

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

luglio 2020

2

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

La rivista prosegue l'ordinaria pubblicazione degli articoli, ospitando altresì i contributi aventi a oggetto l'analisi delle ripercussioni che la diffusione del Coronavirus ha sul diritto, già pubblicati nella sezione *Diritto ed emergenza sanitaria*.

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 66, n. 102 (2-2020)



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
Pubblicato nel mese di settembre 2020

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 Tor Vergata - 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)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Francesco Vetrò	(Università del Salento)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Silia Gardini (delegata dal Direttore)	Pasquale Pantalone
Giovanni Barozzi Reggiani	Martina Germanò	Michela Petrachi
Lorenzo Bimbi	Annalaura Giannelli	Susanna Quadri
Lorenzo Caruccio	Giuseppe La Rosa	Francesco Scalia
Elisabetta Codazzi	Alberto Marcovecchio	Scilla Vernile (delegata dal Direttore)
Michela Colapinto	Calogero Micciché	Alice Villari
Letterio Donato	Viviana Molaschi	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. 102 (2-2020)

ARTICOLI E SAGGI

Diritto ed emergenza sanitaria

<i>Estanislao Arana García</i> , Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro sistema político, social e institucional.....	15
<i>Francesco Siciliano</i> , Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia..... »	37
<i>Ilde Forgione</i> , La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia..... »	71
<i>Giordana Strazza</i> , Il "tempo" del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini..... »	107
<i>Barry Sullivan</i> , COVID-19 and American Democracy..... »	123
<i>Silia Gardini</i> , Note sui poteri amministrativi straordinari..... »	147

Seconda parte

<i>Fabrizio Fracchia</i> , <i>Walter Giulietti</i> , Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico..... »	203
<i>Jacqueline Morand-Deville</i> , La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Un patrimoine intangible. Entre espoir d'éternité et risque de rupture..... »	231
<i>Paola Piras</i> , Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I <i>social media</i> per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?..... »	241
<i>Antonio Leo Tarasco</i> , <i>Michele Giaccaglia</i> , Facebook è gratis? "Mercato" dei dati personali e giudice amministrativo..... »	265
<i>Mariaconcetta D'Arienzo</i> , <i>Sara Pugliese</i> , Pianificazione portuale in Italia alla luce dei riflessi della politica europea dei porti..... »	305
<i>Viviana Molaschi</i> , Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile..... »	345
<i>Vitor Rhein Schirato</i> , Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites. »	373
<i>Marina Romano</i> , Non-profit organizations following third sector reform in Italy..... »	387

<i>Stbéfano Bruno Santos Divino</i> , Brief considerations on Privacy's ontology.....	»	403
<i>Sabrina Tranquilli</i> , Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano	»	427
<i>Alice Caputo</i> , La corruzione tra privati. Tra circolarit� e autonomia.....	»	465
<i>Enrico Guarnieri</i> , I confini incerti delle patologie e la tutela del terzo nel silenzio assenso fra (de)procedimentalizzazione e semplificazione.....	»	485
<i>Leopoldo Esposito</i> , Cessione di credito o delegazione di pagamento? Analisi del ruolo della cessione del quinto in un'economia di crisi	»	513
<i>Viola Cappelli</i> , Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico.....	»	547
<i>Angelo Giuseppe Orofino</i> , La solidariet� in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto	»	571
NOTE SUI COLLABORATORI	»	599

Diritto ed emergenza sanitaria

Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro sistema político, social e institucional

Estanislao Arana García

RESUMEN: 1. El superapoderamiento del Poder Ejecutivo frente a los Poderes Legislativo Y Judicial crece con el Covid-19. – 1.1. Declaración del estado de alarma constitucional: ¿una declaración necesaria o un poder absoluto para el Gobierno? – 1.1.1. La previsión constitucional de situaciones excepcionales que otorgan al Poder Ejecutivo potestades excepcionales que van más allá de las que otorga la legislación ordinaria. – 1.1.2. La declaración del estado de alarma en España mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo: ¿afectación o suspensión de derechos fundamentales que hubiese requerido la declaración de estado de excepción? – 1.2. La declaración del estado de alarma no conlleva la suspensión o interrupción del funcionamiento de otros poderes o instituciones del Estado. – A) El caso del Poder legislativo: la necesidad de adaptación del funcionamiento del Poder legislativo a la utilización de herramientas o técnicas on line. – B) El caso del Poder judicial: el COVID 19 no puede ser una excusa para paralizar el funcionamiento de la Administración de Justicia y poner en peligro el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. – C) La paralización de instituciones e instrumentos que garantizan la transparencia en el funcionamiento de la Administración del Estado: el Registro de Contratos del Sector Público y el Portal de la Transparencia. – 2. El establecimiento de filtros a la redes sociales: ¿intento de evitar noticias fake o una limitación a la libertad de expresión y un control injustificado de las comunicaciones? – 3. Decisión política y criterio técnico: la vía de la exención de responsabilidad de los políticos.

1. *El superapoderamiento del Poder Ejecutivo frente a los Poderes Legislativo Y Judicial crece con el Covid-19*
- 1.1. *Declaración del estado de alarma constitucional: ¿una declaración necesaria o un poder absoluto para el Gobierno?*
- 1.1.1 *La previsión constitucional de situaciones excepcionales que otorgan al Poder Ejecutivo potestades excepcionales que van más allá de las que otorga la legislación ordinaria*

Una de las medidas más discutidas y discutibles de las adoptadas en España para tratar de superar la pandemia del COVID 19, ha sido la declaración por parte del Gobierno de España del estado de alarma. El artículo 116 de la Constitución Española de 1978 diferencia tres situaciones excepcionales: estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio. Estas declaraciones se desarrollan, además de en el artículo 55 de la propia Constitución, en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

Como establece el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes. De lo que se trata, en definitiva, es de apoderar al Estado (principalmente al Poder Ejecutivo) para que trate de mantener «la normalidad de la vida social» con poderes cuya intensidad exceda los habituales o propios de un estado o situación normal. Los principios de necesidad y de proporcionalidad son las dos guías con las que el Estado tendrá que hacer uso de estos poderes excepcionales. Fundamentalmente, se trata de reforzar los poderes del Ejecutivo para que pueda tomar decisiones y limitaciones y restricciones de los Derechos fundamentales que, en situaciones de normalidad y en muchas ocasiones, requerirían la autorización del poder judicial.

Lo primero que deberíamos cuestionarnos, por tanto, es la existencia del supuesto de hecho que habilita la declaración de uno de los estados de apoderamiento especial previstos en la Constitución. Es decir, deberíamos de estar ante un supuesto en el que, realmente, los poderes ordinarios que prevé la legislación sectorial no son suficientes. En el caso español, tanto la legislación sanitaria como la de protección civil, otorgan poderes muy importantes a la Administración pública encargada de ejecutarla.

Por citar la legislación estatal más importante, tenemos la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP); el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS); y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP); Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (esta norma, por ejemplo, prevé la figura de las «emergencias de interés nacional» – art.28 – que habilitan la intervención de la Unidad Militar de Emergencias – UME-); Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (esta norma, por ejemplo, instaura la figura de la «situación de interés para la Seguridad Nacional» – art. 23)¹.

¹ Una referencia a esta normativa puede verse en F. Bombillar Sáenz, *Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del Covid-19*, en E. Atienza Macías, J.F. Rodríguez Ayuso (Directores), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, 2020.

Estas normas ofrecen una multiplicidad de potestades a la Administración Pública para hacer frente a las crisis sanitarias: la incautación o inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, los cierres de instalaciones del más diverso tipo, la intervención de medios materiales y personales, etc. Esta enumeración de medidas es, en todo caso, ejemplificativa. No puede ser de otra forma. Y es que estas medidas son las que previsiblemente serán suficientes para hacer frente a la crisis sanitaria. Pero, ¿y si no los son? El Legislador ha tenido la precaución de pensar en una solución jurídica para estos supuestos. Ha incluido cláusulas generales en todas las disposiciones legales, que permiten a las autoridades sanitarias adoptar las «medidas necesarias» para luchar contra estas emergencias. Dicen estas leyes que estas autoridades «adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes» o «cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» (art. 26.1 LGS); «cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley» o «cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud pública» (art. 54 LGSP); o «las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» (art. 3 LOMESP). Piénsese en «esas otras medidas necesarias» que ya se han adoptado como el confinamiento de poblaciones enteras en España o de regiones enteras en Italia, por no hablar de todo el país. Nos encontramos aquí en el ámbito de lo que la doctrina iuspublicista occidental ha denominado «reglamentos de necesidad»².

Entonces, si la legislación sectorial ordinaria arbitra medidas extraordinarias y de excepción suficientes, de hecho, muy similares a las que se han adoptado con la declaración del estado de alarma, ¿por qué acudir a esta declaración constitucional tan excepcional? Posiblemente, el efecto simbólico sobre la población y la centralización de todo el poder en un estado tan descentralizado territorialmente como el español sean las razones que expliquen acudir a una medida tan excepcional como la que ha tenido lugar. Efectivamente, la declaración del estado de alarma ha tenido como efecto, al menos inicialmente, el que no se cuestione ninguna de las medidas que adopta el Gobierno para hacer frente a la pandemia y los efectos de la misma. Ha actuado como una especie de escudo protector del Poder Ejecutivo que ha provocado, insisto, inicialmente al menos, la inmunidad frente a la crítica. Sin embargo, este efecto no puede durar siempre y una vez pasado ya casi un mes y medio de su declaración, el escudo se va debilitando y la opinión pública empieza a cuestionar y discutir muchas de las medidas que se adoptan. Quizás, pasado el primer efecto, no estaría mal que se replantease la situación y se diera más protagonismo al Parlamento en la toma de decisiones de tanta incidencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. En cualquier caso, las suce-

² V. Álvarez García, *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, en *Coronavirus... y otros problemas* en *El Cronista*, Números 86-87 (Marzo-Abril 2020), 9.

sivas solicitudes de prórroga al Parlamento deberían estar motivadas en las condiciones sanitarias que justificaron su declaración inicial. Se requiere un esfuerzo cada vez mayor para justificar objetivamente, la necesidad de mantener esta situación de carácter excepcional. La excepcionalidad no se puede convertir en la regla y sólo con una cuidadosa y completa justificación es posible mantenerla.

Pero bueno, quizás esta sea una reflexión que pertenece más a las conclusiones que a esta parte inicial del trabajo. Sigamos con el régimen jurídico constitucional de los estados excepcionales para comprender plenamente las consecuencias jurídicas de la decisión tomada en España. El estado de alarma es declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicha declaración. El artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, admite la declaración del estado de alarma ante «Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». En cuanto a la relación del Gobierno con el Parlamento en el estado de alarma, el Art. 8 de la Ley Orgánica citada señala que «El Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida». Dar cuenta es la obligación que adquiere el Gobierno con el Parlamento en esta situación.

El estado de excepción también es declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

Respecto a este estado que procederá en situaciones más graves a las que, en principio, habilita el estado de alarma, el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1981, establece que «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

La diferencia con lo que sucede en el estado de alarma es sustancial, aquí no basta con dar cuenta al Parlamento sino que es el Parlamento el que discute y aprueba finalmente las medidas propuestas por el Gobierno. De conformidad con el Art. 55 de la Constitución, el estado de excepción procederá cuando se suspendan derechos como los reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2

y 3, artículos 19, 20, apartados 1 a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 3. Entre esos derechos están, por ejemplo, el de circulación por el territorio nacional (Art. 19) que es uno de los afectados por la declaración del estado de alarma.

Finalmente, el estado de sitio será declarado por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

1.1.2 *La declaración del estado de alarma en España mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo: ¿afectación o suspensión de derechos fundamentales que hubiese requerido la declaración de estado de excepción?*

Esbozado, mínimamente, el régimen jurídico que corresponde a cada una de las situaciones extraordinarias que contempla nuestra Constitución de 1978, hay que referirse al debate jurídico y político planteado en España con motivo de la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³.

Algunas de las medidas más importantes que se contienen en este Real Decreto, afectan muy directamente a algunos de los Derechos fundamentales de la CE. El debate se centra en si la afectación que se ha producido a determinados derechos fundamentales, especialmente el de circulación por el territorio nacional reconocido en el Art. 19 de la CE, tiene el suficiente alcance como para considerar que, realmente, se ha producido una suspensión del derecho y no una simple limitación o restricción del mismo. De haberse producido una suspensión, por ejemplo, del derecho fundamental de circulación, el estado constitucional de alarma no daría suficiente cobertura a esta declaración ya que sólo se debería de haber producido mediante una declaración de estado de excepción. La diferencia entre una y otra situación es, como dijimos anteriormente, sustancial y tiene que ver con el papel del Parlamento ante la declaración del Gobierno. De estar ante una suspensión de derechos fundamentales, debería haberse tenido que aprobar un estado de excepción y no de alarma, el Congreso de los Diputados (el Poder Legislativo) tendría que haber autorizado dicha declaración del Gobierno (Poder Ejecutivo).

³ A título de ejemplo, véanse las reflexiones de F.J. Díaz Revorio, *Cosa de juristas*, en el blog del propio autor (<https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/>) y de A. García Figueroa, *Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación*, en *Almacén de Derecho* (<https://almacendederecho.org/category/autor/alfonso-garcia-figueroa/>); M.A. Presno Linera, *¿Por qué “estado de alarma” por coronavirus y no “estado de excepción”?* (<https://presnolinera.wordpress.com/author/presnolinera>).

Mientras que en la situación actual, esto es, con la simple declaración de estado de alarma, el Gobierno sólo acude al Parlamento a dar cuenta y solicitar la prórroga correspondiente cada 15 días, la declaración del estado de excepción hubiese requerido la autorización del Congreso tras el oportuno debate sobre las medidas necesarias a adoptar.

Aunque el debate científico y riguroso de una cuestión de tanta trascendencia, me llevaría mucho más lejos de lo que en este momento puedo ir, la cuestión se centraría en delimitar si las medidas contenidas en el Artículo 7 del Real Decreto 463/2020 y que se autotitula «Limitación de la libertad de circulación de las personas» es, realmente, una restricción de dicho derecho fundamental o dado su contenido, en la práctica, lo que se ha producido es una verdadera suspensión de dicho derecho.

Desde una perspectiva de teoría general del derecho, García Figueroa defiende que estamos ante una auténtica limitación que no suspensión ya que la regulación que ofrece el mencionado Real Decreto no hace perder el carácter ponderable del mencionado derecho y cabe interpretar el citado art. 7.1 como una medida abierta a un ejercicio de ponderación asociado a la propia naturaleza de nuestros derechos fundamentales.

Para autores como Álvarez García, las tres situaciones excepcionales recogidas en la Constitución de 1978 no responden a diferentes grados de intensidad en la situación de excepción sino a una cuestión cualitativa. Al no haber desórdenes públicos graves por el momento, lo que procede en el caso de la situación excepcional creada por el COVID 19 es el estado de alarma⁴.

Bajo mi punto de vista, hubiese resultado más conforme con el Estado Democrático de Derecho optar por la declaración del estado de excepción y permitir un debate más claro y transparente en el Parlamento sobre las medidas a adoptar. La situación es de tal gravedad que difícilmente se habría negado al Gobierno el reforzamiento de sus poderes habituales de habérselo pedido al Parlamento (así se está demostrando con las sucesivas prórrogas adoptadas por una amplia mayoría parlamentaria). Sin embargo, la tendencia durante los últimos años por parte del Poder Ejecutivo a acaparar más y más poder en detrimento, especialmente, del Poder Legislativo, explica, sin duda, esta decisión. El papel del Parlamento Español es cada vez más irrelevante y sigue siendo devorado por los partidos políticos que son los verdaderos núcleos de decisión en el modelo de Estado actual.

La decisión de optar por un tipo u otro de declaración (alarma o excepción) no debería estar exenta de control. Sin embargo, como seguidamente veremos, la naturaleza jurídica de este tipo de disposiciones según ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la propia de las normas con rango de ley y,

⁴ V. Álvarez García, *El Cronista...* cit. Anteriormente, 10.

por tanto, su enjuiciamiento está muy limitado y circunscrito al Tribunal Constitucional. Tendrá que ser, por tanto, el máximo intérprete constitucional el que determine si el Gobierno ha utilizado o no, dada la afectación o suspensión de derechos fundamentales, la medida excepcional adecuada.

Pero si esa naturaleza legal o cuasi legal del Real Decreto impide su enjuiciamiento por parte de los tribunales ordinarios y, por tanto, posiblemente, la adopción de medidas provisionales o cautelares de forma previa al enjuiciamiento de fondo, debería exigírsele algunos de los requisitos propios del procedimiento legislativo. Al menos, debería exigírsele el contar con un informe previo del Consejo de Estado que es el supremo órgano consultivo del Gobierno según la definición establecida en el Art. 107 de la CE.

Aunque formalmente no está previsto con carácter preceptivo el informe del Consejo de Estado en este tipo de situaciones, qué duda cabe de la oportunidad de dicha consulta en la medida en que la función consultiva de este órgano está orientada a velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado). Tratándose de una medida con tanta repercusión social y jurídica y siendo, seguro, consciente el Gobierno de las dudas que se planteaban respecto a la declaración de uno u otro tipo de estado excepcional, bien podría haberse solicitado de urgencia un informe al Consejo de Estado para reforzar una decisión tan importante como la adoptada.

Existen numerosas quejas al Defensor del Pueblo que pretenden que se interponga por éste un recurso de inconstitucionalidad frente a la declaración del estado de alarma. También se anuncia algún recurso por parte de algún partido político con suficientes diputados en el Parlamento como para su interposición⁵. Sí tenemos noticia por la prensa de la presentación por particulares de recursos en el orden contencioso-administrativo, vía protección de Derechos fundamentales, frente al Real Decreto que declaró el estado de alarma al considerar que un estado de alarma no puede prohibir de manera genérica el ejercicio de los derechos fundamentales que contiene la Constitución. El Tribunal Supremo ha admitido a trámite alguna de ellas pero, lógicamente, la Abogacía del Estado está esgrimiendo la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 (la que enjuició la declaración del estado de alarma por la huelga de los controladores aéreos), que estableció que todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los tres estados de emergencia que contempla el artículo 116 de la Constitución (alarma, excepción y sitio) «quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tri-

⁵ Por la prensa, tenemos noticia de que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad presentado a instancia del partido político VOX (con fecha de 6 de mayo de 2020).

bunal Constitucional»⁶. Se trata de la misma doctrina contenida en el Auto del propio Tribunal Constitucional 7/2012.

Por tanto, a pesar de, nominalmente, tener la forma de Real Decreto, se trataría de una disposición normativa con fuerza de ley y, por tanto, en principio, quedaría fuera del alcance de la jurisdicción ordinaria siendo el Tribunal Constitucional el único con competencia para enjuiciarlo. No obstante, a pesar de esa primera interpretación, existen opiniones de expertos en Derecho constitucional que entienden que el Real Decreto debería ser objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Supremo y que ese supuesto valor de ley no puede obviar las posibilidades de impugnación de una norma que además de declarar formalmente el estado de alarma, contiene regulación material en ámbitos que no pueden quedar exentos de control⁷. El Tribunal Supremo, finalmente, ha inadmitido la demanda interpuesta por un particular frente al Real Decreto de declaración del estado de alarma porque entiende que es competencia del Tribunal Constitucional. El Supremo argumenta que no tiene jurisdicción sobre la impugnación directa de los decretos de declaración del estado de alarma y de sus prórrogas, ya que son «disposiciones de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas con fuerza de ley cuyo control corresponde al Tribunal Constitucional por los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes». Sin embargo, lo que sí admite el Tribunal Supremo es entrar al análisis de las órdenes de desarrollo del Real Decreto: «la falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas, pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma ni tampoco respecto de sus actos de aplicación».

De este modo, el auto, ponencia del magistrado Jorge Rodríguez Zapata, sí admite el recurso que el particular demandante, un abogado llamado Nicolau,

⁶ La demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición por Auto de 1 de junio de 2012, en cuanto declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo núm. 153/2011 promovido por los ahora solicitantes de amparo contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010. Para el órgano judicial, como se ha dejado constancia en los antecedentes de esta Sentencia, los Reales Decretos y el Acuerdo del Consejo de Ministros recurridos no son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de disposiciones que se sitúan fuera del ámbito definido para este orden jurisdiccional por los arts. 106 CE y 1 y 2 LJCA.

⁷ Puede verse el Dictamen elaborado por cinco Catedráticos de Derecho Constitucional en la siguiente dirección web: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pQHboJok0yYJ:https://www.20minutos.es/uploads/files/2020/04/29/Asunto%2520Curro-%2520Dictamen%2520Firmado%2520.pdf+%26cd=2&hl=es&cr=clnk&gl=es&client=firefox-b-d>

presentó también contra la Orden SND 370/2020, del Ministerio de Sanidad, que desarrolla las condiciones fijadas para los desplazamientos de los niños durante esta situación de estado de alarma, a raíz de que el abogado pidiera que su hija pudiese trasladarse con él a Alp. La Sala estudiará las alegaciones de las partes e indica que si la orden resultase contradictoria con la Constitución, el Supremo «promovería cuestión de inconstitucionalidad, como indica de forma expresa la doctrina constitucional», para ser analizada por el tribunal de garantías. El auto sí rechaza las cautelarísimas que solicitaba el abogado a este respecto porque descarta la urgencia invocada para resolver sin oír a las partes.

Otra cuestión sería, como afirma el propio Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia, que las personas afectadas por esas disposiciones pudieran interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el art. 55.2 LOTC. Esta sería la única, y complicadísima vía en la actualidad, de que un particular pudiera acceder a cuestionar la decisión gubernamental que le pudiera estar afectando a sus derechos fundamentales.

Es más, se pudiera entender que, en un primer momento, la gravedad de la situación determinase al Gobierno solicitar el estado de alarma por la mayor facilidad procedimental en su adopción. Sin embargo, comprobado el malestar provocado con esta decisión, podría haberse tratado de corregir el rumbo, haber consultado a órganos constitucionales posiblemente competentes y, en definitiva, haber intentado minimizar los riesgos jurídicos que ahora mismo tenemos planteados. ¿Qué pasaría con las más de 60.000 denuncias interpuestas a particulares por vulnerar el estado de alarma, circulando por la vía pública fuera de los límites del Real Decreto si finalmente el Tribunal Constitucional declara que lo más adecuado y conforme con la Constitución era haber declarado el estado de excepción y no el de alarma?

1.2. *La declaración del estado de alarma no conlleva la suspensión o interrupción del funcionamiento de otros poderes o instituciones del Estado*

A) *El caso del Poder legislativo: la necesidad de adaptación del funcionamiento del Poder legislativo a la utilización de herramientas o técnicas on line*

Una de las medidas que, con carácter general, establece la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio es que en cualquiera de las tres situaciones extraordinarias que regula, dicha declaración no conlleva la interrupción del normal funcionamiento de los poderes constituciona-

les del Estado. Es decir, la Constitución y la normativa que regulan estos estados excepcionales pretenden reforzar los poderes del Gobierno para tratar de poner solución a la situación que justifica su aprobación. Pero este apoderamiento no debe suponer, en ningún caso, la suspensión o la interrupción del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.

En el caso español hemos vivido una extraña situación al suspenderse gran parte de la actividad parlamentaria durante unas semanas. La decisión, inicialmente, tuvo su origen en el contagio de algunos de los parlamentarios de uno de los grupos con mayor representación. Por precaución, el resto de parlamentarios de dicho grupo decidieron no acudir al Congreso y la Mesa del Congreso decidió suspender la actividad parlamentaria en “solidaridad” con dicho grupo. Pasaron las semanas y la actividad seguía suspendida a pesar de que había pasado ya el tiempo de cuarentena para los parlamentarios posiblemente contagiados. En esta ocasión, la justificación por parte de la Mesa del Congreso era la de respetar la salud de los trabajadores del Congreso y evitar obligarles a asistir a su centro de trabajo ante el riesgo de contagio.

Tanto la oposición como la mayor parte de los medios de comunicación criticaron abiertamente esta situación y finalmente se decidió reanudar la actividad parlamentaria, sobre todo, la de control al Gobierno aunque admitiendo sólo la participación de un grupo reducido de parlamentarios.

Otros grupos de la Cámara Baja (Congreso de los Diputados) abogaban por arbitrar mecanismos de votación a distancia que no requiriese la presencia física de ningún diputado. El Reglamento del Congreso no prevé esta modalidad de participación y no se ha admitido de ahí que algún grupo político del Congreso haya propuesto una reforma del Reglamento del Congreso que permita que las comparecencias ante el Pleno o ante las Comisiones se puedan realizar por medios telemáticos en situaciones extraordinarias y excepcionales como las de epidemias, catástrofes naturales o situaciones similares que impidan o dificulten el desplazamiento de los parlamentarios.

Creo que este es otro de los debates a los que se va a enfrentar el Derecho público a partir del COVID-19 ya que se prevé que, hasta que no haya una vacuna fiable, esta situación se va a repetir próximamente. Habrá que repensar los mecanismos actuales de representación parlamentaria y replantear la introducción de medios técnicos que permitan mantener la actividad parlamentaria a distancia cuidando, desde luego, al máximo las garantías para que dicha actividad parlamentaria se produzca de la forma más fidedigna y fiable posible.

B) *El caso del Poder judicial: el COVID 19 no puede ser una excusa para paralizar el funcionamiento de la Administración de Justicia y poner en peligro el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*

Algo parecido podríamos decir respecto al Poder Judicial y al funcionamiento de la Justicia. Se han decretado una especie de servicios mínimos pero, prácticamente, casi la totalidad de la actividad judicial se ha paralizado. Además de que va a provocar un atasco enorme y una avalancha de actuaciones procesales una vez se levante el veto a la presentación de escritos antes juzgados y tribunales, qué duda cabe, la tutela judicial efectiva como Derecho fundamental reconocido en el Art. 24 de la Constitución Española de 1978, se ve gravemente afectado. Como ha precisado el Tribunal Constitucional, el artículo 24 CE incorpora un contenido plural, en el que se incluye, entre otros, el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto (salvo que concurran causas de inadmisibilidad (sobre cuyos requisitos no es preciso detenerse) en un plazo razonable, así como el derecho a la ejecución, igualmente en un plazo razonable, de lo decidido⁸.

No se comprende muy bien cómo en el S. XXI, en un momento, además, en el que la Administración electrónica ha llegado a la justicia, en España, a través del conocido como sistema LexNET, sistema de comunicación de los profesionales del Derecho con la Administración de Justicia. Sinceramente, no se comprende. Aunque pudiera ser razonable que con la confusión que provoca una situación como la que estamos viviendo en el mundo, por ejemplo, durante la primera semana se mantenga en suspenso toda esta labor de comunicación con los juzgados y tribunales, una vez pasados estos primeros días, el servicio debería permanecer abierto y manteniendo el mayor nivel de normalidad posible.

Es más, el Poder ejecutivo no tiene potestad ni en una situación como la que estamos viviendo para condicionar el funcionamiento del Poder judicial. La organización y funcionamiento de este poder corresponde al Consejo General del Poder Judicial que es el que tendrá que adoptar las medidas necesarias para mantener el funcionamiento de la Justicia como un servicio público esencial y hacerlo de conformidad con las medidas adoptadas por el Gobierno para tratar de impedir la extensión de la enfermedad pero sin que sea posible la suspensión o paralización casi absoluta de su actividad.

En el caso español, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su Disposición Adicional Segunda establece la «sus-

⁸ Muy crítico en este sentido así como en el de la suspensión de los plazos administrativos, véase, por ejemplo, J.F. Mestre Delgado, *La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID19)*, en *La Administración al día (INAP)* de 27 de abril de 2010, 7.

pensión de plazos procesales». Con carácter general, se establece la suspensión de términos y la interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. Es la medida que, inicialmente y salvo supuestos excepcionales, provocó la práctica paralización de la justicia en España, además, realizada directamente por el Gobierno mediante un Real Decreto aunque éste tenga fuerza de Ley según la jurisprudencia constitucional.

A partir de esta declaración inicial, con posterioridad sí ha sido el Consejo General del Poder Judicial el que ha aprobado formalmente el mantenimiento de la suspensión de las actuaciones judiciales no esenciales, en este momento, hasta el próximo 10 de mayo con motivo de la prórroga del estado de alarma en el país por el coronavirus. Los servicios esenciales son los que aprobó el Consejo General del Poder Judicial el pasado 13 de marzo en coordinación con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado.

Aunque, formalmente, se ha corregido esa inicial “intromisión” del Poder Ejecutivo en el judicial, tampoco parece estar justificada la paralización de una pata tan esencial para un Estado de Derecho como es el funcionamiento de la justicia. En cualquier caso, lo que también ha puesto de manifiesto esta crisis del COVID-19 es que las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial deben aclararse y delimitarse correctamente para evitar injerencias de uno sobre el otro. El que el Poder Ejecutivo tenga la llave económica o de soporte material de la justicia, no puede justificar, ni en situaciones de crisis como la que vivimos, la interferencia o preeminencia de un poder sobre otro.

C) *La paralización de instituciones e instrumentos que garantizan la transparencia en el funcionamiento de la Administración del Estado: el Registro de Contratos del Sector Público y el Portal de la Transparencia*

Otra de las medidas adoptadas, implícita o explícitamente, ha sido la de suspender o, mejor dicho, paralizar, el funcionamiento de determinadas instituciones públicas que tienen como función garantizar la transparencia en el funcionamiento de la Administración pública. Me refiero concretamente y como ejemplo, al Registro de Contratos del Sector Público y al Portal de la Transparencia.

El Registro de Contratos del Sector Público es el sistema oficial de información sobre la contratación pública en España. La Ley impone a los poderes adjudicadores la obligación de comunicar al Registro de Contratos del Sector Público los datos básicos de los contratos que adjudiquen y, en su caso, modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción.

Están siendo muchos y muy importantes los contratos que, sobre todo, está llevando a cabo la Administración del Estado para satisfacer las necesidades que

están surgiendo, sobre todo, en el ámbito sanitario. Se trata, sin lugar a dudas, de uno de los aspectos más complejos y criticados de la actuación gubernamental de la crisis. La falta de material sanitario ha sido y es una de las principales razones del porqué en España la epidemia del COVID-19 nos ha afectado tanto. La Administración del Estado ha ido adoptando medidas en este sentido que no han resultado nada eficaces, desde una inicial centralización de las compras de material sanitario impidiendo la compra por parte de las Comunidades Autónomas a un cambio posterior de criterio admitiendo que también estas Administraciones pudieran acudir a mercados internacionales para tratar de obtener material sanitario tan esencial en esta crisis⁹.

Pero no me voy a detener en todas las cuestiones y aristas que tiene el tema de la contratación pública en estos momentos, tan sólo quiero referirme al aspecto que enunciaba anteriormente y que tiene que ver con la necesidad de incluir en el Registro de Contratos del Sector Público todos los contratos que lleven a cabo las diferentes Administraciones Públicas, en este caso, los de la Administración del Estado por la especial relevancia que ha adquirido en la gestión de la crisis del COVID-19.

Dadas las circunstancias realmente extraordinarias, es lógico que la Administración pueda acudir a la contratación de emergencia prevista en el Art. 120 de la Ley de Contratos del Sector Público. Este precepto establece un régimen de excepción para el caso necesidades de contratación pública en situaciones de extraordinaria gravedad como, sin duda, puede ser la que estamos atravesando. Fundamentalmente, ante este tipo de situaciones, la Administración pública no tiene necesidad de cumplir con todas las formalidades procedimentales iniciales que se exige para la tramitación de cualquier contrato del sector público aunque, posteriormente, una vez ejecutadas las prestaciones de emergencia, se tengan que cumplir con el resto de formalidades propias de la contratación pública.

Pero, en cualquier caso, la aplicación de este régimen de emergencia en la contratación pública no tiene que estar reñido con la aplicación de ningún principio tendente a dar cumplimiento con uno de los principios básicos de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea, esto es, la transparencia. La declaración del estado de alarma no tenía por qué conllevar la suspensión o la paralización de la actividad del registro público de contratos. Una cosa es que la Administración del Gobierno aproveche las potestades excepcionales que permite la contratación de emergencia y otra muy diferente es que ese régimen tenga que

⁹ Sobre la contratación pública en estos momentos, véase el interesante trabajo de J. Miranzo Díaz, *Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19*, en Observatorio de contratación pública (<http://obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>).

ser compatible con la transparencia como principio básico de la actuación administrativa pública contractual.

Idéntica situación podemos significar respecto al Portal de la Transparencia. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 10 establece que la Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilitará el acceso de los ciudadanos a toda la información a la que se refieren los artículos anteriores relativa a su ámbito de actuación.

Pues bien, extendiendo el régimen de suspensión establecido para los plazos administrativos en el Real Decreto que declara el estado de alarma, no se atienden las consultas que se realizan al Portal de Transparencia, declarándose por parte de los miembros del Gobierno a los que se ha preguntado expresamente por esta cuestión que se activará una vez se levante la suspensión de los plazos administrativos.

Pero, ¿qué soporte jurídico tiene esta suspensión *de facto*? En la declaración del estado de alarma del 14 de marzo, en su versión original, se suspendieron los plazos administrativos añadiéndose en el Apartado Cuarto de la Disposición Adicional Tercera que señalaba: «La presente disposición no afectará a los procedimientos y resoluciones a los que hace referencia el apartado primero, cuando estos vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma». Conforme a esta redacción, por tanto, las cuestiones referidas a la gestión de la crisis por el COVID-19 deberían ser transparentes y públicas. Sin embargo, unos días después, se modificó esta Disposición mediante el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, para incorporar una potestad discrecional de la Administración Pública a la hora de ser transparente y mantener activos los procedimientos administrativos que vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas con las que han originado la aprobación del estado de alarma. Es decir, será potestad discrecional (motivadamente, por supuesto) de la Administración pública tramitar los procedimientos administrativos que se articulen en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y de los que deba darse cuenta en el Portal de la Transparencia y que tengan que ver con la gestión del COVID-19. Evidentemente, se trata de una limitación o una restricción que no tiene justificación ni se puede considerar amparada en la situación de crisis que vivimos en la que, precisamente, la transparencia en la gestión debe servir, entre otras muchas cosas, para mantener informada a la población y hacerla partícipe en mayor medida de la necesidad y de las razones por las que, de una u otra forma, se limita nuestra libertad.

Se trata de una medida que, además y como sucede con la suspensión de los plazos procesales, está afectando al Derecho fundamental de la tutela judicial efectiva reconocido en el Art. 24 CE. Se trata de una decisión injustificada y des-

proporcionada que no encuentra amparo ni justificación en la situación de crisis que estamos atravesando. En el contexto en que se ha declarado el estado de alarma, no parece que la limitación sobre el derecho de acceso a la información encuentre justificación objetiva y razonable alguna, en términos distintos a los límites establecidos con carácter general en la regulación del derecho de acceso (arts. 105.b de la Constitución y 14 de la Ley 19/2013)¹⁰.

2. *El establecimiento de filtros a la redes sociales: ¿intento de evitar noticias fake o una limitación a la libertad de expresión y un control injustificado de las comunicaciones?*

Otro de los temas más polémicos durante la gestión de la crisis por el COVID-19 ha sido el de la posibilidad de que los Estados establezcan controles sobre determinados medios de comunicación para evitar la propagación de noticias falsas (*fake news*) que puedan crear alarma a la población y desinformar en vez de informar¹¹.

Evidentemente, se trata de un tema muy delicado que plantea el problema de los límites de la libertad de expresión y de la capacidad del Estado para controlarla o, incluso, limitarla. El término *fake news* definiría las noticias fabricadas que se difunden casi siempre con intención de manipular a la opinión pública y que se difunden rápidamente porque los usuarios no verifican la fuente y comparten la noticia por su atractivo o su impacto¹². En este contexto de expansión a nivel mundial de este fenómeno, el Gobierno español se ha planteado la necesidad de controlar este tipo de informaciones falsas que afectaban o tenían que ver con la difusión de mensajes erróneos en torno a la pandemia del coronavirus. No sólo el Gobierno, redes sociales o aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, han establecido restricciones a algunos de sus tradicionales servicios durante la pandemia. Por ejemplo, se ha establecido una política de limitación de reenvío de mensajes cuando se demuestre que estos mensajes han sido reenviados un importante número de veces y pudiera ser con intención de difundir noticias falsas con fines políticos.

