.

Il punto è che in assenza della regolazione normativa, da un punto di vista unitario sul piano nazionale, non è dato sapere, in Italia, quanto le relazioni esistenti intessute dai *lobbisti* siano professionali o legate ad amicizie, conoscenze, contatti, entrate. Tant'è che nella legislazione delle *lobbies* negli Stati Uniti, in Canada o nell'UE, il termine lobbista si riferisce a tutti coloro che impiegati o

to legittimo licenze e autorizzazioni.

comunque stipendiati in denaro da un cliente, per servizi che includono il contatto lobbistico, utilizzano almeno il 20% del proprio tempo per l'attività di *lobby*³¹.

Si tratta, in pratica, di una definizione professionale dell'attività di *lobbying* attraverso determinati parametri (retribuzione, rapporto di dipendenza professionale, servizi, percentuale di tempo dedicata all'attività) tale da distinguerla dalle mediazioni fondate, più che sulla professionalità, sul possesso di amicizie e contatti presso la pubblica amministrazione per rapporti familiari o per rapporti nati attraverso precedenti esperienze lavorative, di tipo perlopiù politiche o clientelari, molto lontane dalla rappresentanza di interessi nel senso pieno del termine: ossia come ingranaggio democratico.

Ritornando, nuovamente, all'analisi del reato in esame, a differenza degli altri tipici reati di corruzione, il riferimento, nell'art. 346 *bis* c.p. nella versione del 2012, all'oggetto dello scambio è solo al denaro o ad altro vantaggio patrimoniale e non ad «altra utilità», con chiara esclusione di tutto ciò che non rientra in un vantaggio economico, come invece previsto per gli altri reati di corruzione (artt. 318 c.p. e seguenti). Vi è, certamente, un altro restringimento della rilevanza penale del reato di traffico di influenze illecite: circoscritto solo a vantaggi qualificabili come patrimoniali.

Non occorre, però, sempre nella versione della norma del 2012, che il mediatore affermi o confermi detti contatti all'interlocutore, tanto meno che specifichi il tipo di rapporto o che lo individui singolarmente con nome e cognome, ma le relazioni devono sussistere, essendo elemento costitutivo del reato, che lo differenzia dalla millanteria. Sfruttando le relazioni di cui dispone, il mediatore si fa dare o promettere dall'altro denaro o altro vantaggio patrimoniale. La mediazione è l'intervento concordato che il mediatore, dietro compenso, dato o promesso, si impegna a compiere presso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio.

La scarsa operatività della nuova fattispecie di traffico di influenze illecite, introdotta con la legge 190 del 2012, ha portato il legislatore ad intervenire in modo più significativo sul reato ex art. 346 *bis* c.p. con la l. n. 3 del 2019.

La nuova versione dell'art. 346 *bis* c.p. dispone che: «Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319 *ter* e nei reati di corruzione di cui all'art. 322 *bis*, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322 *bis*, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pub-

³¹ Come disposto dall'art. 3 del *Lobbying disclosure Act* del 1995, USA, dal par. 9 del *Lobbying Act* in Canada e dagli articoli 5 e 7 dell'Accordo tra il Parlamento e la Commissione sul registro per la trasparenza delle organizzazioni e dei liberi professionisti che svolgono attività di concorso all'elaborazione e attuazione delle politiche dell'Unione Europea.

blico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-*bis*, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri».

La struttura della nuova fattispecie del traffico di influenze illecite risulta molto simile, quantomeno nell'architettura, a quella del 2012. Ma vi sono delle differenze non irrilevanti, tutte tese ad un ampliamento della rilevanza penale del fenomeno³².

In primo luogo, il legislatore del 2019 ha aumentato la cornice edittale da tre anni a quattro anni come pena massima. In secondo luogo, l'abrogata fattispecie di millantato credito è stata inserita nel nuovo articolo 346-*bis* c.p. cosicché, attualmente, la condotta rilevante riguarda non solo lo sfruttamento ma anche la vanteria delle relazioni esistenti o asserite, con susseguente estensione della punibilità del privato anche nei casi di condotta decettiva del mediatore. Attualmente le fattispecie di millantato credito e di traffico di influenze illecite convivono entrambe nell'art. 346-*bis* c.p. L'assorbimento della fattispecie di millantato credito nel traffico di influenze illecite dovrebbe aver risolto l'antinomia secondo la quale il delitto più grave prevedeva un quantum di pena inferiore rispetto a quello più lieve³³.

Nella clausola di riserva, oltre agli articoli 319 e 319 *ter*, sono stati inseriti gli art. 318 e 322-*bis* c.p., ossia la fattispecie di corruzione per l'esercizio di funzioni e la fattispecie di corruzione propria, così come suggerito dalla normativa internazionale sul tema. Conseguentemente, anche i soggetti coinvolti nella mediazione, esistente o asserita, si estendono anche ai soggetti di cui all'art. 322-*bis* c.p. oltre al pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, con una platea di soggetti coinvolti ben più ampia. Un'altra novità riguarda il prezzo della mediazione che, rispetto alla versione della fattispecie del 2012, non è ristretto alla sola dimensione patrimoniale, ma, si estende anche ad ogni «altra utilità», come del resto nelle altre fattispecie di corruzione ex artt. 318 e seguenti del c.p. Anche l'oggetto della remunerazione è stato esteso dal legislatore del 2019, con l'inciso «in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri».

³² Per un'analisi puntuale e dettagliata del nuovo reato di traffico di influenze illecite a seguito della legge n. 3 del 9 gennaio 2019, si rinvia a F. De Simone, *La nuova disciplina del traffico di influenze illecite*, in *Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia*, Milano, 2019, 3-4, 532-557.

³³ Nella versione del 2012, l'art. 346 diversificava il trattamento sanzionatorio della mediazione onerosa, rispetto a quella gratuita, contemplando per la prima una sanzione detentiva pari ad un minimo di un anno e a un massimo di cinque, per la seconda un minimo di due anni e a un massimo di sei, per entrambe poi si aggiungeva la sanzione pecuniaria della multa. Mentre l'art. 346-*bis* c.p. prevedeva una sanzione detentiva che andava da un minimo di uno a un massimo di tre anni per entrambe le ipotesi senza alcuna aggiunta di sanzione pecuniaria. Inoltre, nella *Relazione illustrativa* che accompagnava la proposta di legge 2019 Bonafede, si legge che «la scelta di mantenere, nella versione del 2012, le due ipotesi delittuose separate abbia posto una serie di problemi interpretativi e di coordinamento non facilmente risolvibili, sui quali la stessa giurisprudenza di legittimità ha fornito risposte disomogenee e che, comunque, rendono scivolosi e opinabili i confini tra le due fattispecie e difficile la prova del delitto in giudizio».

Ciò che non cambia, sia nella versione del 2012 che in quella del 2019 dell'art. 346 bis c.p., è la mediazione che deve essere «illecita», ossia tendere a un risultato non spettante, oppure contenere, in riferimento alle modalità con cui si svolgerà, un *quid* di non conforme all'ordinamento. Vi è una correlazione profonda fra l'*illiceità* della mediazione e il compenso che il soggetto deve ricevere *indebitamente*. I due termini si propongono, come già osservato, di escludere a priori la rilevanza penale di normali prestazioni consistenti in legittimi contatti con la pubblica amministrazione o con prestazioni professionali.

Allo stesso modo l'*illiceità* intende precludere il rilievo di accordi relativi a prassi presso la pubblica amministrazione che confluiscono in contatti privi di qualsiasi pressione. Anche qui, come già sottolineato precedentemente, si ripropone il problema della mancata regolazione del *lobbying* nel significato da dare alla mediazione illecita³⁴. Quando una mediazione è da intendersi illecita?

La norma ci aiuta nell'interpretazione limitatamente: la mediazione illecita deve essere riferita al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio ovvero in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. Il punto nodale della questione è che l'*illiceità* della condotta penalmente rilevante per la configurabilità del reato di traffico di influenze illecite, senza una disciplina sull'attività di *lobbying*, rischia sempre di essere vaga e di non facile definizione.

Del resto, anche l'attività di *lobbying* lecita potrebbe costituire, in talune occasioni traffico illecito di influenze e potrebbe ad avere ad oggetto il compimento di un atto d'ufficio: i confini e gli sconfinamenti³⁵ dovrebbero essere precisati solo da una normativa ad hoc che tratteggi le modalità delle attività di *lobbying*, rendendo anche più semplice la successiva interpretazione della norma penale. Vi è, infatti, un legame profondo tra l'operatività del reato di traffico di influenza illecite e la regolazione delle *lobbies*.

Pertanto, nella stesura della disposizione, il legislatore del 2012 pare essersi posto il problema di non creare un'eccessiva rigidità punitiva per non creare, data la mancanza di una regolazione delle *lobbies*, una penalizzazione complessiva della loro attività³⁶. Mentre il legislatore del 2019, estendendo l'area del penalmente rilevante in tema di traffico di influenze illecite, con l'intento di conferire alla normativa penale interna sul tema una maggiore conformità con le disposizioni

³⁴ In questo senso, cfr. P. Severino, *Senza norme sul lobbismo difficile abbattere l'illegalità*, in www.penalcontemporaneo.it, 21 giugno 2018.

³⁵ Si pensi ad un ex funzionario o a un pubblico ufficiale che agisce presso un'Amministrazione diversa da quella presso cui svolge le proprie funzioni e senza percepire remunerazione per la sua mediazione lecita o illecita.

³⁶ Secondo P. Veneziani, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. Pen.* 2016, 4, 1306, in assenza di una legislazione che possa permettere di discernere la mediazione lecita da quella illecita, non resta che affidarsi all'interpretazione giurisprudenziale.

internazionali, ma pur sempre in assenza di una regolazione dell'attività di *lobbying*, non pare essere riuscito a superare le critiche mosse alla versione della norma del 2012: eccessiva vaghezza e rischio di *overcriminalization*³⁷. Infatti, il nuovo art. 346-*bis* c.p., così come tutto il disegno di legge dal quale l'articolo è nato, è stato da molti considerato più il frutto di un populismo penale dal carattere simbolico espressivo tendente maggiormente ad un scopo di moralizzazione piuttosto che ad un reale contrasto della corruzione³⁸.