Ante este grave problema, se puede optar por tres soluciones. En primer lugar por formar y preparar a la sociedad civil para que de manera autónoma tengan competencias para evaluar, rechazar y bloquear las noticias que se puedan

¹⁰ En este sentido, igualmente, J.F. Mestre Delgado, *La transparencia...*, cit. Anteriormente, 9.

¹¹ J. Muñoz-Machado Cañas, *Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet*, en *Coronavirus y otros problemas*, monográfico de la Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (marzo-abril, 2020), 122 y ss.

¹² <http://www.impulsodigital.elmundo.es/seguridad-tecnologica/guia-paraidentificar-las-fake-news>.

considerar falsas. En este sentido, se debe dar el máximo de difusión a las web o páginas que se dedican, precisamente, a facilitar la detección de bulos o noticias falsas. Instituciones como el *Poynter Institute* o páginas como *snopes.com* o *mal-dita.es*, tratan de ayudar a los ciudadanos a identificar cuándo una noticia es falsa o no. En estos lugares se contrasta la información con la publicada por medios de los que se supone su fiabilidad como *Washington Post* o *el Wall Street Journal*.

En según término, podríamos optar por la instauración de mecanismos y estructuras ya sea por la vía de la autorregulación o regulación normativa que prevean la difusión de esas noticias falsas. Es decir, las propias plataformas digitales pueden tener mecanismos que permitan eliminar o minimizar el riesgo de la difusión de los bulos a través de internet. Esto es lo que ha pasado durante la gestión de la crisis del COVID-19 con WhatsApp. Esta plataforma limitó hace un año la posibilidad de reenviar mensajes a 5 chats, sin embargo, al parecer, esta medida ha resultado insuficiente durante la crisis del coronavirus y se ha decidido limitar aún más esta medida restringiendo la posibilidad de reenvío de los mensajes a un único chat.

Hasta este fenómeno actual, el conflicto de intereses se planteaba entre dos Derechos fundamentales, en el caso español, los del artículo que garantizan el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del Art. 18 y los del artículo 20, entre otros, el de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El conflicto entre estos dos derechos se ha resuelto, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la siguiente forma. El derecho fundamental a la información es prevalente frente al resto de derechos del art. 18 CE –entre los cuales el derecho fundamental a la protección de datos– cuando la información que se difunde es veraz y de interés general y además la forma en que esa información se difunde es respetuosa en la forma en la que la misma se expresa.

En este caso, al tratarse de noticias falsas o, mejor, supuestamente falsas, faltaría el requisito de la veracidad para que tuviera preeminencia esta información frente a los Derechos de raíz individual del Art. 18. En estos casos, la manera de defenderse frente a estas noticias falsas que crean desinformación pasa por los tradicionales derechos de rectificación y la defensa de los derechos del Art. 18 CE a través de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. En cualquier caso, se trata de normas y principios que han quedado desbordados y sobrepasados en la actualidad a través del uso de la inteligencia artificial, *big data*, etc y que necesitan ser repensados y actualizados.

Finalmente, como última ratio, siempre quedará la vía del Derecho penal a través de los delitos de injurias y calumnias.

Paralelamente a estas vías jurídicas tradicionales, el nuevo Reglamento General de Protección de Datos establece en su art. 85 la necesidad de que los

Estados miembros de la UE concilien por ley el derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho a la libertad de expresión e información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria¹³.

Sea como fuere, lo que el fenómeno que durante la crisis del COVID-19 ha puesto más claramente de manifiesto es la necesidad de que a nivel europeo se adopten medidas que traten de establecer unos mínimos comunes para todos los estados de la Unión. Estamos hablando de una de las libertades más importante del Estado de Derecho y nadie que no respete esos mínimos puede considerarse digno de pertenecer a una organización como la que se supone que tiene que ser la Unión Europea.

Desde 2015 y la crisis entre Ucrania y Rusia, la Unión Europea tomó conciencia de la necesidad de contrarrestar la desinformación procedente de Rusia y los 28 jefes de Estado y Presidentes de Gobierno, decidieron crear el Grupo de Trabajo *East Stratcom* que recibió un mandato único y firme para iniciar una actuación de lucha frente a la desinformación a nivel de la Unión Europea.

Ese grupo de trabajo identificó tres líneas estratégicas: aumentar la eficacia de la propia comunicación de la UE; fortalecer los medios de comunicación libres e independientes en la Europa oriental, especialmente; concienciar acerca del problema de la desinformación mediante una campaña de promoción, la cual debía recoger ejemplos de desinformación y exponerlos en un contexto que no reforzara, sino que contrarrestara tal desinformación. *EUvsDisinfo* es esa campaña de concienciación.

Desde ese momento *EUvsDisinfo* trata de informar y concienciar al ciudadano europeo de la importancia de consumir información veraz a partir de diferentes publicaciones en las que, también, incluye ejemplos de noticias que cabe calificar como falsas.

Además de esta iniciativa que aún sigue activa y publicando informes y trabajos que tratan de contrarrestar la desinformación, la Comisión ha aprobado la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulado «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo» (26-04-2018). En sus conclusiones se afirma que esta Comunicación presenta un enfoque integral cuyo objetivo es responder a estas graves amenazas fomentando ecosistemas digitales basados en la transparencia, favoreciendo la información de gran calidad, empoderando a los ciudadanos contra la desinformación y protegiendo nuestras democracias y procesos de formulación de políticas. La Comisión hace un llamamiento a todos los agentes pertinentes a intensificar de forma significativa todos sus esfuerzos para abordar

¹³ J. Muñoz-Machado Cañas, *Noticias falsas...*, cit. Anteriormente, 127.

este problema de una manera adecuada. Considera que las acciones citadas anteriormente, si se aplican de manera eficaz, contribuirán sustancialmente a contrarrestar la desinformación en línea. No obstante, la Comisión continuará con su labor en este ámbito.

Como no podemos entrar en detalle en la descripción del Documento, para hacernos una idea más clara de su contenido y, por tanto, de la visión de la Unión Europea sobre el tema, baste la cita de los diferentes apartados: un ecosistema en línea más transparente, fiable y responsable, unos procedimientos electorales sólidos y fiables, el fomento de la educación y de la alfabetización mediática, el apoyo a un periodismo de calidad como elemento fundamental de una sociedad democrática, la lucha contra las amenazas de desinformación internas y externas mediante la comunicación estratégica

En diciembre de 2018, los líderes europeos se reunieron de nuevo en Bruselas para tratar el tema de la desinformación. En esta ocasión, adoptaron un Plan de Acción contra la Desinformación, que reconocía el trabajo de *East Stratcom*. El nuevo Plan de Acción añadió nuevas políticas e iniciativas, entre ellas, un Sistema de Alerta Rápida por el cual los Estados miembros de la Unión se informan internamente entre sí sobre la desinformación, y un Código de Prácticas que insta a las redes sociales y otros gigantes tecnológicos a asumir una mayor responsabilidad sobre la información presente en sus plataformas.

A pesar de que ya está identificado el problema y que la Unión Europea trata de actuar frente a un fenómeno tan grave, creo, se olvida un tema importante relacionado con él y sobre el que no se ha reflexionado suficientemente. Me refiero a la cuestión de la financiación de los medios de comunicación y la posibilidad de que estos medios puedan recibir «ayudas de Estado» encubiertas justificadas, en este caso, por la crisis provocada por el COVID-19 que ha hecho caer los ingresos por publicidad de los que se nutren, principalmente, aquéllos. El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, establece en su Artículo 46 que «Con carácter excepcional, se aprueban ayudas por importe de quince millones de euros para compensar una parte de los costes de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de televisión digital terrestre de ámbito estatal, derivados de mantener durante un plazo de seis meses determinados porcentajes de cobertura poblacional obligatoria».

Paradójicamente, en unos momentos donde los índices de audiencia de la televisión han crecido muchísimo, ante la caída de ingresos procedentes de la publicidad, el Estado decide apoyar económicamente a determinados medios de comunicación. Evidentemente, se trata de una decisión cuando menos polémica y que, al margen de la posible vulneración del régimen jurídico de las ayudas

de Estado, genera dudas y sospechas acerca de las relaciones del poder público con los medios de comunicación. Se trata de una medida bastante polémica por cuanto que ha supuesto la inyección de dinero público a determinados medios de comunicación que habían obtenido cuantiosos ingresos en los últimos años.

Es preciso, por tanto, una reflexión y la adopción de medidas comunes a nivel europeo sobre la financiación de los medios de comunicación que extreme la posibilidad de injerencia de los gobiernos en dichos medios pudiendo alterarse la objetividad en su funcionamiento.

3. *Decisión política y criterio técnico: la vía de la exención de responsabilidad de los políticos*

Otra de las cuestiones que la gestión del COVID-19 ha sacado a la luz en lo que al Derecho público se refiere, tiene que ver con la toma de decisiones políticas y la continua remisión o derivación de responsabilidad a una «Comisión técnica de Expertos» que, teóricamente, son los que avalan todas las decisiones adoptadas por el Gobierno.

El de las relaciones entre la Ciencia y el Derecho es un tema debatido desde hace tiempo siendo el Profesor Esteve Pardo el que más y mejor lo ha tratado en nuestra doctrina científica¹⁴. En la caracterizada como sociedad del riesgo en la que estamos inmersos, muchas decisiones administrativas tienen que ser adoptadas en enormes espacios de incertidumbres. El responsable político y administrativo tiene que tomar decisiones sobre ámbitos inciertos en el que no hay un consenso generalizado sobre determinadas cuestiones que son las que permiten decidir la mejor de las soluciones en cada caso.

Pero, como estamos viendo con claridad durante la actual crisis del COVID-19, la ciencia no ofrece certidumbres. Como mucho, ofrece probabilidades y en casos como este, con porcentajes realmente bajos. Y en ese espacio de incertidumbre, el Derecho, los gobernantes y responsables públicos tienen que decidir. No cabe la exención de responsabilidad por remisión a criterios técnicos o a comités de expertos o científicos que, realmente, no responden públicamente ante nadie. Aunque el elemento técnico debe ser tenido en cuenta por el responsable de determinadas decisiones públicas, especialmente en espacios de incertidumbre científica, la responsabilidad de las decisiones sigue siendo de nuestros representantes que tanto desde el Parlamento como desde el Gobierno, tienen el deber y el honor de adoptar medidas por el bienestar de los ciudadanos.

¹⁴ J. Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Edit. Ariel, 1999.

Evidentemente, las decisiones en un entorno de incertidumbre científica son muy complejas y tienen que adoptarse tras la obtención de la mayor formación e información posible. Esta información, en muchas ocasiones, qué duda cabe, tiene que venir de la mano de los expertos que en determinadas materias tratan de dar su visión y versión científica de los problemas y de sus soluciones. Pero, como siempre, habrá varias versiones o visiones de estos problemas técnicos y científicos. El buen gobernante debe tener en cuenta toda la información posible para que cuando adopte la debida y necesaria decisión ésta sea lo más motivada y razonada posible. Pero siempre, al final, la decisión será del responsable público que tendrá que arriesgar en sus decisiones en un entorno de incertidumbre. Pero, insistimos, esa decisión, necesariamente es responsabilidad del político que no puede “delegarla” o escudarse en lo que los científicos han dicho. Qué fácil sería gobernar en caso contrario. La virtud del buen gobernante es esa, adoptar las mejores decisiones posibles contando con toda la ayuda técnica y científica posible pero asumiendo la responsabilidad de lo decidido.

Aunque esta sea la base sobre la que se sustenta la toma de decisiones en estos entornos de incertidumbre científica, hay otros elementos que, en cualquier caso, tienen que estar presentes y sobre los que se asienta esa triada: gobierno, ciencia y responsabilidad. Me refiero, en primer lugar, a la transparencia. Esta regla básica de funcionamiento del poder político en nuestros días debe estar aún más presente en situaciones de incertidumbre científica. Los expertos o los comités de expertos de los que se rodeen nuestros gobernantes para tomar decisiones, deben ser públicos y conocidos. El ciudadano debe conocer con claridad con qué parte de la comunidad científica está contando más directamente para la toma de decisiones que, insistimos, siempre será pública. No hay mayor irresponsabilidad que tratar de diluir tu responsabilidad amparándote en unos desconocidos y oscuros expertos. Quiénes son, qué trayectoria profesional tienen, qué vínculos tienen con el poder, a qué parte de la comunidad científica pertenecen.... Esta es una regla básica y esencial sin la que ninguna decisión pública puede considerarse válida.

El ciudadano ha cedido parte de su libertad al Estado para que este tome por él determinadas decisiones que le sobrepasan y sobre las que, este sí, no tiene responsabilidad. El responsable público tiene el deber y el honor de tomar decisiones por el ciudadano y aquél será, en todo caso, responsable tanto política como jurídicamente. Para la toma de decisiones, aún en entornos de incertidumbre científica o técnica, se le ha dotado de un ingente aparato, con poderes con los que los ciudadanos no cuentan y a los que, por tanto, nada se les puede exigir. El futuro del Derecho público pasa, también, por definir y redefinir mejor las relaciones entre la política y la ciencia en situaciones de incertidumbre científica.

Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro sistema político, social e institucional

Este trabajo pretende hacer un repaso a las principales cuestiones jurídicas que se han planteado en el Derecho público español a raíz de la crisis provocada por el COVID-19. Son muchos los pilares básicos y tradicionales de nuestra disciplina que se ven tensionados con motivo de la gestión de una pandemia de carácter global pero que está siendo gestionada a nivel nacional de manera diferente. Se trata de un trabajo que apunta, describe y critica muchas de las medidas adoptadas pero que no puede profundizar en cada una de ellas con el rigor y la envergadura que tiene cada uno de los aspectos señalados. Una nota común guía invisiblemente lo que está sucediendo en el ámbito del Derecho público en España que, además, está en la raíz de esta disciplina, el intento del poder por extenderse soltando, obviando o limitando los tradicionales límites que lo han definido tradicionalmente en el estado de Derecho tal y como lo hemos conocido durante el siglo XX y parte del XXI. El poder busca su inmunidad con la excusa del COVID-19 y se está poniendo en riesgo y en cuestión las bases de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Covid-19 and Public Law in Spain: the virus that laid bare our political, social and institutional system

This paper aims to review the main legal issues that have arisen in Spanish public law as a result of the crisis caused by Covid-19. There are many basic and traditional pillars of our discipline that are under stress due to the management of a pandemic of a global nature yet which is being managed at a national level in different ways. This is a work that identifies, describes and criticises many of the measures adopted, but it cannot go into each of them in depth with the rigour and scope that each of the aforementioned aspects has. A common note invisibly guides what is happening in the field of public law in Spain which, moreover, is at the root of this discipline: the attempt of power to extend loosening, bypassing or limiting the traditional restrictions that have traditionally defined it in the rule of law as we knew it during the 20th and part of the 21st century. Power seeks immunity for itself with the excuse of Covid-19 and the bases of our social and democratic state of law are being put at risk and in question.

Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia

Francesco Siciliano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il doppio binario di rilevanza giuridica della paura alla base del relativo modello amministrativo ed i suoi riflessi su principi e criteri orientativi. – 3. Il disallineamento del modello amministrativo della paura da quello dell'emergenza. – 4. Dal disallineamento al modello decisorio a formazione progressiva: l'innesto della matrice della paura da responsabilità e i germi della conflittualità amministrativa. – 5. Il problema dell'effettività del modello amministrativo della paura nel contrasto alla pandemia e il tema del piano di confronto istituzionale, come spunto dal caso limite dell'attraversamento dello Stretto di Messina. Prime conclusioni, anche in prospettiva, sul nostro modello in continua evoluzione.

1. *Introduzione*

Non lo nominerò nemmeno una volta: ha trasformato le persone in numeri, ha sottomesso l'emergenza alla paura, *uti fama volat*.

Del resto, non importa chi è, ma cosa rappresenta: la suggestione simbolica della fragilità dell'uomo, elemento della natura, messa a nudo dalla natura medesima, con la stessa brutalità con cui l'uomo la ignora e si illude di dominarla, di modificarne gli equilibri per smodati fini economici, attraverso gli specchi deformanti dell'omologante progresso tecnologico e della sua ammaliante forma digitale.

L'ancestrale tema del rapporto dell'uomo con l'ignoto (affascinante e idealmente puro) sta conoscendo una globale metamorfosi nell'arrogante e presuntuoso vilipendio del secondo da parte del primo, di cui questo evento rappresenta solo una delle attuali e possibili manifestazioni.

L'arroganza e la presunzione sono di chi pensa stupidamente di avere tutto sotto controllo e, dunque, una soluzione certa per ogni evenienza, così da affrontare irresponsabilmente il rischio della sua verifica.

C'è, per questo, nella pandemia, una raggelante condizione di instabilità condivisa dal genere umano che va oltre la reimpostazione di una nuova quotidianità, scandita dai bollettini, dal distanziamento fisico ed emotivo dai propri cari e dalla propria dimensione sociale, dalla possibile, quanto repentina precipitazione delle condizioni di salute, da notizie tristi ed orribili insieme.

E che trova un pieno compimento nell'ossessivo *refrain* del «restate a casa». Casa, oltre che come soluzione deflattiva del contagio, come rifugio.

Nessuno, anche se solo per un impercettibile istante, ha scacciato a forza dalla propria mente il pensiero che il vero rischio del crollo del sistema sanitario possa essere la seria minaccia della sopravvivenza dell'uomo sulla Terra?

Nessuno, dal convinto ateo al fervente credente, in questa occasione, si è domandato se sono più vicini gli esiti negativi di un rapporto trasformatosi in sfida permanente o se l'uomo sia ancora meritevole di una *chance* di riscatto?

Faccia a faccia con la paura più profonda, quella che impone la fuga per la salvezza.

E il nostro diritto amministrativo?

Al massimo, coniando strumenti più malleabili, ha avuto a che fare con l'emergenza – anche gravissima, ma specifica e circoscritta temporalmente e territorialmente – collegata a macroelementi che esistono dalla notte dei tempi: dal terremoto alle alluvioni, dalle crisi economiche alle guerre, dalle carestie agli *embar-go*, dal terrorismo alle problematiche sanitarie (epidemie comprese¹).

¹ Non paragonabili al problema attuale, neppure nelle manifestazioni pandemiche del XX secolo. Se pensiamo alla Spagnola del 1918 – quella probabilmente più sconvolgente e dal maggior impatto emotivo – seppure comune è la scaturigine da un *virus* prima sconosciuto, le differenze sono evidenti, perché essa si è trasformata in pandemia nel corso di un anno e non in poche settimane, perché il tasso di letalità (circa 2,5%) è stato più basso di quello attualmente registrato, perché non è stata assistita da un così pressante aggiornamento mediatico, sanitario e normativo sulla sua evoluzione (anzi, si chiama Spagnola, perché solo la stampa iberica, al tempo libera da censura, ne parlava), perché non vi erano le opportune cure antibiotiche per lo sviluppo delle infezioni secondarie, perché il *virus* oggi si è diffuso nonostante un sistema sanitario avanzato dotato di respiratori e distributori di ossigeno allora mancanti, perché il mondo è sovrappopolato, perché sono diverse le fasce di età colpite, e via dicendo. Per un riepilogo su alcuni dei profili problematici, molti dei quali irrisolti, collegati alla Spagnola, R. Gunderman, *The «greatest pandemic in history» was 100 years ago, but many of us still get the basic facts wrong*, in *theconversation.com*, gennaio 2018. Possiamo aggiungere suggestivamente anche un'ulteriore considerazione: l'esperienza della Spagnola, fino ad oggi, era, nell'immaginario collettivo, qualcosa di lontano, risalente, non adeguatamente gestito, una sorta di modello negativo, non lontanamente riproducibile in un sistema moderno, scientificamente e tecnologicamente avanzato. Anche la caduta di tale falsa idea, genera paura. Anche considerando l'altra pandemia del XX secolo, la cd. Asiatica, questa non colpiva gli ultrasessantenni, ossia l'attuale maggiore bersaglio oltre che la memoria storica e, spesso, fonte di sostegno economico per moltissime nuove generazioni, né i soggetti sani, ma prevalentemente i soggetti affetti da patologie croniche o le donne al terzo trimestre di gravidanza. Nonostante l'alto numero di morti (stime tra 1.500.000 e 2.000.000 di decessi nel periodo 1957-1960), l'identificazione di un *virus* prima ignoto fu tardiva (visto che non esistevano i severi controlli oggi in atto), e l'indice di contagiosità era molto più contenuto. Esso costituì l'occasione per una seria riflessione sull'importanza dei vaccini e della loro sistematica somministrazione, anche in considerazione del fatto che il vaccino per il precedente *virus* H1 poteva essere utilizzato, in diverso dosaggio, per il *virus* H2N2. La terza pandemia del XX secolo è considerata la cd. Influenza di Hong Kong, che, tuttavia, ebbe una

Ma non si è mai trovato, nel suo moderno assetto organizzativo e funzionale, così vicino alla paura (ed al rischio) di non farcela ed all'urgenza di soluzioni immediate, di fronte alla natura recalcitrante, nonostante i continui moniti provenienti dal diritto dell'ambiente (o, meglio dello sviluppo sostenibile²), evidentemente ancora incapaci di inculcare che «gli altri siamo noi» (l'uomo va salvato subito, l'ambiente, invece, può aspettare?).

E così soffre, non riesce a contenere il problema entro gli argini della specifica emergenza sanitaria, né a distogliere l'attenzione dall'elemento cruciale che della detta arroganza è manifesto programmatico.

Icaro si è avvicinato, abbandonando ogni prudenza, al sole della globalizzazione e la cera si è sciolta: non c'è la terapia immunizzante e non resta che, in un mondo così avanzato, stare distanti un metro, starnutire nel braccio e lavarsi le mani.

Già, lavarsi le mani.

La faccia scura del Pontefice a San Pietro ed il periodo pasquale suggeriscono di aborrire qualunque modello di amministrazione pilatesca.

Ma il punto è che esso pare così radicato in ogni dove, nella meno nobile versione della ponderazione degli interessi in gioco, da fomentare il dubbio di aver contribuito (e contribuire, purtroppo) con pennellate forti e decise, alla maniera violenta e fulminea di Appel e di Jorn, alla raffigurazione di questa esplosione di energia primordiale.

2. *Il doppio binario di rilevanza giuridica della paura alla base del relativo modello amministrativo ed i suoi riflessi su principi e criteri orientativi*

Quest'ultima riflessione deve, però, servire soprattutto da sprone, anche in prospettiva, per confrontarsi costruttivamente con il fresco calco di un *modus operandi*, necessariamente declinato nella forma dell'emergenza, appunto, ma condizionato, nella sostanza, dalle possibili declinazioni di questa paura ancestrale, in grado di suscitare interrogativi esistenziali ed anche, con pari forza, di coinvolgere in essi la dimensione sociale ed economica dell'umanità.

Sicché, se lo vogliamo chiamare “diritto amministrativo della paura” – a tutela perfino del nostro diritto ad avere paura, quando vi siano le condizioni obiet-

diffusione piuttosto circoscritta (Hong Kong e USA) e fu percepita come la meno preoccupante. Per ulteriori approfondimenti, in una letteratura medica sconfinata, E. D. Kilbourne, *Influenza Pandemics of 20th Century*, in *Emerging Infectious Diseases*, 1, 2006, 9-14.

² Sul punto, si rinvia alle illuminanti riflessioni di F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

tive per provarla, oltre che della libertà dalla paura³ – questo si deve, giocoforza, preoccupare anche di raccogliere gli esiti del suddetto impatto emotivo, sia quelli sinergici e proattivi (es. volontariato, potenziamento del servizio sanitario, abbassamento del livello di inquinamento, decremento criminalità) sia quelli depressivi (es. blocco attività commerciali con rischio di sopravvivenza imprenditoriale, soprattutto con riferimento alle piccole e medie dimensioni, volatilità dei titoli in borsa⁴ con rischio di “sciaccallaggio”, rinuncia alle cerimonie funebri ed al diritto di una dignitosa sepoltura, disagio psichici collegati all’isolamento domiciliare).

E per tale motivo, non lo si può studiare senza considerare che qualunque meccanismo organizzativo ed operativo di approccio al fenomeno in atto nasce “infettato” dalla curva di andamento della paura medesima, ed in tale condizione dovrà confrontarsi, nel tenere conto di tutte le componenti in gioco, con i principi ed i criteri basilari che governano il diritto amministrativo, sui quali – come si cercherà di evidenziare – viene esercitata una straordinaria forza deformante.

Di qui la facile rilevazione di una forte componente dinamica, già rintracciabile nel diritto amministrativo dell’emergenza, ma ivi accentuata sotto il profilo decisionale e sotto quello temporale dall’insopprimibile tasso di emotività.

Per superare la paura, l’uomo deve oggettivarla (salute, affetti, morte, fallimento, disoccupazione, povertà, crollo della borsa, rinuncia alla libertà, ai riti religiosi, etc.) e, così, alienarla da sé.

Perseo sconfigge Medusa non guardandola negli occhi (l’in sé), ma riflettendone l’immagine (l’altro da sé).

³ Per la precisa ricostruzione dei termini di tale libertà, G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in www.federalismi.it, 18 marzo 2020.

⁴ A. Beltratti, *Il contesto*, in sdabocconi.it, 5 marzo 2020, si sofferma sulla prima grave flessione dell’andamento dei prezzi nella settimana compresa tra il 24 e il 28 febbraio 2020 e sulla correlazione con «le improvvise preoccupazioni, alimentatesi nel weekend del 22-23 febbraio, per la diffusione del coronavirus in Italia. Un evento inatteso, almeno dal mercato. Lunedì 24 febbraio l’indice della Borsa italiana ha perso il 5,5 per cento dopo avere sfiorato una perdita superiore al 6 per cento. Dopo due giorni di volatilità, si sono nuovamente registrate perdite rilevanti giovedì 27 a causa di preoccupazioni internazionali sulla propagazione mondiale del *virus*. È vero, nelle stesse ore si erano diffuse notizie in merito al possibile arresto del contagio in Cina, ma ormai i dati provenienti da quel paese hanno perso un po’ di credibilità, e nessuno sa se la riduzione sia in realtà legata al controllo dell’informazione da parte del Governo cinese. La Borsa italiana ha bruciato circa 60 miliardi di euro di capitalizzazione in una settimana, a fronte di una possibile perdita di PIL stimata tra 3 e 10 miliardi di euro». Tra le possibili spiegazioni, ed a prescindere dalle possibili consequenziali reazioni, vi è «l’esplosione dell’incertezza, un fenomeno che va al di là del semplice rischio, caratterizzata dall’incapacità di formulare scenari e identificare probabilità. L’incertezza in effetti abbonda nel caso del coronavirus. Non sappiamo esattamente quale sia la regola di sblocco che ci consentirà di riprendere normalmente le attività anche nelle zone non considerate come focolai primari, che peraltro generano nel complesso la metà del PIL italiano, anche se è presumibile un progressivo chiarimento del quadro complessivo. Non sappiamo quanto ci vorrà per poterci vaccinare contro il *virus*, anche se il progresso della ricerca medica porterà presumibilmente a risultati più rapidi di quelli passati. Non sappiamo se il *virus* si diffonderà negli Stati Uniti (come è accaduto, ndr.), costringendo anche quel Paese al blocco dell’attività con pesanti riflessi sull’economia internazionale; tuttavia, è difficile pensare che la qualità del sistema sanitario americano sia peggiore di quello cinese».

Sul piano giuridico, il diritto amministrativo, deputato a risolvere il caso concreto, si trova, quindi, in prima linea, a dovere disciplinare la paura negli ambiti più critici (personale, sanitario ed economico).

E, per realizzare il suo scopo, viene gravato dell'onere di rapportarsi, in tempi rapidissimi, alle informazioni circolanti non solo tra i tecnici, ma anche e soprattutto nell'opinione pubblica, attentissima agli sviluppi quotidiani, dai quali è emotivamente orientata.

La paura assume, quindi, primaria connotazione giuridica, lungo un doppio binario: è indispensabile strumento di attuazione ed effettività delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria, ma è anche oggetto di autonomo contenimento, tramite uno specifico controllo (concomitante) che filtri le suddette informazioni, a presidio dell'ordine pubblico e del senso di sovranità⁵.

Della sua regolamentazione qui interessa non la matrice politica riconducibile al principio di precauzione⁶, che certamente richiama alla mente l'importanza cruciale della veicolazione delle medesime informazioni⁷, ma del cui spettro operativo non si hanno, allo stato (né forse mai si avranno), dati certi per discutere sulla sua funzionalità o disfunzionalità, ma solo ipotesi o sensazioni altalenanti e divise⁸.

⁵ Sull'indispensabilità della categoria giuridica della sovranità in situazioni del genere, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: niente sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2019, 575 ss., spec. 578-579. Oltre al bisogno collettivo di sovranità, va considerato il senso della sovranità medesima, inversamente proporzionale a notizie negative ed indicative di perdita di controllo.

⁶ Sul tema in generale, F. De Leonardi, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; con particolare riguardo alla pandemia, sui riflessi sulla giustizia amministrativa, F. Francario, *L'emergenza coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 11 marzo 2020; sul tema del diritto alla salute, M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, *ibidem*, 13 marzo 2020.

⁷ La quale può facilmente scontare il cd. effetto a cascata, nel senso che la decisione interna può essere condizionata da altre decisioni adottate al di fuori del nostro ordinamento. Sul punto, D. Hirschleifer, *The blind leading the blind: social influence, fads, and informational cascades*, in *The New Economics of Human Behavior*, Cambridge, 1995, 188-189; sul tema generale della «*preference falsification*», cfr. pure, T. Kuran, *Private Truths, Public Lies*, Cambridge, 1995.

⁸ Né pare qui proficuo aggiungersi al serrato ed ormai stratificato dibattito internazionale sulla pericolosità o meno del medesimo o sull'utilità della sua accezione debole o forte, sul quale si rinvia a D. Vogel, *Risk regulation in Europe and the United States*, Berkeley, 2002 e C.S. Sustain, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005, 18-19, che, sulla premessa di aver registrato anche più di una ventina di varianti all'interno della suddetta dicotomia, si sofferma, con riferimento alla materia ambientale, sulla propensione europeista alla seconda, che impone di agire, anche in assenza di sicure prove scientifiche sull'esatta portata del rischio o del danno e sulle relative dinamiche eziologiche, fino alla prova certa (spesso impossibile) della totale assenza di rischio. Secondo l'A. (26, *op. cit.*), una ragione fondamentale del successo della versione forte, è la sensibilità politica degli ordinamenti democratici alla statistica avversione collettiva di accettare anche una bassa percentuale di rischio di un grave danno: «... a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might result in serious harms». Ma allo stesso tempo, lo stesso A. rileva che questo punto forte va confrontato con il tema della limitatezza delle risorse economiche, comprese quelle, spesso alte, per fronteggiare il rischio allarmante che rende il principio paradossale e paralizzante: «*If the principle argues against any action that carries a small risk of imposing significant harm, then we should be reluctant to spend*

Di essa, invece, interessa il profilo operativo, del caso concreto, della vita quotidiana, del contrasto allo specifico allarme sanitario (nei termini in cui è prospettato in un preciso arco temporale, a prescindere dall'esattezza di tale prospettiva) e, al contempo, della sua gestione, di cui si occupa il diritto amministrativo in senso stretto e sui cui principi e criteri orientativi pare opportuna qualche considerazione.

In tale prospettiva, la trasparenza, quale connotato ontologico di ogni modello amministrativo, vacilla fortemente, non tanto in relazione alle note dinamiche emergenziali di deroga all'imparzialità⁹ ed ai tempi ordinari della legalità¹⁰, ma proprio in relazione alle modalità di comunicazione delle suddette informazioni.

Rinviando al paragrafo seguente per i riflessi specifici sul processo decisionale, l'ondata anomala di paura sulla trasparenza è, infatti, riscontrabile già (ed a monte) nella sua sfaccettatura di pubblicità, la cui dinamica non si esaurisce certamente nella formale raccolta dei provvedimenti sul sito istituzionale del Governo¹¹.

Ci si riferisce alla pubblicazione anticipata in sedi informali, ma idonee alla diffusione nazionale della notizia, di bozze di provvedimenti ad altissimo impatto¹², la quale ha prodotto l'effetto opposto (assembramenti nelle stazioni ed in

a lot of money to reduce risks, simply because those expenditures themselves carry risk. Here is the sense in which the Precautionary Principle... is paralyzing: It stands as an obstacle to regulation and nonregulation, and to everything in between» (op. cit., 33). Di qui, la necessità di selezionare determinati rischi, rispetto al quale, pone il problema di chi e a quale fine opera la selezione. Cfr., in materia ambientale, B. Lomborg, *The skeptical environmentalist*, New York, 2001. Anche, nel nostro caso, l'interrogativo si potrebbe porre, proprio in relazione alla combinazione del binomio salute-economia, nel senso che ci saranno scelte di ripresa economica, senza l'azzeramento del *virus*, e con l'accettazione del sottodimensionamento o del sovradimensionamento di una fonte di preoccupazione, ma ai nostri fini, si ripete, interessa come si muove un modello amministrativo in base alle specifiche informazioni allarmanti, cosiccome di volta in volta correnti o diffuse. Recentemente, lo stesso C.S. Sustain (*This time the numbers show we can't be too careful*, in *bloomberg.com*, 23 marzo 2020), con riferimento alla pandemia in atto, ha ritenuto conveniente, in base alla valutazione economica della vista umana, basata su analisi-costi benefici e su dati di studi di economisti, la vigente applicazione della politica di *lockdown* negli Stati Uniti.

⁹ Oltre agli artt. 75, 86 e 99, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cfr., ad esempio, art. 3, commi 3 e 5, o.c.d.p.c., 3 febbraio 2020, n. 630, in www.governo.it e la modifica dello stesso comma 5, ex art. 1, o.c.d.p.

c., 22 febbraio, n. 638, in www.governo.it, entrambe in deroga al d.lgs. n. 50/2016 per il Capo del Dipartimento della Protezione civile e per i soggetti attuatori. Cfr. pure o.c.d.p.c., 26 marzo 2020, n. 656, in www.governo.it, che, all'art. 2, prevede la costituzione in deroga di Aree Sanitarie Temporanee ed all'art. 4, per gli enti locali, prevede la deroga alle modalità di pubblicazione di cui agli artt. 60, 61, 72, 73 e 74, d.lgs. n. 50/2016. Vi sono poi provvedimenti la cui derogatorietà è data dall'oggetto della fornitura (con divieto di esportazione) come i dpi (dispositivi di protezione individuale) per il personale sanitario (o.c.d.p.c., 27 febbraio, n. 640, in www.governo.it).

¹⁰ Si pensi, ad esempio, all'incompatibilità con l'emergenza dell'ordinaria tempistica legale per l'assolvimento degli obblighi della normativa anticorruzione. Il Dipartimento di Protezione civile, ex art. 2, o.c.d.p.c. 1° aprile 2020 n. 659, in www.governo.it, ha operato un rinvio dei propri termini di attuazione della normativa anticorruzione «al trentesimo giorno successivo al termine del medesimo stato di emergenza», «in relazione alle particolari condizioni di prolungato e gravoso impegno della struttura dipartimentale in ragione delle maggiori esigenze connesse al contesto emergenziale in rassegna».

¹¹ Su www.governo.it, sono presenti diverse sezioni dedicate al problema in atto.

¹² Come è accaduto prima della pubblicazione del d.p.c.m. 8 marzo 2020, la cui bozza è comparsa sui *social*, su testate giornalistiche *on line* e, perfino, sul sito della CNN, con l'effetto di esodo incontrollato ed innal-

«altri luoghi pubblici, esodi di massa e spostamenti su tutto il territorio nazionale repentini e non regimentati) rispetto all'obiettivo primario di contenere la diffusione epidemica e la paura ad essa connessa, al contempo, dando un messaggio di perdita di controllo istituzionale, antagonistico rispetto al rafforzamento del senso di sovranità.

Nel nostro modello, l'anticipazione del flusso informativo rispetto ai formali tempi di pubblicazione, stride – pur restandosi sulla medesima traccia argomentativa – e si combina, allo stesso tempo, con l'eccesso opposto, ossia quello dei tempi di maturazione dell'ufficiale diffusione dell'allarme sanitario nazionale e di sensibilizzazione sull'ineludibilità dell'isolamento internazionale e sociale, quale primario strumento di contenimento dell'epidemia, in assenza di vaccino ed alla luce del precedente cinese.

Il dubbio è quello della sfasatura cronologica tra la percezione medico-scientifica dello stato di pericolo e della situazione di emergenza, la sua assunzione negli *interna corporis* governativi e la sua traduzione in termini politico-amministrativi, sia riguardo alla comunicazione al pubblico dell'allerta sanitaria, sia riguardo all'adozione delle invasive, quanto necessarie misure restrittive sulla circolazione di persone e cose; il conseguente interrogativo è sulla tempestività delle medesime e sulla loro possibile diversa durata.

Di certo, rispetto al recente potenziamento legislativo del controllo diffuso¹³, si può intravedere, nel sistema in esame, dietro le maglie di un frenetico e cadenzato aggiornamento, un restauratore meccanismo di opacizzazione e filtraggio di informazioni generatrici di allarme sociale, il cui fine primario è quello del controllo e contenimento della paura collettiva, ma la cui riuscita è più che dubbia.

Al suddetto meccanismo – si aggiunga – non è nemmeno estranea la prevedibilità del possibile effetto *rebound* dell'ipercomunicazione mediatica¹⁴ che

zamento del tasso di diffusione del *virus*. Medesimi effetti si sono registrati dopo l'annuncio del *Premier* in diretta nazionale il 21 marzo 2020 (testo e video, in www.governo.it) dell'adozione di misure restrittive per l'intero territorio nazionale contenute nel d.p.c.m., poi pubblicato il 23 marzo 2020: «Oggi abbiamo deciso di compiere un altro passo: la decisione assunta dal Governo è quella di chiudere, nell'intero territorio nazionale, ogni attività produttiva che non sia strettamente necessaria, cruciale, indispensabile a garantirci beni e servizi essenziali». Invece, con riferimento al d.p.c.m. del 10 aprile 2020, la conferenza stampa è stata tenuta in pari data.

¹³ Promosso attraverso la circolazione pubblica di dati ed informazioni in possesso di pubbliche amministrazioni e la loro generale accessibilità, attraverso l'ampliamento degli oneri di pubblicazione degli atti e dei dati economico-finanziari, attraverso strumenti di iniziativa popolare. Il processo è stato notoriamente avviato con la riforma Brunetta del 2009 e potenziato dopo l'intervento della legge anticorruzione (l. n. 190/2012) dai d.lgs. nn. 33 e 39/2013 e s.m.i.,

¹⁴ Sul rischio di un effetto demagogico sotteso alla generale ed indiscriminata accessibilità, sono presaghe ed attuali le riflessioni di A. Romano Tassone, *A chi serve il diritto di accesso? (Riflessioni su legittimazione modalità di esercizio del diritto di accesso nella l. n. 241/90)*, in *Dir. amm.*, 1995, 315 ss.

rischia di generare effetti di confusione e di condizionare la selezione piramidale delle informazioni ritenute primarie o più importanti rispetto ad altre¹⁵.

Il ruolo cruciale della paura (e della modalità di comunicazione che la interessano) si estende giocoforza, in assenza di compartimenti stagni, agli altri basilari criteri di orientamento amministrativo.

Di conseguenza, nello spettro del buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità andranno testate non solo sulla base di parametri tecnico-scientifico-finanziari, ma pure in relazione all'effetto tranquillizzante (a breve termine) che la singola prescrizione, di volta in volta imposta o modificata, sarà in grado di generare nella collettività amministrata.

Rovesciando per un attimo i termini del discorso, la *magnitudo* del riconoscimento della sovranità potrebbe anche essere misurata dalle oscillazioni sulla scala del livello di paura serpeggiante nella collettività amministrata: così da non potersi nemmeno escludere (anzi, potrebbe dirsi il contrario) che le misure adottate non siano necessariamente, in quel momento, le misure più efficaci dal punto di vista sanitario¹⁶, ma quelle, invece, più efficaci, in relazione alle informazioni diffuse al pubblico.

Va considerato, infatti, che di una determinata prospettiva del problema possa essere fornita, a scopo di contenimento, una visione non allarmante o meno allarmante rispetto ad altri temi, di volta in volta fatti oggetto di preoccupazione collettiva.

Ovviamente, l'efficienza di tale scelta, pur avendo un impatto immediato nel breve termine, potrà essere verificata solo in relazione al medio-lungo periodo.

La valutazione dell'efficacia delle misure, poi, sarà sempre più complicata, perché si farà fatica a comprendere una misura rigorosa e restrittiva, man mano che il livello di paura scemi (ad esempio, a seguito della diffusione di dati positivi) e si rischierà, una volta allontanato (definitivamente o meno, questo è altro problema) il pericolo (o, meglio, la sua percezione), di considerarla persino esagerata.

Lo stesso vale nella prospettiva opposta, ossia quella del vaglio *a posteriori* di una misura che, rispetto all'evoluzione peggiorativa del dato statistico, risulti inadeguata o ancora più inadeguata rispetto all'effettivo pericolo sussistente al momento della sua adozione e forse non congruamente percepito o registrato.

¹⁵ Per esempio, è scomparso dal circuito notiziale il fenomeno della migrazione, in un irrealistico avviciamento tematico che non tiene, invece, conto dell'importanza di affrontare di petto il tema della gestione del flusso migratorio, quale meccanismo di diffusione della pandemia, soprattutto con l'approssimarsi della stagione estiva. Il sistema informativo nazionale ha in maniera miope incluso tra le *fake news* quello dell'arrivo di migranti positivi, come se la notizia potesse oscurare il problema che puntualmente si è, infatti, proposto. Cfr. F. Albanese, *Migrante positivo al coronavirus, cresce in Sicilia la paura del contagio*, in *lastampa.it*, 11 aprile 2020.

¹⁶ O dal punto di vista economico o dal punto di vista sociale, e così via.

Il che, probabilmente, imporrà una sintesi ponderativa della valutazione *ex ante* ed *ex post* per ricavarne un giudizio il più possibile equilibrato sulla reazione amministrativa al fenomeno.

Nell'attenersi ai suddetti criteri, dovrà considerarsene l'inestricabile combinazione con una specifica versione dell'economicità, parametrabile sia in relazione alle risorse monetarie e finanziarie impiegate e da impiegare (con l'annesso tema del loro reperimento) sia a quelle umane, in riferimento alle quali hanno sicuramente un peso specifico fattori riguardanti il servizio sanitario, quali il reclutamento straordinario di personale medico e paramedico, la straordinaria abnegazione del personale sanitario, la programmazione e creazione di nuove unità di terapia intensiva o di nuove aree di ricovero dei pazienti, e, purtroppo, quello più straziante ed intollerabile del sacrificio umano sia del personale sanitario medesimo sia dei pazienti.

Per ovvie ragioni, anche il fattore tempo avrà un ruolo determinante nell'applicazione combinata del criterio in esame, anche al fine di elaborare modelli premiali di auspicabile imminenza.

Va aggiunto che i tre richiamati criteri paiono indispensabili anche nella regolazione amministrativa della ripresa economica, allo stato in fase embrionale ed i cui effetti potranno essere osservati solo in un lungo intervallo temporale.

Va, infine, considerata l'importanza della sussidiarietà verticale (e orizzontale, in relazione al movimento di volontariato che si sta sviluppando), non tanto ai fini della valorizzazione del territorio, quanto in relazione alla necessità di adottare le iniziative regionali e comunali più opportune in base al diverso grado di diffusione dell'epidemia sul territorio nazionale, rimanendo dentro i contorni della cornice statale (v. meglio *infra*).

L'approccio al tema dalla prospettiva della componente emotiva collettiva è oggettivamente collegato anche alle fasi di evoluzione dell'evento pandemico e, essendo questo in atto, può continuamente cambiare.

Tuttavia, sembra possibile, sin d'ora, rilevare che tale diritto ha una connotazione spiccata di intolleranza alle dinamiche ed ai principi di matrice europea.

E ciò è evidente non tanto in relazione alle deroghe alla *par condicio*, ma soprattutto all'impossibilità oggettiva di rispettare il principio di equilibrio di bilancio ed i parametri e le soglie eurolunitarie di riferimento che, pur in presenza di una situazione eccezionale, vengono innalzati come scudi contro l'istanza di recupero immediato di liquidità da utilizzare, senza dilazione, per fronteggiare sia l'emergenza sanitaria che quella economica.

Pare, allo stato, purtroppo, che questa distanza di impostazione apra, nella logica europea, al dissidio tra un intransigente formalismo, favorevole, al massimo, a consentire l'innalzamento del livello di indebitamento interno di ciascuno Sta-

to membro, ed un sostanziale corporativismo, incline alla condivisione del problema, attraverso la ricognizione di proposte su meccanismi economici straordinari e comuni, in aderenza ai fondamentali obiettivi istituzionali dell'Unione europea.

Il vero punto critico consiste, però, nel fatto che il dissidio medesimo, nel momento in cui si pone, è strumento attuativo della politica separatista, che proietta il cono d'ombra di ogni Stato membro esclusivamente sulla propria dimensione territoriale.

Cosicché, nel momento stesso in cui continua a discutere delle strategie fondamentali in materia economico-finanziaria, ogni Stato membro deve pensare a se stesso, con le proprie risorse: si ripropone, di fatto, in maniera surreale lo stesso canovaccio, formalizzato dalla nostra Costituzione nel 2012 su imposizione europea, per l'abbattimento interno del debito pubblico, quale strumento di contrasto al protrarsi della crisi economica deflagrata nel 2007¹⁷.

È evidente che tale meccanismo sia fallace e generi, restando sul nostro tema, a sua volta, ancora paura, questa volta del fallimento di un'organizzazione transnazionale assente nel momento di massimo bisogno e strutturalmente carente di democraticità, e, come tale, accrescitiva del senso di abbandono delle istituzioni.

Il dibattito attualmente in atto tra gli Stati membri denuncia, purtroppo, l'assoluta supremazia della componente economica (e delle paure "interne" legate ad esse, che tengono luogo di una paura unitaria) rispetto a quella sanitaria, mancando all'evidenza una programmazione strategica ed omologante (metodo di solito inflazionato dall'Unione europea) a tutela della salute pubblica, quantomeno in relazione ad uniformità di iniziative per la gestione del cd. *lockdown* in rapporto al tasso di diffusione del *virus* ed agli strumenti di verifica di quest'ultimo.

3. *Il disallineamento del modello amministrativo della paura da quello dell'emergenza*

Il diritto amministrativo, allora, è chiamato ad un difficile dosaggio, la cui riuscita è condizionata dalla scelta del parametro di base primario (che ruoterà attorno al binomio salute-economia), ossia quello che sarà oggetto della decisione.

Il meccanismo, rispetto al quale, allo stato, non è perscrutabile alcuna alternativa, si alimenta con l'avvicinarsi di una serie continua di decisioni.

È questo un elemento caratteristico del modello amministrativo della paura: a differenza del diritto dell'emergenza, non si è mai registrata una serie così fitta di provvedimenti sullo stesso problema, oggetto della preoccupazione di turno¹⁸.

¹⁷ E di cui ancora si scontavano gli effetti, prima che arrivasse la pandemia.

¹⁸ Anche il concetto di competenza, in questa situazione, merita una seria riflessione.

Questa particolare sua forma di estrinsecazione è plasticamente esemplificativa della differenza di base tra i due modelli amministrativi straordinari di contrasto all'imponderabile¹⁹ e di contenimento della connessa paura, che, ad avviso di chi scrive, rende impossibile giustapporre *sic et simpliciter* le regole l'uno (quello dell'emergenza) all'altro (quello della paura), nonostante i frequenti tentativi di aggancio formale a livello di normazione statale della pandemia.

Lo schema procedimentale dell'emergenza, oggi convogliato nel d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (cd. Codice della protezione civile)²⁰, ha il fine primario di mitigazione di specifici rischi naturalistici, potremmo dire di natura geo-fisica (sismico, vulcanico, meteo-idrogeologico e idraulico, ambientale, spesso aggravati dalla mano dell'uomo).

Si tratta di eventi certamente gravissimi, ma circoscrivibili territorialmente e temporalmente, rispetto ai quali la storia ha consegnato una casistica orientativa ed un "messaggio nella bottiglia" di contenibilità della paura.

Non a caso, la deliberazione dello stato di emergenza nazionale (art. 24, commi 1 e 3, d.lgs. n. 1 cit.) deve determinare tempo (giorni, mesi, anni entro una soglia massima di 24 mesi²¹) e spazio (estensione territoriale) dei suddetti interventi.

Nel nostro caso, il secondo, la paura è cieca, perché, come si diceva in introduzione, affonda nell'ignoto, paradossalmente rafforzata dalla circolazione di informazioni – soprattutto quelle medico scientifiche – probabilistiche e non rassicuranti per la loro parzialità, contraddittorietà, le quali sono accomunate dall'unica certezza che la soluzione definitiva sia collegata esclusivamente al reperimento del vaccino (o alla sanguinosa alternativa dell'immunizzazione di gregge, prima del vaccino medesimo, presto abbandonata anche dalle linee governative più ardite).

Manca, dunque, nell'imponderabile specificatamente contrastato, questa primaria connotazione geofisica²² di accadimento istantaneo o, comunque, temporalmente circoscritto.

¹⁹ Di ogni forza insuperabile per l'uomo (il civilistico caso fortuito).

²⁰ Riepilogando varie fonti in materia, esso disciplina le modalità organizzative ed operative del Servizio nazionale della protezione civile (istituito, com'è noto, dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225, contraddistinta dalla valorizzazione delle competenze delle autonomie territoriali, soprattutto per la previsione e prevenzione), come materia di legislazione concorrente ex art. 117, comma 3, Cost. Per le emergenze sanitarie a livello locale, cfr. art. 50, comma 5, T.U.E.L che attribuisce al Sindaco, come rappresentante della comunità locale e non in qualità di ufficiale di governo, la facoltà di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, per «l'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio al decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela e della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche».

²¹ In particolare, il termine massimo di durata dello stato di emergenza è di 12 mesi, prorogabile per altri 12 mesi.

²² Quantomeno non ricorrente in senso stretto.

La diversa strutturazione ontologica della forza epidemiologica fa sì la sua specifica componente di inevitabilità, imprevedibilità, inarrestabilità nel suo manifestarsi, la disallinei, ad avviso di chi scrive, rispetto alle possibilità di programmazione ed attuazione dell'intervento successivo, caratteristica del diritto dell'emergenza.

E ciò per due motivi.

Il primo è che, per fronteggiare un'epidemia ad alto tasso di diffusione, non è tecnicamente configurabile un intervento successivo, come quello post-alluvione o post-terremoto, per la semplice considerazione che essa è in atto e chissà quanto durerà, a prescindere dalle opzioni "mitigatrici", per cui si può parlare, semmai, di intervento concomitante.

La seconda ragione, strettamente connessa alla prima, è data dal detto livello di ciclicità e della storicità dei fenomeni latori di rischio, in considerazione della diretta proporzionalità con l'efficacia dell'avvio di un momento di previsione e prevenzione, che, normalmente, serve ad individuare le cause degli eventi calamitosi naturali e la presenza di rischi sul territorio, sempre per la loro massima mitigazione.

E qui si tratta di un *virus* nuovo e sconosciuto, di cui allo stato non esistono né dati ufficiali definitivi²³.

A marcare la segnalata differenza strutturale, può contribuire un'ulteriore considerazione di base.

Nel nostro caso, l'uomo è sia oggetto di tutela sia fonte di pericolo, per cui si rompe il rapporto di alterità tra quest'ultima e l'individuo(-bene) da proteggere in tutte le sue sfaccettature primarie (salute, famiglia, lavoro), proprio del diritto dell'emergenza.

Pertanto, il rischio sanitario di cui si parla oggi è il cuore del problema, ossia l'oggetto diretto di intervento e di assistenza giuridica e non solo una possibile conseguenza di uno dei suddetti fenomeni di natura geofisica.

In tale prospettiva, la bipartizione dei rischi contenuta nell'art. 16, d.lgs. n. 1/2018 può essere intesa, nel senso che, mentre le ipotesi del primo comma (quelle di natura geofisica, per intenderci) sono sussunte nel modulo operativo dell'emergenza, descritto dal medesimo Codice della protezione civile; il secondo comma, riguardante le materie suscettibili di essere annoverate dal servizio di protezione civile, tra le quali rientra il rischio igienico-sanitario, richiama sia un'i-

²³ Come detto, anche dal punto di vista medico-scientifico, non è questo il momento di tirare le somme, ma solamente di veicolare dati provvisori, come ad esempio il reale tasso di diffusività, di mortalità, tutte le modalità di trasmissione, e così via.

dea diversa di paura sia la necessità di dettare regole operative speciali, come nel nostro caso²⁴.

Il punto dolente è appunto costituito dalla durezza della fonte del rischio epidemiologico che, allo stato, crea un danno di tipo permanente (oltre che il rischio della sua riproposizione ad ondate), incompatibile con gli schemi operativi, rispondenti alla *ratio legis* del Codice della protezione civile, mirati, invece, come si diceva, a circoscrivere temporalmente sia l'evento calamitoso, e, di conseguenza, sia i danni da esso provocati, sia gli interventi da effettuare (anche quelli di natura indennitaria), sia le risorse da utilizzare.

In proposito, i due unici recenti esempi nazionali di «rischio sanitario» connesso a fenomeni di natura emergenziale, riportati dalla stessa amministrazione competente²⁵, sono le attività di soccorso²⁶ poste in essere durante i due gravissimi eventi sismici, i quali hanno interessato il Centro Italia, nel 2009 e nel 2016. Ma anche le missioni all'estero, più numerose, riportano la stessa configurazione «accessoria» del «rischio sanitario»²⁷.

Del resto, a conferma di quanto sopra, basta raffrontare la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 di dichiarazione dello stato di emergenza «in conseguenza al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» e quella proceduralmente omologa dell'8 novembre 2018 di dichiarazione dello stato di emergenza «in conseguenza degli eccezionali eventi meteorologici verificatisi a partire dal giorno 2 ottobre 2018 nei territori delle Regioni Calabria, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lazio,

²⁴ Al comma 1, infatti, precisa che: «L'azione del Servizio nazionale si esplica, in particolare, in relazione alle seguenti tipologie di rischi: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi»; mentre il secondo comma individua le aree di possibile azione del Servizio nazionale medesimo: «Fermo restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della vigente normativa di settore e le conseguenti attività, l'azione del Servizio nazionale è suscettibile di esplicarsi, altresì, per le seguenti tipologie di rischi: chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da successivamente abrogato dal d.l. n. 19 /2020 ad eccezione dell'articolo 3, comma 6-bis, e dell'articolo 4; trasporti, ambientale, igienico-sanitario e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali».

²⁵ In www.protezionecivile.gov.it/web/guest/attivita-rischi, ove, all'elenco dei due suddetti casi è stato attecnicamente accorpato dell'epidemia in atto.

²⁶ Come, ad esempio, trasferimento dei feriti in ospedale, anche attraverso l'elisoccorso, l'attivazione della Centrale remota operazioni soccorso sanitario (CROSS), della Svei, ossia la scheda speditiva per la valutazione delle esigenze immediate delle persone fragili e con disabilità coinvolte nell'emergenza, l'evacuazione di strutture ospedaliere danneggiate dall'evento sismico, fornitura di medicinali, attuazione di interventi di igiene pubblica e veterinari, attività psico-sociali ai familiari delle vittime ed agli sfollati.

²⁷ Si pensi all'installazione di un ospedale da campo in occasione del terremoto del Cile del 27 febbraio 2010, o all'assistenza sanitaria fornita dal nostro Paese anche attraverso una nave ospedale durante il terremoto di Haiti del 12 gennaio 2010, o, ancora, l'installazione di PMA (postazione medica avanzata), con l'invio di personale sanitario e di 240 tende, durante il terremoto della Cina del 2008, o, ancora, il trasporto in ospedale italiano di gravi ustionati durante l'esplosione di un deposito militare in Albania nel 2008, o ancora la creazione di un corridoio umanitario in Libano, durante i bombardamenti del 2006, e così via.

Liguria, Lombardia, Toscana, Sardegna, Sicilia, Veneto e delle Province autonome di Trento e Bolzano».

Quest'ultima, registrando l'acquisizione della previa valutazione speditiva del Dipartimento di protezione civile, prevede, nel proprio unico allegato, sia il computo dei singoli giorni di riferimento dell'emergenza medesima per Regione (ad es., per la Sardegna, solo 10 ed 11 ottobre 2018), sia la durata di 12 mesi per il recupero della situazione causata dai pochi giorni indicati (alluvioni, 29 morti, evacuazioni, interruzione viabilità, etc.), sia la delega alla delimitazione territoriale delle aree a rischio, all'attuazione dei primi interventi urgenti, allo stanziamento delle relative risorse (nell'ordine di 53.500 milioni di euro) a carico del Fondo emergenze ex l'art. 44 del medesimo d.lgs. n. 1/2018 ed alla verifica delle necessità di reperirne ulteriori con ordinanze di protezione civile ex art. 2.

La famosa deliberazione del 31 gennaio 2020, essendo dettata dalla paura dell'ignoto, ha tutt'altro tenore, pur richiamando il Codice della protezione civile.

Non si riferisce direttamente al *virus* generatore di paura, con la sua specifica nomenclatura, ma indistintamente alle patologie virali trasmissibili (quindi anche quelli della banale influenza stagionale); dà contezza di una generica, quanto azzardata disponibilità delle risorse necessarie per fare fronte ai primi interventi urgenti (anche se ne riserva l'individuazione a successiva valutazione speditiva del Dipartimento di protezione civile, in raccordo con il Ministero della Salute); ne stabilisce la durata in soli sei mesi e prevede lo stanziamento di soli 5.000.000 di euro, sul medesimo Fondo per le emergenze nazionali.

Le due iniziative amministrative – quella posta di fronte alla paura dell'ignoto e l'altra sulla gestione dell'emergenze calamitose – rappresentano con evidenza il rimarcato disallineamento strutturale, sostanziale, dei due modelli da cui promanano, nonostante il formale richiamo alla medesima fonte.

Rispetto allo specifico rischio igienico-sanitario del modello della paura, ad esempio, è fondamentale la predisposizione di un sistema di allertamento specifico, diverso da quello previsto dall'art. 17, d.lgs. n. 1/2018, compiutamente preordinato al contenimento del rischio idraulico, idrogeologico e meteorologico; esso, giocoforza, risulta molto più complesso (anche per il suo possibile andamento ondivago) e ramificato.

Sicuramente vi rientra il bollettino quotidianamente diramato dal capo della protezione civile, ma vanno considerati anche altri strumenti di comunicazione (come i *social*) – diversi dalla pubblicazione di provvedimenti o di comunicati sul sito istituzionale – di notizie ed iniziative sia di natura scientifica sia di natura amministrativa, diffuse anche dagli enti locali e dai *mass media* (e non solo attraverso i telegiornali, ma anche con continue trasmissioni di approfondimento), tutti idonei ad influenzare l'opinione pubblica ed a modularne il livello di paura.

Lo stesso ragionamento va fatto per la necessaria attività di pianificazione di cui all'art. 18 che prevede normalmente un raccordo interistituzionale e perfino la partecipazione della comunità, anche in relazione al necessario aggiornamento per l'adeguamento al cambiamento del rischio stesso.

È inutile dire che qui ha primario peso, in linea con l'art. 19 e l'art. 21, il ruolo della comunità scientifica, rispetto alla quale sempre più spesso il diritto si pone in atteggiamento opportunamente servente²⁸, purché, ovviamente, non diventi sede di inestricabile conflittualità²⁹.

Anche la previsione dello stato di mobilitazione generale, quale condizione successiva alla dichiarazione di emergenza (art. 23, Codice di protezione civile), nel nostro caso, subisce la paura della diffusione del *virus* in relazione alla circolazione umana sul territorio e, per questo, finora si è limitata a contingentate iniziative, quali il reclutamento straordinario di personale medico ed infermieristico³⁰.

Nella prospettazione amministrativa della lotta alla paura, tentenna perfino la configurazione delle ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile (art. 25) «in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea» (comma 1)³¹.

Il punto più delicato, nel quale si intravede, in maniera significativa, la refrattarietà del regime emergenziale rispetto alla costruzione di un modello amministrativo speciale della paura, è che queste ordinanze, per quanto atipiche, per quanto derogatorie, non sono contenutisticamente idonee a fronteggiare in maniera completa e sistematica il fenomeno epidemico in atto.

²⁸ Secondo una tendenza sempre più fortemente rimarcata dalla giurisprudenza amministrativa, di fronte ai progressi della scienza medica incidenti sui diritti e sulle libertà fondamentali. Si pensi in proposito, al parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di regolamento in materia di procreazione medicalmente assistita, improntato sul difetto di *os ad loquendum* del diritto rispetto ai parametri medico-scientifici. Cfr. Cons. St., Sez. cons. att. norm., 17 giugno 2019, n. 1732, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ Infatti, nel nostro caso, è stato nominato un comitato scientifico apposito che ha un ruolo predominante anche rispetto alla Commissione Grandi Rischi di cui all'art. 20, la quale non risulta intervenuta con riferimento alla pandemia in atto.

³⁰ Potrebbe anche osservarsi che la mobilitazione ha senso relativo, nel momento in cui l'emergenza riguarda tutto il territorio nazionale, se non con riguardo allo sgravio delle terapie intensive, ove possibile, nella massima sicurezza (il che è complicato).

³¹ Le suddette ordinanze, pubblicate in Gazzetta Ufficiale (art. 25, commi 4 e 5), richiedono la preventiva acquisizione dell'«intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate» e «l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare», vanno specificatamente motivate (comma 1) e sono giurisdizionalmente sindacabili nei termini di cui agli art. 24, 103 e 113 Cost. (comma 9). Pur esulando dal controllo della Corte dei conti (comma 3), soggiacciono ad un monitoraggio interno sul loro stato di attuazione e sulla loro sostenibilità finanziaria (comma 10), mentre i relativi provvedimenti attuativi sono sottoposti a tutti i controlli previsti dalla legge (comma 6, ult. inc.).

È il profilo formalistico, tipizzante e nominalistico, pur fortemente depozionato dal legislatore – che ne riconosce evidentemente la carica neutralizzatrice di interventi efficaci e repentini – a suscitare serie perplessità.

Nella deroga, è pur vero, infatti, che le ordinanze di protezione civile devono rispettare i minimi requisiti contenutistici fissati dalla stessa norma che ne autorizza la deroga.

Ma, scorrendo la rassegna di ipotesi a tal fine deputata dall'art. 25 (dalla lett. a) alla lett. f), sarà facile rendersi conto che l'emergenza a cui sono preordinate le misure di protezione civile in ambito nazionale è riconducibile, appunto, a quei fenomeni naturalistici (quali terremoti ed alluvioni) che abbiamo definiti esterni rispetto all'uomo (giammai interni al suo organismo).

Sicché, se la si vuole applicare al modello della paura, è necessario che l'ordinanza di protezione civile, prevista dagli art. 24 e 25, d.lgs. n. 1/2018, deroghi iconoclasticamente alla stessa norma che la prevede e ne abilita l'attivazione ed in particolare, deroghi ai limiti contenutistici generali previsti delle lett. a), b) c) d) e) f) dell'art. 25³².

E ciò vale anche se, come nella dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020, si voglia far rientrare la pandemia tra gli eventi naturali dovuti a fatto dell'uomo, in ragione della pur ampia e largheggiante formula dell'art. 2 del Codice di protezione civile, tra quelle emergenze di cui all'art. 7, comma 1, lett. c)³³; e non, invece, ascriverla, come qui proposto, all'ipotesi di rischio igienico-sanitario, cui all'art. 16, comma 2, della medesima fonte³⁴.

³² Che per comodità espositiva, qui di seguito si riportano, così come inserite all'interno del comma 2, dell'art. 25, cit.: «Fermo restando quanto previsto al comma 1, con le ordinanze di protezione civile si dispone, nel limite delle risorse disponibili, in ordine: a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea; c) all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive direttamente interessate dall'evento, per fronteggiare le più urgenti necessità; d) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, strettamente connesso all'evento e finalizzati prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; e) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; f) all'avvio dell'attuazione delle prime misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera e), anche attraverso misure di delocalizzazione temporanea in altra località del territorio nazionale, entro i limiti delle risorse finanziarie e secondo le direttive dettate con apposita, ulteriore delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata».

³³ Ossia quelle che «[...] in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24» (ex art. 7, comma 1, lett. c).

³⁴ Che lo schema del modello emergenziale, prefigurato dal d.lgs. n. 1/2018, non si attagli perfettamente alla dinamica sanitaria, è dimostrato anche da fatto che il Dipartimento di protezione civile non ha svolto alcu-

L'unidimensionalità della fonte di pericolo e del bene da proteggere ed il tipo consequenziale di paura distanziano anche dal punto di vista organizzativo i due modelli.

Ad esempio, l'art. 10 del Codice di protezione civile individua come componente fondamentale del Servizio nazionale della protezione civile il Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 10, comma 1), che, nel nostro caso, serve a ben poco per gli interventi di «soccorso tecnico» (comma 2), rispetto al personale medico e paramedico operante nelle strutture del servizio sanitario nazionale.

Il punto pare ancora più chiaro dall'elencazione del successivo art. 13³⁵ di tutte le altre componenti del servizio nazionale di protezione civile, nel quale compaiono tutti tranne il personale sanitario, o, ancora, se si tiene conto del fatto che, per l'evento in esame, non è stato convocato il Comitato operativo nazionale della protezione civile, quale primo adempimento a carico del Dipartimento di protezione civile, di fronte alle «... emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo ovvero nella loro imminenza, al fine di assicurare il coordinamento degli interventi delle componenti e strutture operative del Servizio nazionale» (art. 14, comma 1, d.lgs. n. 1/2018).

La singolarità del caso concreto, inoltre, sarà pure da ostacolo, in prospettiva, all'emanazione dell'altra categoria di ordinanze, ossia quelle relative al graduale recupero della normalità, almeno secondo lo schema normativo indicato dall'art. 26 del Codice di protezione civile, il quale presuppone la possibilità di identificare con certezza il termine ultimo di durata dell'emergenza, al fine di computare a ritroso il termine di 30 giorni di possibile attivazione di tale potere di ordinanza³⁶.

na programmazione o attività di prevenzione sul tema specifico, secondo quanto prescritto dall'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 1/2018, cit. né che siano state emanate direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri nei termini di cui all'art. 15, d.lgs. n. 1/2018, cit..

³⁵ Il comma 1 qualifica come «strutture operative nazionali» anche: «a) le Forze armate; b) le Forze di polizia; c) gli enti e istituti di ricerca di rilievo nazionale con finalità di protezione civile, anche organizzati come centri di competenza, l'Istituto nazionale di geofisica e vulcanologia e il Consiglio nazionale delle ricerche; d) le strutture del Servizio sanitario nazionale; e) il volontariato organizzato di protezione civile iscritto nell'elenco nazionale del volontariato di protezione civile, l'Associazione della Croce rossa italiana e il Corpo nazionale del soccorso alpino e speleologico; f) il Sistema nazionale per la protezione dell'ambiente; g) le strutture preposte alla gestione dei servizi meteorologici a livello nazionale», mentre, ai sensi del comma 2: «Concorrono, altresì, alle attività di protezione civile gli ordini e i collegi professionali e i rispettivi Consigli nazionali [...] e gli enti, gli istituti e le agenzie nazionali che svolgono funzioni in materia di protezione civile e aziende, società e altre organizzazioni pubbliche o private che svolgono funzioni utili per le finalità di protezione civile».

³⁶ L'articolo, rubricato «Ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale», così dispone, al comma 1: «Almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è adottata apposita ordinanza volta a favorire e regolare il proseguimento dell'esercizio delle funzioni commissariali in via ordinaria nel coordinamento degli interventi, conseguenti all'evento, pianificati e non ancora ultimati. Ferma in ogni caso l'inderogabilità dei vincoli di finanza pubblica, con tale ordinanza possono essere altresì emanate, per la durata massima di sei mesi non prorogabile e per i soli interventi connessi all'evento, disposizioni derogatorie, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle

Come già si accennava, va anche considerato il problema del limite di inderogabilità dei vincoli di finanza pubblica e del rispetto dei parametri europei³⁷, pur nell'ambito di una contabilità speciale³⁸, in prima battuta tesa all'individuazione delle «prime risorse finanziarie da destinare all'avvio delle attività di soccorso e assistenza alla popolazione degli interventi più urgenti»³⁹.

Nella medesima prospettiva, meccanismi indennitari, come quelli previsti anche sotto il profilo contabile dall'art. 28, avranno possibilità di attuazione (sottoforma di *bonus* o di sgravi fiscali), ma c'è un tema sullo sfondo di un danno gravissimo che difficilmente purtroppo rientrerà nei suddetti ambiti ristoratori: quello per la perdita dei propri cari, connessa al diritto ad una degna sepoltura ed al rito funebre e per la impossibilità di rito funebre⁴⁰.

norme dell'Unione europea, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione di termini analiticamente individuati e disposizioni finalizzate all'eventuale rimodulazione del piano degli interventi nei limiti delle risorse disponibili».

³⁷ A tal proposito, troveranno applicazione regole di contabilità speciali, sulla falsariga dell'art. 27, nonché strumenti di deflazione del contenzioso, rispetto alla sua prevedibile insorgenza collegata all'aumento delle insolvenze per la recessione economica in atto, quale la ivi contemplata sospensione delle azioni esecutive.

³⁸ Si pensi al Fondo per le emergenze nazionali, istituito, ai sensi dell'art. 44, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile (comma 1), sul cui conto finanziario, «al termine di ciascun anno, dovranno essere evidenziati, in apposito allegato, gli utilizzi delle risorse finanziarie». In merito, l'art. 24, comma 2 dispone che: «2. A seguito della valutazione dell'effettivo impatto dell'evento calamitoso, effettuata congiuntamente dal Dipartimento della protezione civile e dalle Regioni e Province autonome interessate, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della protezione civile, il Consiglio dei ministri individua, con propria deliberazione, le ulteriori risorse finanziarie necessarie per il completamento delle attività di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a), b) e c), e per l'avvio degli interventi più urgenti di cui alla lettera d) del medesimo comma 2, autorizzando la spesa nell'ambito del Fondo per le emergenze nazionali di cui all'articolo 44. Ove, in seguito, si verifici, sulla base di apposita rendicontazione, che le risorse destinate alle attività di cui alla lettera a) risultino o siano in procinto di risultare insufficienti, il Consiglio dei ministri, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della protezione civile, individua, con proprie ulteriori deliberazioni, le risorse finanziarie necessarie e autorizza la spesa nell'ambito del Fondo per le emergenze nazionali di cui all'articolo 44».

³⁹ Di cui al successivo art. 25, comma 2, lett. a), ossia in ordine «all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento» e lett. b), ossia in ordine «al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea».

⁴⁰ Questo tema, ad esempio, è oggetto di un forte filtro informativo, attingendo a profili intimi della sfera individuale e familiare. Rispetto ad essa la brutale compromissione del momento commemorativo (senza voler entrare nel connesso e delicatissimo tema religioso) ha avuto concretizzazione in provvedimenti, al cui contenuto non è stata data risonanza particolare e di cui si è avuta contezza in termini episodici. Si riporta, l'art. 4, comma 2, o.c.d.p.c., 25 marzo 2020, n. 655, in *protezionecivile.gov.it*, rivolto agli enti locali: «Al fine di superare le criticità dovute al crescente numero di decessi e all'accumulo straordinario di feretri in giacenza contenenti salme di defunti positivi al COVID-19, con la conseguente saturazione dei cimiteri e degli impianti di cremazione, è autorizzata – anche in deroga alle procedure ordinarie previste dal decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285 – la tumulazione nonché l'inumazione del feretro in apposito campo a prato verde dei cimiteri in tutti i casi in cui entro le 48 ore dal decesso non vi sia manifestazione di volontà da parte dei familiari dei defunti in ordine alla sepoltura ovvero non sia possibile dare seguito alla volontà di cremazione del defunto entro tre giorni nel caso in cui risultino saturi gli impianti di cremazione della Provincia».