Il punto è che l'art. 346-*bis* c.p. non pare assolutamente sufficiente a creare un confine delineato tra attività lecite delle *lobbies* e traffico di influenze illecite, proprio perché la norma penale non può colmare il vuoto di regolazione. Del resto, l'introduzione del reato di traffico di influenze illecite era funzionale alla copertura del vuoto di tutela rispetto al traffico di influenze illecite, al fine di fronteggiare, con un'anticipazione di tutela, la corruzione. La mancata regolazione delle *lobbies* crea, in verità, una sovrapposizione in un binomio, vecchio e nuovo come già detto, tra l'esigenza di contrasto alla corruzione, attraverso politiche di anticorruzione, come ad esempio, la criminalizzazione del traffico di influenze illecite, e la definizione normativa di cosa debba intendersi per *lobbies*, attività di *lobbying* e modalità di esecuzione di tale attività.

4. *Le fila dell'analisi. Qualche considerazione conclusiva*

La prassi degli ultimi anni, con varie vicende e molti casi noti³⁹, ha fatto emergere prima di ogni considerazione teorica, la necessità di sanzionare, attraverso la norma penale, il traffico di influenze illecite, così come avviene del resto, in altri ordinamenti⁴⁰. Difatti, prima del 2012, vi era l'impossibilità di sanzionare il ruolo del mediatore nella costruzione dell'accordo corruttivo. Nonostante qualche fragilità emersa dall'analisi della struttura del reato di traffico di influenze illecite ex art. 346 *bis* c.p., la norma pare essere adeguata a garantire un buon grado di tutela del bene giuridico dell'imparzialità e del buon andamento della P.A. dalle condotte di mediazione illecita, esistenti o asserite, dietro pagamento indebito, così come precisate dalla disposizione contenuta nell'art. 346 *bis* c.p. Come

³⁷ Tali critiche erano già state sollevate in dottrina per la versione della fattispecie di traffico di influenze illecite del 2012. Tra tutti, cfr. V. Mongillo, *Profili penali della rappresentanza di interessi: il traffico di influenze illecite*, in *Perc. Cost.*, 2016, 1-2, 110.

³⁸ In questo senso, in particolare, A. Manna, A. Gaito, *L'estate sta finendo*, Archivio Penale, 2018, n. 3, 2.

³⁹ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 6 giugno 2016, n. 23355.

⁴⁰ Per un approfondimento comparativo del reato di traffico di influenze illecite nei vari ordinamenti, si veda I. Merenda, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 ss.

abbiamo visto, però, la definizione di mediazione illecita o di influenza illecita e di pagamento indebito non trovano contorni netti all'interno della fattispecie, perché presuppongono la regolazione dell'attività delle *lobbies*, la quale, nonostante i vari progetti di legge che negli anni si sono succeduti senza esito positivo, non è presente nel nostro ordinamento. Così facendo l'attività delle *lobbies* continua a essere intesa come un'attività non lecita e non congeniale a un sistema democratico. La questione contiene la sua complessità, in quanto come già detto, la mancanza di regolazione del *lobbying* non costituisce l'eliminazione delle attività delle *lobbies*, ma, invece, crea un insieme indistinto in cui la rappresentanza professionale degli interessi privati presso il decisore pubblico, lecita e democratica, convive con situazioni di "rappresentanza" dai contorni ambigui che contengono o possono contenere condotte corruttive non trascurabili.

A fronte di questa assenza, l'eliminazione del fenomeno del traffico di influenze illecite come prodromico alla corruzione tipica, non può essere demandato solo all'apparato sanzionatorio, e non (solo) in quanto la fattispecie inserita all'art. 346-*bis* c.p. sia vaga, imprecisa e indefinita, ma (anche) perché è bene conoscere prioritariamente quali attività poste in essere possono essere considerate lecite. E per far ciò è necessaria la regolazione normativa del fenomeno di *lobbying* che solo quando assumerà contorni illeciti, in base ai criteri regolamentati, potrà essere sanzionato con la norma penale appositamente prevista.

Infatti, come è stato rilevato⁴¹, la legittima attività di *lobbying* non è volta, in cambio di denaro a influenzare, impropriamente e segretamente, una decisione di rilievo pubblicistico, ma a fornire informazioni e a persuadere un decisore pubblico in modo del tutto trasparente, ad esempio presentando documenti, analisi, stime, valutazioni.

Del resto, anche in altri Stati l'attività dei gruppi di pressione ha trovato, nel corso degli ultimi anni, una regolamentazione normativa al fine di contrastare l'attività illecita o poco trasparente dei lobbisti. In Germania, ad esempio, il *Bundestag* è stato il primo Parlamento in Europa a prevedere una regolamentazione dei rapporti tra i rappresentanti democratici istituzionali e i gruppi di pressione. Fin dal 1972 sussiste una lista pubblica, elaborata e aggiornata ogni anno, in cui vengono registrate tutte le associazioni che intendono rappresentare o difendere interessi di fronte al *Bundestag* o al Governo federale⁴². Senza l'iscrizione a tale lista non è possibile partecipare alle audizioni nelle commissioni parlamentari o accedere ai locali del Parlamento. Inoltre, l'iscrizione a tale lista consente il rilascio di una tessera di riconoscimento che deve essere esibita durante l'attività di

⁴¹ Cfr. V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 189.

⁴² La tenuta del registro dei rappresentanti dei gruppi di pressione è prevista dall'allegato 2 al Regolamento del Bundestag in attuazione di una decisione del 21 settembre 1972 concernente la registrazione di associazioni e di loro rappresentanti: "Registrierung von Verbänden und deren Vertreter".

lobbying, al fine di garantire trasparenza e riconoscimento. Anche il Regno Unito e la Francia si sono dotati, rispettivamente nel 2014 e nel 2016⁴³, di una regolamentazione normativa dell'attività di *lobbying*. In particolare, è stata istituita la tenuta del registro dei *lobbisti* con forme di pubblicità e trasparenza che consentono la chiara individuazione dei rappresentati dei gruppi di pressione, dell'organizzazione rappresentata, dei rapporti dei lobbisti con i committenti e degli interessi rappresentati. L'iscrizione a tali registri costituisce la condizione preliminare e propedeutica per l'accesso alle istituzioni parlamentari e per la partecipazione alle commissioni parlamentari. Per rappresentante di un gruppo di pressione si intende la persona fisica o giuridica che nell'esercizio di un'attività professionale per conto di terzi e dietro remunerazione, effettui comunicazioni, in forma scritta o orale, presso gli organi democratici.

In particolare, nel Regno Unito, l'esercizio dell'attività di rappresentanza di interessi particolari senza previa registrazione, oppure la comunicazione di dati incompleti o inaccurati al momento dell'iscrizione all'apposito registro, costituiscono comportamenti qualificabili come reati.

Oltre al registro, con gli interventi di regolamentazione dell'attività di *lobbying*, sono stati introdotti i codici etici e deontologici ai quali devono attersi i rappresentanti democratici e i *lobbisti*, nell'esercizio dell'attività di rappresentanza, rispettivamente degli interessi democratici da una parte e degli interessi particolari dall'altra, al fine di evitare il rischio, reale o apparente di influenze illecite o determinare conflitti di interessi. In particolare, agli *ex*-ministri è espressamente precluso lo svolgimento di attività di *lobbying* per un certo periodo successivo alla cessazione della carica.

L'istituzione, rispettivamente, della tenuta del registro dei rappresentanti degli interessi particolari, da una parte, e dei Codici etici, dall'altra, consente la trasparenza e il controllo dei soggetti che operano nell'attività di *lobbying* e dell'esecuzione stessa di tale attività, delineando con maggiore precisione la linea di confine tra la rappresentanza degli interessi leciti e la mediazione illecita.

In conclusione, pare proprio, anche alla luce della comparazione con altri ordinamenti, che il bilanciamento tra politiche anticorruzione e regolazione delle *lobbies* nel nostro ordinamento non sia stato raggiunto. Si è fatto un primo passo criminalizzando il traffico di influenze illecite, ma manca completamente la regolazione del fenomeno *lobbista*.

⁴³ Si tratta, per il Regno Unito del *Transparency of Lobbying, Non Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014* e per la Francia della *Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*.

Pertanto, è possibile auspicare, proprio per la presenza del reato di traffico di influenze illecite nel nostro ordinamento, che il legislatore intervenga nella regolazione delle attività delle *lobbies*.

In questa direzione, la presenza di una regolazione normativa del *lobbying* costituisce, in un certo senso, un intervento di politica anticorruptiva. Difatti, in assenza della regolazione anche la repressione penale si imbatte in un'efficacia ridotta.

La regolazione delle lobbies nelle politiche anticorruzione tra prevenzione e strumenti repressivi

Il rapporto tra regolazione delle *lobbies* e politiche anticorruzione rappresenta uno dei bilanciamenti più complessi ed interessanti degli ultimi anni, in molti Paesi, soprattutto, per la crescente esigenza di contrasto alla corruzione e per il controverso ruolo delle *lobbies* nelle democrazie. In Italia, in particolare, la quale ha iniziato a occuparsi, tardivamente, a livello legislativo, della necessità di contrastare la corruzione, solo dal 2012 si è creata una interessante e particolare esperienza di contemperamento tra misure di prevenzione della corruzione, che mirano a una maggiore trasparenza, e strumenti repressivi, quale il reato di traffico di influenze illecite, con una regolazione indiretta delle *lobbies*. In particolare, l'introduzione del reato di traffico di influenze illecite ha fatto emergere, nei gruppi di pressione degli interessi privati sulle istituzioni, l'esigenza di una regolazione dell'attività di questi gruppi. Il presente lavoro si occupa, pertanto, di tratteggiare il rapporto tra regolazione delle *lobbies* e politiche anticorruzione nel sistema penale italiano, evidenziando i punti di forza di tale esperienza e i problemi ancora aperti che richiederebbero un intervento diretto del legislatore.

The regulation of lobbies in anti corruption policies between prevention and repressive tools

The relationship between lobbies regulation and anti-corruption policies represents one of the most complex and interesting balances of recent years, especially in many countries, due to the growing need to fight corruption and the controversial role of lobbies in democracies. In Italy, in particular, which began to deal, late, at the legislative level, with the need to fight corruption, only in 2012 has an interesting and particular experience of reconciliation between corruption prevention measures been created, which aim to greater transparency, and repressive tools, such as the crime of trafficking in illicit influences, with indirect regulation of lobbies. In particular, the introduction of the crime of trafficking of illicit influences has brought to light in the pressure groups of private interests on institutions the need for regulation of the activity of these groups. This paper therefore deals with outlining the relationship between lobbies regulation and anti-corruption policies in the particular Italian experience, highlighting the strengths of this experience and the still open problems that would require direct intervention by the legislator.

L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G

Michela Leggio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La L. 36/2001 e lo sviluppo tecnologico: una difficile convivenza. – 3. Il principio di unitarietà della rete e il sistema dei controlli. – 4. Le potestà comunali nella fase di installazione degli impianti e il principio di precauzione “urbanistico”. – 5. Le ordinanze contingibili e urgenti contro il 5G: è possibile una rivalutazione del rischio a livello locale? – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il settore delle comunicazioni elettroniche costituisce un terreno particolarmente fertile per la speculazione scientifica nel campo del diritto. La rapida evoluzione tecnologica e la trasversalità del tema consentono, infatti, di cogliere con maggiore nettezza alcune problematiche tipiche dell'ordinamento: l'obsolescenza legislativa, dovuta alla lentezza dei procedimenti e ai conflitti politici nei palazzi, la ipertrofia del sistema normativo, da cui spesso deriva una frammentazione delle competenze, nonché il difficile coordinamento tra le istituzioni operanti nei diversi livelli territoriali.

L'avvento della tecnologia 5G, il nuovo sistema di telefonia mobile, ha esacerbato queste condizioni. Innanzitutto, si è palesata l'inadeguatezza e la necessità di un aggiornamento del quadro normativo vigente in materia di inquinamento elettromagnetico dettato dalla L. 36/2001. Questo sia sotto il profilo delle soglie fissate dal legislatore ai campi elettromagnetici, incompatibili con l'attuale “fab-bisogno” degli operatori e degli utenti di comunicazioni elettroniche, sia relativamente alla gestione della fase di installazione degli impianti di telefonia, troppo spesso oggetto di una regolazione diversificata a livello locale.

L'installazione delle infrastrutture di rete, difatti, avviene sotto il controllo dei Comuni, i quali però manifestano un atteggiamento diametralmente opposto rispetto a quello serbato dal legislatore nazionale. Da un lato, infatti, vi è il *favor* dal legislatore statale per lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica e, più nello specifico, per il potenziamento della rete a banda larga sull'intero territorio nazionale. Dall'altro, invece, è emersa una tendenza più cautelativa e di protezione degli enti locali, deputati al controllo sulla richiesta di installazione delle infrastrutture di rete.

Tale tendenza, sviluppatasi a livello comunale, ha portato negli anni all'adozione di regolamenti contenenti criteri di localizzazione degli impianti di telefonia mobile estremamente restrittivi e in grado di inficiare la concreta erogazione del servizio, tra l'altro già autorizzato a livello nazionale. Non solo, nel timore di conseguenze dannose per la salute, nel corso dell'anno precedente si è assistito all'emanazione di numerose ordinanze contingibili e urgenti tese a impedire del tutto l'installazione delle antenne 5G su interi territori comunali.

Con il presente articolo si analizzerà il quadro normativo vigente applicabile alla nuova tecnologia 5G, anche alla luce degli ultimi interventi legislativi che sembrano voler porre un freno alle restrizioni poste dagli enti locali. L'indagine verrà svolta con il fine di evidenziare la disarmonia tra la fase di autorizzazione al servizio di comunicazione, statale, e quella di installazione dell'impianto, comunale, e come l'atteggiamento restrittivo degli enti locali, tenuto talvolta in nome di un principio di precauzione "mascherato" da esigenza urbanistica, possa incidere sulla concorrenza e sulle posizioni giuridiche soggettive degli operatori telefonici e dell'utenza.

2. *La L. 36/2001 e lo sviluppo tecnologico: una difficile convivenza*

Dopo i sistemi GSM, UMTS, ed LTE 4G, ci si appresta ad entrare nell'era del 5G, acronimo di *5th generation technology*.

Diversa dai precedenti sistemi di telefonia mobile, questa nuova tecnologia si basa sull'uso di frequenze radio più alte, necessarie al fine di trasmettere più rapidamente un numero maggiore di informazioni, cui corrisponde la riduzione dell'ampiezza delle onde elettromagnetiche utilizzate, per questo dette "onde millimetriche".

Caratteristica inedita del nuovo sistema di telefonia mobile è, inoltre, il suo funzionamento mediante l'installazione di una rete fitta di antenne, c.d. microcelle o *small cells*, che saranno capillarmente diffuse sul territorio. Ulteriore elemento innovativo è infine il ricorso alla c.d. *beam forming technology* che permet-

terà di inviare il segnale direttamente al *device* interessato, attraverso la localizzazione spaziale dei dispositivi connessi¹.

Le funzioni a cui è destinato il 5G sono diverse: oltre ovviamente a consentire uno scambio di ingenti quantità di dati con tempi di latenza molto brevi, il 5G permetterà l'implementazione di nuovi servizi, primo fra tutti il c.d. *Internet of Things*, con il quale anche gli oggetti potranno essere interconnessi². Un vero «*game changer*» secondo la Commissione Europea³, nonché una delle ragioni del nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche⁴, necessario per raggiungere un maggiore coordinamento tra gli Stati membri.

Nonostante il *favor* europeo e gli indubbi benefici che tale tecnologia può apportare, l'introduzione di questa nuova tecnologia ha riaperto il dibattito in merito ai danni alla salute dei campi elettromagnetici⁵.

Ad allarmare è innanzitutto l'uso di bande di frequenza più elevate (694-790 MHz, 3,6-3,8 GHz e 26,5- 27,5 GHz) e di onde di ampiezza minore, i cui effetti, in termini di impatto su ambiente e salute umana, non sarebbero prevedi-

¹ Diversamente dai sistemi di telefonia precedenti che diffondevano il segnale su un'intera area.

² Più nello specifico, numerose sono le potenzialità di questa tecnologia: dalla guida automatica dei veicoli su strada, alla *virtual reality*, che consentirà di effettuare visite di musei e luoghi storici dalla propria abitazione, e perfino lo svolgimento di intere operazioni chirurgiche da remoto.

³ Come si legge nella comunicazione della Commissione Europea del 14 settembre 2016, relativa all'*Action Plan* sul 5G. L'*Action Plan*, il cui contenuto è descritto nella delibera 231/18/CONS dell'AgCom, si sviluppa secondo alcune linee di azione che prevedono una collaborazione tra Commissione, Stati membri e industria per la fissazione di una tempistica comune per il lancio in Europa delle reti 5G, con il fine coprire entro il 2025 le aree urbane e le principali linee di trasporto terrestre. Sono state previste diverse tappe: entro il 2016, l'identificazione di alcune bande iniziali per avviare il 5G; entro il 2017, lo sviluppo di *roadmap* nazionali per lo sviluppo delle reti commerciali 5G; a partire dal 2017, lo svolgimento di *trial* 5G; entro il 2018, il lancio delle prime reti di quinta generazione ed entro il 2020, l'avvio dei servizi commerciali 5G in Europa, garantendo che ogni Stato membro abiliti tali servizi almeno in una delle principali città nazionali.

⁴ Introdotto con la direttiva UE 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018. Il nuovo Codice europeo avrebbe dovuto essere recepito a livello nazionale entro dicembre 2020. In attesa dell'emanazione della Legge di delegazione europea il quadro normativo europeo sarà costituito dalle direttive europee del 2002, recepite dall'attuale Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D.lgs. 259/2003, e in particolare dalla direttiva quadro n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica. Analizza le novità apportate dal nuovo Codice europeo M. Nunziata, *Concorrenza e regolazione del mercato nel sistema delle comunicazioni*, in G. Bruno (a cura di), *Diritto delle comunicazioni*, Torino, 2019; B. Nascimbene, *Comunicazioni elettroniche fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Relazione al convegno "Il Codice delle comunicazioni elettroniche nella voce dei protagonisti", Roma, 26 settembre 2018, in *Eurojus*, 22 ottobre 2018, il quale rileva come con la nuova direttiva si punti ad un miglioramento nella collaborazione fra le autorità di regolazione nel quadro di un rinnovato sistema di amministrazione europea. Per un approfondimento sul contenuto delle direttive del 2002 si veda M. Clarich, A. Boso Caretta, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, fasc. 4-5, 685 ss.; M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, fasc. 3, 511 ss.

⁵ Non si tratta infatti di timori recenti dato che già nel 2007 e nel 2010, secondo i dati raccolti dall'Eu-robarometro, l'Italia risultava tra i Paesi con il maggiore tasso di allarme sociale per le conseguenze dell'inquinamento elettromagnetico.

bili trattandosi di una tecnologia nuova. Fonte di preoccupazioni è altresì la convivenza simultanea tra i vecchi sistemi di comunicazione mobile e il 5G: si teme, nello specifico, un aumento esponenziale della potenza dei campi elettromagnetici e quindi il superamento dei limiti legali fissati dal legislatore.

Mentre la prima preoccupazione è stata in parte smentita dagli esperti⁶, più reali sono i timori relativi al superamento delle soglie fissate dalla L. 36/2001, la legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico.

Tale legge⁷ è stata emanata in recepimento della Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999, n. 1999/519/CE, che ha indicato agli Stati membri, come base comune di riferimento, i valori individuati dall'ICNIRP⁸ nelle linee guida del 1998.

Come è stato osservato⁹, con la L. 36/2001 il legislatore ha inteso perseguire tre scopi: tutelare la salute dei lavoratori e della popolazione dagli effetti dell'esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici; promuovere la ricerca scientifica sul tema; preservare l'ambiente e il paesaggio, garantendo l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento con il fine di minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili.

Quanto al primo obiettivo, sono stati stabiliti dei tetti massimi, i c.d. limiti di esposizione, che non possono in alcun modo essere superati, i c.d. valori di attenzione, relativi invece alle zone sensibili, quali abitazioni o scuole, e degli obiettivi di qualità, consistenti sia in criteri localizzativi, rimessi ad una determinazione delle Regioni, sia in ulteriori valori tesi alla progressiva riduzione della esposizione ai campi elettrici ed elettromagnetici.