4. *Dal disallineamento al modello decisorio a formazione progressiva: l'innesto della matrice della paura da responsabilità e i germi della conflittualità amministrativa*

La singolarità e novità della situazione hanno, dunque, comportato la necessità di sperimentare un modello giuridico amministrativo autonomo, imperniato sul distanziamento sociale sull'intero territorio nazionale, quale unica misura adeguata a fronteggiare sia lo specifico tipo di emergenza sanitaria sia la paura conseguente alla mancata o inadeguata reazione istituzionale alla repentina diffusione del *virus*.

Esso è concentrato, conseguentemente, sulla gestione dei suoi effetti, per cui la sua bipartizione in fasi operative (quella del contrasto massimo alla diffusione del *virus*, sintetizzabile nel *lockdown* e quella volta al graduale recupero dell'attività economica in ambito nazionale) appare, in questa prospettiva, una rappresentazione meramente convenzionale di diverse e concatenate modalità di applicazione della stessa regola (quella del distanziamento sociale, ossia – si ripete – l'unica possibile in attesa del vaccino)⁴¹.

La necessaria duttilità, derivante dalla strutturale variabilità del mezzo di contenimento, è la stessa che ha consentito l'abbandono della prassi di inutili resoconti su vere e proprie missioni da agenti segreti, per scovare il paziente "0" in aree territoriali comunali e regionali (come se il *virus* riconoscesse i confini politici interni).

La creazione giuridica di tale modello corre, a partire dalla fine di febbraio 2020⁴², lungo la dorsale della decretazione d'urgenza, con la progressiva emarginazione del Codice di protezione civile al richiamo sui profili di contabilità speciale.

La sua caratteristica (fermo restando che la sua intelaiatura è ancora *in itinere*, soprattutto con riferimento alla cd. fase 2) è quella di seguire l'andamento del-

⁴¹ Tanto ciò è vero che le fasi alterne si possono, purtroppo, reinvertire, in occasione della temuta seconda ondata del *virus* e che il modello amministrativo della paura, sempre collegato al controllo della medesima, fino a che il vaccino non ne debellerà definitivamente la scaturigine non ha come suo obiettivo primario il recupero della dimensione sociale dell'individuo, ma al massimo dell'attività economica e dell'attività sportiva individuale a tutela della salute.

⁴² Al momento in cui si scrive, si registrano: d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. con mod. in l. 5 marzo 2020, n. 13 (e quasi del tutto abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19), nel quale sono state inserite le prime limitazioni alla libertà di circolazione limitate a comuni o aree territoriali nelle quali si fosse registrato almeno un caso di positività (dal divieto di spostamento anche tra Comuni, al divieto di frequenza scolastica, all'applicazione della misura di quarantena domiciliare ai soggetti in contatto con il paziente positivo, alla chiusura di esercizi commerciali e così via); cfr. d.l. 2 marzo 2020, n. 9 recante «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 14 marzo 2020 n. 14, recante «Disposizioni per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19»; d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia), recante «Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

la diffusione quasi in tempo reale dell'epidemia, o, meglio, delle notizie circolanti in merito, adattando le stesse misure al progressivo aggiornamento del bagaglio di conoscenze sia medico-scientifiche sia economiche sia statistiche.

All'interno del suddetto modello, si è profilata, così, una fattispecie decisoria a formazione progressiva, strutturalmente incline alla confusione, nel sovrapporsi di prescrizioni e disposizioni, peraltro, temporalmente circoscritte.

Essa impone un continuo e significativo sforzo di aggiornamento per lo stesso operatore del diritto, anche solo per comprendere, giorno per giorno, di fronte all'abuso della tecnica di rinvio ad altre fonti ed all'ipertrofia dei testi, quali siano entrate in vigore, quali siano ancora vigenti e quali risultino abrogate (esplicitamente o implicitamente)⁴³.

Il problema, però, non sembra dipendere solo dalla rapida evoluzione della situazione ignota, pericolosa ed in continua evoluzione.

Il meccanismo di produzione della regola giuridica è, infatti, fortemente complicato dal quadro di un esasperato pluralismo formale delle fonti e delle competenze amministrative (alcune delle quali create *ad hoc*) che innalza, già solo limitandosi al parziale livello statale, la soglia di incertezza sulla regola medesima.

Chi volesse, infatti, recuperare un quadro completo delle prescrizioni statali sul problema in atto, dovrebbe barcamenarsi tra decreti legge, decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri, ordinanze del Dipartimento di Protezione civile, facente capo ad essa⁴⁴, ordinanze ministeriali provenienti da diversi dicasteri⁴⁵, ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza⁴⁶, senza ricavarne, comunque, pur dopo lo sforzo, l'auspicata sensazione di compiutezza.

⁴³ Sul sito istituzionale del Governo (al link <http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968>), compaiono perfino specchietti di aggiornamento (non sempre in tempo reale) per un minimo orientamento sull'elenco dei vari decreti e ordinanze vigenti, senza, però, l'indicazione sinottica e di facile accessibilità delle prescrizioni generali in atto.

⁴⁴ Lo stretto rapporto tra Presidente del Consiglio dei Ministri e Dipartimento della protezione civile è indicato, oggi, nell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 1/2018, a cui la decretazione d'urgenza si è ispirata: «Il Presidente del Consiglio dei ministri, per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, che può esercitare, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24, per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile, e determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale».

⁴⁵ Come il Ministero della Salute, Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, Ministero dell'Interno, Ministero dell'economia, che si esprimono anche con note e circolari, con tentazioni di velate e pericolose incursioni esterne, che alimentano la confusione applicativa (su cui v. *infra*). Si pensi, a titolo meramente indicativo, alla circolare del Ministero dell'Interno prot. n. 15350/117(2) Uff.III-Prot. civ. del 31 marzo 2020, in <https://statics.cedседn.it>, che si è precipitata a risolvere in senso restrittivo la *querelle* seguente a richieste di chiarimenti sull'attività motoria consentita al minore accompagnato dal singolo genitore, distinguendo attività motoria dallo jogging e circoscrivendola in prossimità dell'abitazione, ma senza in realtà fugare più di un dubbio interpretativo rispetto alla generica prescrizione di riferimento.

⁴⁶ Nominato con d.p.c.m. del 18 marzo 2020. Va aggiunta l'istituzione del comitato tecnico scientifico (art. 2, comma 1, o.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 citata e di quello di esperti in materia economica e socia-

Si percepisce, in tale frenesia, un'altra componente di paura, di diversa matrice rispetto a quella finora esaminata, ma parimenti influente sulle dinamiche del nostro modello amministrativo: quella dell'assunzione di responsabilità sulle decisioni e sulle loro conseguenze giuridiche, sociali ed economiche.

La burocratizzazione – con l'evitabile diaspora di competenze, certamente non priva di alternativa⁴⁷ – ne costituisce la non accattivante rappresentazione ed allontana l'auspicabile obiettivo di semplificazione ed unificazione del potere (compreso quello decisionale).

Lasciandosi spazio all'equivoco interpretativo, al difetto di coordinamento, alla possibile antinomia tra le fonti medesime, certamente si produce l'effetto sedativo di tale insana preoccupazione, a costo, però, della dequotazione della sovranità – che dovrebbe promanare in maniera più solida proprio dal livello centrale di governo – e di un paradossale effetto di rallentamento dei tempi di reazione amministrativa, anche e soprattutto a livello locale.

Il profilo segnalato si aggrava di fronte alle non infrequenti difficoltà di percezione della regola imposta a livello governativo, in ragione del suo tenore letterale, non chiaro o eccessivamente generico su aspetti cruciali della vita quotidiana e su altri fondamentali per la salute individuale, oggetto di continui rimbaldi mediatici.

Una prescrizione astrusa in senso assoluto o anche contraddittoria o irragionevole rispetto agli indirizzi precedenti rischia di produrre l'effetto opposto a quello tranquillizzante, al quale dovrebbe essere, invece, preordinata⁴⁸.

le (art. 1, d.p.c.m. 10 aprile 2020, in *www.governo.it*).

⁴⁷ Sulla possibile configurazione di un modello alternativo di tipo accentrato, si rinvia alle osservazioni di S. Cassese nell'intervista di D. Pirone, *Coronavirus, Cassese: «Le Regioni fanno troppe cose e male, il servizio sanitario deve essere nazionale»*, su *ilmessaggero.it*, 3 aprile 2020: «La Costituzione consente già al governo di sostituirsi alle Regioni in casi di pericolo grave per l'incolumità. La legge 833 del 1978 già assegna al ministro della salute il compito di intervenire in caso di epidemie. Quel che è successo in Italia è dovuto solo alla scarsa autorevolezza del governo centrale, la cui debolezza – in questa materia e in questo frangente – è pari soltanto a quella dei governi centrali americano e tedesco (che sono però due Paesi federali, non a struttura regionale). Ed ancora: «La spiegazione è duplice. Primo: da un lato, vi sono presidenti di Regioni che fanno la voce grossa perché hanno una investitura presidenzialistica, diretta, popolare. Dall'altro un governo centrale con una maggioranza precaria e persone con scarsa esperienza (che tuttavia, anche per merito degli eccellenti uomini di scienza che abbiamo, stanno nel complesso tenendo la barra, se si fanno comparazioni con quel che succede nel Regno Unito, negli Stati Uniti, in Brasile). Secondo: i principali protagonisti sono stati i presidenti delle Regioni del Nord, a guida Lega, nei confronti dei quali il governo centrale si è trovato in posizione di minorità, per ragioni che si spiegano con le vicende della politica italiana degli ultimi due anni».

⁴⁸ Cfr. S. Cassese, *Coronavirus, il dovere di essere chiari*, in *corriere.it*, 23 marzo 2020 che osserva che il d.p.c.m. 22 marzo 2020 «contiene, nella parte dispositiva, 864 parole e ben dieci rinvii ad altri decreti, leggi, ordinanze, codici, protocolli. A Palazzo Chigi pensano che tutti gli italiani siano dotati di una raccolta normativa completa, incluse le ordinanze? Bernini e Borromini, poi, sarebbero ammirati del barocchismo della costruzione del decreto. È disposto il fermo di tutte le attività, salvo quelle che è consentito proseguire (indicate in un elenco allegato), quelle che sono funzionali ad esse e ai servizi di pubblica utilità ed essenziali (ma queste ultime con qualche eccezione e salvo contrordine del prefetto), quelle di impianti a ciclo di produzione continuo (salvo contrordine del prefetto), quelle aerospaziali e di rilevanza strategica (previa autorizzazione del prefetto). Il prov-

Ciò a maggior ragione, se si tiene ulteriormente in conto che il diritto della paura concede spazio alla delocalizzazione della responsabilità politica a livello centrale, in favore di Regioni e Comuni⁴⁹ e, conseguentemente, alla parcellizzazione delle iniziative attuative, anche relative al profilo strettamente sanitario⁵⁰, pur nel proclamato doveroso rispetto della direzione governativa⁵¹.

È evidente che il difetto di chiarezza comporta problemi applicativi, soprattutto nella pratica e differenziata dislocazione territoriale del problema⁵².

E qui il vero punto cruciale sta nei tempi e nelle concrete modalità di attuazione delle progressive misure restrittive ed ampliative adottate nei suddetti decreti legge – variamente incidenti sulla libertà di circolazione e, più in generale, sulla libertà personale – affidate, in prima battuta, a singoli d.p.c.m.⁵³, a livello nazio-

vedimento, infine, consente di allargare o restringere l'elenco delle attività sospese, con decreto del ministro dello Sviluppo economico, d'intesa con quello dell'Economia, e contiene una clausola finale secondo la quale resta consentita ogni attività comunque funzionale a fronteggiare l'emergenza (chi le individua?)».

⁴⁹ L'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 1/2018 considera Stato, Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali componenti del Servizio nazionale, «secondo i rispettivi ordinamenti e competenze». Il successivo art. 6, comma 1, attribuisce a Sindaci e Presidenti delle Regioni «le funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato delle medesime attività da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni».

⁵⁰ Dalla politica dei tamponi a quella delle zone rosse in ambito intraregionale, per fare qualche esempio.

⁵¹ In particolare, il d.l. n. 19/2020, ha gerarchizzato il potere regolamentare, accentrando quello statale, soprattutto per le misure riguardanti l'esercizio dei diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti (libertà personale, istruzione, lavoro e salute tra tutti), a tutela unitaria dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti e diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.), pur consentendo specifici interventi in ambito regionale e comunale.

L'art. 3 definisce, al comma 1, il rapporto tra i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e le ordinanze regionali, per adottare misure urgenti in materia di contrasto e contenimento dell'epidemia in atto, nel senso che le seconde hanno effetto, nelle more dell'adozione dei d.p.c.m. e fino ad essi e solo per specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario in tutto o in parte del territorio della regione o dei comuni interessati ed esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza. Mentre al comma 2, riprendendo l'art. 35, d.l. n. 9/2020, viene sancita l'inefficacia *ex lege* delle ordinanze contingibili ed urgenti comunali contrastanti con le misure nazionali o eccedenti i limiti oggettivi di cui al comma 1 appena citato.

⁵² Si pensi, ad esempio, al delicato tema dell'attività motoria, della distinzione dall'attività sportiva e delle modalità per rendere effettivi i controlli locali, per esempio della polizia municipale, sul superamento della distanza massima, in metri lineari, dalla propria abitazione.

⁵³ L'art. 3, d.l. n. 6/2020, ora abrogato, aveva previsto che alla previsione generale delle misure contenitive, segua la loro adozione specifica, «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonchè i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale». Sulla stessa linea, l'art. 2, d.l. 19/2020 ha confermato la suddetta fonte amministrativa, sempre previa consultazione, a seconda, dei Presidenti delle regioni interessate o della Conferenza delle regioni e delle province autonome, riservandosi a tali due organi anche un potere di proposta.

nale, rispetto ai quali si muovono, a livello di dislocazione territoriale, a cerchi concentrici, le ordinanze regionali⁵⁴ e comunali⁵⁵.

Non si vuole, né si può certamente, in questa sede, entrare nello specifico delle molteplici occasioni di confronto/scontro istituzionale, particolarmente seguite dall'opinione pubblica, ma non ci si può certamente esimere dal trarne il significato critico complessivo.

La necessaria applicazione a livello locale dei parametri costituzionali della differenziazione e della adeguatezza⁵⁶ costituisce, ad avviso di chi scrive, saldo punto di ispirazione di tutte le iniziative regionali e locali che, rispetto all'impostazione governativa, si sono dimostrate più restrittive, in considerazione della diversificata progressione del *virus*, non solo in ambiti territoriali più aggrediti, ma anche per quelli, in cui, in ragione della diversa potenzialità di tenuta del sistema sanitario, numeri ben più bassi di quelli purtroppo registrati potrebbero causare comunque un tracollo.

Si è creata, così, la non favorevole occasione di antagonismo tra potere centrale e potere locale, nell'ambito del quale il primo si pone quale depositario di un garantismo formale, ma sostanzialmente recessivo, agli occhi della collettività

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 11, comma 1, Codice protezione civile: «Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative ed amministrative, disciplinano l'organizzazione dei sistemi di protezione civile nell'ambito dei rispettivi territori, assicurando lo svolgimento delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2...». Il comma 3 dispone che: «Le Regioni, sulla base dei criteri generali fissati ai sensi dell'articolo 18, comma 4, favoriscono l'individuazione del livello ottimale di organizzazione di strutture di protezione civile a livello territoriale comunale...».

⁵⁵ L'art. 12 Codice di protezione civile indica le attribuzioni attuative delle attività di protezione civile in capo ai Comuni ed, in particolare, i commi 5 e 6 così dispongono: «Il Sindaco, in coerenza con quanto previsto dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, per finalità di protezione civile è responsabile, altresì:

a) dell'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli per l'incolumità pubblica, anche sulla base delle valutazioni formulate dalla struttura di protezione civile costituita ai sensi di quanto previsto nell'ambito della pianificazione di cui all'articolo 18, comma 1, lettera b);

b) dello svolgimento, a cura del Comune, dell'attività di informazione alla popolazione sugli scenari di rischio, sulla pianificazione di protezione civile e sulle situazioni di pericolo determinate dai rischi naturali o derivanti dall'attività dell'uomo;

c) del coordinamento delle attività di assistenza alla popolazione colpita nel proprio territorio a cura del Comune, che provvede ai primi interventi necessari e dà attuazione a quanto previsto dalla pianificazione di protezione civile, assicurando il costante aggiornamento del flusso di informazioni con il Prefetto e il Presidente della Giunta Regionale in occasione di eventi di emergenza di cui all'articolo 7, comma 1, lettere b) o c)».

«Quando la calamità naturale o l'evento non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune o di quanto previsto nell'ambito della pianificazione di cui all'articolo 18, il Sindaco chiede l'intervento di altre forze e strutture operative regionali alla Regione e di forze e strutture operative nazionali al Prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza, coordinando i propri interventi con quelli della Regione; a tali fini, il Sindaco assicura il costante aggiornamento del flusso di informazioni con il Prefetto e il Presidente della Giunta Regionale in occasione di eventi di emergenza, curando altresì l'attività di informazione alla popolazione».

⁵⁶ Nell'ambito di una specifica versione della sussidiarietà collegata all'andamento epidemiologico, di cui si è fatto cenno nel paragrafo sui principi.

amministrata, rispetto all'argomento della giusta causa del *trend* di maggior rigore (per la cd. fase 1), quale più fedele decodificazione locale dei bisogni (anche quelli sanitari e non solo⁵⁷), su base regionale e perfino comunale.

La conflittualità istituzionale è, poi, alimentata dalla difficoltà tecnica di circoscrivere territorialmente sia le prescrizioni regionali e locali sia i relativi controlli di attuazione, per la semplice ragione che, incidendo comunque sulla circolazione di persone e cose sul territorio nazionale, finiscono per toccare direttamente o indirettamente ambiti extraterritoriali.

Il segnalato antagonismo si gioca, allora, sul campo del vizio di competenza, ossia su quel campo designato impropriamente dal livello centrale, nella indicata logica di deresponsabilizzazione.

Per questa ragione, esso è ancora più disfunzionale, ben oltre l'immediato messaggio di dispersione della sovranità.

Infatti, il piano formale di scontro, quello dell'incompetenza appunto, rischia la prostrazione del buon andamento, laddove, ad esempio, le iniziative deliberate da autorità incompetente, abbiano un contenuto sostanziale improntato all'efficienza, efficacia ed economicità del modello della paura, nella sua necessaria fase applicativa ed operativa, e vengano poste nel nulla, senza nemmeno potersi dare adito all'innescò di un dialettico circuito virtuoso e collaborativo che ispiri l'autorità competente.

In nome di tale meccanismo giuridico, opposto al contenimento della paura ed alla trasmissione di una elementare e non retorica idea unitaria, il Governo ha recentemente rispolverato il suo potere straordinario di annullamento ex art. 138 T.U.E.L.

In particolare, è accaduto che, con ordinanza contingibile ed urgente ex art. 50 T.U.E.L. n. 105 del 5 aprile 2020, con efficacia dall'8 al 13 aprile 2020, e con riserva di proroga, il Sindaco di Messina aveva attivato un sistema di prenotazione *online* ai fini di attraversamento dello Stretto di Messina, a cui era connessa la realizzazione di una banca dati «finalizzata alla verifica delle condizioni per l'attraversamento dello Stretto».

L'iniziativa urgente, oggetto del suddetto annullamento straordinario, dipendeva dalla percezione di un momento significativo di sostanziale disapplicazione delle disposizioni governative e regionali vigenti che regolavano proprio

⁵⁷ Anche per i bisogni economici, l'ente locale si fa interprete dei bisogni della propria comunità, come è accaduto nelle amministrazioni comunali che hanno correttamente rilevato la discrasia tra la proclamazione governativa dell'erogazione dei contributi e la loro materiale indisponibilità ai fini della concreta erogazione su base territoriale.

il transito in Sicilia (D.M. Ministero Salute 16 marzo 2020, n. 118 e 17 marzo 2020, n. 120 s.m.i. e d.p.c.m. 22 marzo 2020)⁵⁸.

Nel caso di specie, il Comune di Messina aveva, da giorni, sollevato il problema, dandone evidenza mediatica ed ottenendo da una importante ditta specializzata di San Francisco, a titolo gratuito e nello spazio di pochi giorni, la disponibilità di un programma (*data base*) che consentisse la registrazione dei transiti sullo Stretto, distinguendo tra pendolari e non, e Forze dell'Ordine per motivi di servizio, ai fini della regolamentazione (efficiente) dei controlli sul transito, per evitare l'aumento della diffusione del *virus* per via interumana⁵⁹.

5. *Il problema dell'effettività del modello amministrativo della paura nel contrasto alla pandemia e il tema del piano di confronto istituzionale, come spunto dal caso limite dell'attraversamento dello Stretto di Messina. Prime conclusioni, anche in prospettiva, sul nostro modello in continua evoluzione*

Il punto, ad avviso di chi scrive, non è la correttezza o meno della rilevazione di incompetenza, né l'inefficacia della suddetta ordinanza comunale, delineate dal propedeutico parere del Consiglio di Stato⁶⁰, sul quale si è fondato l'annullamento governativo, ma la ragione dell'emanazione di un'ordinanza comunale

⁵⁸ In particolare, dopo l'esplicitazione dell'obbligo di motivazione delle ragioni della traversata dello Stretto (decreto Ministero Salute di concerto con Ministero delle infrastrutture e trasporti, 16 marzo 2020, n. 118), l'art. 2 del decreto 17 marzo 2020, n. 120 del Ministro della salute, emanato di concerto con il Ministro delle infrastrutture e trasporti, come modificato con successivo decreto 18 marzo 2020, n. 122 (e prorogato con ordinanza del Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 28 marzo 2020), con specifico riferimento all'attraversamento dello Stretto di Messina, ha disposto la sospensione del trasporto marittimo dei viaggiatori da e verso la Sicilia, la prosecuzione del solo trasporto delle merci, prevedendo, solo 4 corse giornaliere A/R dalle ore 6 alle 21, esclusivamente per gli appartenenti alle forze dell'ordine e alle forze armate, gli operatori sanitari pubblici e privati, i lavoratori pendolari o per chi comprovò esigenze di lavoro, gravi motivi di salute e situazioni di necessità, con autocertificazioni da esibire agli organi accertatori. La suddetta disciplina speciale è integrata dal successivo d.p.c.m. 22 marzo 2020, il cui art. 1, comma 1, lettera b) ha vietato qualunque trasferimento o spostamento, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente ci si trovi, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute.

⁵⁹ L'ordinanza in questione imponeva ai viaggiatori (pedoni e conduttori di veicoli) che volessero attraversare lo Stretto di Messina, in entrata o in uscita dal territorio comunale, di registrarsi nel sistema *on-line*, disponibile sul sito dell'ente, almeno 48 ore prima della partenza, inserendo i propri dati identificativi, il Comune di provenienza e quello di destinazione, e le ragioni del trasferimento. L'attraversamento era condizionato al rilascio di nulla osta (*una tantum* per i pendolari), ad esclusione dei mezzi di soccorso e delle Forze dell'Ordine e di Polizia per motivi di servizio.

⁶⁰ Cons. St., Sez. cons. I, 7 aprile 2020 n. 735, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha pure rilevato la violazione dei limiti oggettivi dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020 sia per (8.4) l'«incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale (quali il transito e lo stesso trasporto di merci sullo stretto di Messina)», sia per la mancata motivazione delle «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» che sole avrebbero potuto legittimare l'emanazione dell'ordinanza.

provocatoria, probabilmente permeata dell'aprioristica consapevolezza del *deficit* di competenza.

L'opzione del motivo propagandistico⁶¹ è bilanciata da un dato oggettivo, ossia che proprio le misure contenitive ministeriali e governative sul transito regimentato dello Stretto, non erano di fatto compiutamente osservate, né vi era la percezione collettiva di adeguati controlli, meritevoli di potenziamento in un punto così strategico; mentre l'iniziativa comunale si muoveva nella direzione della concreta attuazione delle medesime prescrizioni violate.

Il Comune, nell'ambito del controllo degli sbarchi sul proprio territorio, aveva lamentato (contestando le dichiarazioni ministeriali sul punto) la sostanziale disapplicazione delle misure contenitive della diffusione epidemiologica⁶², ovviamente non con riferimento alla restrizione del numero delle corse giornaliera, ma riguardo ai passeggeri non pendolari e non appartenenti alle Forze dell'Ordine, che non erano in condizione di dichiarare alcuno specifico stato di necessità legittimante lo spostamento⁶³.

E si era, con le proprie censurate modalità, attivato contro, cioè, quel concreto pericolo di diffusione, recentemente segnalato pure dal Consiglio di Stato,

timarne l'adozione, «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento».

Viene anche evidenziata la violazione dell'art. 3 Cost. nell'imposizione al viaggiatore lungo lo Stretto della dichiarazione di aver previamente informato il Comune di destinazione. Non è di interesse, in questa sede, argomentare sulla piena logicità di ogni passaggio argomentativo del Consiglio di Stato. Qui può rilevarsi, però, che esso non ha tenuto conto del fatto che il Comune di Messina aveva integrato l'ordinanza oggetto di annullamento con altra nella quale considerava equipollente al nulla osta, la semplice comunicazione del viaggiatore nelle 48 ore precedenti.

⁶¹ Sulla quale non interessa, in questa sede, minimamente indugiare, né formulare alcun tipo di giudizio, prendendosene, anzi, espressamente le distanze.

⁶² In particolare, gli organi di stampa hanno registrato un esodo verso la Sicilia nel mese di marzo 2020, contestato a livello governativo, che ha avuto particolare risonanza con riferimento alla notte del 22 marzo 2020, coinvolgente in maniera massiccia il traghettamento sullo Stretto, evidenziato dalle doglianze e dagli ammonimenti ad un maggior controllo sull'applicazione delle misure restrittive sulla circolazione sia del Comune di Messina che della Regione Siciliana: *Esodo da coronavirus per la Sicilia, rientri in calo: in 550 sul traghetto per Messina*, in *messina.gazzettadelsud.it*, 23 marzo 2020; *Coronavirus, in migliaia sfidano il decreto. Assalto ai traghetti per la Sicilia*, in *iltempo.it*, 23 marzo 2020; *Coronavirus, nuovi arrivi in Sicilia: a Messina fiume di auto sbarcate dalla Calabria*, in *messina.gds.it*, 23 marzo 2020; *Coronavirus, centinaia di auto dal Nord alla Sicilia: «code ai traghetti»*. *Rabbia sui social*, in *ilmattino.it*, 23 marzo 2020; R. Marceca e C. Reale, *Coronavirus, polemica per gli arrivi sullo Stretto. Il Viminale smentisce Musumeci*, in *palermo.repubblica.it*, 23 marzo 2020; F. Albanese, *Coronavirus, assalto ai traghetti per la Sicilia. Musumeci: «Il governo li fermi, non siamo carne dal macello»*, in *ilsecoloxix.it*, 23 marzo 2020; R. Lo Verso, *La Sicilia è chiusa, anzi no. Chi controlla chi sullo Stretto di Messina*, in *ilfiglio.it*, 23 marzo 2020; M. Mento, *Coronavirus, a nuovo decreto corrisponde un nuovo esodo: italiani ancora in fuga verso la Sicilia*, in *newnotizie.it*, 23 marzo 2020.

⁶³ Famoso il caso della vecchia *Renault* di artisti di strada provenienti dalla Francia che aveva percorso tutta la Penisola, per essere bloccata in Sicilia.

in sede cautelare⁶⁴, generato da singole iniziative difformi alle prescrizioni nazionali eccezionali.

L'episodio eclatante è servito a denotare un aspetto fondamentale ed indefettibile del modello del diritto della paura: il suo tasso di effettività (compreso quello di neutralizzazione del sentimento in esame nella popolazione) non dipende dalla semplice produzione della regola (che rappresenta la forma dell'impegno istituzionale), ma dal suo livello di applicazione spontanea o coatta (che rappresenta la sostanza dell'impegno istituzionale).

L'epidemia in atto ammonisce a mettere da parte il prima possibile una burocratizzazione eccessiva (sempre nel doveroso rispetto delle istanze unitarie), per evitare, da un lato, che l'unica sede di dialogo istituzionale tra i componenti del servizio di protezione civile (nel caso di specie, Stato e Comune) sia quella paradossale del conflitto amministrativo o giurisdizionale sulle ordinanze contingibili ed urgenti⁶⁵ (formalmente evitato per le ordinanze regionali dall'art. 3, comma 2, d.l. n. 19/2020 cit.) e, dall'altro, che si trascuri il fondamentale momento applicativo (nucleo identificativo del diritto amministrativo), per il quale è imprescindibile l'adeguata verifica del tasso e delle modalità di garanzia di osservanza concreta della prescrizione (oltre che la percezione collettiva della stessa).

Com'è noto, il criterio primario di misurazione dell'effettività del rispetto delle restrizioni è finora affidato a meccanismi autodichiarativi, con la previsione di sanzioni amministrative e penali in caso di mancata corrispondenza delle ragioni della circolazione, rispetto alle eccezioni via via licenziate.

La sua pregnanza – che ne è, allo stesso tempo, il limite – è affidata, dunque, all'autoresponsabilità del cittadino ed ai controlli sul territorio.

Più alto è il livello di autoresponsabilità (sanitaria), collegato anche alla paura connessa alle informazioni diffuse sul livello di avanzamento della malattia, e meno importante sarà occuparsi di rafforzare i meccanismi sanzionatori, la cui strutturale inadeguatezza è rilevabile in maniera direttamente proporzionale al livello di circolazione sul territorio nazionale.

⁶⁴ Cons. St., Sez. III, decr. pres. 30 marzo 2020, n. 1553: «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo».

⁶⁵ Al suddetto rischio, si aggiunge quello della disparità di trattamento delle ordinanze comunali, più difficilmente controllabili in ragione del loro numero, in relazione all'utilizzo dello strumento dell'annullamento straordinario. A tal proposito, il Comune di Messina ha rilevato nella memoria inviata al Supremo organo consultivo (in *strettoweb.com*, 9 aprile 2020) che il meccanismo autorizzativo era stato già previsto, a livello comunale, per l'accesso all'isola di Capri (ord. Com. 5 aprile 2020, n. 18, in *cittadicapri.it*), senza alcun intervento governativo sul punto.

A questo profilo, evidentemente non esente da problematicità, in punto di effettività del sistema, in assenza di una proattiva modalità di segnalazione dell'inadeguatezza, se ne aggiunge un altro che potremmo riassumere nella tendenza all'enfatizzazione del momento di produzione della regola giuridica, rispetto alla verifica della sua funzionalità.

In poche parole, per quanto una prescrizione possa apparire rigorosa ed eccezionale in astratto, ha facilità a trasformarsi in un mero proclama, se la sua articolazione renda, ad esempio, impossibile o tecnicamente difficoltosa la verifica della sua esecuzione.

Come si è detto, il livello di affidamento del cittadino nello Stato e nelle istituzioni e, dunque, il riconoscimento della sovranità dipende, in maniera determinante, dal sentore dell'efficacia del monitoraggio degli spostamenti sul territorio locale.

Va anche segnalato, in un sistema di formale accentramento, il rischio di ritenere tutte le ordinanze comunali "carta straccia"⁶⁶, creandosi una sorta di presunzione assoluta di incompetenza, con un sostanziale effetto di delegittimazione di una componente fondamentale del servizio di protezione civile, considerando unico punto di riferimento solo le ordinanze regionali, le quali sono esentate dal divieto di cui all'art. 3, comma 2, d.l. n. 19/2020⁶⁷.

Altro aspetto collegato alla prospettata istanza di potenziamento di un aperto confronto dialettico tra le suddette istituzioni (come in futuro, tra altre) è, come si diceva, che lo scontro meramente formale può produrre l'effetto di non

⁶⁶ Sul punto, provengono segnali confortanti, anche in ordine alla certezza del diritto ed alla stabilità dei rapporti istituzionali, da T.A.R. Sardegna, decr. pres. 7 aprile 2020, n. 122, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha respinto l'istanza cautelare avverso un'ordinanza comunale contingibile ed urgente.

⁶⁷ Restando al tema del trasporto marittimo, la Regione Sardegna, con ordinanza del 14 marzo 2020, n. 9, in regione.sardegna.it, non annullata, all'art. 1 ha così disposto: «Il traffico passeggeri su linee marittime da e per la Sardegna è sospeso fino al 25 marzo 2020. È fatta salva, esclusivamente per dimostrate ed improrogabili esigenze, la possibilità di richiedere autorizzazione all'imbarco nei casi previsti dall'art. 1, primo comma, lett. a del d.p.c.m. 8 marzo 2020, ovvero: a) comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità; b) spostamenti per motivi di salute; c) rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza. Tutti i soggetti che rientrano nelle fattispecie di cui al precedente comma e intendono imbarcarsi sulle navi in linea tra la Sardegna ed i porti della Penisola e viceversa nel periodo di vigenza del d.m. n. 117 del 14 marzo 2020 sono tenuti a presentare richiesta di autorizzazione preventiva con almeno 48 ore di anticipo sulla prevista partenza secondo il modello allegato alla presente ordinanza sotto la lettera A, da compilare ed inviare per via telematica, in conformità a quanto indicato nella sezione «Nuovo Coronavirus» della homepage del sito istituzionale della Regione Sardegna (www.regione.sardegna.it), unitamente all'autocertificazione attestante la propria personale condizione. Il Presidente della Regione, anche in qualità di Autorità sanitaria regionale, si avvale di un'apposita struttura presso la Direzione Generale della Protezione Civile per l'istruttoria delle domande ed il rilascio delle autorizzazioni, che verranno comunicate esclusivamente all'indirizzo di posta elettronica del richiedente entro 12 ore dalla partenza. Il passeggero dovrà presentare copia dell'autorizzazione rilasciata unitamente alla carta d'imbarco ed a un documento d'identità in corso di validità. La compagnia di navigazione con l'ausilio degli addetti a ciò preposti dalla Regione anche in collaborazione con l'Autorità di Sistema Portuale del mare di Sardegna e – nell'ambito del servizio istituzionalmente reso – dalle forze dell'ordine ivi presenti, verifica preliminarmente all'imbarco il possesso delle autorizzazioni».

prendere in considerazione gli aspetti positivi e, diremmo, propositivi della specifica iniziativa dell'ente locale o dell'autonomia territoriale di turno.

In proposito, non è, infatti, trascurabile la maggiore probabilità che un eventuale basso tasso di attuazione sia di più immediato riscontro a livello comunale e, successivamente, a livello regionale, (con la naturale inclinazione a trasformarsi in motivo di scontro)⁶⁸.

Nel caso di specie, il Comune aveva ideato un meccanismo di rilevazione di flussi anomali sullo Stretto di Messina, per quanto formalmente discriminatorio, meritevole quantomeno di considerazione, vista la banalità dell'adempimento propedeutico richiesto e vista la gestibilità dei profili di tutela della riservatezza⁶⁹.

Ed, in effetti, con ordinanza contingibile ed urgente del 18 aprile 2020, n. 17⁷⁰ la Regione Sicilia ha avallato l'iniziativa, inserendo il meccanismo autorizzatorio per l'attraversamento dello Stretto di Messina, per i lavoratori pendolari (art. 12, comma 2)⁷¹.

La considerazione, peraltro, non può essere limitata alla stabilità dei rapporti istituzionali, visto che la notizia della conflittualità amministrativa ha sovente ricadute nella collettività, in ordine alla percezione della derogabilità della regola posta (soprattutto se restrittiva), proporzionale al decadimento del senso di sovranità.

⁶⁸ Nonostante l'astratta sussumibilità del composito quadro normativo nella "statalizzazione" del potere decisorio, nel suo concreto dispiegarsi allarmistico, ogni strategia multilivello reca con sé i germi della conflittualità, come, in effetti, le più recenti vicende testimoniano: dal tema della chiusura preventiva delle scuole, alla delimitazione regionale delle zone rosse, alla pratica dello sport o dell'attività motoria.