I limiti di esposizione, i valori di attenzione e i valori relativi agli obiettivi di qualità sono stati poi individuati nel dettaglio con il D.P.C.M. dell'8 luglio del 2003.

⁶ Così come affermato dall'Istituto Superiore di Sanità nella relazione "Emissioni elettromagnetiche del 5G e rischi per la salute", reperibile online al link https://www.iss.it/documents/20126/2265547/5G_e_rischi_per_la_salute.pdf/d50f25e6-25e4-48c8-b8c3-7da28cc57827?t=1575725274470.

⁷ Preceduta, con anticipo rispetto agli altri Paesi europei, dal D.lgs. 112/1998, sempre sul regolamento dell'inquinamento elettromagnetico, che qualificava come «compito di rilievo nazionale» la determinazione di valori limite con il fine di tutelare l'ambiente. L'intervento precursore del legislatore italiano configura un vero primato, così come osservato da P. Crivellari, *La regolazione del rischio sanitario dovuto alle emissioni elettromagnetiche delle antenne per la telefonia mobile. Genesi di un doppio primato italiano*, in *Riv. Ital. Polit. Pubb.*, 2012, fasc. 3, 451 ss.

⁸ Si tratta dell'*International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection*, organismo non governativo, riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, che si occupa di ricerca sul tema dei possibili effetti nocivi sul corpo umano dell'esposizione a radiazioni non ionizzanti.

⁹ A. Borzi, *Inquinamento elettromagnetico: spunti sulla disciplina comunitaria e nazionale, tra precauzione e sostenibilità (parte prima)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, fasc. 2, 136 ss.

Sia la raccomandazione europea che la normativa nazionale, data l'incertezza scientifica sulle conseguenze dannose delle radiazioni elettromagnetiche sulla salute, specialmente a lungo termine, si sono ispirate al principio di precauzione¹⁰.

I limiti fissati dalla legge e dal relativo decreto hanno però "cristallizzato" il rischio consentito: attraverso la previsione di un tetto massimo il legislatore ha indirettamente svolto una valutazione sulla non insidiosità dei campi sottosoglia, mentre, una volta superata la soglia, vi è una presunzione di pericolosità. Il legislatore del tempo ha quindi compiuto un bilanciamento tra un rischio ancora sconosciuto per la salute e lo sviluppo ed uso delle apparecchiature produttive di onde elettriche, magnetiche o elettromagnetiche. Vi è da chiedersi, però, con quali modalità.

Oltre che al principio di precauzione, il legislatore italiano sembra infatti aver applicato il c.d. principio A.L.A.R.A., per esteso, *As Low As Reasonable Achievable*¹¹. Così facendo, si è agito come se le conseguenze dannose di un'esposizione a campi magnetici minori protratta nel tempo fossero universalmente riconosciute a livello scientifico¹². E questo in un'ottica più che cautelativa, quasi tesa al raggiungimento dell'utopistico annullamento del rischio, anche detto "rischio zero".

L'applicazione di tale principio si deduce dal fatto che il D.P.C.M. dell'8 luglio del 2003 ha dettato valori limite nettamente inferiori alle soglie consigliate dall'ICNIRP, riducendo il tetto massimo della potenza concessa fino a dieci

¹⁰ Il principio di precauzione è previsto espressamente dall'art. 191 del TFUE e fa parte dei principi dell'ordinamento europeo cui rinviano l'art. 117, comma 1, Cost. e l'art. 1 della L. 241/1990. Darne una definizione è piuttosto complesso, ma si può brevemente affermare come questo principio abbia una valenza sostanziale ed una procedimentale. Nel primo senso impone di ponderare le scelte in presenza di attività, per alcuni profili vantaggiose, che diano luogo a rischi sconosciuti, nel secondo costituisce un metodo di valutazione dell'incertezza scientifica: una strategia che impone di sottoporre a regolari verifiche gli approdi scientifici e di adottare cautele proporzionali e non discriminatorie. Sul tema si rinvia a R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, 2018. Sul principio di precauzione e il tema dell'inquinamento elettromagnetico, si rinvia a G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. Pub.*, 2004, fasc. 3, 1075 ss.; F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, fasc. 3, 335 ss.; A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, fasc. II, 9 ss. Per un raffronto sulla portata del principio così come inteso dalla giurisprudenza interna ed europea, si veda L. Butti, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, fasc. 6, 809 ss.

¹¹ Ne parla R. Vaira, *Aspetti urbanistico-edilizi dell'installazione degli impianti per la telefonia cellulare e forme di tutela degli interessi coinvolti*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, fasc. 1-2, 88 ss.

¹² V. F. Casolari, *Politiche precauzionali ed esposizione a campi elettromagnetici artificiali: modelli gestionali dell'inquinamento elettromagnetico nel diritto internazionale e comunitario*, in A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, 381 ss.

volte¹³. Una soluzione pressoché isolata non solo nel contesto internazionale, ma anche europeo¹⁴.

Si tratta di soglie molto restrittive, fissate in un momento storico che non aveva ancora visto lo sviluppo delle infrastrutture di telefonia mobile degli ultimi anni, alla stregua di una politica che puntava ancora alla «progressiva minimizzazione» dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici. Nel perseguimento di tale obiettivo non si è tenuto conto che il settore delle comunicazioni elettroniche sarebbe stato in continua e costante evoluzione¹⁵ e che presto sarebbe stato richiesto un aggiornamento del quadro normativo dettato dalla L. 36/2001 e dal suo decreto attuativo. La severità dei tetti soglia costituisce, infatti, un ostacolo allo sviluppo del sistema di telefonia mobile 5G, tanto che appare molto probabile, se non inevitabile, un loro superamento, soprattutto con riferimento agli obiettivi di qualità.

Ciò è stato evidenziato in più occasioni. Così si legge, ad esempio, nella Relazione del CIPRIE¹⁶ del 2017, ove si è evidenziata «la necessità di conciliare le esigenze di sviluppo delle reti mobili di nuova generazione con gli obiettivi di tutela radioprotezionistica della popolazione e salvaguardia dell'ambiente [...] anche attraverso una revisione normativa, considerando che gli attuali limiti determinano una scarsa flessibilità nel dispiegamento delle reti mobili [...]»¹⁷.

Lo stesso ha riferito l'Antitrust nella segnalazione al Parlamento sugli ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e *broadband wireless access* e allo sviluppo delle reti di telecomunicazione in tecnologie 5G, del 21 dicembre 2018¹⁸.

¹³ In realtà è piuttosto complesso tracciare un parallelismo tra i valori del D.P.C.M. dell'8 luglio del 2003 e quelli delle linee guida dell'ICNIRP del 1998, in quanto le stesse prevedono dei valori massimi a seconda della frequenza; diversamente il D.P.C.M. detta delle soglie diverse a seconda che si tratti di limiti di esposizione o di valori di attenzione e obiettivi di qualità. Per dare una idea, così come rilevato da F. De Leonardi, *La Corte Costituzionale sulla necessità degli impianti di telecomunicazione*, *Foro Amm. Cds*, 2003, 2811 ss., quanto ai limiti di esposizione, si è operata una riduzione pari a sette volte, mentre per gli altri valori le soglie nazionali si riducono a un decimo dei valori fissati nel contesto internazionale. Ad ogni modo, i valori consigliati dall'ICNIRP sono stati rivisitati nel corso di quest'anno e leggermente ridotti proprio perché si è voluto tener conto degli sviluppi tecnologici come il 5G. Queste modifiche includono ulteriori restrizioni per garantire che esposizioni a campi elettromagnetici a corpo intero oppure localizzate e di breve durata non risultino eccessive.

¹⁴ Per una comparazione si rinvia allo studio "*Comparison of international policies on electromagnetic fields*", pubblicato dal *National Institute for Public Health and the Environment, RIVM, of Netherlands*.

¹⁵ Parla infatti di «innovazione tecnologica travolgente», C. Calabrò, *Il bilancio di fine mandato dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Relazione sul bilancio di mandato 2005-2012 del Presidente Corrado Calabrò - Roma 2 maggio 2012*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, fasc. 6, 569 ss.

¹⁶ Si tratta del Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico istituito ai sensi dell'art. 6 della L. 36/2001.

¹⁷ E questo «sia per la difficoltà di reperimento e localizzazione ottimale dei siti sia per la quasi assoluta impossibilità di operare attualmente in *site-sharing*, con conseguente moltiplicazione delle installazioni ed aggravio dell'impatto sul territorio».

¹⁸ Qui, si legge che «i problemi di installazione degli impianti di telecomunicazione mobile saranno accentuati con l'avvento del 5G in relazione alla presenza di limiti elettromagnetici estremamente ridotti rispet-

Ugualmente l'AgCom che, nell'indagine conoscitiva svolta in materia di 5G, rileva che «[m]olti rispondenti hanno poi richiamato l'attenzione del regolatore sugli stringenti limiti alle emissioni elettromagnetiche presenti in Italia, che potrebbero porre un freno allo sviluppo degli impianti radio. Tali soggetti hanno quindi richiesto una revisione dell'attuale normativa in ambito di impatto elettromagnetico [...]».

Alcuni passi in questa direzione sono stati compiuti dal Governo, così come si legge nel Rapporto sulle iniziative per il rilancio dell'Italia per il biennio 2020-2022, elaborato dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, presieduto da Vittorio Colao. Con lo scopo di accelerare lo sviluppo delle reti 5G, tra i punti proposti, vi è infatti anche quello di «adeguare i livelli di emissione elettromagnetica in Italia ai valori europei» notevolmente più alti, ma allo stesso tempo inferiori ai livelli di soglia di rischio.

3. *Il principio di unitarietà della rete e il sistema dei controlli*

La disciplina dettata in tema di inquinamento elettromagnetico presenta altresì delle criticità sotto il profilo dei controlli sul rispetto dei tetti alle emissioni.

Alla stregua di un'analisi del quadro normativo, pare infatti sussistere un rischio di parcellizzazione della rete di comunicazioni elettroniche, in aperto contrasto con il principio di unitarietà della rete affermato dal legislatore¹⁹ e riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale²⁰. Le cause di questo rischio sono addebitabili sia alle diverse prescrizioni dettate dai Comuni in termini di localizzazione degli impianti, sia alla mancanza di un coordinamento nella vigilanza sul rispetto dei limiti ai campi elettromagnetici.