⁶⁹ Anche in considerazione della detta ordinanza integrativa, con la quale il Comune di Messina aveva equiparato il semplice invio della dichiarazione richiesta al nulla osta, potrebbero recuperarsi tutti i presupposti di compatibilità con il sistema dell'autodichiarazione, contenente dati personali sia in ambito nazionale (art. 1, d.p.c.m. 8 marzo 2020 e lo stesso D.M. n. 118/2020 cit.) sia in ambito regionale (ord. 8 marzo 2020 n. 3 e 20 marzo 2020, n. 7) per chi fa ingresso in Sicilia.

⁷⁰ In *pti.regionesicilia.it*.

⁷¹ Di seguito si riportano i commi 1, 2, 3 e 4 del suddetto art. 12: «Gli spostamenti dei passeggeri via mare da Messina per Villa San Giovanni e Reggio Calabria e viceversa sono disciplinati dai provvedimenti adottati dal Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della Salute, tenuto conto dell'andamento epidemiologico nell'Isola.

I lavoratori pendolari che attraversano lo Stretto di Messina devono compilare il modello di cui all'allegato 1 alla presente ordinanza e trasmetterlo al Dipartimento di Protezione Civile della Presidenza della Regione Siciliana, a mezzo mail al seguente indirizzo: lavoratoripendolari@protezionecivilesicilia.it. Entro le 24 ore successive all'invio della dichiarazione, il modello verrà restituito alla mail di provenienza con il "visto" di autorizzazione. Esso dovrà essere esibito all'atto dell'imbarco al personale addetto al controllo. Copia di ciascuna dichiarazione verrà inoltrata alla Prefettura di Messina ed al Comune di residenza del richiedente.

Le dichiarazioni di cui al comma che precede dovranno pervenire al Dipartimento di Protezione Civile a partire dal giorno 20 aprile 2020. I relativi controlli saranno previsti dalla prima corsa del giorno 22 aprile 2020.

Il Coordinatore dell'Unità di Crisi Sanitaria Metropolitana di Messina, di concerto con l'ASP territorialmente competente, prosegue con le attività di controllo sanitario agli approdi della Rada San Francesco, della Stazione Marittima e di Tremestieri, nel medesimo Comune».

Non a caso, subito dopo l'annullamento straordinario governativo, si sono registrati alcuni interventi in sede cautelare del T.A.R. Palermo⁷² che ha rigettato impugnative proposte da singoli cittadini di ordinanze regionali restrittive della libertà di circolazione, alzandosi dunque il tiro sulla portata territoriale delle misure (ed amplificandosi la platea dei legittimati attivi), sulla scorta di applicazioni estensive delle disposizioni governative (d.p.c.m. 10 aprile 2020), fondate proprio sul richiamo testuale del citato parere del Consiglio di Stato⁷³.

Anche l'innesco di tale tipologia di contenzioso è indicativo, ai fini per i quali si scrive, dell'esigenza di un'urgente registrazione di alcuni aspetti organizzativi, al fine di rimuovere proprio le occasioni di conflitto interistituzionale, magari trasponendole in una sede istruttoria e collaborativa tra tutti i componenti del servizio di protezione civile, per evitare il tasso di contestazione della regola si estenda, per effetto di confusione, dalle istituzioni ai cittadini⁷⁴.

⁷² Cfr. T.A.R. Palermo, decr. pres. 17 aprile 2020, n. 458, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha rigettato l'istanza cautelare di una coppia di genitori che, in nome appunto dei principi enucleati nel parere del Consiglio di Stato sopra citato, impugnando l'ordinanza della Regione siciliana dell'11 aprile 2020, n. 16 – reiterativa del divieto di ogni attività motoria anche all'aperto, compresa quella dei minori accompagnati dai genitori, impedendo loro anche la breve passeggiata giornaliera nei pressi dell'abitazione, invece permessa per gli animali domestici – prospettavano il danno grave ed irreparabile in relazione al corretto sviluppo psico fisico del minore.

A tal fine se ne assumeva la discriminarietà a danno dei residenti in Sicilia, visto il contrasto con l'art. 1, comma 1, lett. f), d.p.c.m. 10 aprile 2020 che consente l'accompagnamento del minore per una breve passeggiata (attività motoria) nei pressi dell'abitazione e mantenendo la distanza di un metro, e finanche la violazione proprio dell'art. 3, comma 2, d.l. 19/2020.

Il T.A.R. Palermo, dopo aver rimarcato che il suddetto comma 2 pone il divieto ai Sindaci e non ai Presidenti delle Regioni, nel rigettare il ricorso ha precisato che: «...comunque, gli aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica che sono sottesi alle ordinanze impugnate (entro cui si inscrivono i divieti e i limiti di libera circolazione cui fa riferimento parte ricorrente), appaiono prevalenti rispetto agli interessi ed alla posizione giuridica dei ricorrenti, essendo, i predetti aspetti, correlati sia alla ormai conclamata e progressiva situazione di emergenza epidemiologica, sia all'esigenza di scoraggiare a priori, specificamente nella realtà siciliana possibili espedienti e comportamenti elusivi della quarantena generalizzata imposta direttamente dal decreto legge prima citato».

Cfr., pure, negli esatti termini T.A.R. Palermo, decr. pres. 10 aprile 2020, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it che ha rigettato l'impugnativa di due ordinanze regionali (3 aprile 2020, n. 14 e 8 aprile 2020, n. 15) che vietavano gli spostamenti interregionali, impostata sul medesimo richiamo al citato parere del Consiglio di Stato. Nel caso di specie, il periculum era individuato nell'esigenza di spostamento dalla Sicilia alla Campania (Regione di origine), attraverso lo Stretto di Messina ed in quella di attività motoria per la salute.

⁷³ Questi i passaggi del parere richiamati dal ricorrente e riportati nel decreto presidenziale del T.A.R. Palermo n. 458/2020 cit.: «La *ratio* sottesa all'emanazione del d.l. e all'art 3 citato ... di assicurare una «gestione unitaria» delle misure da adottare, con particolare riferimento alle prescrizioni che incidono su diritti di rango costituzionale, accentrandosi il potere di intervento in ambito statale in una prospettiva di emergenza di carattere nazionale «per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui si limitano le libertà costituzionali» (Consiglio di Stato sez. I, adunanza di sezione del 07.04.2020); «... come sia *in re ipsa* l'urgenza di provvedere alla tempestiva rimozione dall'ordinamento giuridico delle misure regionali o sindacali illegittime, allorché nei casi di emergenza nazionale si comprimano ulteriormente le libertà costituzionali, e dovendo necessariamente e urgentemente essere rimosse ... quanto meno per esigenze di chiarezza e univocità dei precetti cui i cittadini devono attenersi (punto 9, parere Consiglio di Stato citato)».

⁷⁴ L'effetto a cascata è destabilizzante per la sovranità e crea incertezza giuridica.

Il modello amministrativo della paura è allo stato un *work in progress* con dei profili strutturali, però, già ben delineati.

In tale prospettiva, la paura di tipo sanitario ha riempito (e riempirà) di nuovo significato i principi di sussidiarietà (non solo in senso verticale), di legalità e di buon andamento, in favore delle autonomie territoriali.

Nella fase di abbattimento frontale del versante economico della paura, la centralizzazione sarà forse ancora più spiccata sia nell'individuazione delle iniziative, sia soprattutto nell'individuazione delle risorse adeguate a fronteggiare la recessione, in considerazione della doverosa interlocuzione sovranazionale europea ed, in prospettiva (della quale non si parla affatto) internazionale⁷⁵: ma anche per essa sarà importante la verifica del livello di attuazione delle misure che saranno adottate.

Entrambe le componenti della paura costituiscono contenuto necessario del farraginoso, quanto rapido processo decisionale e tra loro vanno combinate in maniera più o meno esplicita.

Certamente per debellare anche i germi della conflittualità, andrà valorizzato l'apporto territoriale non solo meramente attuativo, ma anche valutativo del livello di applicazione delle regole a livello regionale e comunale.

Esso servirà a scongiurare un altro pericolo collegato alla paura, ossia la sua degenerazione in fobia irrazionale ed incontrollabile, rispetto al reale andamento delle cose.

Il modello ha ampi margini di miglioramento: del resto, la prima valutazione ponderativa operata e la conseguente risposta, che *ex post* è stata inadeguata⁷⁶, come quella di altri Paesi, anche se non di tutti⁷⁷, era di un'amministrazione che pur dando atto della possibile ingravescenza di una situazione di rischio, ragionava in termini "ordinari", attenta, in particolar modo, al principio di equilibrio di bilancio, imposto dall'Europa nel nostro quadro istituzionale, ed ancora intenta a recuperare gli effetti devastanti della crisi economica globale del 2008, senza aumentare il *gap* negativo con gli altri Paesi membri ed a livello globale.

⁷⁵ Al livello locale, toccherà, probabilmente, segnalare eventuali disfunzioni pratiche come le mancate erogazioni di fondi per la ripresa economica.

⁷⁶ Anche in considerazione di studi scientifici che anticipano la circolazione del *virus* in Italia, già a partire dal 25 gennaio 2020. Così, G. Zehender, *Caratterizzazione genomica e analisi filogenetica della Sars-COV-2 in Italia*, in www.medrxiv.org, 15 marzo 2020.

⁷⁷ La Grecia, ad esempio, ha imposto il distanziamento sociale anticipato giorni prima di registrare il primo decesso, e si trova in una situazione ben diversa da quella italiana, pur non disponendo di floride casse e di un'organizzazione sanitaria sofisticata. Cfr. A. Nicastro, *Coronavirus, perché la Grecia ha così pochi morti e contagi?*, in corriere.it, 8 aprile 2020.

E in tale prospettiva, l'evoluzione di tale modello amministrativo potrebbe orientarsi sviluppo sostenibile come clausola generale di solidarietà con le generazioni future⁷⁸ (anzi, soprattutto con la generazione prossima).

Vi è, infine, un ulteriore profilo sullo sfondo a monito del predominio della natura sull'uomo e non dell'incontrario: ossia la reviviscenza futura dei focolai.

Essa non dovrebbe far perdere di vista che il binomio salute/economica non include due poli opposti, ma due elementi che vanno nella stessa direzione, non potendosi configurare una ripresa economica senza il recupero del livello di salute generale della popolazione e viceversa⁷⁹.

Nella costruzione di un modello pure in prospettiva *de iure condendo*, una riflessione merita, anche il concetto di imponderabilità (a cui abbiamo legato il *leitmotiv* della paura) che forse è meno assoluta di quanto sembri, nel senso che la pandemia, come evento, potrebbe assumere una certa ciclicità storica⁸⁰, rispetto alla quale non può più escludersi che il diritto amministrativo immagini un meccanismo di pianificazione operativa⁸¹, con le conseguenze giuridico-economiche che ne deriverebbero o che ne dovrebbero derivare.

Italo Calvino apre la sua meravigliosa raccolta di fiabe italiane con la favola di Giovannin senza paura, che narra la storia di un giovane, tanto impavido da superare i più terrificanti spettri dell'immaginario collettivo ed arricchirsi a dismisura, finché non muore, voltandosi, spaventato dalla sua stessa ombra, a cui, evidentemente, fino a quel momento non aveva prestato la minima attenzione. Il messaggio è potente ed intuibile e lo si affida alla prefazione dello stesso Autore: «Ed è che io credo in questo: le fiabe sono vere. Sono, prese tutte insieme, nella loro sempre ripetuta e sempre varia casistica di vicende umane, una spiegazione generale della vita [...] Ed in questo sommario disegno tutto: la drastica divisione dei viventi in re e poveri, ma la loro parità sostanziale; [...] la comune sorte di soggiacere ad incantesimi, cioè d'essere determinato da forze complesse e sco-

⁷⁸ Così F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2000, 13 ss., spec. 40-41.

⁷⁹ Facile indugiare in un meccanismo da *sliding doors* e con il senno di poi le considerazioni hanno un altro tenore: se l'Italia avesse bloccato non solo i voli diretti, ma anche quelli con scalo da e per la Cina, prima della certa diffusione del *virus* nel nostro territorio? Se, volendo fare un altro esempio paradossale, l'Italia avesse sospeso i trasporti interni a livello nazionale per due settimane (ad esclusione di chi dovesse sottoporsi ad indifferibili trattamenti sanitari)? Se, invece di proporre aperitivi e cene nei locali pubblici, fosse stata disposta subito la quarantena domiciliare?

⁸⁰ M.T. Osterholm, *Preparing for the next pandemic*, in *The New England Journal of medicine*, 2005, 1839 ss., anche in *nejm.org*, quindici anni fa ha teorizzato la ciclicità di eventi pandemici e la necessità di predisposizione di adeguati strumenti di pianificazione sanitaria ed amministrativa. L'articolo, letto a distanza di anni, fa avvertire qualche brivido, anche in considerazione della levatura internazionale dell'Autore.

⁸¹ Anche nella prospettiva di non escludere che, in future, l'evento potrebbe non avere connotazioni meramente naturalistiche. Si pensi all'ipotesi del premio Nobel Luc Montagnier, aversata da vari studi scientifici come riporta la stampa, cfr. L. Martinelli, *Coronavirus, la comunità scientifica demolisce la tesi di Montagnier sul Covid-19 creato in laboratorio*, in *lastampa.it*, 21 aprile 2020.

nosciute, e lo sforzo per liberarsi e autodeterminarsi inteso come un dovere elementare, insieme a quello di liberare gli altri, anzi il non potersi liberare da soli, il liberarsi liberando; [...] e soprattutto la sostanza unitaria del tutto, uomini bestie piante cose, l'infinita possibilità di metamorfosi di ciò che esiste»⁸².

L'unico modo di liberarsene è liberare anche gli altri⁸³. Anche in Europa e nel mondo.

L'auspicio è che la preoccupazione della pronta ripresa economica non faccia perdere di vista il suddetto punto focale della situazione.

⁸² I. Calvino, *Fiabe italiane*, Milano, 1983³, 15-16.

⁸³ Il che suscita e susciterà più di una seria riflessione sul futuro dell'Europa stessa, come puntualmente sottonotato da F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., 580.

Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia

Obiettivo del lavoro è quello di evidenziare le caratteristiche salienti ed autonome del modello amministrativo di contenimento della pandemia, così come sta emergendo, in maniera piuttosto frammentaria e disorganica. Man mano che se ne profilano i tratti, di esso, nonostante l'assonanza, è rilevabile un disallineamento rispetto allo schema operativo di tipo emergenziale, oggi raccolto nel Codice di protezione civile.

La sua singolarità è data dal forte condizionamento impresso dal meccanismo ancestrale della paura dell'ignoto, connessa all'istinto di sopravvivenza ed irradiata a tutti gli aspetti basilari della vita umana, a causa dello specifico atteggiarsi dell'evento pandemico, per il quale, allo stato, non è data terapia immunizzante: la paura ha una specifica rilevanza giuridica nel nostro caso, costituendo indispensabile strumento di attuazione ed effettività delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria, ma anche, allo stesso tempo, oggetto di autonomo contenimento, a presidio dell'ordine pubblico e del senso di sovranità.

Lo studio si è, dunque, soffermato sui riflessi della paura sui principi e criteri orientativi dell'azione amministrativa (al di fuori del tema politico gravitante intorno al principio di precauzione) e sulla peculiare modalità decisoria a formazione progressiva, alla cui conformazione ha contribuito l'ulteriore innesto della matrice della paura da responsabilità politica e giuridica, con il suo tasso di potenziale conflittualità interna.

Si è, dunque, concentrata l'attenzione sul problema dell'effettività del modello amministrativo e sull'importanza del momento dialettico e collaborativo tra tutte le componenti del sistema, prendendo spunto dal caso limite dell'attraversamento dello Stretto di Messina; ciò anche in prospettiva futura, trattandosi, appunto, di un modello in continua evoluzione ed in considerazione della possibile ciclicità dell'evento pandemico.

Icarus, Perseus and the Gorgon: from emergency administrative law to the model of the pandemic based on the declination of fear

The aim of the work is to highlight the salient and autonomous characteristics of the administrative model of pandemic containment, as it is emerging in a rather fragmented and disorganised way.

Its progressive emergence, in spite of its assonance, reveals its misalignment with emergency operational schemes, those brought together under the 'Civil Protection Code'. Its singularity is given by the strong conditioning shaped by fear as an indispensable instrument in the implementation and effectiveness of the measures adopted to combat the health emergency, while at the same time, an object of autonomous containment.

The study thus focuses on reflections of fear on the principles and guiding criteria behind administrative action, the peculiar decisional approach of progressive formation of the model examined and the ensuing issue of effectiveness, taking the borderline case of the crossing of the Strait of Messina as its starting point. This is also done in a future perspective, since it is a case in continuous evolution, without overlooking the potential cyclical nature of such a pandemic event.

La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia

Ilde Forgione

SOMMARIO: 1. Premessa: l'emergenza e i principi di sussidiarietà e autonomia. – 2. Il potere d'ordinanza, specialmente quello sindacale in materia di emergenze sanitarie *ex* art. 50, legge n. 267 del 2000. – 3. Il ruolo delle ordinanze sindacali nelle diverse fasi dell'emergenza da Covid-19, tra esigenze di unità nazionale e differenziazione locale. – 4. La gestione concreta dell'emergenza in ambito comunale: un'analisi casistica. – 4.1. Il governo dell'emergenza nel comune di Milano: il ricorso all'ordinanza come strumento per la gestione organica della vita cittadina. – 5. Riflessioni finali.

1. *Premessa: l'emergenza e i principi di sussidiarietà e autonomia*

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 può essere analizzata sotto molteplici profili giuridici, tra cui quello che attiene al modo di atteggiarsi del potere di ordinanza sindacale, anche in rapporto agli altri atti amministrativi e legislativi¹.

L'angolo visuale qui privilegiato concerne gli spazi che residuano in capo agli enti territoriali a seguito della definizione di un quadro normativo nazionale dell'emergenza mutevole, ma puntuale e stringente.

Quasi come nel romanzo *Cecità* di José Saramago², un'epidemia ha progressivamente colpito numerosi Stati, incluso il nostro e, similmente a quanto avviene nel libro, alla progressione crescente del contagio le autorità pubbliche hanno reagito con misure caotiche, di isolamento di parti di territorio, via via più estese fino ad arrivare all'intero territorio nazionale, allo scopo di rallentare la curva

¹ Come notava S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1905, n. 3, 6-7, il diritto amministrativo può essere definito come «il sistema dei principi di diritto pubblico che regolano l'attività concreta con cui lo Stato persegue i propri interessi».

² J. Saramago, *Cecità*, Torino, 1996.

dei contagi e in attesa di trovare una cura, ma senza una vera strategia di gestione dell'emergenza³.

Posto che nell'emergenza non sono definibili a priori le esigenze regolative, alla fonte primaria è dato il compito di delineare la cornice normativa di riferimento, risultando impossibile o inopportuno identificare ogni singolo bisogno; mentre alle autorità locali è rimesso il compito di specificare, ove si renda necessario, il contenuto della norma, che mantiene necessariamente un certo grado di astrattezza. Se è innegabile volontà delle Istituzioni di dimostrare la presenza e l'impegno solerte nella lotta contro l'epidemia, tuttavia essa si è tradotta nell'emanazione di atti di vario tipo in modo compulsivo, a volte ripetitivi di misure disposte ad altri livelli, altre volte ampliati o restrittivi di queste. Ciò ha generato uno stato di incertezza persino negli studiosi e negli operatori di settore, con un effetto negativo, anche rispetto al contenimento dei contagi.

Probabilmente, tale effetto è dovuto anche alla natura dell'emergenza che, avendo carattere sanitario, è un processo in continua evoluzione. Peculiarità questa che ha indubbiamente indotto (anche a livello regionale)⁴ a ricorrere con frequenza allo strumento flessibile dell'ordinanza, più adeguata a fronteggiare il rapido mutare della situazione. Ci si è domandati, quindi, se e come i sindaci fossero stati in grado di bilanciare la sicurezza e la libertà dei loro concittadini e quale sia stata, fino al punto qui preso in considerazione, l'ampiezza del loro intervento.

Il fatto che l'emergenza sanitaria interessi tutto il territorio nazionale, pur essendosi sviluppata con intensità territorialmente diversa, ha delle ripercussioni in punto di pluralismo istituzionale: il modo in cui è stata esercitata la discrezionalità che residua in capo ai sindaci, infatti, assume rilevanza sia allo scopo di valutare il rispetto di quel principio di leale collaborazione tra livelli istituzionali che la Costituzione richiede, sia al fine di indicare in che direzione si sono mossi gli interventi limitativi di diritti e libertà.

Considerato che la gestione dell'emergenza stessa non può prescindere dal principio di leale collaborazione⁵ e dalla necessità di coordinare i vari interventi,

³ Per una riflessione sull'impatto sistemico dell'epidemia da Covid-19 e sulla necessità di una "ricostruzione" della nostra società, per correggerne le fragilità si veda F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, globalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. Econ.*, 2019, 3, 577 ss.

⁴ Per un'analisi organica ed esaustiva del ruolo delle ordinanze regionali nel contesto dell'attuale emergenza si rimanda a V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi*, 2020.

Per una riflessione circa il rapporto tra decreti-legge e d.p.c.m., ancora con riferimento all'emergenza in corso, si rimanda a L.A. Mazzaroli, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi*, 2020.

⁵ In tema di leale collaborazione A. Simonati, *La leale cooperazione «informativa»: un principio «semiuovo» nei rapporti fra legislatore statale e regionale?*, in *Le Regioni*, 2010, 6, 1334, rileva efficacemente che «il dovere di leale cooperazione "informativa" fra amministrazioni di diverso livello sia sostanzialmente immanente al sistema costituzionale» e rinviene il suo fondamento nell'art. 97 Cost.

sia in fase ascendente che discendente, in relazione ai diversi ambiti di competenza, oltre che al mutare della situazione epidemiologica, l'analisi, allora, richiede un richiamo alla centralità dell'art. 118 Cost. nell'intero sistema ordinamentale⁶. Il corretto inquadramento della vicenda giuridica del Covid-19 non può prescindere, altresì, dalle modalità mediante le quali si è esercitata la sussidiarietà.

La circostanza che la leale collaborazione costituisca un indispensabile strumento di bilanciamento di competenze tra livello centrale e periferico spiega le ragioni in base alle quali nella sentenza n. 19 del 1997 la Corte costituzionale lo riconduce all'art. 5 Cost. In tal senso, ove si presentino sovrapposizioni tra competenze e poteri non si riscontra una prevalenza di un livello sull'altro, poiché tutti i livelli sono coinvolti in un costante tentativo di realizzare equilibrio dinamico e bilanciato tra le spinte opposte.

D'altra parte, la Consulta, sin dalla sentenza n. 303 del 2003, ha avuto modo di chiarire che l'art. 118 Cost. configura appunto un "meccanismo dinamico" che consente di allocare le funzioni amministrative, normalmente attribuite ai comuni, ad un diverso livello di governo al fine di assicurarne l'esercizio unitario. Ovvero, l'art. 118 Cost. inserisce un elemento di flessibilità nell'assetto di competenze tracciato dal Titolo V, rendendone dinamica la distribuzione sia a livello legislativo sia – ed è ciò che qui maggiormente interessa – a livello amministrativo, a tutela di esigenze di unità. Tutto ciò a patto che sussista un interesse pubblico proporzionato e non irragionevole, e che si agisca sulla base di un'intesa o di un accordo con gli Enti interessati; ciò rende centrale il principio di leale collaborazione nei rapporti tra governo centrale e autonomie⁷.

Sembra pertanto che il Governo sia intervenuto applicando questa interpretazione del principio di sussidiarietà, venendo senz'altro in rilievo la necessi-

Nello specifico, per quanto riguarda l'emergenza lo notano F. Palermo, *Il virus è centralista?*, in *Il Mulino online*, 26.02.2020; S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi*, 2020.

In generale, sul principio di leale collaborazione si vedano F. Merloni, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 3, 827 ss.; S. Mangiameli, *Leale cooperazione (dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, *ad vocem*. Secondo R. Bin, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, intervento al Seminario *Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Roma, 6.04.2017, disponibile sul sito *www.robertobin.it*, la leale collaborazione consisterebbe in un «meccanismo per cui in certi casi lo Stato può "occupare" la disciplina della materia facendo scattare l'ascensore della sussidiarietà».

⁶ Sul principio di sussidiarietà, in particolare sul suo carattere bidirezionale cfr. A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1994, 4, 1041 ss.

Sul principio di unità dell'ordinamento cfr. F. Pastore, *Brevi considerazioni su unità e indivisibilità della Repubblica italiana*, in *Dirittifondamentali.it*, 17.05.2019; F.F. Pagano, *Il principio di unità e indivisibilità della repubblica ai tempi dell'emergenza covid-19*, in *BioLaw Journal*, 18.03.2020.

⁷ In proposito si vedano A. Morrone, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003; F. Cintioli, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, ivi; A. d'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, ivi. Cfr. anche Corte cost. n. 61/2004; per un commento si veda O. Chessa, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, 4, 941 ss.

tà di esercitare in modo unitario le funzioni amministrative, nonché l'inadeguatezza dei livelli territoriali inferiori a fronteggiare una pandemia. Ciò posto, sebbene non si dubiti che a garanzia sia dell'unità ordinamentale, sia dell'efficacia dell'azione di contrasto al virus spetti al Governo l'elaborazione strategica, tuttavia, non può non evidenziarsi che i medesimi principi di cui all'art. 118 Cost. impongano di lasciare qualche margine di autonomia alle autorità territoriali e locali, in ragione dell'esigenza di fornire una risposta immediata e adeguata alle loro specificità.

Il punto di osservazione qui adottato è rivolto proprio ad esaminare le direttrici dell'intervento locale e fino a che punto esso sia legittimo, seguendo le coordinate del principio di legalità, nei cui limiti deve essere contenuto.

Si vedrà che i vincoli sono divenuti più stringenti e puntuali con l'aggravarsi della situazione epidemiologica ma ciò non ha inibito l'uso del potere di ordinanza sindacale. Di conseguenza, in una cornice normativa caratterizzata da un fitto intreccio di atti e competenze, ciò rischia di generare un quadro complessivo irragionevole e ripetitivo, con un conseguente aumento della confusione circa le regole giuridiche dell'emergenza.

Il tema di indagine muoverà da una sintetica ricognizione dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale circa il potere di ordinanza, per poi concentrarsi sull'analisi delle ordinanze di necessità e urgenza emanate da alcuni sindaci delle Regioni Campania, Lombardia e Veneto⁸, in rapporto e in relazione con quanto disposto in via legislativa e amministrativa a livello nazionale e regionale, che costituisce il perimetro entro cui le ordinanze sindacali devono muoversi per essere legittime.

La scelta dei territori è avvenuta in base alla volontà di indagare se vi fosse proporzionalità tra gli interventi presi nelle regioni in cui per prime e più violentemente si è manifestata l'epidemia, e quelli delle regioni in cui si sono sviluppati focolai di contagio in un secondo momento e con un'intensità minore.

Tutto ciò, al fine di valutare se tali interventi possano considerarsi legittime integrazioni di quanto disposto a livello superiore, e quali spazi i principi costituzionali ad essi riservino, giacché in un momento di caos normativo e sociale, al giurista spetta la *responsabilità di avere gli occhi quando gli altri li hanno perduti*⁹.

⁸ In particolare, si farà riferimento per la Regione Lombardia, ai Comuni di Bergamo, Brescia, Lodi e Milano; per la Regione Veneto, ai Comuni di Vo', Padova, Treviso, Farra di Soligo e, per la Regione Campania, ai Comuni di Napoli, Salerno, Sala Consilina, Paolisi, Battipaglia e Agropoli.

⁹ J. Saramago, *Cecità*, cit., 241.

2. Il potere d'ordinanza, specialmente quello sindacale in materia di emergenze sanitarie ex art. 50, d.lgs. n. 267 del 2000

Come è noto, la dottrina, in maniera pressoché unanime, e la giurisprudenza qualificano il potere di ordinanza come potere atipico che opera in parziale deroga al principio di legalità demandando, per la definizione del contenuto del provvedimento, ad un processo valutativo della pubblica amministrazione¹⁰. Tale deroga è giustificata, sul piano costituzionale, all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi e valori coinvolti, in ragione della urgente necessità di assicurare la tutela concreta quelli ritenuti di volta in volta prevalenti con un intervento immediato, per ciò stesso incompatibile con una rigida predeterminazione del contenuto dell'atto da adottare¹¹. Presupposto specifico ed indispensabile per l'uso legittimo del potere è dunque il pericolo di un grave danno che minaccia un pubblico interesse¹².

Il comando assume tratti polimorfi¹³, potendo vietare, imporre o regolare in modo discrezionale dei comportamenti: se infatti l'emergenza può manifestar-

¹⁰ In generale, sul potere di ordinanza si rimanda ai fondamentali studi di M.S. Giannini, *Poteri di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, pt. I, 388 ss.; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, 33 ss.; G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1976, 89 ss.; F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; Id., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1, 2005, 777 ss.; V. Crisafulli, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. Cost.*, 1956, pt. I, 683 ss; G. Treves, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, ivi.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953.

¹² Per un quadro generale si veda anche AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, Milano, 2006, specificamente C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, 10-11, per un approfondimento circa la relazione tra emergenza come fatto e diritto.

¹³ F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit., definisce il potere di ordinanza, in generale, come «monocratico e polimorfo, primario e sussidiario», 52.

Sottolinea G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 91, che il potere di ordinanza si caratterizza per il fatto che le norme attributive «si limitano tutte a determinare il presupposto, costitutivo dell'urgente necessità di provvedere, a circoscrivere talvolta la materia nella quale possono intervenire [...], ad indicare il fine che debbono perseguire [...], ma non dicono mai che cosa la Pubblica Amministrazione può disporre: all'opposto secondo lettera autorizzano i soggetti investiti dei poteri di ordinanza a compiere, eseguire, far eseguire, ordinare, vietare tutto quello che contingentemente appare necessario e indispensabile per il raggiungimento del fine».

La giurisprudenza ha da tempo chiarito che «l'assenza d'ogni predeterminazione legislativa del contenuto al fine di consentirle quei margini di elasticità indispensabili per garantire efficienza ed efficacia e per renderla così adeguata a provvedere ai casi di urgenza» Cons. Stato, sez. V, 7 dicembre 1973, n. 1061; Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580.

Rileva in proposito R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo e l'emergenza*, cit., 796, che «i presupposti (es. necessità e urgenza o contingibilità ed urgenza), i motivi o fini di interesse pubblico (es. igiene, sicurezza pubblica, ordine pubblico), talvolta le materie (es. polizia locale, sanità, edilizia)» definiscono «al tempo stesso le regole di legittimità delle ordinanze, o secondo altra terminologia, del corretto esercizio del potere».

si in molteplici forme, occorre che le misure adatte a fronteggiarla non siano definibili a priori. La discrezionalità¹⁴, mediante un autonomo processo valutativo¹⁵, per l'individuazione della misura più adatta al raggiungimento in concreto di un determinato scopo, si giustifica dallo stato di urgente necessità.

Tuttavia, i contenuti dell'ordinanza non sono liberi, piuttosto, derogano al principio di tipicità in quanto debbono sia rispondere al fine per cui è attribuito il potere, sia essere adeguati alla situazione concreta da fronteggiare¹⁶. Il contenuto è straordinario, nel senso dell'essere riferito ad un contesto «in cui l'ordine ed il valore delle entità da bilanciare è diverso da quello che opera in situazione non di emergenza»¹⁷. Da ciò dipende anche l'essere tali atti sottoposti ad un complesso di regole e principi differenti sebbene correlate al profilo dell'emergenza.

Inoltre, tale tipologia si distingue dalle altre categorie di ordinanze¹⁸ che l'ordinamento conosce per l'essere utilizzabile in una logica emergenziale, sia in deroga a specifiche disposizioni, sia a determinate forme o strumenti di intervento, quando essi risultano inadeguati al caso di specie. Per tale motivo appare stringente il dovere di rispettare i limiti tracciati dall'ordinamento costituzionale e dal principio di legalità¹⁹. In particolare, un simile potere è sottoposto principalmen-

¹⁴ Si tratta di discrezionalità tecnica, come precisa A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, in AIPDA, *Annuario 2005*, cit., 91.

Sulla discrezionalità in generale si vedano A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 69 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 475 ss.

¹⁵ Per la definizione di urgenza si veda L. Gianniti e P. Stella Richter, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XLV, 1992, *ad vocem*, spec. 902 ove si segnala «la confusione e la sovrapposizione della nozione d'urgenza con le nozioni di necessità, eccezione, emergenza, cui è spesso associata ed intrecciata negli enunciati legislativi».

¹⁶ Sulla «diversa» tipicità delle ordinanze si veda, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 737, la quale afferma che la varietà delle norme attributive del potere indurrebbe «a concludere che vi siano diverse condizioni di tipicità, poiché il rapporto tra legge-amministrazione si attegga in maniera peculiare in relazione ad ogni specifico potere amministrativo e ad ogni singolo tipo di atto».

Si vedano anche R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 32 ss., per l'impostazione secondo cui le ordinanze sarebbero provvedimenti nominati, per il fatto di essere astrattamente previsti dall'ordinamento, ma non tipizzati, poiché i loro effetti non vengono puntualmente disciplinati dalla legge. In questo stesso senso anche M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, spec. p. 137.

¹⁷ C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 26.

¹⁸ Per un riferimento ed una disamina dei molteplici poteri di ordinanza e alla loro distinzione si vedano M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., spec. 393; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, 3, 649-650 e R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., spec. 777 ss.; Id., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit.

¹⁹ In questo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie. In punto si vedano V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 2, 345 ss.; F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, cit.; G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti*, cit., 91 e M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 270, là dove l'Autore afferma che le ordinanze, in quanto previste dalle norme, «stanno nel principio di legalità» formale, ma allo stesso tempo rappresentano «un'eccezione rispetto al principio della tipicità».

La necessità del rispetto del principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto è stato ribadito dalla Corte costituzionale, sentenza n. 307/2003, là dove si chiarisce che tale principio non consente «l'as-

te a due limiti, l'uno, di natura formale, legato alle fonti di produzione (riserva di legge), l'altro, di natura sostanziale, legato alla tutela dei diritti soggettivi.

La Corte costituzionale è intervenuta in più di un'occasione per definire i limiti di tale potere, affinché esso risultasse compatibile con l'ordinamento. La centralità assunta dalla legge nel sistema delle fonti in un ordinamento, qual è il nostro, a Costituzione "rigida", ha condotto alla disciplina dei poteri amministrativi per mezzo dello strumento legislativo²⁰. Per ragioni di teoria generale, dunque, i singoli poteri amministrativi debbono essere previsti e disciplinati dall'ordinamento positivo, che ne circoscrive l'estensione. A ciò non fa eccezione il potere di ordinanza, pacificamente qualificato come amministrativo²¹. Per cui, una situazione di fatto, qual è lo stato di necessità, non può legittimare l'esercizio del potere al di fuori dei confini indicati dalla fonte normativa a ciò legittimata sul piano costituzionale²².

In sintesi, circa i limiti costituzionali al potere di ordinanza, la giurisprudenza costante e consolidata della Corte ha chiarito che eventuali deroghe alla normativa primaria sono consentite solo se «temporalmente delimitate»²³ e, comunque, nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»²⁴. Il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto, non consente neppure «l'assoluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa²⁵, ragione per la quale è richiesta la presenza di limiti adeguati all'esercizio del potere stesso, che vengono individuati, da una parte, nei

soluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione.

²⁰ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 191-194, definisce il potere come «lo svolgimento di una capacità, in quanto implica una più o meno larga signoria di volontà», esso è giuridico se «è conferito dall'ordinamento giuridico ed è giuridico nell'ambito in cui questo lo contempla, lo regola nel suo contenuto e nei suoi effetti, e lo tutela».

Sulla riserva di legge in materia di amministrazione si vedano C. Pinelli, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 83 ss.; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, ivi, 1995, 91 ss.; L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, *ad vocem*.

²¹ Corte cost., n. 8/1956, là dove si afferma che «i provvedimenti in questione hanno il carattere di atti amministrativi, [...] strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale d'ufficio e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico»; le ordinanze «non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo [...] sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare; sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi» (Corte cost., n. 4/1977).