Le autorità deputate al controllo sul rispetto dei tetti alle emissioni sono le Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente (ARPA) che intervengono in due diverse circostanze.

L'accertamento sul rispetto dei limiti fissati per legge può aversi innanzitutto su iniziativa degli stessi enti locali, Comuni o Province, ai sensi dell'art. 14 della L. 36/2001. Si tratta di una verifica facoltativa che avviene in un momento successivo all'installazione dell'impianto, a cui segue, in caso di superamen-

to alla media degli altri Paesi europei, nonché di quanto stabilito dalla Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999 e dal parere della Commissione internazionale per la protezione dalle radiazioni non ionizzanti (ICNIRP)[...].».

¹⁹ Si fa riferimento a quanto scritto nella Relazione illustrativa al Codice delle comunicazioni elettroniche, ove si è esposto che «la rete è per sua natura un concetto di per sé non predeterminato nella sua struttura, fisica e logica [...]. La rete è unica a livello globale [...] non ha senso se le singole frazioni non sono connesse fra di loro, quale che ne sia la proprietà e la disponibilità».

²⁰ Cfr. Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 450 e Corte cost., 27 luglio 2005, n. 336.

to delle soglie, una sanzione amministrativa prevista all'art. 15 della stessa legge. Tale misura si presenta tuttavia come inefficace in quanto l'art. 15, nel prevedere le sanzioni applicabili in caso di superamento dei valori massimi di emissioni, ha rinviato l'individuazione delle autorità con poteri sanzionatori al decreto ministeriale che, però, nulla ha previsto al riguardo.

Un controllo del rispetto delle soglie stabilite dal D.P.C.M deve essere, invece, obbligatoriamente svolto nella fase di installazione della infrastruttura di comunicazione elettronica ai sensi dell'art. 87, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche. In questo caso si tratta di una verifica sulla compatibilità del progetto presentato dall'operatore telefonico, nel quale esso stesso indica una previsione di quelle che saranno le emissioni elettromagnetiche prodotte.

Relativamente a questo controllo, è stato criticamente osservato dall'Anti-trust²¹ che talvolta le stesse agenzie, al fine di minimizzare l'impatto dei campi elettromagnetici, fissano in modo ingiustificato limiti alle emissioni o autorizzano gli operatori già esistenti per valori superiori, impedendo così l'erogazione del servizio da parte di nuovi operatori a causa della saturazione dei limiti di emissioni.

Soffermandosi sulla prima funzione descritta, di cui all'art. 14 della L. 36/2001, si osserva che, nel delegare tale compito alle ARPA territorialmente competenti, è mancato un coordinamento con la L. 249/1987, istitutiva dell'AgCom. Questa legge, infatti, all'art. 1, comma 6, lett. a), descrive le funzioni della Commissione per le infrastrutture e le reti, tra le quali figura espressamente il compito di vigilare sui tetti di radiofrequenze compatibili con la salute umana e di verificare che tali tetti non vengano superati.

Nella mancanza di risultanze sullo svolgimento di tale attività, deve ritenersi che, pur mancando una previsione esplicita, per il sopravvenire della legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico, le funzioni delegate all'AgCom siano state implicitamente abrogate. Ciononostante, un controllo accentrato, da sommarsi e non da sostituirsi a quello svolto in sede locale al momento dell'attivazione dell'impianto, sarebbe stato più coerente con la concezione unitaria della rete di comunicazioni elettroniche. Ripristinando una vigilanza da parte di un'autorità indipendente quale l'AgCom, già dotata di importanti compiti con riguardo alla rete e ai servizi di comunicazioni elettroniche, quali ad esempio la facoltà di imporre la condivisione delle infrastrutture di rete tra più operatori²², si potrebbe ottenere una visione di insieme utile proprio per garantire la tutela della salute

²¹ Si fa riferimento alla segnalazione, ai sensi dell'art. 21 L. 287/1990 del 21 dicembre 2018, AS1551 – Ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e *broadband wireless access* e allo sviluppo delle reti di telecomunicazione in tecnologie 5G, in Bollettino n. 49/2018.

²² Così come previsto all'art. 89 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

dei cittadini, senza però frustrare le esigenze allo sviluppo della rete e del servizio di telefonia, il diritto all'interconnessione e all'informazione²³.

Non è sufficiente, al fine di garantire l'unità del controllo, la mera istituzione del Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico, così come previsto dall'art. 6 della L. 36/2001. Da un lato, infatti, il suo insediamento è avvenuto solo nel 2015, dall'altro l'attività del Comitato è comunque stata abbastanza discontinua²⁴ e in ogni caso destinata alla promozione di attività di ricerca e di sperimentazione tecnico-scientifica, nonché al coordinamento dell'attività di raccolta, di elaborazione e di diffusione dei dati.

Nella direzione di un maggiore coordinamento, invece, devono essere letti gli artt. 4 e 7 della L. 36/2001 che hanno previsto l'istituzione di un catasto nazionale delle sorgenti fisse e mobili dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici e delle zone territoriali interessate, al fine di rilevare i livelli di campo presenti nell'ambiente. Tuttavia, anche in questo caso, la istituzione del catasto è stata tardiva, posto che vi si è provveduto solo con Decreto del 13 febbraio 2014 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare.

4. *Le potestà comunali nella fase di installazione degli impianti e il principio di precauzione "urbanistico"*

Un rischio di frammentazione della rete, in grado di compromettere il suo corretto funzionamento e la stessa appetibilità degli investimenti nel settore, deriva soprattutto dal restrittivo esercizio del potere dei Comuni quanto alla localizzazione degli impianti.

Sebbene la procedura di autorizzazione per l'installazione degli impianti sia dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche agli artt. 87 e ss. e sia quindi uniforme sul territorio²⁵, vi possono essere delle iniziative a livello locale in gra-

²³ Nel corso dell'ultimo decennio si è infatti iniziato a parlare di diritto di accesso a Internet e di diritto a non essere esclusi dalla rete, si veda T.E. Frosini, *The Internet access as a fundamental right*, in *Federalismi*, 2013, n. 25. Nello stesso senso, M. Reglitz, *The Human Right to Free Internet Access*, in *Journal of Applied Philosophy*, vol. 37, no. 2, May 2020. Tali prerogative sono state inoltre espressamente riconosciute nella Dichiarazione dei diritti in Internet, elaborata nel 2015 dalla Commissione parlamentare per i diritti e i doveri relativi ad Internet, reperibile online al link https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf. In questa prospettiva, l'accesso a Internet è divenuto condizione essenziale per il pieno sviluppo individuale e sociale della persona, che deve essere assicurata nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla rete.

²⁴ L'attività di relazione al Parlamento sullo stato del rispetto dei limiti ai campi elettromagnetici risulta essere stata effettivamente svolta solo per gli anni che vanno dal 2014 al 2017. Le relazioni sono consultabili al seguente link: <https://www.minambiente.it/pagina/relazioni>.

²⁵ Pur appartenendo alla materia dell'urbanistica e governo del territorio, al fine di garantire una certa uniformità nelle regole relative a tale fase, la procedura di autorizzazione per l'installazione degli impianti è

do di incidere sulle aspettative degli operatori telefonici già autorizzati alla fornitura di rete o di servizi dal Ministero dello sviluppo economico²⁶. È accaduto di frequente che, attraverso l'adozione di norme solo apparentemente urbanistiche, gli enti locali perseguissero surrettiziamente lo scopo di ridurre i campi elettromagnetici, mirando al rischio zero²⁷, mettendo così a repentaglio il citato principio di unitarietà della rete, la tutela della concorrenza e il legittimo affidamento degli operatori.

Può essere utile pertanto chiarire quali siano i poteri delle Regioni e dei Comuni in merito alla localizzazione degli impianti.

A tal riguardo, l'art. 8 della L. 36/2001 attribuisce alle Regioni «l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile», mentre ai Comuni consente di adottare un apposito regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

Tuttavia, mentre all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione sono stati chiariti i limiti del potere legislativo regionale in materia²⁸, più complesso è comprendere il ruolo dei Comuni.

Per risolvere la questione è necessario capire cosa si intenda per «minimizzazione», termine utilizzato all'art. 8, comma 6, L. 36/2001, e in che cosa si sostanzino i poteri dei Comuni.

dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche. In questo modo il legislatore non si è limitato a dettare i principi della materia, come sarebbe dovuto accadere trattandosi di materia di potestà legislativa concorrente, ma ha previsto una disciplina più dettagliata, lasciando per vero, poco spazio ad interessi propri degli enti locali. Secondo G. della Cananea, *I problemi istituzionali del nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in Id. (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 9 ss., complice dell'espansione della potestà legislativa statale in materia sarebbe anche l'avanzamento del diritto europeo.

²⁶ Nonostante l'attività di fornitura di reti o servizi sia un'attività sostanzialmente libera, come enunciato al primo comma dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche, essa è comunque soggetta al rilascio di un'autorizzazione generale. Per l'erogazione del servizio o della rete di comunicazione elettronica, infatti, si deve essere preliminarmente titolari di una autorizzazione generale rilasciata ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche: in questa fase si svolge un controllo sull'impresa destinata a fornire la rete o il servizio, al fine di garantire il rispetto di taluni requisiti oggettivi e soggettivi e la tutela del mercato e della concorrenza.

²⁷ Come giustamente evidenziato da G.D. Comporti, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, fasc. 2, 215 ss.

²⁸ Si fa riferimento alle sentenze della Corte costituzionale del 7 ottobre 2003, n. 307 e 7 novembre 2003, n. 331, con le quali, in sede di rigetto delle questioni di legittimità sollevate con riferimento al Codice delle comunicazioni elettroniche, si è affermato che, posto il divieto di fissare norme più cautelative sui valori dei campi elettromagnetici, le Regioni possono solo dettare «criteri localizzativi e *standard* urbanistici che però rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente la realizzazione degli stessi». In altri termini, alle Regioni spetta l'individuazione del luogo di installazione degli impianti, ma solo in forma generale attraverso la formulazione di criteri e *standard* e comunque sempre tenendo in considerazione la sottesa necessità di realizzare un'efficiente rete di comunicazione. Per un commento alle pronunce si veda F. De Leonardis, *op. cit.*; M. Ceruti, *La Corte Costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 2, 2004, 258 ss.

Non sussistendo una definizione all'interno della legge, è necessario svolgere un'interpretazione sistematica, analizzando il quadro normativo in cui tale potere comunale si inserisce e, in particolar modo, del Codice delle comunicazioni elettroniche che stabilisce le procedure tecnico-amministrative attraverso le quali vengono concesse le autorizzazioni per l'installazione degli impianti a radiofrequenza²⁹.

In primo luogo, occorre evidenziare che gli impianti di telefonia mobile sono stati qualificati all'art. 86, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche, come opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, del T.U. dell'edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001). Questo implica che gli stessi sono compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica³⁰ e ciò è sintomo del riconoscimento, da parte del legislatore, di un principio di necessaria capillarità della localizzazione degli impianti relativi ad infrastrutture di reti di comunicazioni³¹.

In secondo luogo, la giurisprudenza³² ha chiarito che il procedimento descritto nel Codice delle comunicazioni elettroniche e relativo alla installazione dell'impianto è considerato quale procedimento unitario: è prevalsa la tesi dell'assorbimento secondo cui l'autorizzazione comprende anche la verifica di conformità urbanistica ed edilizia dell'intervento³³.

²⁹ Il D.lgs. 259/2003, pur non riguardando direttamente la protezione della popolazione dall'esposizione ai campi elettromagnetici, ha comunque influenzato la disciplina sui campi elettromagnetici ad alta frequenza, in particolare il rapporto tra i poteri urbanistici e sanitari dei Comuni e quelli economici dei soggetti gestori delle reti.

³⁰ Così K. Marcantonio, *Giocare al diritto: la sentenza della Corte Costituzionale n. 336*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, fasc. 6, 171 ss.; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 agosto 2017, n. 3891; Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3853; Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 687; Cons. Stato, 21 aprile 2008, n. 1767; cfr. altresì T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 6 aprile 2019, n. 312, con riferimento alle stazioni radio base; T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. I, 3 gennaio 2019, n. 1, in *Foro amm.*, 2019, fasc. 1, 108 ss., in cui si afferma che «[g]li impianti di telefonia non possono essere assimilati alle costruzioni edilizie, in quanto normalmente non sviluppano volumetria o cubatura, non determinano ingombro visibile paragonabile a quello degli edifici in cemento armato o in muratura, trattandosi invece di strutture che, per esigenze di irradiazione del segnale, si sviluppano solitamente in altezza, tramite strutture metalliche, pali o tralici, talora collocate su strutture preesistenti, e che impongono quindi una valutazione separata e distinta da condursi in specifico riferimento alle infrastrutture telefoniche, dovendosi pertanto escludere la legittimità dell'estensione analogica della normativa edilizia, invero concepita per altri scopi e diretta a regolamentare altre forme di utilizzazione del territorio»; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 maggio 2015, n. 440; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 30 gennaio 2015, n. 114; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 maggio 2015, n. 953; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1° settembre 2015, n. 2186.

³¹ La scelta di inserire le infrastrutture di reti di telecomunicazione fra le opere di urbanizzazione primaria esprime un principio fondamentale della legislazione urbanistica, come tale di competenza dello Stato. Per questo motivo sono state respinte le censure di incostituzionalità relative all'art. 86, comma 3; v. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9404.

³² Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4557; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2005, n. 100; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2002, n. 7274; per pronunce più recenti si vedano: T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 20 marzo 2019, n. 11; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 9 gennaio 2017, n. 50.

³³ P. Ungar, *Pianificazione e procedimento di autorizzazione delle installazioni (il d.lgs. n. 259 del 2003; possibili aggravati del procedimento; rapporto tra normativa edilizia ed ambientale)*, in *Foro amm. CdS*, 2007, fasc. 10, 2937 ss.

Infine, il legislatore negli ultimi anni, con lo scopo di accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento della rete di banda larga mobile, ha sostituito a tale autorizzazione la segnalazione certificata di inizio attività, nel caso in cui la richiesta riguardi infrastrutture preesistenti o una modifica delle loro caratteristiche trasmissive³⁴. Applicandosi tale norma in caso di installazione di apparati con tecnologia UMTS e sue evoluzioni, questo modulo procedimentale semplificato riguarderebbe anche il passaggio a tecnologia 5G.

Analoga logica semplificatoria è presente altresì nell'art. 87-ter del Codice di comunicazioni elettroniche³⁵, laddove si ritiene sufficiente la presentazione di una mera autocertificazione in caso di variazioni non sostanziali dell'impianto.

In virtù di questi dati normativi, si osserva che il legislatore statale, mosso dall'esigenza di facilitare l'adeguamento della rete alle nuove tecnologie e, conseguentemente, stimolare gli investimenti, ha di fatto eroso le prerogative dei Comuni, il cui ruolo esce fortemente ridimensionato, non senza perplessità da parte della dottrina, specialmente per quanto attiene al venir meno del controllo dal punto di vista edilizio³⁶.

Allo stesso modo, con specifico riferimento al regolamento di cui all'art. 8 della L. 36/2001, è divenuto sempre più difficile comprendere quali siano le prescrizioni consentite, mentre più chiari sono i suoi limiti contenutistici. La giurisprudenza che si è occupata del tema ha sancito la legittimità delle prescrizioni che riguardano solo ed esclusivamente i profili urbanistici, cassando tutte quelle disposizioni che si concretizzavano in una rivalutazione del rischio già analizzato dal legislatore statale.

Difatti, seppur con qualche difficoltà³⁷, è stato chiarito che i Comuni non possono prevedere divieti di carattere generale alla localizzazione degli impianti per due ordini di ragioni: innanzitutto perché gli impianti costituiscono opere di urbanizzazione primaria, in secondo luogo perché un divieto generalizzato com-

³⁴ Si veda l'art. 87-bis del Codice delle comunicazioni elettroniche, articolo aggiunto dall'art. 5 bis, comma 1, L. 73/2010.

³⁵ Anche in questo caso, si tratta di un articolo introdotto da una legge più recente e nello specifico dall'art. 6, comma 3, L. 164/2014, con il fine di «accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento delle reti di comunicazione elettronica», come enunciato dallo stesso art. 87 ter.

³⁶ Si vedano G.D. Comporti, *op. cit.*, 244; M. Ceruti, *op. cit.*, secondo cui le norme del Codice riguardanti il procedimento di autorizzazione degli impianti ripropongono i medesimi profili di incostituzionalità del D.lgs. 198/2002, «primo fra tutti, la violazione dell'art. 117, comma 3, della Cost. laddove si introduce una disciplina statale che chiaramente reca non «principi fondamentali» [...], ma norme di dettaglio ed autoapplicative in materie [...] attribuite alla potestà legislativa concorrente delle Regioni».

³⁷ Come osservato da G. Ciaglia, *La disciplina urbanistica delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, fasc. 7, 733 ss., che rileva come sia molto più semplice cogliere i divieti contenutistici dei regolamenti rispetto ai contenuti ammessi; si veda anche M.A. Mazzola, *Pianificazione e localizzazione delle stazioni radio base (SRB) di telefonia cellulare. Riparto di competenze tra Stato, Regioni e Comuni: mal "comune" mezzo gaudio?*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, fasc. 5, 768 ss.

prometterebbe il funzionamento della rete³⁸. Per le stesse ragioni non possono essere prescritti obblighi di distanza in grado di rendere concretamente impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni³⁹.

Quanto detto vale anche qualora tali previsioni siano funzionali non tanto al corretto insediamento urbanistico degli impianti, quanto alla protezione della popolazione dall'inquinamento elettromagnetico⁴⁰. Una previsione di questo tipo costituirebbe un'inammissibile misura di carattere generale, sostanzialmente cautelativa, e si porrebbe in contrasto con l'art. 4 della L. 36/2001, laddove riserva alla competenza dello Stato la determinazione, con criteri unitari, dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, in base a parametri da applicarsi su tutto il territorio dello Stato⁴¹.

Sulla base del dato normativo e della sua interpretazione giurisprudenziale, si evince quindi che il legislatore, all'art. 8 della L. 36/2001, non ha inteso indicare una potestà ulteriore dei Comuni, ma soltanto specificare la portata di quella urbanistico-edilizia⁴².

Non potendo i Comuni fissare dei divieti di installazione generali, ad ogni limitazione territorialmente circoscritta deve sempre corrispondere la possibilità di ubicare l'impianto in un'area alternativa. Nelle ultime pronunce i giudici sembrano però non accontentarsi della mera possibilità di collocare l'impianto in un'altra posizione, poiché si richiede altresì che la collocazione alternativa sia sostenibile dal punto di vista tecnico ed economico e che ciò sia verificato in concreto attraverso un confronto con gli operatori⁴³.

È stato inoltre precisato che in questa valutazione i Comuni non possono ritenere sufficiente la generica possibilità di erogare il servizio, attraverso, per esempio, l'accesso alla rete di altro operatore già presente sul territorio (c.d.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 444; Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3853, dove si afferma che «il legislatore statale, nell'inserire le infrastrutture per le reti di comunicazione fra le opere di urbanizzazione primaria, ha espresso un principio fondamentale della normativa urbanistica, a fronte del quale la potestà regolamentare affidata ai Comuni dall'articolo 8, comma 6 della legge 22-2-1981 n. 36 non può svolgersi nel senso di un divieto generalizzato di installazione in aree urbanistiche predefinite, al di là della loro ubicazione o connotazione o di concrete (e, come tali, differenziate) esigenze di armonioso governo del territorio»; Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 723; Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2014, n. 1955; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9414.

³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3679, dove correttamente si osserva che, così facendo, «i «criteri di localizzazione» (consentiti) si trasformerebbero in «limitazioni alla localizzazione» (non consentite)».

⁴⁰ In questo senso, si veda P. Bertolini, *Principio di precauzione e localizzazione di impianti per la telefonia mobile*, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 3-4, 2014, 361 ss., che rileva come sembri non conforme al principio di precauzione l'adozione di limiti alla localizzazione da parte degli enti locali, anche con riferimento al divieto di installazione di impianti presso siti considerati potenzialmente sensibili; «[t]ali misure paiono, invero, sproporzionate, in quanto la legislazione nazionale, molto più stringente rispetto ai livelli di rischio individuati dalla comunità scientifica internazionale, pare già sufficientemente in grado di prevenire danni alla salute umana».