²² Per la teoria dello stato di necessità come fonte del diritto si vedano S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto dei Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, I; Perassi, *Necessità e Stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Riv. Rir. Pubbl.*, 1917, I, 269; P.G. Grasso, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977.

²³ In tal senso, tra le altre, le sentenze n. 127 del 1995, n. 8 del 1956.

²⁴ Sentenza n. 4 del 1977.

²⁵ Sentenza n. 307 del 2003.

principi dell'ordinamento e, dall'altra, nelle riserve di legge previste dalla Costituzione in ordine all'esistenza e all'esercizio di poteri in capo alla pubblica amministrazione²⁶. Se è indubbio il carattere relativo della riserva di legge, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione, tale carattere richiede in ogni caso che l'esercizio sia definito a priori in via generale ed astratta, nel contenuto e nelle modalità, al fine di «mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»²⁷.

Se, da una parte, anche i principi dell'ordinamento giuridico costituiscono un limite all'esercizio di un simile potere, con specifico riferimento al bilanciamento tra valori; e dall'altra, deve riscontrarsi una chiara proporzionalità tra le posizioni sacrificate dall'amministrazione e quelle tutelate con il suo agire, non può che spettare al giudice amministrativo il sindacato sul bilanciamento tra le posizioni soggettive svolto in concreto con l'esercizio del potere e valutare la proporzionale composizione di esse secondo le necessità del caso²⁸.

Per questa stessa ragione, il ricorso al potere deve essere sorretto da una adeguata istruttoria e da una congrua e puntuale motivazione²⁹ in merito alla sussistenza della situazione di fatto non tipizzata dalla legge³⁰.

²⁶ Corte n. 26 del 1961. Secondo la giurisprudenza costante della Corte, l'espressione «in base alla legge», contenuta nell'art. 23 Cost., va interpretata «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; tale principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione». Cfr. sentenze n. 4 del 1957, e n. 190 del 2007.

²⁷ Corte cost. n. 151 del 2011. In tal senso si vedano anche R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., spec. 137 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2007, 345 ss. ai quali si rinvia per ulteriori approfondimenti.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 127 del 1995 ha sottolineato il carattere eccezionale delle deroghe alla normativa primaria; ciò implica che «i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio: il potere di ordinanza non può incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione».

²⁸ Usa l'espressione «rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico» Corte cost., n. 26 del 1961.

²⁹ Il dovere di motivazione è stato espressamente richiesto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, dovere già ritenuto esistente in base ai principi che regolano l'azione autoritativa della pubblica amministrazione.

Per una ricostruzione in chiave sostanziale della motivazione si veda M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, *ad vocem*. Per una critica a tale impostazione e sulla funzione «democratica» della motivazione, come modo per renderlo edotto delle scelte compiute dall'amministrazione si veda A. Romano Tassone, *Motivazione del provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, Milano 1987, p. 52 ss.; v. contra G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano 2001, *ad vocem*.

Sulle ordinanze in particolare si veda M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, cit., secondo cui le scelte discrezionali devono essere adeguatamente motivate dall'autorità amministrativa «sulla ricorrenza delle condizioni» legittimanti l'adozione del provvedimento.

³⁰ In questo senso la giurisprudenza amministrativa pacifica; *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; sez. III, 29 maggio 2015 n. 2697; sez. V, 22 marzo 2016 n. 1189; id., 21.02.2017 n. 774, che

In particolare, per le ordinanze, in quanto provvedimenti amministrativi il valore garantistico del corretto adempimento dell'obbligo motivazionale non risulta eludibile nella situazione di emergenza; al contrario, nel caso dei provvedimenti in esame esso si contraddistingue per la sua rigorosa coerenza sia in considerazione dell'esigenza di ricostruire esattamente le ragioni effettive che stanno alla base delle scelte compiute, sia della verifica del rispetto dei parametri di razionalità ed adeguatezza dell'esercizio del potere.

In altri termini, se la motivazione risulta necessaria al fine di verificare l'aderenza delle scelte compiute ai limiti di esercizio del potere, nel caso delle ordinanze assume pure una specifica rilevanza poiché consente l'esternazione delle ragioni poste alla base di decisioni che presentano ampi margini di discrezionalità e carattere politico³¹.

Inoltre, affinché l'esercizio del potere sia legittimo occorre che il provvedimento rispetti due fondamentali principi, ovvero di adeguatezza e proporzionalità. Secondo il principio di proporzionalità³², tra più strumenti possibili occorre scegliere quello che può realizzare il fine e tutelare il pubblico interesse con minore compressione delle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari della decisione³³. In tale assetto ricostruttivo, la proporzionalità tra beni giuridici risulta un criterio essenziale per realizzare un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti, ovvero, tra circostanze di fatto, contenuto dell'atto e finalità di pubblico interesse perseguite³⁴. Tale principio si compone infatti di tre elementi in stretta connessione tra loro che ne costituiscono il concetto «unitario, ma scomponibile», ovvero idoneità, necessità, adeguatezza³⁵.

Deve infine essere rispettato il principio di ragionevolezza, da intendere come congruità del mezzo prescelto rispetto allo scopo da raggiungere³⁶. Esso

ricepiscono l'impostazione di Corte cost. n. 115/2011.

³¹ In questo senso si vedano le osservazioni di M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, là dove l'Autore afferma che la «titolarità del potere del Sindaco di adottare ordinanze *extra ordinem* è prevista espressamente quale deroga al principio di separazione tra politica ed amministrazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 50 e 107, D.Lgs. n. 267/2000».

³² In generale, sulla proporzionalità dell'azione amministrativa si vedano i fondamentali studi di D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

³³ Questo principio non è assoluto, infatti la giurisprudenza ha specificato che esso deve temperarsi con l'esigenza di risolvere nel più breve tempo possibile l'emergenza. Cons. Stato, sez. I, 22 marzo 2000, n. 256.

³⁴ Sul principio di proporzionalità nell'ambito del potere di ordinanza sindacale Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2019, n. 4509.

³⁵ A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1073; Id., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 366, ove si afferma che le tre parti non sono scindibili ma solo distinguibili tra loro.

³⁶ Sul principio di ragionevolezza si vedano S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1213; Sui principi citati cfr. l'ampia disamina compiuta da R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 799 ss.

implica che ci debba essere coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa e richiede la costruzione di un puntuale iter di logicità-congruità, in modo da valorizzare la connessione esistente tra l'evento e la misura adottata per fronteggiarlo.

Tra i soggetti a cui l'ordinamento conferisce il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti figura il sindaco, nella sua duplice veste di rappresentante della comunità e ufficiale del Governo (artt. 50 e 54 del Testo Unico degli Enti Locali, d'ora in poi T.u.e.l.).

Tale potere è sottoposto ai limiti ben precisi, individuati dalla Corte costituzionale con riferimento al generale istituto delle ordinanze *extra ordinem* e ricordati in precedenza, tra cui quello di essere strumento residuale. In presenza di una situazione straordinaria³⁷ e urgente, il sindaco è chiamato a curare quegli interessi pubblici e a svolgere quelle funzioni che l'ordinamento già gli assegna, ma attraverso un potere straordinario ed uno strumento eccezionale e provvisorio³⁸.

Il potere di ordinanza è esplicitamente conferito al Sindaco in ambito sanitario, in qualità di rappresentante della comunità, dall'art. 50, comma 5 T.u.e.l.³⁹, ove si chiarisce l'esercizio dello stesso è legittimo sia in presenza di specifici pericoli per la salute pubblica a livello territoriale, che esigano immediati interventi, sia per porre rimedio a un danno già verificatosi sia, in ultimo, per evitare che tale danno si verifichi⁴⁰.

La norma prevede vincoli stringenti per l'esercizio del potere, primo fra tutti la dimensione locale del fenomeno e la durata limitata dell'efficacia dell'ordinanza stessa. L'aver specificato che le ordinanze di questo tipo sono adottate dal

Circa la rilevanza dei principi generali con riferimento agli atti discrezionali si veda S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1197-1213.

Per la giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951. La necessità che vi sia un nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi è sottolineata da Corte cost., n. 127/1995.

³⁷ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 389-390 là dove si afferma che «tale potere è uno strumento che permetta all'autorità amministrativa di sfuggire al rigidissimo vincolo delle norme giuridiche».

³⁸ M.A. Cabiddu, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 2, 178.

In punto si vedano F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2013, *ad vocem*, il quale definisce le ordinanze «strumento integrativo di gestione degli interessi pubblici», e M. Bombardelli, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *AIPDA, Annuario 2005*, cit., 184-186.

³⁹ Sulla distinzione delle ordinanze del sindaco quale organo dell'ente locale ovvero quale ufficiale del Governo e sulle conseguenti implicazioni della distinzione, cfr. M. Brocca, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012, 131-138.

In particolare, sulle emergenze sanitarie si rimanda a M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 1, 1 ss., il quale nota che epidemie e catastrofi sanitarie sono un fenomeno ricorrente nella storia dell'uomo, e richiedono speciali misure da parte delle amministrazioni preposte alle funzioni di «protezione della salute umana e delle condizioni di salubrità collettive».

⁴⁰ Chiarisce ancora F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit., 55 che il sindaco ha «il potere-dovere di accertare caso per caso quali attività possono recare in concreto danno o pericolo alla salute pubblica e di adottare in conseguenza i provvedimenti idonei per impedirlo o reprimerlo».

sindaco quale rappresentante di una collettività definita, a differenza di quelle dell'art. 54, adottate in veste di ufficiale del Governo, conferma la necessità che simili atti siano rivolti alla gestione di un fenomeno a rilevanza contenuta. In questo caso il sindaco, essendo il soggetto istituzionale più vicino ad una certa realtà, è ritenuto dall'ordinamento quello maggiormente adatto ad interpretarne e soddisfarne le criticità riferibili ad un ambito spaziale limitato. Il ricorso al potere, dunque, risulta legittimo esclusivamente ove sia presente un'emergenza di dimensione territorialmente limitata, allo scopo di approntare un intervento immediato rispetto ad una situazione di urgenza, grave e imprevedibile, con misure di durata limitata al tempo necessario alla gestione dell'emergenza o all'utilizzo dei poteri ordinari⁴¹.

Quanto al riparto di competenze tra Stato, Regioni ed Enti Locali, il potere di emanare ordinanze in materia sanitaria è poi disciplinato dall'art. 32, comma 3, della l. 833/1978, il quale fa riferimento al criterio dell'ambito territoriale, per chiarire che nel caso di emergenze a carattere esclusivamente locale la competenza spetta al Sindaco.

Seguendo le coordinate descritte si procederà a valutare la congruità e proporzionalità delle decisioni prese dai sindaci nell'epidemia da Covid-19, rispetto alle quali non v'è dubbio che l'art. 32 Cost. costituisca uno dei poli del bilanciamento, mentre l'altro è costituito dalle libertà individuali⁴². Questo potere elastico e mutevole ha assunto notevole rilevanza nell'emergenza in corso che, sebbene nasca come a carattere sanitario, per la sua diffusione e gravità comporta e ha comportato pesanti ricadute su diversi interessi pubblici primari, quali il benessere economico e sociale, centrali della vita delle persone. Ciò a sua volta ha creato un'aspettativa nei confronti delle autorità pubbliche, prima di tutto locali.

Le criticità emerse, pur essendo state affrontate con strumenti giuridici tradizionali, sono in gran parte nuove; circostanza, questa, che se, da un lato, ha

⁴¹ F. Satta, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, XXII, 1990; sulla durata delle ordinanze sindacali si veda anche Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2019, n. 8912.

⁴² Con specifico riferimento alla questione della proporzionalità, la giurisprudenza, adita in sede cautelare, ha ritenuto perlopiù adeguato il bilanciamento svolto in sede locale (e regionale). I giudici, pur riconoscendo che «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy», ciò è dovuto alla necessità di tutelare «un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo» (Cons. Stato, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553). Ebbene, «gli aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica che sono sottesi alle ordinanze», vengono riconosciuti come prevalenti, essendo essi correlati sia alla difficile (e per molti aspetti non del tutto chiara) situazione di emergenza epidemiologica, sia all'esigenza di scoraggiare, a priori [...] possibili comportamenti elusivi della quarantena generalizzata imposta direttamente» da una norma di legge (Tar Sicilia, Palermo, sez. I, decreto 18 aprile 2020 n. 459); in tal senso anche Tar Sardegna, sez. I, decreto 20 aprile 2020, n. 141.

comportato un adattamento degli stessi strumenti alla straordinarietà della situazione ha, dall'altro, riportato l'uso del potere di ordinanza all'interno dei suoi confini classici. Difatti, negli ultimi anni si è assistito ad un allargamento notevole delle "maglie" di tale potere, il quale è stato utilizzato spesso per gestire emergenze che tali non erano. Al contrario, e salvo alcune eccezioni di cui si dirà, gli interventi sindacali non sembrano aver travalicato i limiti posti al suo esercizio sia dai principi, sia dalla *lex generalis* del T.u.e.l. e dalla *lex specialis* della legge 833/1978, sia, in ultimo, dalla *lex* "specialissima" dell'epidemia.

3. *Il ruolo delle ordinanze sindacali nelle diverse fasi dell'emergenza da Covid-19, tra esigenze di unità nazionale e differenziazione locale*

La dimensione dell'emergenza da Covid-19 interseca e comprime il potere di ordinanza sindacale. Le misure prese ai vari livelli stanno in relazione l'una con l'altra, in una connessione che può essere più o meno stretta, e in un complesso normativo che va modificandosi in rapporto diretto con l'evolversi della situazione epidemiologica⁴³.

Invero, l'evoluzione circa gli spazi lasciati all'azione dei poteri locali è stata rapida e costante. Se il primo decreto-legge emanato per contrastare l'epidemia (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) prevedeva espressamente un ambito "di manovra" per i sindaci⁴⁴, in ragione della necessità di approntare in modo rapido ed efficace misure di contenimento, con l'esplosione del contagio e l'estensione delle misure a livello nazionale gli spazi di intervento si sono notevolmente ristretti, per poi essere ampliati nuovamente in vista del passaggio alla c.d. "fase due".

Più nel dettaglio, l'art. 3, comma 2 del d.l. n. 6 prevedeva che "nelle more" dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri per la gestione dell'emergenza e nei casi di estrema necessità e urgenza, le misure di contratto tipi-

⁴³ Secondo M. Gnes, *Limiti e tendenze dei poteri di urgenza*, in AIPDA, *Annuario 2005*, cit., il dibattito sulla natura del potere d'emergenza della pubblica amministrazione rappresenta «il confine tra libertà ed autorità», 209.

Per una ricostruzione del quadro delle fonti si rimanda a E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020; in generale, sul potere di ordinanza, si veda da ultimo Id., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019.

⁴⁴ B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, ricorda come l'intervento che incide «sulle libertà, in particolare su quelle di domicilio, soggiorno e circolazione è tutelato – in funzione garantista, secondo una tradizionale, ma insuperata ricostruzione – da una riserva di legge che viene definita rinforzata, giacché è la stessa Costituzione che definisce gli interessi che possono giustificare l'intervento legislativo. La consolidata giurisprudenza costituzionale ritiene [...] che la riserva di legge sia assoluta anche se si procede con i tradizionali atti con forza di legge (decreto di legge, decreto legislativo delegato)».

che (art. 1) e atipiche (art. 2)⁴⁵ dello stesso decreto-legge potessero essere adottate ai sensi, tra l'altro, dell'art. 50 T.u.e.l.⁴⁶.

La disposizione contemplava un'ipotesi esplicita di sussidiarietà delle norme locali, cedevoli e da adottare *medio tempore*, in attesa di quelle nazionali. Contenutisticamente l'esercizio del potere veniva sottoposto a parametri legislativamente predeterminati, in quanto si faceva riferimento alle misure disposte per le ex "zone rosse", elencate all'art. 1, comma 2. Anche se tale elenco mancava del carattere della tassatività (il testo prevedeva che potessero essere adottate "anche" le misure elencate) suggeriva in ogni caso un campionario di misure possibili. Come si vedrà, nell'ambito di questo "catalogo" di azioni i sindaci hanno spesso selezionato quelle ritenute opportune e necessarie per arginare l'epidemia sui territori e per gli interessi affidati alle loro cure.

Significative limitazioni sono state introdotte dal successivo decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 – emanato peraltro nelle more dell'approvazione della legge 5 marzo 2020, n. 13, di conversione del d.l. n. 6 – che limita di fatto il potere di ordinanza di sindaci e presidenti di regione. Questo avvicendamento è avvenuto in modo confuso ed ha ricadute sia sul piano delle fonti, sia su quello dell'esercizio del potere in concreto. Non solo, costituisce un'ulteriore manifestazione del fenomeno di *precarizzazione* delle fonti primarie, ovvero, testimonia quel processo di «mutamento rapido e continuo delle norme giuridiche che genera instabilità e caos nell'ordinamento»⁴⁷.

⁴⁵ L'art. 1 prevedeva una serie di misure tipiche, mentre l'art. 2 introduceva la possibilità di adottare misure di tipo atipico, residuale, nel senso che le autorità competenti potevano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1. La norma di cui all'art. 2 durante la conversione (legge n. 13/2020) era stata modificata, nel senso di prevedere che le autorità competenti, con le modalità previste dall'art. 3 commi 1 e 2 possono adottare ulteriori misure.

La legge di conversione, all'art. 3 ancora nelle more dell'adozione dei d.p.c.m., riconosceva il potere di ordinanza ai sindaci e presidenti di regione, ma specificava che le misure adottate avrebbero perso efficacia se non comunicate al Ministro della Salute entro 24 ore dalla loro adozione. La successione nel tempo tra d.l. e legge di conversione ha fatto sì che la norma sui poteri attribuiti *medio tempore* sia stata modificata. Allo stesso modo, il potere atipico dell'art. 2 è stato tipizzato dal Parlamento durante la conversione perché, siccome troppo ampio e vago, aveva dato adito ad un'instabilità e ad interventi abnormi in alcuni casi. Per tale ragione è stato ricondotto entro i parametri tracciati dall'art. 3, commi 1 e 2.

⁴⁶ Si segnala sul punto l'opinione, che non si condivide, di M. Cavino, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, che «in forza di queste disposizioni [l'art. 3, co. 2 del d.l. 6/2020] si devono considerare illegittime tutte le ordinanze adottate, dopo l'entrata in vigore dei d.p.c.m., da parte di autorità diverse dal Presidente del Consiglio dei ministri e, quindi, tanto le ordinanze regionali, quanto le ordinanze sindacali contingibili e urgenti».

Si ritiene invece che sia necessario offrire una diversa lettura del quadro normativo emergenziale che, pur avendo necessità di imporre misure uniformi sull'intero territorio nazionale, non può prescindere da interventi su base decentrata, maggiormente idonei ad adattare le misure allo specifico contesto locale.

⁴⁷ E. Longo, *La legge precaria. Trasformazioni della funzione legislativa nell'era dell'accelerazione*, Torino, 2017, 1.

L'articolo 35, a tutela del principio di tutela dell'unità ordinamentale, prevedeva che a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica non potessero essere adottate, a pena di inefficacia, ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali. La disposizione comminava l'inefficacia⁴⁸ per le ordinanze contenenti misure in contrasto con quanto previsto dai decreti attuativi, in ragione della necessità di rispettare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.⁴⁹ ed evitare interventi puntiformi e differenziati, che avrebbero compromesso l'efficacia delle misure.

La previsione dell'art. 35 è stata abrogata espressamente dal successivo decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e sostituita dalla quella di cui all'art. 3, comma 2, la quale vieta espressamente ai sindaci di adottare ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali. La disposizione consente un'eccezione al generale divieto e la riferisce ai limiti stabiliti al precedente comma 1 per l'esercizio dei poteri emergenziali delle regioni, in particolare, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio⁵⁰.

Il decreto-legge da ultimo citato ha provveduto ad una puntuale definizione del regime delle competenze, accentrando a livello statale il potere di regolamentare gli interventi e le misure di contenimento, in special modo per quanto riguarda le prescrizioni che incidono su diritti, anche di rango costituzionale. Tale disposizione sembra essere finalizzata a contemperare, da un lato, l'esigenza di assicurare agli enti territoriali ambiti funzionali che consentano interventi mirati sui territori, rispetto all'evolversi locale del rischio epidemiologico⁵¹. Dall'altro lato, esse rispondono all'esigenza di salvaguardare il ruolo dello Stato quale garante dei livel-

In questo senso l'Autore ha acutamente notato che il decreto legislativo e il decreto-legge si sono «trasformati in contenitori temporalmente aperti le cui norme sono confezionate a formazione progressiva; gli stessi atti normativi sono divenuti più approssimativi e precari che in passato, perché rispondono all'esigenza di poter correggere il contenuto delle fonti secondo l'input e l'esito delle negoziazioni contingenti» (corsivi testuali), 294.

⁴⁸ In dottrina sono state sollevate perplessità circa la formulazione della norma, anche se il contenuto precettivo è chiaramente nel senso di imporre il rispetto di tutte le misure statali di contenimento del contagio. Sul punto si vedano M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consultaonline*, 11.04.2020; A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1.

⁴⁹ In questo senso G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi*, il quale ritiene che le ordinanze sarebbero adottate in carenza di potere. In merito si veda anche V. Baldini, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020.

⁵⁰ Per un commento si veda F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi*. In generale, per un'analisi delle regole dell'emergenza a tutti i livelli si veda M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

⁵¹ A. Celotto, *Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, parla di «continua "corsa al rilancio" di presidenti di regioni e sindaci».

li essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.⁵². Tra l'altro, la legge di conversione (l. 22 maggio 2020, n. 35) ha modificato il comma 2, prevedendo la necessità che le ordinanze sindacali siano rispettose non solo delle misure disposte a livello statale, ma anche di quelle disposte a livello regionale, per tale via incardinando il potere di ordinanza sindacale entro i binari tracciati dai livelli superiori. Come si vedrà, tale operazione di omogeneizzazione delle misure locali rispetto al disposto dei livelli superiori era già stata compiuta in modo autonomo dai sindaci.

Il decreto attuativo, d.p.c.m. 26 aprile 2020, nel dettare le regole per la "fase due", ha propiziato una parziale espansione del potere di ordinanza sindacale, seppur entro confini precisi e determinati. Infatti, i sindaci, a seguito di una valutazione tecnica circa la possibilità di garantire il rispetto delle previsioni di cui all'art. 1, comma 1 lett. d) sul distanziamento interpersonale, *possono disporre la temporanea chiusura di specifiche aree*. In tal senso si prevede la possibilità di adottare misure più restrittive di quelle nazionali, da ritenersi legittime là dove vi sia motivo per adottare provvedimenti diversi.

Tale possibilità, che si inserisce comunque nel quadro delineato dalla norma di rango superiore, poteva essere desunta in modo implicito dal quadro normativo, in ragione del fatto che l'epidemia si è manifestata con intensità differente nelle diverse aree del paese, motivo per cui nei luoghi che presentano delle specialità epidemiologiche o a più alto rischio di contagio era già da ritenersi possibile per i sindaci adottare provvedimenti ancor più stringenti di quelli nazionali⁵³. Ciò è tanto più vero alla luce del fatto che le norme del T.u.e.l. e della legge n. 833 del 1978 non sono mai state derogate.

Questa *actio finium regundorum*, è stata dunque compiuta in modo poco chiaro sul piano del potere di ordinanza ex art. 32 l. 833/1978, dal momento che l'art. 3 del d.l. n. 19 impedisce di fatto a comuni e regioni di esercitare tale potere, accentrandolo nelle mani del Ministro della Salute, senza mai derogare o sospendere espressamente il ricordato art. 32. Non solo, il continuo mutare del perime-

⁵² Per questa impostazione si veda il parere Cons. Stato, 7 aprile 2020, n. 735, relativo all'annullamento dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105/2020, in particolare, là dove si legge che in presenza di emergenze di carattere nazionale «pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali». Con commento di N. Pignatelli, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 2020, 1.

Sul punto si veda anche G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra stato e regioni in tema di covid-19*, ivi.

⁵³ In questo senso si vedano M. Borgato, D. Trabucco, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24.03.2020; A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali*, cit.

tro dell'intervento comunale nelle varie fasi ha contribuito non poco a generare un clima di incertezza.

Da ultimo, il decreto-legge 16 maggio, n. 33 è intervenuto per dettare nuove norme di comportamento per la seconda parte della "fase due", anche a seguito delle pressioni esercitate dalle Regioni. L'ambito residuale di intervento riservato ai sindaci non pare dissimile da quello tracciato dal d.p.c.m. del 26 aprile, limitandosi la previsione del d.l. n. 33, art. 1, comma 9, a prevedere che il sindaco *può disporre la chiusura temporanea di specifiche aree pubbliche o aperte al pubblico in cui sia impossibile assicurare adeguatamente il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*. Ossia, nell'ottica di un progressivo allentamento delle misure di prevenzione del contagio, l'intervento è ammesso unicamente in senso restrittivo, là dove a livello locale si valuti l'impossibilità garantire il rispetto delle predette misure. Il d.l. n. 33, tra l'altro, non abroga il d.l. n. 19, per cui, per valutare l'ampiezza del potere in esame occorre fare riferimento al combinato disposto delle due norme. La lettura congiunta dei decreti citati pare riportare il potere di ordinanza sindacale in linea con la disciplina generale, che lo ammette al fine di governare situazioni di emergenza locali. Nel caso specifico della fase due dell'emergenza, l'intervento viene mantenuto a margine di quello nazionale e regionale, ma ammesso per la gestione delle esigenze locali, a seguito di una valutazione del sindaco caratterizzata da discrezionalità tecnica.

Rispetto alla fase precedente, assistiamo a una riesplorazione della differenziazione, dovuta sia al diminuire del pericolo di contagio, sia alla necessità di rispondere ad esigenze mirate dei singoli territori. Pur senza averlo affermato esplicitamente, il legislatore nazionale sembra essersi mosso nella direzione di affidare ai territori la valutazione circa il pericolo di contagio, limitandosi a dettare misure uniformi di prevenzione riferibili all'intero territorio nazionale (come per il divieto di spostamento tra regioni fino al 3 giugno). Viceversa, per la definizione delle attività possibili, si rimanda ai successivi decreti attuativi, il primo dei quali è il d.p.c.m. 17 maggio 2020.

Questo nuovo intervento pare confermare l'intenzione del legislatore di procedere attraverso una maggiore differenziazione, rimettendo alle Regioni la valutazione circa la possibilità di anticipare o posticipare le riaperture delle varie attività, ovvero di stabilire norme di comportamento più o meno permissive in base all'andamento della situazione epidemiologica, il che a sua volta ha delle ricadute sull'estensione del potere di ordinanza sindacale, il quale deve inserirsi all'interno dei binari tracciati dall'intervento regionale⁵⁴.

⁵⁴ In tal senso si veda il Tar Napoli, decreto 1.06.20, n. 1120, il quale ha sospeso l'ordinanza del comune di Napoli n. 248 del 29.05.20 che disciplinava, con decorrenza dal 1 giugno, tra l'altro, le attività di somministrazione e vendita di alimenti e/o bevande, e gli orari di apertura dei relativi esercizi commerciali, in senso

Nell'attuale fase emergenziale, l'allentamento delle misure preventive è funzionale alla ripresa delle attività economiche e produttive in una situazione di convivenza con il virus. In tal senso, non può che farsi ricorso alla differenziazione come criterio per assicurare l'adeguatezza degli interventi, dal momento che, a fronte di una diminuzione dei contagi, il bilanciamento tra la salute e gli altri diritti e libertà costituzionali viene nuovamente a mutare. Se, in un primo momento, il diritto alla salute era stato ritenuto assolutamente preminente, con la stabilizzazione della situazione epidemiologica il peso degli altri diritti viene a crescere, inducendo il legislatore a "cedere" ai livelli territoriali la competenza ad accertare la compatibilità dello svolgimento delle attività nei propri territori rispetto al pericolo di contagio, prevedendo allo scopo l'obbligo di adottare protocolli e linee guida (art. 1 comma 1, lett. c), f), dd) ee) gg) mm)). In altri termini, pur all'interno di una cornice stabilita in via preventiva a livello nazionale, con riferimento ad esigenze trasversali, si assiste ad uno spostamento verso il basso della sussidiarietà, con riferimento ai tempi e modi delle riaperture; ciò conduce ad un'esaltazione delle specificità su base locale.

A seguito di questa rapida evoluzione occorre chiedersi quali spazi residuino per l'intervento tramite ordinanza sindacale, dal momento che la previsione del d.l. n. 19 sembra comprimere significativamente tale potere, in nome di una indispensabile unità di azione per fronteggiare efficacemente l'epidemia. Viceversa, a partire dal d.p.c.m. del 26 aprile i margini per l'intervento sindacale sembrano essere stati ampliati, con un'ulteriore precarizzazione delle fonti⁵⁵. Benché sia innegabile l'urgente necessità di provvedere, l'emanazione di una sequenza di provvedimenti in rapida successione temporale e a volte persino tra loro sovrapposti, ha reso complicato l'esercizio di poteri sindacali, con un conseguente impatto negativo sulla vita dei cittadini⁵⁶.

Come accennato, con l'entrata in vigore del d.l. n. 9, prima, e del d.l. n. 19, poi, la possibilità di intervento sindacale è stata significativamente compressa. Tuttavia, forse in ragione del crescente livello di allarme e confusione nei cittadini, l'intervento dei sindaci si è andato intensificando e affinando quanto alla prescrizione di norme di comportamento, organizzative o relative alla gestione della vita dei concittadini. È possibile che l'affastellarsi di ordinanze meramente ripetitive di misure disposte altrove sia altresì dovuto alla generale confusione, la quale ha reso necessario l'intervento del sindaco, il livello istituzionale più vicino ai cit-

difforme, e ampliativo, rispetto a quanto al riguardo previsto dalla ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 53 emanata nella stessa data.

⁵⁵ Si veda ancora E. Longo, *La legge precaria*, cit., 302, là dove l'Autore segnala la «rapidità con la quale le norme primarie sono immesse nell'ordinamento e poi cambiate».

⁵⁶ Cfr. C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 2020, 5, 3; M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit.

tadini, per chiarire, specificare, rendere note le norme dell'emergenza, assolvendo quel compito che, in base ai principi di decentramento e sussidiarietà, gli attribuisce la Costituzione⁵⁷.

Ebbene, se non è possibile dubitare della permanenza di un potere di ordinanza residuale in capo ai sindaci, in quanto i dd.ll. n. 19 e n. 33 dettano essi stessi i limiti di ammissibilità, è tuttavia innegabile che l'atteggiamento altalenante a livello centrale abbia notevolmente influito sul perimetro di azione periferico⁵⁸. Infatti, gli spazi per tale potere sono stati ampliati e ridotti per poi essere di nuovo ampliati in ragione dell'andamento epidemiologico, tanto che è possibile sostenere che la "fase due", avrà come cardine l'intervento differenziato su base territoriale.

Il d.p.c.m. del 26 aprile si colloca esso stesso entro il perimetro normativo dettato dal legislatore con il d.l. n. 19, ma consente un potenziamento dell'intervento comunale, rimettendo al sindaco, in quanto rappresentante della collettività, la valutazione discrezionale circa l'introduzione di misure più restrittive. Lo stesso andamento in direzione di una sussidiarietà verso il basso è confermato dal d.l. n. 33, il quale recupera ai sindaci uno spazio di valutazione circa le misure adatte al contesto cittadino.

Inoltre, mentre a seguito dell'emanazione dei dd.ll. nn. 9 e 19 sembravano consentiti ai Comuni unicamente interventi all'interno della cornice delineata dai provvedimenti statali e regionali, in modo conforme alle previsioni da questi stabilite⁵⁹, le misure di cui al d.l. n. 33 sembrano lasciare uno spazio maggiore al principio di differenziazione, in modo più conforme all'art. 118 Cost.; ciò conferma anche il fatto che l'emergenza abbia finito con l'esaltare la bidirezionalità del principio di sussidiarietà.

In generale, quindi, oltre alle situazioni di aggravamento del rischio sanitario ed alle ipotesi di intervento legate all'impossibilità di garantire il rispetto delle misure di distanziamento interpersonale, sembra doversi ammettere un intervento "collaterale" delle ordinanze, a supporto di specifiche esigenze locali, anche non direttamente legate alla gestione del rischio sanitario, ma ad esse comunque

⁵⁷ Sul tema della gestione della crisi con riferimento ai vari livelli istituzionali si veda E. Carloni, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *lacostituzione.info*, 12.05.2020.

⁵⁸ Con specifico riferimento al ruolo delle ordinanze sindacali in relazione alle previsioni del d.l. n. 19 si è pronunciata anche la giurisprudenza. Il Tar Bari, sez. III, sentenza, 22 maggio 2020, n. 733 ha chiarito che il rispetto del principio di non contraddizione dell'ordinamento impone al sindaco di esercitare il potere *extra ordinem* senza assumere decisioni in contrasto con la normativa statale, sia per quel che concerne i presupposti, sia con riferimento all'oggetto delle misure limitative.

⁵⁹ Sul ruolo delle ordinanze sindacali si veda A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto costituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consultaonline*, 1, 2020; Id., *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*, ivi; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, ivi; R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *giustiziainsieme.it*, 15.05.2020.

connesse. In sostanza, non è possibile comprimere totalmente il potere di ordinanza, dal momento che la norma di legge è necessariamente generale ed astratta, per cui occorre lasciare un margine di intervento amministrativo a livello locale, per concretizzarne il contenuto precettivo.

Proprio facendo riferimento alle considerazioni effettuate si può delineare un ambito di intervento integrativo ed attuativo per le ordinanze sindacali, in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che ad uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina. D'altra parte, non può negarsi che alla discrezionalità amministrativa sia demandato il compito di individuare in concreto l'ampiezza e i modi delle limitazioni, in ragione della situazione epidemiologica e delle esigenze di organizzazione della comunità di riferimento.

Nella dialettica istituzionale, le ordinanze sembrano essere investite di un ruolo sia di attuazione delle misure disposte a livello nazionale e regionale, nel senso di farsi promotori e sorveglianti della corretta esecuzione delle stesse, sia integrativo per quanto riguarda le necessità della cittadinanza. Ciò corrisponde al riparto di competenze delineato dalla Costituzione, essendo il sindaco il livello di governo più vicino ai cittadini, dunque quello che meglio ne conosce bisogni e fragilità.

Invero, non può non riconoscersi alle Istituzioni locali anche un ruolo di dialogo diretto con cittadini, e di guida nei comportamenti da seguire, mediante ordinanza, non fosse altro perché i cittadini stessi si sono rivolti in primo luogo alle istituzioni locali per conoscere i comportamenti ammessi e vietati. In altri termini, nonostante l'azione di Governo si sia mostrata piuttosto pervasiva, 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. D'altra parte, se tale impostazione era valida nella "fase 1", con l'avviarsi della "fase due" il ruolo degli enti locali viene ad essere ulteriormente esaltato in quanto le misure di contrasto al contagio disposte a livello nazionale risultano più flessibili, per adattarsi ai singoli contesti, in relazione all'andamento locale dell'epidemia.

In questo si concreta anche il decentramento definito dall'art. 5 Cost., il quale ha proprio lo scopo di garantire una effettiva tutela dei diritti, anche a seconda del livello complessità del loro oggetto. La Costituzione, dunque, lungi dall'intendere riduttivamente le autonomie locali come terminale dell'azione statale o regionale, assegna loro un ruolo di primario rilievo proprio in ragione della loro vicinanza ai cittadini⁶⁰.

⁶⁰ Sul tema della forma di Stato e sul processo di evoluzione delle sue modalità di organizzazione si vedano E. Carloni, *Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50/15*, in *Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 145 ss.; M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, II, 1959, 11 ss.; Id., *I Comuni*, in *Scritti*, Vol. V, 1963-1969, Milano, 2004, 663; C. Mortati, *Le forme di*

Dalle ordinanze analizzate⁶¹ si è ricavata l'impressione del loro essere complessivamente rispettose sia della *lex specialis* dell'emergenza come sopra ricostruita, sia dei limiti stabiliti in generale per le ordinanze *extra ordinem*. Esse infatti si limitano a prescrivere norme di comportamento concrete e regole eccezionali per indirizzare le abitudini di vita della comunità locale, anche mediante la sospensione di comportamenti non essenziali o addirittura dannosi per il contrasto all'epidemia. Al livello comunale spetta dunque la valutazione discrezionale circa il modo migliore per rendere efficaci e per attuare le misure sanitarie, nonché il compito di determinare il concreto assetto di interessi al fine di bilanciare l'esigenza di ritorno alle normali attività, con quella di ridurre il contagio⁶².