⁴¹ Così Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3646.

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1431.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3853; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2073.

incumbent). Se si ragionasse in questo modo, infatti, gli operatori telefonici non ancora presenti sul territorio (c.d. *new comers*) sarebbero discriminati rispetto a quelli già presenti con una propria rete perché «un conto [è] svolgere attività di operatore telefonico in *roaming* (utilizzando la rete di un terzo, per giunta concorrente); un altro è avere la propria rete ed utilizzare le proprie frequenze»⁴⁴. Una valutazione di questo tipo vanificherebbe l'iniziativa imprenditoriale dei nuovi operatori, volta a realizzare una rete di loro proprietà e giungerebbe perfino a violare la stessa autorizzazione ministeriale, accordata ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che ha consentito tale iniziativa. Inoltre, si porrebbe in contrapposizione con i canoni fondamentali dell'ordinamento, determinando una compressione della libertà di impresa di cui agli artt. 42 e 43 Cost. e del principio di libera concorrenza, con riflessi significativi anche dal profilo consumeristico.

Il perdurante atteggiamento restrittivo degli enti locali nei confronti dello sviluppo della rete mobile ha stimolato il dibattito circa la compatibilità di una legge che consente l'adozione di questi regolamenti con il diritto dell'Unione Europea. Di recente, infatti, la VI sezione del Consiglio di Stato ha interrogato la Corte di Giustizia sulla compatibilità con il diritto europeo dell'art. 8, comma 6, L. 36/2001, laddove consente alle singole amministrazioni locali di individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile⁴⁵. Secondo il Consiglio di Stato il diritto dell'utente a poter chiamare, essere chiamato e trasmettere dati sempre e dovunque costituisce un «diritto a soddisfazione necessaria» che non può essere compresso o limitato arbitrariamente né da norme statali né tantomeno da atti di enti locali.

Nonostante la legittimità dei dubbi sollevati, il Consiglio di Stato sembrerebbe però aver sollecitato un intervento del giudice europeo al fine di compiere un vero e proprio bilanciamento tra il diritto alla comunicazione e all'informazione e quello alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio. Per questo, per la genericità della questione pregiudiziale sollevata e per il mancato inquadramento del caso concreto, necessario per valutare la compati-

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3679, già citata. Il caso di specie riguardava il rigetto di una domanda di autorizzazione all'installazione di un impianto di comunicazioni elettroniche proposta dal nuovo operatore telefonico Iliad, con riferimento a impianti da realizzarsi nell'isola del Lido di Venezia, località Malamocco. Il rigetto era avvenuto poiché il regolamento edilizio del Comune identificava come indisponibile l'intera area interessata per l'edificazione di nuove postazioni. Il ricorso era stato rigettato in primo grado proprio perché i giudici avevano considerato non eccessivamente limitativo il regolamento edilizio, in quanto l'operatore telefonico Iliad aveva comunque la possibilità di garantire un servizio mediante la sottoscrizione di accordi di *roaming* con l'operatore Wind, già presente sul territorio.

⁴⁵ La questione pregiudiziale è stata sollevata con riferimento all'art. 1, paragrafo 3-*bis*, e all'art. 8 della direttiva quadro, all'art. 9, all'art. 11, paragrafo 1, e all'art. 13 della direttiva «autorizzazioni», nonché all'art. 3, paragrafi 1 e 2, all'art. 4 e all'art. 8, paragrafo 1, della direttiva «servizio universale».

lità della norma nazionale con il diritto europeo, la Corte di Giustizia ha pertanto dichiarato il rinvio manifestamente irricevibile.

5. *Le ordinanze contingibili e urgenti contro il 5G: è possibile una rivalutazione del rischio a livello locale?*

Come già anticipato nell'introduzione del presente articolo, oltre alle restrizioni contenute nei regolamenti emanati ai sensi dell'art. 8 della L. 36/2001, nel corso dell'ultimo anno si è assistito al fiorire di numerose di ordinanze contingibili e urgenti tese a impedire l'installazione di impianti e ricettori 5G⁴⁶.

Si è trattato, più nello specifico, di ordinanze "fotocopia", sostanzialmente identiche nei contenuti, emanate da sindaci di diversi Comuni a volte ai sensi dell'art. 50, comma 5⁴⁷, altre volte sulla base dell'art. 54, comma 4, del D.lgs. 267/2000⁴⁸.

Anche in tal caso, così come per i regolamenti, è emerso dunque un atteggiamento ostile delle autorità locali alla installazione di nuovi impianti di telecomunicazione. Tale chiusura, tuttavia, complice anche l'emergenza pandemica che ha imposto un ricorso di massa agli strumenti telematici, è stata in alcuni casi oggetto di un successivo ripensamento sfociato nella revoca della stessa ordinanza⁴⁹.

Laddove invece una revoca sia mancata può essere utile interrogarsi sulla ammissibilità di questi provvedimenti, anche alla luce del contenzioso originatosi⁵⁰.

Innanzitutto, va affrontato il problema della compatibilità di tali ordinanze con il diritto dell'Unione Europea che, come osservato, pone degli obiettivi per

⁴⁶ I Comuni nei quali sono stati emessi provvedimenti contro l'installazione di antenne 5G ammonterebbero a oltre duecento, così come descritto nell'articolo "*La rivolta dei Comuni contro il 5G*" del quotidiano Repubblica, reperibile al link https://www.repubblica.it/economia/2020/06/16/news/comuni_5g-259344155/?ref=drac-2. Parla di numeri più importanti un articolo de *IlSole24Ore* del 16 giugno 2020.

⁴⁷ La disposizione prevede il potere del Sindaco di adottare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, ordinanze contingibili e urgenti in qualità di rappresentante della comunità locale.

⁴⁸ Ai sensi del quale «[i]l sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione».

⁴⁹ Così nel caso dell'ordinanza n. 544 disposta il 9 giugno 2020 dal Sindaco del Comune di Ragusa e poi revocata a fine novembre. Altrettanto è accaduto nel Comune di Jesolo, relativamente all'ordinanza sindacale n. 29 del 15 luglio 2020.

⁵⁰ Attualmente si sono pronunciati i giudici di primo grado alcuni solo in sede cautelare, altri anche nel merito come nel caso del T.A.R. Campania, sez. VII, 24 luglio 2020, n. 3324, che ha accolto la domanda di annullamento dell'ordinanza sindacale non ravvisandone i presupposti per l'emanazione, tra cui, nello specifico, la mancanza di competenza comunale in ordine alla tutela della salute e l'incombente minaccia dovuta ad una situazione imprevedibile ed eccezionale.

lo sviluppo della rete 5G. Pur essendo la natura delle ordinanze sindacali tutt'oggi discussa, è difficile ammettere che possano derogare al diritto europeo, posto che ciò non sarebbe consentito nemmeno al legislatore statale⁵¹.

Sul versante interno, un secondo ordine di problemi riguarda la possibilità che le scelte compiute dal legislatore nella L. 36/2001 e nel decreto applicativo siano rivalutate a livello comunale in virtù dell'applicazione del principio di precauzione. Come è stato già osservato, con la legge quadro il legislatore ha sostanzialmente deciso entro quali limiti accettare la potenza di un dato campo elettromagnetico. La gestione del rischio da parte del decisore centrale porterebbe quindi ad escludere una sua rivalutazione a livello locale⁵²: ragionando altrimenti si sfocerebbe in una anticipazione del principio di precauzione⁵³.

Ulteriore profilo di illegittimità potrebbe riguardare il principio di proporzionalità, per cui le scelte precauzionali devono sempre essere corrispondenti alla portata del rischio e operare un giusto contemperamento degli interessi in gioco. Presupposto della proporzionalità è evidentemente una puntuale analisi del rischio, necessaria al fine di calibrare le misure ed ottenere un giusto bilanciamento. Nel caso di specie, però, il divieto di installazione non solo è stato disposto in assenza di un'effettiva verifica del superamento dei tetti massimi previsti dalla legge⁵⁴, ma ha anche riguardato l'intero territorio comunale, frustrando così del tutto le aspettative dei gestori.

La mancanza di una seria ed effettiva analisi del rischio incide anche sotto un altro aspetto. Le situazioni fronteggiabili con le ordinanze *extra ordinem* sono unicamente quelle aventi il carattere di straordinarietà e cioè situazioni in cui non è possibile utilizzare gli ordinari strumenti approntati dall'ordinamento giuridico⁵⁵. In altre parole, l'ordinanza contingibile e urgente costituisce uno strumento ammesso solo in casi eccezionali ovvero come *extrema ratio*. Nel caso di specie, però, proprio la mancanza di una seria istruttoria rende evidente il mancato

⁵¹ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 25 febbraio 1997, n. 208.

⁵² Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 3 maggio 2010, n. 2294. Nello stesso senso P. Cosmai, *I limiti, i presupposti e i canoni interpretativi delle ordinanze extra ordinem*, in *Corriere Merito*, 2012, 2 ss., che afferma: «[c]ome noto, infatti, le ordinanze si atteggiavano come “valvole di sicurezza del sistema” da adottarsi esclusivamente allo scopo di fronteggiare concreti accadimenti materiali che mettono in pericolo la collettività, quante volte l'ordinamento non appresti nel caso specifico più puntuali rimedi [...]».

⁵³ Cfr. T.A.R. Calabria, sez. I, 23 ottobre 2020, n. 1670.

⁵⁴ Come osservato da M.A. Labarile, *Localizzazione degli impianti di telefonia mobile (nota a Consiglio di Stato n. 9414/2010)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2011, fasc. 3, 238 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366; Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109; Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1551. Si veda anche V. Cingano, *Poteri del sindaco e inquinamento ambientale*, in *Ambiente & sviluppo*, 2019, fasc. 10, 717 ss.

accertamento del pericolo e quindi la pretestuosità della situazione di emergenza avanzata, molte volte addebitata alle proteste della cittadinanza⁵⁶.

Infine, le ordinanze contro il 5G sembrano prive dei requisiti imprescindibili delle ordinanze contingibili e urgenti: l'urgenza e la temporaneità.

Non vi sarebbe urgenza, poiché l'eventuale rischio per la salute sussisterebbe solo dopo l'attivazione del servizio e non al momento dell'installazione dell'impianto, posto che solo in tale caso vi sarebbe l'emissione di onde radio e un incremento del campo elettromagnetico.

Né sussisterebbe la temporaneità, data la mancanza di un termine di durata certo e prevedibile. Nella totalità delle ordinanze, infatti, la sospensione dell'attivazione del sistema 5G è condizionato alla emanazione di un parere sanitario sui pericoli dell'esposizione alle onde elettromagnetiche da parte di uffici interni, dell'ARPA o altra agenzia o istituto anche internazionale. Pertanto, per quanto non si tratti di una sospensione senza termine in assoluto, si tratta comunque di un divieto con termine indeterminato, *certus an ma incertus quandum*, che rende la durata dell'ordinanza non ragionevolmente prevedibile⁵⁷.

Deve infine osservarsi che sebbene lo scopo delle ordinanze fosse quello di tutelare la salute dei cittadini, proprio la loro emanazione rischia di essere totalmente controproducente rispetto al fine perseguito. È stato rilevato nella già citata segnalazione dell'Antitrust, ma lo stesso è stato osservato dalla giurisprudenza⁵⁸, come «l'inserimento di prescrizioni aggiuntive rispetto a quelle previste dalla normativa nazionale potrebbe determinare una inefficienza della rete degli operatori che si traduce nella necessità per questi ultimi di installare un maggior numero di impianti per compensare l'impossibilità di installare gli stessi in determinate zone del Comune». È evidente che a un maggior numero di impianti corrisponderà un innalzamento dei valori del campo elettromagnetico.

Nel tentativo di porre un freno alle ordinanze sindacali è da ultimo intervenuto il legislatore con il D.l. 76/2020, successivamente convertito con Legge 120/2020. L'art. 38, comma 6, del Decreto Semplificazioni ha modificato il comma 6 dell'art. 8 della L. 36/2001, escludendo espressamente la possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e, in ogni caso, «di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contin-

⁵⁶ Non rientrerebbero nella nozione di straordinarietà eventuali proteste della cittadinanza tese a bloccare i lavori relativi alla installazione di infrastrutture per il servizio di telefonia mobile, così T.A.R. Campania, sez. VII, 7 dicembre 2020, n. 5915.

⁵⁷ Per un approfondimento dei contenuti imprescindibili delle ordinanze sindacali si rinvia a M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, fasc. 3, 641 ss.

⁵⁸ T.A.R. Bolzano, 8 giugno 2016, n. 183; T.A.R. Bolzano, 22 giugno 2016, n. 201; T.A.R. Bolzano, 29 giugno 2016, n. 210.

gibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell'articolo 4».

Tale disposizione, recependo evidentemente l'indirizzo della giurisprudenza, sancisce, per un verso, l'illegittimità di un divieto generalizzato alla installazione degli impianti, per un altro, l'impossibilità di adottare ordinanze contingibili e urgenti in una materia la cui competenza è riservata allo Stato.

6. *Alcune considerazioni conclusive*

Il quadro che si è tentato di tracciare evidenzia chiaramente alcune disarmonie di fondo che potrebbero rendere complesso l'avvio del servizio di comunicazione mobile 5G e il rispetto delle tempistiche tracciate nell'*Action Plan* dalla Commissione Europea.

Si osserva in primo luogo che, ora più che mai, il legislatore è chiamato ad operare una scelta e, alla stregua di una rivalutazione scientifica del rischio, verificare la possibilità di innalzare le soglie ai campi elettromagnetici. Un adeguamento imposto, oltre che per ragioni prettamente economiche, anche per risolvere il problema del *digital divide* ed assicurare in questo modo, un adeguato accesso alla rete sull'intero territorio nazionale.

Una riformulazione della disciplina dettata in materia di inquinamento elettromagnetico potrebbe essere inoltre l'occasione per creare un momento di confronto e di informazione in ordine all'entità dei fenomeni inquinanti, nel quale imprese e cittadini possano liberamente dialogare⁵⁹. In tal senso, è sicuramente positiva l'esperienza bolognese che ha visto l'istituzione di un Tavolo permanente sul 5G con Ausl, ARPA, esperti scientifici, operatori telefonici e comitati di cittadini, al fine di avviare un dialogo costruttivo e impedire allarmismi ingiustificati.

Un intervento sull'assetto normativo sarebbe auspicabile anche per non delegare il bilanciamento dei valori in gioco agli organi giurisdizionali, evitando il ricorso al giudice quale «azzardo da tentare contro l'incertezza»⁶⁰. La giurisprudenza, infatti, non può essere chiamata a decidere sulla sussistenza di un rischio per la salute, posta la mancanza di evidenze scientifiche certe sul tema. Non può operare una scelta tra diritto alla salute e ad un ambiente salubre e la libertà di

⁵⁹ In questo senso sembra andare anche la giurisprudenza: ci si riferisce alla pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 500 che impone ai Ministeri dell'ambiente, della salute e dell'istruzione di provvedere ad adottare una campagna informativa avente a oggetto sia la individuazione delle corrette modalità di uso degli apparecchi di telefonia mobile, sia l'informazione sui rischi per la salute e ambiente.

⁶⁰ Così F. Merusi, *Dal fatto incerto alla precauzione la L. sull'elettromog.*, in *Foro Amm. CdS*, 2001, fasc. 1, 221 ss.

comunicazione, il diritto all'interconnessione e la libertà di iniziativa economica, divenendo così al contempo regolatore e fonte del diritto⁶¹.

Un secondo ordine di problemi che si ritiene di evidenziare attiene, invece, alla cesura tra le due fasi in cui è suddivisa la procedura finalizzata alla erogazione di un servizio di comunicazione tramite telefonia mobile su propria rete⁶².

Come si è visto, la fase di assegnazione della licenza, svolta sotto il controllo del Ministero dello Sviluppo Economico e dell'AgCom, è in grado di essere incisa dall'atteggiamento restrittivo dei Comuni nella seconda fase relativa alla installazione dell'impianto. Sebbene si tratti di fasi distinte, gestite sotto il controllo di enti diversi e teatro di interessi differenti, il principio di unitarietà della rete richiederebbe un maggiore coordinamento tra i due momenti, in modo da non compromettere le aspettative degli operatori già licenziatari. La mancanza di un coordinamento, infatti, incide su valori quali la certezza del diritto e lede l'affidamento dei privati, con pesanti ripercussioni anche sul regime della concorrenza⁶³ e sulla competitività del Paese⁶⁴.

⁶¹ Come giustamente osservato da L. Belviso, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 1, 144 ss.

⁶² Analogo problema è analizzato con riferimento ad altro settore a rete, e cioè il servizio idrico, da A. Tonetti, *Investimenti infrastrutturali e (in)certeza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, fasc. 11, 1102 ss.

⁶³ Così G. della Cananea, *op. cit.*, 14.

⁶⁴ Ciò è quanto è stato peraltro ribadito nella segnalazione, già citata, dell'Antitrust che non esclude un suo possibile intervento *ex art. 21-bis* della L. 287/1990.

Michela Leggio - Abstract

L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G

Il presente saggio si occupa di analizzare la difficile convivenza tra il nuovo sistema di comunicazione mobile 5G e il vigente quadro normativo, fornito dalla L. 36/2001 sull'inquinamento elettromagnetico e il Codice delle comunicazioni elettroniche. Lo studio, in particolare, si sofferma sulla restrittività dei limiti di esposizione fissati dal legislatore e sul potere degli enti locali in merito alla localizzazione degli impianti di telefonia, potere spesso esercitato con l'intento di fornire una maggiore tutela alla salute e in aperto contrasto con il *favor* del legislatore nazionale per lo sviluppo delle nuove tecnologie in materia di comunicazioni elettroniche.

The obsolescence of electronic communications regulatory framework to the test of new technologies: the case of 5G

The article analyzes the difficult coexistence between the new 5G mobile communication system and the current regulatory framework, provided by Law 36/2001 on electromagnetic pollution and the Electronic Communications Code. The paper, in particular, focuses on the restrictiveness of the exposure limits set by the legislator and on the power of local authorities regarding the localization of telephony plants, a power often exercised with the aim of providing greater health protection and in open conflict with the intent of the national legislator of promoting the development of new technologies in electronic communications.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

ELISA BELLOMO, Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro” (bellomo.elisa@gmail.com)

GIULIA BETTIN, Professore Associato di Economia Politica, Dipartimento di Scienze Economiche e Sociali, Università Politecnica delle Marche (g.bettin@univpm.it)

ALICE CAPUTO, Professore a contratto di Diritto penale, Università degli Studi di Salerno (alicecaputo@virgilio.it)

MICHELE COZZIO, Professore a contratto, Università degli Studi di Trento (michele.cozzio@unitn.it)

VIVIANA DI CAPUA, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Federico II” (viviana.dicapua@unina.it)

FABRIZIO FRACCHIA, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università L. Bocconi di Milano (fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

MICHELA LEGGIO, Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano - Bicocca (m.leggio4@campus.unimib.it)

SAUL MONZANI, Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli studi di Bergamo (saul.monzani@unibg.it)

CLARA NAPOLITANO, Ricercatore di Diritto amministrativo, abilitata alle funzioni di Professore associato, Università del Salento (clara.napolitano@unisalento.it)

GIANFRANCO ORLANDO, Assegnista di ricerca in Diritto civile, Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria (gianfranco.orlando@unirc.it)

PASQUALE PANTALONE, Ricercatore di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano, (pasquale.pantalone@unimi.it)

NICOLETTA PARISI, Professore ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Catania (nicoletta.parisi@unicatt.it)

ROBERTO SAJIA, Ricercatore confermato di Diritto agrario, Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria (roberto.saija@unirc.it)

SILVIA SALARDI, Associate Professor of Philosophy of Law and Bioethics, University of Milan-Bicocca, (silvia.salardi@unimib.it)

STEFANIA SANTAMARIA, Dottore di ricerca, Università degli studi di Napoli Parthenope (stefania.santamaria@uniparthenope.it)

GABRIELE SERRA, Magistrato T.A.R. e Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Cagliari (gbs.gabrieleserra@gmail.com)

LAURA TRUCCHIA, Ricercatore di Diritto Amministrativo, Dipartimento di Management, Università Politecnica delle Marche (l.trucchia@univpm.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it