In generale, per i comuni presi in esame, si è notato che le ordinanze si limitano a riprendere e ripetere il contenuto delle disposizioni amministrative e legislative nazionali e regionali, eventualmente con adattamenti o specificazioni per renderlo aderente ad una certa realtà, oppure, dettando norme eccezionali di comportamento in un'ottica comunque preventiva del pericolo di contagio in corso⁶³.

Infine, a completamento di questo sintetico inquadramento delle ordinanze sindacali nell'attuale emergenza, si ritiene che esse siano da ricondurre al genere delle misure di prevenzione, piuttosto che a quelle di precauzione.

A nostro modo di vedere saremmo in presenza di una situazione di pericolo e non di rischio, che corrisponde quindi ad una misura di prevenzione. Ebbene, nell'emergenza epidemiologica da Covid-19 non vi è semplicemente un rischio di danno per il bene della salute, ma vi è un pericolo effettivo, se non un vero e proprio danno già verificatosi, le cui conseguenze vanno mitigate. In altri termini, se quella di pericolo può essere definita come una situazione in cui, «se non si interviene per cambiare il corso degli eventi, ci si può aspettare con ragionevole probabilità che si verificherà un danno a beni giuridici protetti dall'ordinamento» e, viceversa, il rischio «si riferisce a situazioni, in cui non è valutabile la probabilità che certi eventi si verifichino (incertezza in senso ampio) o in cui non sono nemmeno valutabili i possibili sviluppi degli eventi e i loro effetti (incertezza in senso stretto)», appare chiaro che nell'attuale situazione vi è addirittura la certezza

governo, Padova, 1973. In particolare, sull'ente comunale E. De Marco, *Comune*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, *ad vocem*.

⁶¹ Per la cui disamina si veda *infra* § 4.

⁶² Secondo la giurisprudenza cautelare, la valutazione di adeguatezza della misura prescelta rispetto «costituisce espressione di un giudizio di merito di pertinenza dell'amministrazione sindacabile in sede giurisdizionale solo *ab extrinseco* in presenza di palesi illogicità ed incoerenze» cfr. Tar Lazio, ordinanza 27.05.20, n. 4098.

⁶³ Misure sindacali più restrittive sono generalmente ammesse da A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia*, cit., 376 ss.

del verificarsi del danno⁶⁴. Più sinteticamente, il principio di prevenzione viene in rilievo nell'ipotesi in cui è certo che si verificheranno dei danni; quello di precauzione laddove i danni temuti siano ampiamente potenziali, ipotetici⁶⁵.

In altri termini, dato che le cause dell'evento dannoso sono certe ed è parimenti certo che in assenza di misure di contenimento, di varia specie e natura, le conseguenze saranno più gravi di quelle che si verificherebbero con l'adozione di esse, allora le misure di contrasto vanno ricondotte al genere di quelle di prevenzione. Non vi è un rischio che si verifichi un danno, c'è piuttosto il pericolo, ragionevole e probabile, che i beni protetti dall'ordinamento subiscano una lesione. Tale pericolo a sua volta implica l'esigenza di agire in modo tempestivo per evitare l'avverarsi del danno. Si tratta, per così dire, di uno stato di vicinanza al danno per il bene protetto (nel nostro caso la salute) maggiore rispetto al rischio.

Diversamente, la precauzione implica una procedimentalizzazione al fine di diminuire il rischio di un evento dannoso, di cui non è possibile valutare probabilità e modalità di avveramento. A questo modello possono invece essere ricondotte quelle ordinanze adottate nei primissimi momenti del contagio, quando ancora vi erano solo alcune parti del territorio nazionale interessate, e volte a disporre misure di sanificazione e norme igienico-sanitarie. In questi ultimi casi, in effetti, le misure avevano lo scopo di mitigare un rischio di contagio che non si sapeva come si sarebbe evoluto e se avrebbe interessato l'intero territorio nazionale⁶⁶.

⁶⁴ P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2, 2010, 355 ss.

Per un'analisi più approfondita del principio di prevenzione di rinvia a I. Nicotra, *Principio di prevenzione e tutela delle generazioni*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2003, 2, 20 ss. Per un approfondimento sul principio di precauzione a F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss. e Id., *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2011, 2, 25, là dove si chiarisce che la precauzione costituisce uno «sviluppo o una specificazione della prevenzione» e «s'iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: quella dell'amministrazione di rischio»; M. Renna *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, ivi, 2012, 1-2, 77-80.

Per approfondimenti sulla distinzione tra i due principi, elaborata con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente si vedano G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 3, 1086, secondo il quale «il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo quantitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto, qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso»; M. Allena, *La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, 2016, Firenze, 35 ss.

⁶⁵ Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, spec. 123-137.

⁶⁶ Il comune di Napoli ha emanato due sole ordinanze (nn. 106 e 107 del 26 e 27 febbraio 2020) in tutto l'arco qui preso in considerazione, in funzione precauzionale, volte a ridurre il rischio di contagio in un momento in cui non esistevano casi in Campania. La motivazione a sostegno dell'intervento prescelto richiama infatti il principio di precauzione e la necessità di mitigare i riflessi di natura psicologica e sociale derivanti dall'epidemia sulla collettività.

Rientrano tra le misure di precauzione anche le ordinanze del Comune di Agropoli Prot. 6077 del 24.02.2020, che ordina ai cittadini di rientro da zone di contagio all'estero o in Italia di avvisare le autorità competenti senza recarsi presso le strutture sanitarie e prot. 6742 del 3.03.2020 che dispone interventi di sanificazione nelle scuole.

Tuttavia, dal momento che lo stato di emergenza è stato esteso all'intero Paese, con valutazione a monte da parte del legislatore circa il pericolo concreto del contagio, allora, le ordinanze riguardano un pericolo di danno reale, attuale, piuttosto che un rischio, ovvero un pericolo di pericolo.

4. *La gestione concreta dell'emergenza in ambito comunale: un'analisi casistica*

Dopo aver delineato contesto normativo emergenziale in cui si inserisce il potere di ordinanza sindacale, appare utile verificare se, nella prassi, tali provvedimenti siano aderenti al modello o se si discostino da esso, fuoriuscendo dai limiti stabiliti dalla legge. Per verificare l'assunto di partenza si procederà nella disamina raggruppando per tipologia le ordinanze, a seconda dei beni e delle libertà su cui incidono, e si proverà a ricostruire un catalogo per tipi delle misure adottate⁶⁷.

Inoltre, si farà riferimento alla scansione temporale degli interventi per due ragioni. In primo luogo, dato l'intricato intreccio di norme e atti a vari livelli⁶⁸, per orientarsi e tentare di ricostruire in modo completo e coerente il sistema occorre appunto chiedersi in che modo si è atteggiata la connessione tra questi e, poi, secondo quale andamento e in che successione.

In secondo luogo, come già accennato, i poteri sono stati utilizzati, in modo più o meno ampio, in base e in dipendenza dall'estensione dell'intervento nazionale. A tal proposito, vi è stato un rapporto di azione-reazione, tra iniziativa statale o regionale e intervento sindacale, nel senso che ad ogni azione di regolazione intrapresa ai livelli superiori, è corrisposta una reazione di adattamento a livello locale. Il che conferma la presenza di un necessario spazio di attuazione delle norme al contesto fattuale.

In merito si sono notati due atteggiamenti diversi. Posto che nella prima fase, la strategia del Governo è stata di accentrare le decisioni, facendo leva sulla sussidiarietà, marginalizzando la collaborazione di sindaci e presidenti di regione, mentre nella seconda fase l'intervento nazionale si è ritratto a favore di una maggiore autonomia a livello periferico, allo stesso tempo, il rapporto è stato bidirezionale. La collaborazione è avvenuta in modo ampiamente informale, nel senso che, a livello nazionale o regionale si è preso atto di alcune misure disposte a livello locale, per farle proprie, generalizzandone l'applicazione. In diversi casi, le

⁶⁷ Alla necessità che l'intervento tramite ordinanza sindacale sia limitato all'ambito «di un catalogo definito dalla normativa statale e governativa di tipo regolamentare» fa pure riferimento il Tar Bari n. 733/2020, cit.

⁶⁸ Per osservazioni critiche sul complesso sistema di competenze che governa l'emergenza si vedano G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1; U. Allegretti, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, cit.

misure disposte tramite ordinanza sindacale hanno anticipato quelle adottate in un secondo momento a livello nazionale o regionale, fungendo quasi da “laboratorio” dell'utilità di misure da rendere poi generalmente obbligatorie⁶⁹. In altri termini, il livello comunale di governo è stato essenziale per valutare l'efficacia e l'impatto delle misure adottate e le relative criticità, anche allo scopo di comprendere se vi fosse bisogno di ulteriori interventi.

Dall'esame condotto, anche se non esaustivo, si è notato un esercizio del potere conforme al quadro regolatorio superiore, pertanto, l'intervento secondario dei sindaci sembra essersi modulato a seconda dell'ampiezza degli spazi residuali, lasciati aperti in particolare dalla normazione di rango nazionale. Ciò è altresì dimostrato dalle disposizioni dettate prima dal d.p.c.m. 26 aprile e, poco dopo, dal d.l. n. 33. A seguito dell'emanazione di tali atti i sindaci hanno revocato, confermato, modificato e integrato le prescrizioni dettate con le precedenti ordinanze, in modo da riparametrare i comportamenti, l'organizzazione e le attività della comunità in senso aderente alle nuove disposizioni.

In effetti, fin dall'inizio dell'emergenza sanitaria si è registrato un certo allineamento dell'intervento comunale rispetto a quanto disposto ai livelli superiori. Ciò è dimostrato dal fatto che le misure di prevenzione disposte per i comuni lombardi e veneti della c.d. “zona rossa” dai primissimi atti di gestione dell'emergenza⁷⁰, sono state riprese sia dai destinatari delle limitazioni, sia gli altri comuni, per poi essere recepite e ampliate dal d.l. n. 6.

In generale, salvo qualche eccentrica previsione⁷¹, i provvedimenti sembrano aver recepito le indicazioni, talvolta pedissequamente, talaltra con piccoli adattamenti dovuti alle necessità di gestire la vita di una collettività definita⁷², pur

⁶⁹ In questo senso anche U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale*, cit.

⁷⁰ Si fa riferimento alle ordinanze del Ministero della Salute, d'intesa con i rispettivi Presidenti di Regione, del 21 e 22 febbraio 2020. Misure di prevenzione per i territori di Lombardia e Veneto sono state dettate dalle Ordinanze del Ministero della Salute 23.02.2020 d'intesa con i rispettivi Presidenti.

⁷¹ Si fa riferimento all'Ordinanza del Sindaco di Messina, cit., che imponeva di registrarsi per passare lo stretto e all'ordinanza del comune di Crespina Lorenzana (Pisa) n. 7 del 2.04.2020, che rende obbligatoria una spesa minima di 50€, allo scopo di evitare che i cittadini utilizzino la spesa come “ora d'aria” quotidiana. Si tratta però di ordinanze adottate fuori dalle Regioni qui citate a scopo esemplificativo della varietà dei modi di azione dei decisori locali.

Costituisce un'eccezione al generale allineamento delle ordinanze alle fonti superiori l'ordinanza dei sindaci dell'isola di Ischia del 23.02.2020, adottata ex art. 54 T.u.e.l., la quale disponeva il divieto di accesso all'isola fino a che non fossero disposti presidi sanitari per soggetti provenienti da zone di contagio. L'ordinanza è stata annullata nella stessa data e con proprio provvedimento dal Prefetto di Napoli in ragione dei profili di illegittimità relativi al carattere ingiustificatamente restrittivo dell'atto rispetto ai provvedimenti fino ad allora adottati dal Governo.

Tutte le ordinanze comunali citate sono reperibili sui siti dei comuni, nella sezione riservata all'albo pretorio o in apposite sezioni dedicate all'emergenza Covid-19.

⁷² Costituisce un esempio di adattamento delle fonti superiori l'ordinanza del comune di Lodi (n. 1 del 23.02.2020) che, motivando genericamente circa la necessità di assumere provvedimenti particolari per il ter-

senza uscire dagli spazi loro consentiti dalle disposizioni che le regolano⁷³. Difatti, le misure adottate fanno tutte riferimento ad una situazione di emergenza attualmente in corso, prevedono termini certi per la cessazione degli effetti (al più tardi il 31 luglio) e regolano, magari in modo pleonastico, situazioni strettamente connesse all'epidemia, sia temporalmente sia logicamente⁷⁴. La motivazione a sostegno dell'uso del potere per lo più consiste in un ampio preambolo di richiamo al quadro regolatorio nazionale e regionale nonché a generiche esigenze di bilanciamento di interessi e di gestione dell'emergenza.

Tra gli interventi dei sindaci si sono notate delle misure ricorrenti, che in qualche modo sembrano indicare modalità "standard" di indirizzo della collettività. Tutte le misure sono riconducibili in modo più o meno diretto al ruolo del sindaco quale autorità sanitaria locale e spaziano da quelle che impattano sulle attività economiche, a quelle limitative della libertà di circolazione, all'organizzazione degli uffici e servizi pubblici, all'imposizione di misure igieniche da rispettare nei luoghi pubblici o aperti al pubblico.

Tra le ordinanze che hanno regolato le attività economiche rientrano quelle di chiusura del mercato settimanale per l'impossibilità di garantire il distanziamento⁷⁵ sia quelle che, a seguito della chiusura generalizzata sul territorio nazio-

ritorio di riferimento, specifica gli uffici comunali aperti al pubblico, detta modalità organizzative e per lo svolgimento dei servizi in sicurezza e ordina, per i dipendenti residenti nei comuni in cui sono in vigore divieti di spostamento, lo svolgimento della prestazione lavorativa in telelavoro, «al fine di assicurare la conclusione di atti e procedimenti fondamentali per la vita amministrativa del Comune». Costituiscono esempi di mera ripetizione l'ordinanza emanata dal comune di Sala Consilina (Salerno, poi diventato focolaio di contagio), che aveva inizialmente ripreso pedissequamente quanto disposto dall'ordinanza n. 1 del 24.02.2020 della Regione Campania, ordinando ai cittadini che hanno fatto ingresso in Campania da aree oggetto di restrizioni sanitarie o di contagio di comunicare la circostanza al competente Dipartimento di prevenzione, e quella emanata dal comune di Vo', che si limita a recepire quasi letteralmente il contenuto dell'ordinanza ministeriale. E l'ordinanza del Comune di Agropoli prot. 9100 del 7.04.2020 che commina la misura dell'isolamento domiciliare in caso di violazione dell'obbligo di permanenza domiciliare

Cfr. le ordinanze dei Comuni di: Vo' n. 2 del 22.02.2020, revocata dalla n. 3 del 9.03.2020, con la quale si prende atto della «emanazione di misure statali esaustive e complete» e del fatto che l'ordinanza n. 2 interferisce con esse; Sala Consilina del n. 7 del 27.02.2020.

Disposizioni in tema di uffici pubblici sono state dettate dal d.l. n. 6 del 23.02.2020, art. 1, comma 2, lett. k), che dispone, tra l'altro, la chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e dei servizi pubblici essenziali, previsioni attuate dal d.p.c.m. 23.02.2020, art. 1 lett. o) e in seguito recepite anche dall'ordinanza della Regione Lombardia n. 515 del 22.03.2020 dispone la sospensione dell'attività amministrativa, eccetto servizi essenziali e di pubblica utilità

⁷³ *Contra* si veda l'opinione di S. La Porta, *Per un ritorno alla normalità (anche) "istituzionale", ovvero dell'abuso del potere di ordinanza*, in *laCostituzione.info*, del 22.04.2020

⁷⁴ Data stabilita dalla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, che dichiara lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

⁷⁵ Ordinanze dei Comuni di: Vo' n. 4 del 10.03.2020, che fa riferimento al d.p.c.m. 8 marzo 2020, art. 2 comma 1 lett. f); Treviso che sospendono i mercati (prott. n. 36427 dell'11.03.2020, n. 36931 del 12.03.2020 e n. 43420 del 2.04.2020); Farra di Soligo (Treviso) n. 16 del 16.03.2020 e successive proroghe; Milano n. 10, del 11.03.2020; Bergamo n. 3 del 25.02.2020 che limita il mercato alla sola vendita dei generi alimentari.

nale e dell'adozione a livello regionale di un apposito piano per la sicurezza⁷⁶, introducono soluzioni organizzative tali da permettere l'accesso (perimetrazione, presenza di varchi separati per l'entrata e l'uscita, obbligo di indossare dpi), anche in ragione del rilievo sociale e di servizio che l'attività svolge nell'ambito del territorio comunale⁷⁷.

Interessano le attività economiche quelle ordinanze che dispongono in merito all'apertura degli esercizi commerciali nei giorni "superfestivi"⁷⁸ e quelle che vietano il gioco lecito, in quanto non rientrante tra gli spostamenti indispensabili. Queste due ultime ipotesi appaiono piuttosto significative in quanto testimoniano il rapporto bidirezionale e il processo informale di influenza ascendente tra livelli di regolazione distinti. Infatti, in entrambi i casi si muove da una iniziativa presa da sindaci attenti alle criticità di alcuni comportamenti per il contenimento del contagio. Questi ultimi, con il sostegno di ANCI, hanno sollecitato l'intervento regionale, nel primo caso, e dell'ente nazionale competente (l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli), nel secondo. Nello specifico, nel caso del gio-

⁷⁶ La chiusura generalizzata a livello nazionale dei mercati, salvo la vendita di generi alimentari è stata disposta dal d.p.c.m. 11.03.2020, art. 1 n. 1), momento a seguito del quale le Regioni sono intervenute con prescrizioni volte a garantire l'apertura in sicurezza. Cfr. le ordinanze delle regioni: Campania con n. 25 del 28.03.2020; Veneto, n. 37 del 3.04.2020, che ordina la chiusura salvo l'adozione apposito piano per garantire il distanziamento sociale; Lombardia n. 521 del 4.04.2020 e n. 522 del 6.04.2020 che consente l'apertura dei soli mercati coperti a condizione che vengano rispettate le misure dettate per garantire il distanziamento sociale.

⁷⁷ Ordinanze dei comuni di: Padova n. 13 del 4.04.2020, e n. 15 del 4.04.2020 che ribadisce le misure già prese con ordinanza 13 fino al 3.05.2020; Treviso prot. 46462 del 10.4.2020, che recepisce le indicazioni dell'ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37 del 3.04.2020; Farra di Soligo n. 27 del 16.04.2020 che adotta un Piano straordinario contenente le condizioni per consentire lo svolgimento dell'attività mercatale di vendita di generi alimentari ai sensi dell'Ordinanza Regione Veneto n. 40 del 13.04.2020 e limita l'accesso ai soli residenti nel comune; Milano n. 19 del 7.04.2020, che detta norme per l'apertura in sicurezza dei soli mercati coperti, conformemente a quanto previsto dall' Ordinanza della Regione Lombardia n. 522 cit.

A seguito dell'emanazione del d.p.c.m. del 26 aprile e del d.l. n. 33 numerose sono state le ordinanze che prevedono la riapertura dei mercati, limitatamente alle categorie merceologiche consentite e pur sempre regolando le attività in modo da garantire il distanziamento sociale. Cfr. le ordinanze dei comuni di: Lodi n. 5 del 30.04.2020 e n. 8 del 11.05.2020; Milano n. 23 del 4.05.2020 e n. 27 del 20.05.2020, che attua l'ordinanza regionale n. 547 del 17.05.2020; Farra di Soligo, n. 30 del 27.04.2020 e n. 17 del 18.05.2020; Treviso prot. 51509 del 27.04.2020; Padova nn. 22 del 27.04.2020 (amplia le categorie merceologiche) e 25 del 5.05.2020 (attua l'ordinanza regionale n. 46 del 4.05), n. 28 del 18.05.2020 (attua l'ordinanza regionale n. 48 del 18.05.2020); Sala Consilina, n. 26 del 12.05.2020. Cfr. anche l'ordinanza del Comune di Vo' n. 8 del 28.04.2020 che, esercitando la discrezionalità consentita, conferma la sospensione mercato settimanale ad eccezione della vendita del pesce.

⁷⁸ Cfr. le ordinanze dei comuni di: Agropoli prot. 9111; Pellezzano n. 22; Quarto, n. 6, tutte del 7.04.2020; Eboli n. 114 del 8.04.2020. In merito ha disposto la Regione Campania con l'ordinanza n. 30 del 9.04.2020, prendendo atto del fatto che diversi Sindaci hanno ordinato la chiusura degli esercizi commerciali nei rispettivi territori nei giorni di Pasqua e Lunedì in Albis, «e tenuto conto della radicata e consolidata tradizione dei cittadini di uscire dalle proprie abitazioni, nei giorni di festa, anche per fare acquisti di generi alimentari da consumare in spazi pubblici», nonché in ragione della nota di ANCI Campania (prot. 502 del 9.4.2020) che chiede alla Regione di intervenire per bloccare «impropri e anomali spostamenti di persone» durante le festività. L'emanazione di ordinanze dello stesso tipo si è ripetuta in occasione delle festività del 25 aprile e 1° maggio (cfr. l'ordinanza del comune di Battipaglia n. 91 del 21.04.2020).

co lecito, pur avendo emanato una direttiva sul punto⁷⁹, l'Agenzia delle Dogane ha deciso di intervenire con una propria determina rilevando appunto il divieto di gioco posto dai Comuni, allo scopo di garantire il massimo rispetto del generale divieto di spostamento delle persone fisiche⁸⁰.

In questo ambito sono da includere anche quelle misure che dispongono la chiusura notturna dei locali e dettano modalità per la somministrazione di cibi e bevande, con l'obiettivo di limitare le situazioni di affollamento di più persone in un unico luogo⁸¹. Vi rientrano altresì le misure adottate nella "fase due" con specifico riferimento alla necessità di ampliare il più possibile gli spazi aperti funzionali all'esercizio delle attività di ristorazione, in modo da favorire il distanziamento interpersonale ed evitare lo svolgimento all'interno di ambienti chiusi⁸².

Della legittimità delle ordinanze appartenenti a questa categoria non è possibile dubitare, sol considerando che la Costituzione non pone una riserva di legge in ordine alle prescrizioni imposte all'iniziativa economica al fine di tutelare la salute pubblica, sicché esse ben possono essere dettate con un atto di natura amministrativa, qual è l'ordinanza⁸³.

Hanno invece a che fare con la libertà di circolazione sia le ordinanze che hanno disposto la chiusura di varchi stradali secondari di accesso al territorio comunale, a fini di un più efficace controllo su eventuali spostamenti non essenziali⁸⁴, sia quelle che hanno deciso la chiusura di parchi, giardini, aree verdi, aree

⁷⁹ Determinazione n. 89326 del 12.03.2020 Direttiva sui giochi per i tabaccai che, facendo riferimento al d.p.c.m. del 11.03.2020, chiede ai concessionari il blocco delle *slot machines* ed agli esercenti la disattivazione di monitor e televisori al fine di impedire la permanenza degli avventori per motivi di gioco all'interno dei locali.

⁸⁰ Determinazione n. 96788 del 21.03.2020 la quale dispone la sospensione dei giochi presso tabaccherie ed esercizi di rivendita rilevato che la possibilità di offrire gioco presso i "tabaccai" costituisce un motivo di spostamento in violazione dei citati provvedimenti che consentono di spostarsi soltanto per situazioni di necessità. Nella motivazione della Determinazione si legge espressamente di aver preso in considerazione il fatto che l'ANCI avesse reso note le iniziative dei sindaci di divieto di gioco lecito all'interno delle rivendite di generi di monopolio.

In tal senso, e con data anteriore alla Determinazione dell'Agenzia si vedano le ordinanze dei comuni di: Benevento prot. 27489 del 16.03.2020; Brescia prot. 61518 del 17.03.2020; Bergamo n. 15 del 3.4.2020 (successiva); Cremona prot. 20723 del 19.03.2020; Lecco n. 6 del 20.03.2020, la quale argomenta con riferimento al «persistere di comportamenti poco responsabili»; fuori dalle regioni analizzate: Cagliari n. 15 del 17.03.2020; Siena n. 108 del 17.03.2020; Reggio Calabria n. 23 del 16.03.2020.

⁸¹ Ordinanza Comune di Bergamo n. 3 del 25.02.2020. La misura della definizione oraria delle attività di ristorazioni è stata poco prima prevista, con riferimento all'intera Regione Lombardia, dall'Ordinanza del Ministero della Salute d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia del 23.02.2020 (efficace fino al 1° marzo), richiamata per i territori ex "zona rossa" dal d.p.c.m. 8 marzo 2020, art. 1, ed estesa a livello nazionale dal d.p.c.m. 9 marzo, art. 1 comma 2, lett. k).

La chiusura dei mercati, ad esclusione della vendita di generi alimentari è stata prevista dal d.p.c.m. 11 marzo, art. 1, n. 1.

⁸² Ordinanze dei comuni di: Padova n. 27 del 15.05.2020, la quale prevede l'ampliamento dell'occupazione massima concedibile in area pubblica o aperta al pubblico; Bergamo n. 23 del 17.05.2020.

⁸³ In tal senso si veda la sentenza del Tar Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

⁸⁴ Possibilità già prevista dal d.l. n. 19/2020 comma 2 lett. b); si vedano in merito le ordinanze dei comuni di: Sala Consilina n. 13 del 16.03.2020, comune sottoposto a misure restrittive dell'ordinanza regiona-

cani e argini, considerati zone di aggregazione della popolazione e, quindi, di contagio e diffusione del virus⁸⁵. Anche in questo caso, le misure hanno prima agito nel senso di comprimere la libertà, per poi espanderla al mutare del quadro giuridico premurandosi di dettare norme di comportamento specifico. Ma non solo, le misure relative alla fruizione delle aree verdi costituiscono pure un'ipotesi di reciproca contaminazione di un livello sull'altro, nel senso che esse sono state prima autonomamente disposte a livello locale, in seguito rese obbligatorie dal legislatore nazionale⁸⁶. Da ultimo, il d.p.c.m. 26 aprile ed il d.l. n. 33 hanno condizionato l'accesso al rispetto delle misure di distanziamento sociale, lasciando ai sindaci la possibilità di valutare discrezionalmente la chiusura delle aree in cui esso non è possibile i quali, difatti, sono tempestivamente intervenuti⁸⁷. Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del d.p.c.m. 17 maggio 2020 l'accesso ai parchi è stato generalmente consentito, ma subordinato al rispetto di alcune misure di prevenzione (art. 1 comma 1, lett. b)), ciò che ha provocato un intervento ulteriore dei sindaci, finalizzato, da un lato, all'introduzione di prescrizioni igienico-sanitarie tassative e, dall'altro, all'individuazione delle aree rispetto alle quali non fosse possibile garantire il rispetto delle misure, esercitando la discrezionalità consentita⁸⁸.

Sono riconducibili a questa categoria anche quelle ordinanze che hanno regolato la frequenza della spesa settimanale – limitazione legittima in ragione

le n. 18/2020; Agropoli prot. n. 8352 del 24.03.2020 (revocata da prot. 10769 del 5.05 a seguito del d.p.c.m. 26 aprile); Capri n.18 del 05.04.2020 che dispone un divieto assoluto di accesso al comune, anche via mare salvo autorizzazione preventiva, e dispone l'immediato rientro al territorio di provenienza, anche con imbarco.

⁸⁵ Ordinanze dei comuni di: Bergamo n. 11 del 10.03.2020; Brescia prot. 58190 del 11.03.2020, e successive proroghe; Milano n. 12 del 13.03.2020, che però limita la chiusura alle aree recintate, mentre dispone che siano mantenute fruibili quelle non recintate, fermo restando il divieto di assembramento; Padova, n. 10 del 12.03.2020. La successiva ordinanza n. 11 del 19.03 ordina l'interdizione al transito di veicoli e pedoni lungo gli argini comunali, salvo ai residenti ed i servizi di soccorso in ragione della verificata «presenza di numerose persone ed il formarsi di affollamenti favoriti anche dalle particolari e favorevoli condizioni climatiche stagionali». Queste ultime previsioni sono ribadite dall'ordinanza n. 16 del 14.04.2020 fino alla data del 3.05; Farra di Soligo n. 18 del 19.03.2020.

⁸⁶ La chiusura delle aree verdi su tutto il territorio nazionale è stata disposta Ordinanza Ministero Salute 20 marzo, art. 1 comma 1, con efficacia fino al 25 marzo, data di entrata in vigore del d.l. n. 19, che all' art. 1 comma 2 lett. b) la prevede come possibile e, infine, viene resa obbligatoria solo con il d.p.c.m. 10 aprile 2020. A livello regionale la chiusura al pubblico delle aree verdi è stata disposta per il Veneto dall'ordinanza n. 33 del 20.03.2020, per la Lombardia, dall'ordinanza n. 515 del 22.03.2020

⁸⁷ Ordinanze comuni di Battipaglia n. 97 del 2.05.2020 (che però fa salvo l'accesso alle aree verdi per i giovani affetti da disabilità disposto con ordinanza n. 96 del 30.04); Sala Consilina n. 25 del 7.05.2020; Padova n. 23 del 28.04.2020; Bergamo n. 17 del 2.05.2020 riapre alcuni parchi in cui è possibile garantire le condizioni di sicurezza, conferma la chiusura di altri e delle aree cani, detta regole di accesso e permanenza all'interno (divieto uso wc, uso mascherine, distanza sociale anche su uso panchine, divieto uso giochi); Lodi n. 6 del 2.05.2020 che riapre le aree cani e alcuni parchi in cui è possibile garantire le condizioni di sicurezza, conferma la chiusura di altri, detta regole di accesso e permanenza all'interno. Entrambe fanno riferimento all'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 528 del 11.04.2020 che dispone in tema di misure di distanziamento da adottare nei luoghi pubblici.

⁸⁸ Ordinanze comuni di: Padova n. 29 del 22.05.2020; Lodi n. 10 del 22.05.2020, che ha mantenuto fermo il divieto di utilizzo delle attrezzature ludiche e per il gioco dei bambini (punto d.).

del preminente interesse alla salute – o hanno dato indicazioni per la raccolta dei rifiuti in caso di positività al virus o di quarantena⁸⁹, in quest'ultimo caso limitandosi a recepire le Indicazioni dell'Istituto Superiore di Sanità⁹⁰.

Fanno riferimento al potere sindacale di organizzazione degli uffici e servizi pubblici le ordinanze che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa del Comune, individuando i servizi urgenti ed essenziali da rendere in presenza e le relative misure di igiene⁹¹.

Tale potere, invero non contingibile e urgente ai sensi dell'art. 50, comma 7, T.u.e.l., viene in questo caso in rilievo con riferimento al sindaco quale autorità sanitaria locale, di cui all'art. 50 comma 5, per la necessità di contenere il pericolo di contagio e tutelare la sicurezza e salute di lavoratori e utenti.

Incidono sia la libertà di circolazione, sia la libertà di culto e rientrano altresì nell'ambito dell'organizzazione dei servizi pubblici, le misure limitative dei servizi funebri e cimiteriali, nonché quelle che dispongono la chiusura dei cimiteri e contingentato l'ingresso di persone per l'estremo saluto. Alcune di queste sono state disposte ben prima dell'intervento del Ministero della Salute, che ne prevede espressamente la chiusura «per impedire le occasioni di contagio dovute ad assembramenti di visitatori»⁹². Preso atto della difficoltà di gestione delle salme da par-

⁸⁹ Ordinanze comuni di: Sala Consilina n. 15 del 19.03.2020; Agropoli prot. 8502 del 28.03.2020.

Sulla questione della legittimità delle prescrizioni relative cfr. Tar Sardegna, decreto 7 aprile 2020, n. 122 che ha respinto l'istanza di sospensione di un'ordinanza sindacale che dettava limitazioni agli acquisti di generi alimentari in quanto la compressione di alcune libertà individuali è giustificata dal preminente interesse alla tutela della salute pubblica. Impostazione confermata da Cons. Stato, decreto 17 aprile 2020, n. 2028.

⁹⁰ Rapporto ISS Covid-19 del 14 marzo, aggiornato al 31.03.2020 e disponibile sul sito dell'Istituto.

In tema di differenziazione di rifiuti hanno disposto le regioni, la Lombardia con il decreto n. 520 del 1.04.2020 e il Veneto con l'ordinanza n. 32 del 19.03.2020.

⁹¹ Cfr. le ordinanze dei comuni di: Lodi n. 1, cit.; Milano n. 10 del 11.03.2020; Farra di Soligo n. 26 del 14.04.2020; (si veda anche la n. 19 del 20.03 che dispone per alcuni giorni la chiusura degli uffici comunali per procedere alla sanificazione), n. 18 del 20.05.2020; Paolisi n. 8 del 21.03.2020; Sala Consilina n. 9 del 9.03.2020; Salerno prot. 47261 del 6.03.2020 che ha disposto anche la chiusura delle sedi periferiche e dettando modalità specifiche di accesso al pubblico per ogni servizio. Si vedano anche le ordinanze prot. 54431 del 22.03.2020 e successive proroghe che prevedono la chiusura degli uffici comunali non svolgenti attività indifferibili.

La chiusura uffici comunali, già prevista come possibile da d.l. n. 6 art. 1 comma 1, lett. k), è stata ribadita per gli uffici pubblici dal d.l. n. 19, art. 1 comma 2 lett. s). A livello regionale si segnala l'Ordinanza della Lombardia n. 515 del 22.03.2020 dispone la *sospensione* dell'attività amministrativa, eccetto servizi essenziali e di pubblica utilità.

⁹² Circolare Ministero della Salute n. 11285 del 1.04.2020, punto G nn. 1 e 6. che prevede la temporanea sospensione di «ogni attività connessa ai servizi cimiteriali di iniziativa privata nei cimiteri, come manutenzione, ristrutturazione di tombe, lapidi, costruzioni ex novo di tombe».

L'attenzione a questo aspetto è particolarmente evidente nei comuni maggiormente colpiti dall'epidemia. Si vedano in proposito le ordinanze dei comuni di: Bergamo n. 12 del 11.03.2020; Lodi n. 1 cit. e n. 3 del 2.4.2020; Padova n. 12 del 3.04.2020 e n. 14 del 4.04.2020; Treviso prot. 696 del 3.4.2020 e prot. 46400 del 10.4.2020; Brescia prot. 60026 del 13.03.2020, che regola le funzioni cimiteriali per consentire temporaneamente l'ingresso e la sepoltura dei defunti anche nelle giornate di domenica, in quanto a causa dell'elevato numero dei decessi «vi è l'inderogabile e temporanea necessità di poter consentire l'ingresso e la sepoltura dei defunti anche nella giornata di domenica» e, visto «il numero dei funerali che si svolgono contemporaneamente

te dei comuni, per la progressiva saturazione degli spazi nelle camere mortuarie, sul punto è intervenuta anche l'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 655 del 25.03.2020, la quale all'art. 4 detta disposizioni per gli enti locali. Da ultimo, il d.p.c.m. 26 aprile (art. 1 comma 1, lett. i)) è intervenuto a regolare le funzioni funebri prendendo spunto da quanto già previsto a livello comunale, ad esempio in tema di numero massimo di partecipanti alle cerimonie⁹³.

Infine, sono direttamente riconducibili ai poteri del sindaco quale autorità sanitaria locale le indicazioni a carattere igienico-sanitario dettate con riferimento ai luoghi pubblici o aperti al pubblico, come quelle che impongono l'obbligo di utilizzo di mascherine e altri dispositivi di protezione individuale⁹⁴; dispongono interventi di sanificazione e pulizia straordinaria dei locali pubblici (scuole, strade, strutture comunali) o aperti al pubblico, nonché dei vagoni e degli abita-

te, sia in Brescia che in provincia, e il numero limitato delle società autorizzate allo svolgimento dei trasporti funebri», occorre regolare il numero di operatori necessari per consentire trasporto delle salme e prot. 60874 del 16.03.2020.

Il Comune di Milano ha disposto più volte sul tema, in relazione all'aggravarsi dell'epidemia, anche in considerazione del fatto che i Presidi ospedalieri cittadini ricoverano pazienti Covid provenienti da tutto territorio regionale e nazionale, ciò che ha comportato l'aumento dei decessi sul territorio comunale di cittadini residenti in altri comuni e pure di cittadini stranieri, per i quali il rimpatrio aereo è estremamente difficoltoso. Il Comune ha disposto la semplificazione degli acquisti di dispositivi e servizi necessari a garantire la funzionalità dei servizi funebri e cimiteriali, il monitoraggio della cremazione, velocizza le procedure di inumazione. Si vedano le ordinanze n. 12 del 13.03.2020; n. 16 del 26.03.2020; n. 18 del 2.04.2020.

Sul punto cfr. anche le ordinanze dei comuni di Paolisi n. 7 del 15.03.2020; Sala Consilina n. 11 del 12.03.2020, tra quei comuni campani in cui si sono sviluppati focolai Covid, che hanno portato al divieto di entrata ed uscita dagli stessi. Si vedano le ordinanze della Regione Campania nn. 18 e 29 del 2020.

Si veda tema di apertura dei cimiteri il decreto Tar Veneto, 21.04.2020, n. 205 il quale rigetta la richiesta di sospensione dell'ordinanza del Comune di Santa Giustina n. 23 del 14.04.20 atteso che il pregiudizio lamentato (preclusione all'esercizio del diritto di culto e accesso al sepolcro del figlio) si è già ormai per la più gran parte consumato, e che il residuo periodo di chiusura del cimitero, rapportato a quello già sofferto e a quello pregresso di incontestato esercizio anche quotidiano del diritto, non appare di rilevanza temporale tale da aggravare in modo determinante il danno già patito.

⁹³ Ciò ha dato adito a nuovi interventi dei sindaci su apertura e accesso ai cimiteri. Cfr. le ordinanze dei comuni di: Padova n. 17 del 15.05.2020; Milano n. 22 del 4.05.2020; Battipaglia n. 94 del 27.04.2020; Agropoli Prot. 10769 del 5.05.2020; Sala Consilina, n. 25 del 7.05.2020, la quale detta puntualissime regole di comportamento (es. previa chiamata telefonica, tempo massimo 30 minuti). Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 33 (o immediatamente prima), vi sono stati nuovamente interventi volti ad attare le disposizioni prese alle maggiori aperture previste dal legislatore nazionale. Cfr. le ordinanze dei comuni di Sala Consilina n. 28 del 20.05.2020; Bergamo n. 21 del 15.05.2020.

⁹⁴ Cfr. le ordinanze dei comuni di: Treviso prot. 703 del 6.04.2020, obbligo poi ripreso dall'Ordinanza regionale n. 40 del 13.04.2020, all'art. 1 punto c.; Sala Consilina n. 15 del 19.03.2020; Salerno prot. 54413 del 21.03.2020; Agropoli, prot. 9112 del 7.04.2020, che impone in particolare l'utilizzo dei dispositivi minimi di protezione individuale e l'installazione di pannelli trasparenti nei luoghi di accoglienza dei clienti. Si segnala in merito anche l'Ordinanza della Lombardia n. 521 del 4.04.2020. Sul punto si veda anche il recente decreto del Tar Liguria del 23.05.20, n. 147, il quale ha ritenuto che l'imposizione dell'uso della mascherina nei luoghi pubblici o aperti al pubblico «non possa considerarsi né incongruo, né particolarmente gravoso».

coli di treni e autobus, a tutela dei lavoratori e degli utenti, ovvero, impongono la presenza in tali luoghi di disinfettante o antisettico⁹⁵.

In tale ambito, il caso specifico delle attività dedicate alla cura della persona appare emblematico del ruolo indispensabile e insostituibile delle ordinanze di specificazione, adattamento ed integrazione nei confronti della cittadinanza. Ebbene, affinché le attività riprendessero a seguito del d.p.c.m. del 17 maggio, occorre che le regioni ne accertassero la compatibilità in relazione all'andamento epidemiologico, oltre a predisporre appositi protocolli e linee guida per garantirne lo svolgimento in sicurezza (art. 1 comma 1, lett. gg)). I sindaci, sono dunque intervenuti per dettare misure di adeguamento temporaneo con riferimento ai giorni ed agli orari di apertura, rispetto a quanto previsto dai regolamenti comunali. L'iniziativa, volta ad ampliare la possibilità di accesso ai servizi (estetista, parrucchiere, barbieri, tatuatore, piercing) da parte della clientela è stata motivata dalla necessità di un bilanciamento tra diversi interessi pubblici, ovvero, agevolare gli operatori del settore in una nuova organizzazione dell'attività, potendo ampliare i giorni e gli orari di apertura al pubblico; parimenti, ciò risponde alle esigenze della clientela e della tutela della salute pubblica, in quanto garantisce una migliore pianificazione degli accessi⁹⁶.

4.1. *Il governo dell'emergenza nel comune di Milano: il ricorso all'ordinanza come mezzo per la gestione organica della vita cittadina*

Una menzione a parte merita infine la gestione dell'emergenza attuata dal Comune di Milano. Gli interventi tramite ordinanza sindacale⁹⁷ trovano un loro fondamento democratico-partecipativo nell'O.d.G. del Consiglio comunale, n. 603 approvato il 5.03.2020 con oggetto *Interventi necessari a fronteggiare l'emergenza sanitaria da COVID-19 e le ricadute sociali, economiche e occupazionali*, il quale indica le direttrici secondo cui orientare le risorse del "Fondo emergenza virus", istituito dal Bilancio di Previsione.

⁹⁵ Un simile obbligo di disinfezione quotidiana a chiusura è posto dall'Ordinanza del comune di Agropoli prot. 9112 del 7.04.2020, che ordina anche ai proprietari/gestori delle aree private (es. banche, uffici postali) e dei locali commerciali chiusi al pubblico ma che effettuano attività di lavoro interna di predisporre distributori di gel disinfettanti o guanti monouso e di installare pannelli trasparenti nei luoghi di accoglienza dei clienti per assicurare sicurezza del personale e degli utenti.

⁹⁶ Ordinanze dei comuni di Brescia prot. 110586 del 22.05.2020; Battipaglia, n. 106 del 11.05.2020; Padova n. 26 del 14.05.2020; Treviso, prot. 59213 del 18.05.2020; Vo' n. 9 del 13.05.2020.

⁹⁷ Il Sindaco Giuseppe Sala è anche stato nominato Presidente della *Global Mayors COVID-19 Recovery Task Force*, la task force dei sindaci del mondo per la ripresa post emergenza coronavirus, promossa dalla rete internazionale C40 Cities che riunisce i sindaci delle principali metropoli del mondo. Fonte: https://www.c40.org/press_releases/global-mayors-covid-19-recovery-task-force

Le ordinanze sindacali dispongono in modo coerente, organico e dettagliato della vita cittadina durante l'emergenza sanitaria, ricavandosi un loro spazio di azione peculiare, pur all'interno della cornice nazionale e regionale dell'emergenza. Tralasciando le misure comuni agli altri enti locali analizzati, Milano ha scelto lo strumento dell'ordinanza, piuttosto che quello della delibera di Giunta, per adeguare l'organizzazione della città alla nuova realtà dell'epidemia per molti e rilevanti aspetti, tra cui spicca per importanza il mantenimento dei servizi essenziali e delle prestazioni di *welfare*.

Si tratta in questo caso di una serie di interventi collegati all'emergenza in modo più o meno diretto, ma pur sempre adottati con l'intento principale di mitigarne le conseguenze ed agevolare operatori sanitari, volontari e cittadini. In questa ottica, ad esempio, può essere letta la decisione di rendere libero l'accesso alle ZTL e la sosta negli spazi di parcheggio a pagamento a favore di tutti i cittadini, al fine di consentire «la libera e non onerosa mobilità»⁹⁸. Alla semplificazione dei rapporti con i cittadini sono volte le misure che dispongono la proroga dei titoli autorizzativi (sosta libera, accesso a corsie preferenziali, pass disabili), ovvero che differiscono scadenze tariffarie e fiscali di propria competenza⁹⁹.

Per il numero e la qualità di misure prese a tutela dei bisogni essenziali e primari dei cittadini, questo aspetto sembra centrale nell'azione del Comune, consapevole della portata delle ricadute economiche, sociali ed occupazionali dell'emergenza. Per tale ragione, è stata predisposta una serie di interventi aggiuntivi non programmati a carattere socio-assistenziale, soprattutto con riferimento ai servizi domiciliari e residenziali, con la dichiarata volontà di non lasciare alle reti familiari e informali il compito di organizzare l'isolamento delle persone e l'onere di fornire servizi e generi di prima necessità¹⁰⁰.

⁹⁸ Ordinanze del Comune Milano n. 10 del 11.03.2020 e n. 11 del 12.03.2020. Al fine di consentire la libera mobilità nel comune, al fine di agevolare ogni forma di assistenza e soccorso ai cittadini, con la successiva ordinanza n. 14 del 16.03.2020 è stata poi stabilita la sospensione dei divieti di circolazione in zona ZTL, su corsie e strade riservate a trasporto pubblico, nonché la deroga al divieto di accesso in aree pedonali per i veicoli utilizzati per il trasporto e la consegna di cose per comprovate e inderogabili esigenze di spostamento legate all'emergenza.

⁹⁹ Ordinanze del Comune Milano n. 10, cit.; n. 15 del 23.03.2020. Si tratta di canoni di locazione o concessione di immobili comunali per attività commerciali e culturali, relativi all'occupazione di suolo e aree pubbliche od a concessioni di servizi o ad altri edifici ed aree. Si fa anche riferimento alla decisione di posticipare il pagamento delle imposte comunali quali la TARI e di posticipare il pagamento delle quote per i nidi d'infanzia, per i centri diurni disabili e anziani o i contributi al servizio di refezione scolastica. Cfr. anche l'ordinanza n. 26 del 18.05.2020, con la quale si ordina il differimento dei termini pagamento rette scolastiche e il rimborso delle quote per il periodo non fruito.

Nell'ottica di tutelare, per quanto possibile, le attività economiche è stata disposta la proroga dei termini presentazione offerte procedure di gara e competitive relative a beni, servizi, lavori ed opere con scadenze coincidenti con durata emergenza. Cfr. l'ordinanza n. 11, cit.

¹⁰⁰ A tale scopo, il Comune ha proceduto alla mappatura ed individuazione di immobili di proprietà comunale, di società ed enti partecipati dal Comune o di proprietà di privati cittadini, società e associazioni, allo scopo di usarli quali luoghi temporanei di accoglienza per gli operatori sanitari che necessitano di una siste-

L'intervento tramite ordinanza contingibile e urgente del Comune di Milano costituisce una significativa eccezione rispetto a quanto avvenuto negli altri comuni, dove si è scelto di introdurre misure di sostegno ai cittadini ricorrendo al diverso e più limitato strumento delle deliberazioni della Giunta comunale¹⁰¹. Su un piano di indagine ipotetico, proprio per l'estensione e la tipologia di interessi toccati, l'intervento potrebbe essere più correttamente ricondotto alle ordinanze ex art. 54 T.u.e.l. Più che alla salute e all'igiene, infatti, gli aspetti legati alla tutela dei bisogni primari delle persone sono riferibili alla coesione sociale, per cui ricadrebbero sotto l'ombrello della sicurezza urbana¹⁰². Si tratta infatti di interventi urgenti volti a prevenire l'emergere di un disagio sociale connesso alla perdita di benessere economico, che impatta sulla sicurezza cittadina. Quest'ultimo aspetto costituisce appunto uno dei fattori di rischio legati all'insorgere di comportamenti antisociali.

Una simile lettura sarebbe pure coerente con l'accezione della sicurezza urbana per come delineata dal recente d.l. n. 14 del 2017, che all'art. 4 definisce il concetto includendovi gli interventi volti ad eliminare fattori di marginalità ed esclusione, al fine di giungere all'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale¹⁰³. In questo senso, e in modo coerente con quanto sostenuto nella relazione di Analisi di Impatto della Regolamentazione, l'azione a tutela dei servizi essenziali sarebbe da inquadrare nell'ambito dello sviluppo della comunità sulla

mazione alloggiativa per il tempo necessario a garantire condizioni di tutela della propria salute fisica e per i soggetti stabilizzati e dimessi dagli ospedali.

Cfr. le ordinanze del Comune Milano n. 12, cit.; n. 17 del 28.03.2020; n. 13 del 16.03.2020.

¹⁰¹ In tal senso si vedano in particolare le deliberazioni della Giunta del Comune di Napoli nn. 78 e 83 del 13 e 17 marzo 2020, relative al mantenimento dei servizi essenziali; n. 91 del 31.03.2020, relativa alla costituzione di un fondo di solidarietà per le persone in difficoltà; n. 103 del 3.04.2020 contenente misure a supporto della ripresa della città, tutte intervenute al dichiarato fine di mitigare i danni provocati al sistema economico e produttivo cittadino dalla diffusione del virus, in funzione di garantire sostegno economico e finanziario a cittadini ed attività produttive, oltre al mantenimento dei servizi essenziali. Cfr. anche la delibera della Giunta del Comune di Bergamo n. 89 del 12.03.2020.

¹⁰² Sull'art. 54 T.u.e.l. si vedano A. Cassatella, *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in *Le Regioni*, 2010, 1-2, 157 ss.; F. Furlan, *La disciplina concreta del potere di ordinanza*, ivi, 142 ss. M. Brocca, *Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del sindaco*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 7-8, 2278 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. Cost.*, 2011, 2, 1600B; L. Chiodini, W. Tortorella, *Le ordinanze dei sindaci e oltre*, in *Amministrare*, 2010, 2, 317 ss.; nonché A. Pajno (a cura di)-Astrid, *La sicurezza urbana*, Rimini, 2010; M. Vaccarella, *Il potere di ordinanza sindacale per la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica*, Napoli, 2012.

¹⁰³ Secondo P. Bonetti, *Considerazioni conclusive circa le ordinanze dei sindaci in materia di sicurezza urbana: profili costituzionali e prospettive*, in *Le Regioni*, 2010, 1-2, 430, il termine «sicurezza» evoca l'esigenza di ognuno di poter vivere sicuro nel godimento dei diritti fondamentali della propria persona e dei propri beni e il termine «urbana» evoca la sicurezza nell'ambito della città, del centro abitato.

Secondo la giurisprudenza, poi, la riscrittura dell'articolo 54 T.u.e.l. avrebbe reso la figura del Sindaco soggetto attuatore, in ambito comunale ed in relazione alle domande sociali di sicurezza che di volta in volta le singole collettività pongono, delle regole stabilite a garanzia dell'unità dell'ordinamento e della stabilità sociale Tar Lazio, 17 dicembre 2008, n. 12222; Tar Friuli Venezia Giulia, 24 settembre 2009 n. 682.

base di relazioni sociali forti, che assicurino l'effettività del godimento dei diritti da parte dei singoli individui e dell'intera realtà comunale.

5. *Riflessioni finali*

Le osservazioni in merito al contenuto del potere di ordinanza sindacale nell'ambito dell'emergenza da Covid-19 non possono che essere provvisorie e precarie, data la costante evoluzione del quadro giuridico, all'interno del quale esse si inseriscono. Anche per le peculiarità dell'emergenza in atto, che non si concreta in un evento finito, istantaneo, ma in un processo, la cornice legislativa e amministrativa che la regola risulta complessa e intricata e, di conseguenza, inefficiente¹⁰⁴. Tale quadro mutevole ha parimenti influito sul bilanciamento di interessi compiuto dalle norme; se in un primo momento è stato tutto rivolto alla tutela della salute, interesse della collettività, oltre che diritto del singolo, all'attenuarsi dell'emergenza è stato svolto un nuovo bilanciamento, che ha condotto al riespandersi dei diritti sacrificati, quali il lavoro e le relazioni familiari, e le libertà di circolazione, riunione, di culto, di iniziativa economica.

Centrali, in tutta la vicenda, risultano i principi costituzionali di autonomia e sussidiarietà, i quali impongono di bilanciare le esigenze unitarie dell'ordinamento con quelle di differenziazione nascenti dalla specificità delle situazioni locali. Nella "fase uno", il principio di sussidiarietà ha indotto ad allocare verso l'alto il centro decisionale, anche in ragione della sua estensione e portata; nella "fase due" stiamo assistendo ad una allocazione verso il basso delle competenze, in direzione di una gestione dell'emergenza differenziata per territori. La differenziazione, nel mutato contesto, contribuisce a garantire l'adeguatezza della risposta dell'ordinamento, a fronte della ripresa delle attività quotidiane.

Per tutta la durata dell'emergenza, anche nella fase più acuta, sono stati mantenuti degli spazi di azione a livello locale, sia per dare attuazione alle misure altrove disposte, sia per la necessità di adeguare queste ultime alle peculiarità dei territori. Talvolta, il contenuto delle ordinanze si è concretizzato in indicazioni operative e complementari, di "adattamento" delle norme, generali e astratte, alla concreta realtà amministrata; altre volte, in previsioni meramente ripetitive quanto disposto ad altro livello, altre ancora in interventi "indipendenti" che si sono

¹⁰⁴ Ritiene in generale inefficiente il criterio di coordinamento tra i vari livelli territoriali costituito dalla dimensione dell'emergenza, A. Fioritto, in AIPDA, *Annuario 2005*, cit., 177, là dove si afferma che la scelta «di utilizzare il criterio della dimensione dell'evento (di carattere nazionale, regionale, locale) per attribuire la responsabilità dell'intervento non sembra garantire né l'efficienza, né l'efficacia dell'intervento stesso».

inseriti negli spazi non coperti dalla regolazione superiore, rispondenti a necessità organizzative della vita locale.

Tale «quadro scomposto e disorganico», ha finito per l'essere elemento di «destabilizzazione e di confusione per la collettività»¹⁰⁵, che proprio alle Istituzioni locali si è primariamente rivolta per avere chiarimenti circa i comportamenti ammessi e vietati.

Da un differente punto di vista l'epidemia da Covid-19 ha messo in luce alcune criticità del principio di leale collaborazione e ne ha fatto emergere un nuovo modo di atteggiarsi, attraverso moduli collaborativi informali, in senso sia ascendente che discendente, che hanno visto riprendere a livello regionale e nazionale misure disposte inizialmente e in modo autonomo a livello comunale. In tal senso, gli spazi di valutazione discrezionale lasciati liberi dalla normazione nazionale sono stati utilizzati per rispondere ad esigenze e criticità emerse nella cittadinanza. Inoltre, l'esame casistico ha mostrato da parte dei sindaci il generale rispetto dei limiti posti al potere di ordinanza dal quadro normativo che lo regola sia in via ordinaria, sia straordinaria.

Innanzitutto, si è rilevato che l'esercizio del potere sindacale ha avuto un andamento oscillatorio, ondivago, ampliandosi e restringendosi al mutare degli spazi ad esso consentiti dal legislatore, in relazione alla situazione epidemiologica. La costante manutenzione, evoluzione e pervasività degli interventi nazionali non ha permesso uno sviluppo pieno dell'azione locale, indirizzando piuttosto quest'ultima verso un ruolo di attuazione, integrazione ed adattamento di questi alle particolarità locali, in modo rispettoso sia del riparto di competenze, sia del principio di legalità.

Si ritiene poi che in virtù del principio di autonomia esista un incomprimibile ruolo delle autorità locali quali interlocutori primari delle comunità amministrative, in funzione di guida e interpreti delle istanze. Di ciò si è avuta conferma con l'analisi "sul campo", che ha mostrato la presenza di alcuni settori costanti di intervento delle ordinanze, per la gestione minuta della vita cittadina. Si sono notati alcuni interventi comuni, spesso tratti dai cataloghi di misure indicate nei decreti-legge e nei d.p.c.m., che hanno contribuito a creare direttrici lungo cui si è mosso in modo autonomo l'intervento locale. Oppure, vi sono stati interventi uniformi che recepiscono esigenze generalmente emerse nel contesto cittadino.

Se per la mutevolezza del quadro nazionale è ancora incerto il ruolo svolto dai comuni, è possibile invece indicare i due ambiti entro cui l'esercizio del potere di ordinanza può essere collocato. Un primo ambito è quello di attuazione ed

¹⁰⁵ G. Luccioli, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, intervista a cura di F. De Stefano, in *Giustizia insieme*, 2.04.2020. Fanno riferimento a un "cortocircuito di ordinanze" M. Borgato, D. Trabucco, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti*, cit.

esecuzione degli interventi strategici disposti a livello nazionale e di quelli regionali, che risponde ad esigenze di uniformità. Un secondo ambito ha direttamente a che fare con la qualifica dei sindaci come rappresentanti di una determinata comunità. In questo senso, essi sono chiamati a dettare regole di attuazione delle previsioni legislative generali e astratte, al fine di renderle aderenti alle esigenze concrete dei cittadini. Tale secondo ambito andrà acquisendo maggiore importanza al diminuire del contagio, in favore della differenziazione degli interventi come strumento di adeguatezza, in vista del ritorno alla normalità. D'altra parte, non si deve dimenticare che la potenza del contagio non si è manifestata in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, per cui, ferma restando la vincolatività delle norme nazionali e la loro preminenza, è senz'altro consentito a livello comunale di specificarne l'operatività concreta in base alla situazione di fatto ed alle caratteristiche del singolo ente (territoriali, sociali).

Questo ruolo non è comprimibile, sia quale valvola di elasticità del sistema, sia in ragione della centralità riconosciuta dall'ordinamento alle autonomie locali, che non sono soltanto l'ultimo anello della catena politico-amministrativa, ma sono anche l'ente deputato alla cura e allo sviluppo della collettività governata.

La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia

Il contributo si propone di esaminare fondamento e ruolo del potere di ordinanza sindacale nell'attuale emergenza epidemiologica. In un panorama nazionale e regionale (legislativo e amministrativo) complicato dall'enorme mole di atti emanati, l'intervento locale ha vissuto più fasi, essendo stato agganciato dal legislatore nazionale all'evoluzione del contagio – prima ampliato, poi compresso, infine ampliato nuovamente – con un andamento ondivago. Attraverso la ricostruzione del quadro giuridico ed un'analisi casistica delle ordinanze sindacali, si è provato a delinearne lo spazio, con particolare riferimento ai principi di leale collaborazione, sussidiarietà e autonomia. Infatti, per quanto le esigenze di unità abbiano imposto una gestione strategica nazionale, gli enti locali, per il ruolo centrale che assegna loro la Costituzione, possiedono un loro ambito riservato. Dunque, sembrano esservi due linee di intervento; l'una, attuativa e applicativa delle fonti nazionali, l'altra, di adattamento e specificazione alle peculiari esigenze della collettività governata.

Local management of Covid-19 emergency. The role of trade union ordinances, from subsidiarity to autonomy

The contribution aims to examine the basis and role of the power of trade union ordinances in the current epidemiological emergency. In a national and regional panorama (legislative and administrative) complicated by the enormous amount of acts issued, local intervention has gone through several phases, having been linked by the national legislator to the evolution of the contagion – first broadened, then compressed, finally broadened again – with an uneven trend. Through the reconstruction of the legal framework and a case-by-case analysis of the trade union ordinances, an attempt was made to delineate the space, with particular reference to the principles of loyal collaboration, subsidiarity and autonomy. In fact, although the need for unity has imposed a national strategic management, local authorities, due to the central role assigned to them by the Constitution, have their own reserved area. Therefore, there seem to be two lines of intervention: one, the implementation and application of national sources, and the other, the adaptation and specification to the particular needs of the community governed.

Il “tempo” del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini

Giordana Strazza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *ratio* (o le *rationes*) della sospensione dei termini del procedimento. – 3. Il calcolo della sospensione dei termini. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

La situazione di emergenza dovuta alla diffusione del COVID-19 ha stravolto le dimensioni dello spazio e del tempo alle quali eravamo abituati.

Il distanziamento sociale e i limiti alla circolazione segnano i nostri nuovi confini fisici e circoscrivono i luoghi della nostra attuale quotidianità, mentre i giorni trascorrono tra il ricordo e l'attesa.

La pandemia ha messo, però, in crisi anche il funzionamento ordinario del procedimento amministrativo.

A causa della pervasività del COVID-19, anche la relazione tra amministrazioni e pubbliche Amministrazioni si emancipa, per quanto possibile, da uno spazio fisico e sconta un'alterazione dei tempi che la scandiscono “fisiologicamente”.

Ne è riprova l'art. 103 del d.l. 8 marzo 2020, n. 18, convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27 (in G.U. n. 110 del 29 aprile 2020), che contribuisce a ridisegnare le dimensioni spazio-temporali del procedimento.

La legge di conversione è intervenuta in modo sostanziale su tale articolo, riscrivendo il comma 2 e raddoppiandone i commi¹, ma ha testualmente “confermato” il comma 1², su cui si intende, per il momento, concentrare l'attenzione.

¹ Tramite l'introduzione dei nuovi commi 1-*bis*, 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater*, 2-*quinquies* e 6-*bis*.

² Tale aspetto verrà approfondito *infra*, par. 3.

L'art. 103, c. 1, del d.l. 18/2020 ha introdotto, infatti, una sospensione *ad hoc* dei termini dei procedimenti amministrativi, tendenzialmente onnicomprensiva, perché riguardante sia i termini perentori che quelli ordinatori (ossia decadenziali/preclusivi e non), sia quelli finali (ossia di chiusura del procedimento) che quelli endoprocedimentali (ossia interni al procedimento), nonché quelli (sempre relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi) «propedeutici» (preparatori) ed «esecutivi» (si tratta dell'espressione più dubbia e che sembra riferirsi ai termini di esecuzione dell'atto, come, ad esempio, accade per la demolizione di un manufatto abusivo)³.

L'ambito di applicazione della disposizione concerne, dunque, tutti i termini relativi ai procedimenti amministrativi, avviati d'ufficio o a istanza di parte, senza esclusioni «riferibili a tipologie di amministrazioni o a particolari categorie di enti pubblici»⁴, fatte salve le eccezioni indicate ai commi 3 e 4⁵.

³ Servizio Studi Senato della Repubblica, Camera dei Deputati, *Dossier. Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, Volume II - Articoli da 49 a 127, Edizione provvisoria*, 21 marzo 2020. Si v. anche M.A. Sandulli, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 1; M.A. Sandulli, N. Posteraro, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103, ivi*, e G. Vercillo, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 (e ss. mm.): una possibile lettura*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 29 ss.

⁴ *Ibidem*. Sulla portata dell'art. 103 si v. anche M. Pedoja, *La sospensione dei termini nel procedimento amministrativo. Art. 103 del D.L. 17.3.2020, n. 18 – Prime impressioni*, in *www.amministrativisteneti.it*. Resta fermo che numerose p.A. hanno espressamente dichiarato/confermato l'applicazione della disposizione ai loro procedimenti, tramite indicazioni reperibili on-line. Si considerino, a titolo meramente esemplificativo, le specificazioni contenute nella circolare del 23 marzo 2020 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Mit), sulle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e nella del Ministero dell'Interno-Dipartimento sicurezza immigrazione asilo cittadinanza e diritti civili, con riguardo ai procedimenti in tema di immigrazione e di cittadinanza (https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/circolare_sospensione_termine_procedimenti_amministrativi_prot.3511.pdf); il comunicato della Banca d'Italia (<https://www.bancaditalia.it/media/notizia/proroga-sospensione-dei-termini-nei-procedimenti-amministrativi/>); l'espresso riferimento circa l'estensione della sospensione ai procedimenti in materia di accesso, incluso quello civico generalizzato, sulla pagina web del Dipartimento della funzione pubblica (<https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/03-04-2020/decreto-“cura-italia”>), su quella dedicata al *Freedom of Information Act* (Foia) (https://www.foia.gov.it/sospensione_foia/e https://www.foia.gov.it/proroga_sospensione_procedimenti-amministrativi/) e nel comunicato del Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) 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 dell'ANAC»; le precisazioni della Direzione Generale per la Tutela della Proprietà Industriale-Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (<https://uibm.mise.gov.it/index.php/it/sospensione-di-tutti-i-termini-dei-procedimenti-amministrativi-ed-estensione-della-validita-degli-atti-in-scadenza>); le circolari regionali, ecc. Altri riferimenti saranno indicati *infra*.

⁵ Si tratta dei termini stabiliti da specifiche disposizioni dei decreti-legge sull'emergenza in corso e dei relativi decreti di attuazione (su cui si rinvia alla *Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in <https://www.gazzettaufficiale.it/atti/Associati/1/?areaNode=12>), nonché dei termini relativi a pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni, emo-

Con riferimento ai termini finali, la sospensione di cui all'art. 103 comporta delle deroghe, strettamente legate all'emergenza in atto, al regime ordinario delineato dalla legge generale 7 agosto 1990, n. 241, come ripetutamente modificata nel corso degli anni, perché: incide sulle tempistiche (art. 2, c. da 1 a 5) e sulla sospensione (art. 2, c. 7) generali, con evidenti ripercussioni sui rimedi/sulle responsabilità a presidio del mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento (artt. 2. e 2-bis)⁶ o della mancata “azione tempestiva” (art. 21, c. 2-ter); impatta sui controlli (art. 19 c. 3 e 4) da compiere sulla s.c.i.a.; si riverbera sul *dies a quo* del termine di diciotto mesi (nonché, più in generale, su quello “ragionevole”) di cui all'art. 21-nonies, c. 1, l. 241/1990; influisce sulla formazione dei silenzi significativi.

2. *La ratio (o le rationes) della sospensione dei termini del procedimento*

Secondo la relazione illustrativa, la *ratio* della sospensione è diretta ad evitare che le pubbliche Amministrazioni «nel periodo di riorganizzazione dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo».

Occorre evidenziare, però, che la sospensione riguarda tutti i termini procedurali, quindi non solo quelli a carico dell'Amministrazione procedente o delle Amministrazioni il cui apporto è funzionale all'adozione del provvedimento, ma anche quelli gravanti sui privati.

La conferma è nel riferimento espresso ai termini endoprocedimentali e a quelli esecutivi, che possono riguardare soggetti diversi dalla p.A. procedente.

La *ratio* è, dunque, anche quella di garantire la piena partecipazione dei privati (e delle eventuali altre p.A. coinvolte) al procedimento amministrativo (con le facoltà e gli oneri ad esso connessi), potenzialmente pregiudicati e/o impossibilitati a causa delle limitazioni imposte dall'attuale situazione di emergenza⁷.

lumenti per prestazioni a qualsiasi titolo, indennità da prestazioni assistenziali o sociali comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese.

⁶ Si v. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 5 maggio 2020, n. 814, che ha dichiarato inammissibile l'azione avverso il silenzio proposta dal ricorrente proprio perché, per effetto della sospensione, il termine di conclusione del procedimento amministrativo non era ancora decorso.

⁷ Anzi, secondo L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, in www.irpa.it, «La misura è comprensibile se disposta a favore di chi richiede o subisce un provvedimento amministrativo e oggi non sia in grado di svolgere attività procedimentale. Lo è assai meno se disposta sull'assunto che in ragione dell'emergenza le amministrazioni non possano svolgere i loro compiti». In argomento si v. anche M. Salina, *Emergenza Covid-19: lockdown del procedimento amministrativo?*, in www.ceridap.it.

Si tratta di una *ratio* di simmetrica garanzia delle posizioni di tutte le parti del procedimento⁸, assolutamente logica, che la legge di conversione conferma (nel novello comma 1-*bis*) anche per i termini processuali⁹, a differenza di quella che ha ispirato, nell'art. 36 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23¹⁰, la proroga “mutilata” della sospensione dei termini del processo amministrativo¹¹.

Come si ricava dal secondo periodo dello stesso primo comma dell'art. 103¹², la sospensione non legittima comunque lo stallo totale delle p.A. che devono in ogni caso adottare ogni misura organizzativa per garantire la ragionevole durata e

⁸ Sul procedimento quale “forma” preposta a garanzia del privato nei confronti dell'esercizio del potere pubblico, si v. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1950, 1 ss.; Id., *Introduzione alla procedura amministrativa in Italia*, in G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 557ss.; A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 5 ss. Sul tema, si v. anche S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.; Id., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2007, 40; A. Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato dir. amm.* (diretto da S. Cassese), Milano, 2006. A tale riguardo, occorre evidenziare che la Corte costituzionale ha sottolineato più volte che la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, caratterizzata dalla partecipazione dei privati, ne garantisce la democraticità in senso sostanziale (si v., in particolare, Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13; Id., 22 ottobre 1985, n. 234). Di recente, si v. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* (a cura di L. Mazzaroli e altri), Bologna 2005, 541, che ha sottolineato che «tale opera di coniugazione tra procedimento-fattispecie e procedimento-garanzia è particolarmente visibile nella giurisprudenza, la quale, muovendo dalla ricostruzione formale del procedimento [...] l'ha arricchita di tutta una serie di regole volte a garantire l'imparzialità e in genere l'uso della discrezionalità in coerenza con i principi costituzionali»; U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in *Federalismi.it*, 5, 2015; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

⁹ Su cui si rinvia a G. Strazza, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione (incerta) dei procedimenti e del processo amministrativo*, in *L'amministrativista.it*, 2 maggio 2020.

¹⁰ «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali».

¹¹ Su cui si veda M.A. Sandulli, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 4 maggio 2020; Id., *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è “riservata” alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al “pieno” contraddittorio difensivo*, in *Federalismi.it-Osservatorio emergenza Covid-19*, 9 aprile 2020, con *Postilla* per una possibile soluzione del 10 aprile 2020. In senso critico anche F. Francario, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid 19*, in *www.giustiziainsieme.it*, 14 aprile 2020; N. Paolantonio, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in *L'amministrativista.it* e in *Giustamm.it*; M. Lipari, *L'art. 36, comma 3, del decreto legge n. 23/2020: la sospensione parziale dei termini processuali è giustificata? Verso una lettura ragionevole della norma*, in *Federalismi.it-Osservatorio emergenza Covid-19*, 29 aprile 2020. Diversamente, R. De Nicolis, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, *ivi*, 15 aprile 2020.

¹² «Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati».

la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli considerati urgenti, «anche» (dunque non esclusivamente) su istanza motivata degli interessati¹³.

Nell'ipotesi in cui si ritenesse che tale disposizione riguardi solo la fase di “riassetto” successiva alla sospensione, se ne vanificherebbe l'utilità, che sembra essere, invece, quella di temperare la rigidità del primo periodo¹⁴.

¹³ Tale interpretazione sembra confermata dal Servizio Studi Senato della Repubblica, Camera dei Deputati, *Dossier*, cit., nella parte in cui evidenzia che «A salvaguardia, dunque, dei diritti degli amministrati, è riconosciuta la facoltà di sollecitare l'amministrazione ad agire in modo celere a dispetto della generalizzata sospensione dei termini procedurali, motivando le relative ragioni di urgenza». Stando alla lettera dell'art. 103, però, la sollecitazione motivata dell'interessato non sembra la modalità esclusiva a presidio della ragionevole durata e della celere conclusione dei procedimenti, ma resta salva la possibilità di un rilievo *ex officio* da parte delle p.A.

¹⁴ In tal senso è stata del resto intesa dagli atti con cui le varie pubbliche Amministrazioni ne hanno dato attuazione: ad es., l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), «Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall'art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23», approvata dal Collegio dell'Autorità nelle sedute del 1° aprile e del 10 aprile 2020, ha specificato che «Al fine di continuare a garantire l'efficiente ed efficace svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, in linea con quanto previsto dall'articolo 103, che riconosce alle pubbliche amministrazioni la potestà di adottare misure organizzative idonee ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione del procedimento, l'Autorità ha individuato i casi che non rientrano nella sospensione»; il Garante della Privacy, nell'avviso «Coronavirus: sospensione dei termini previsti per la definizione dei procedimenti presso il Garante per la protezione dei dati personali», ha puntualizzato che «il periodo di sospensione dei termini non si applica ai procedimenti innanzi al Garante: a) connessi all'attuale emergenza sanitaria; b) in cui sussistano le condizioni per il configurarsi di un pregiudizio imminente ed irreparabile; c) in cui il carattere di estrema urgenza sia riconosciuto anche sulla base di motivata istanza delle parti». Nel «Provvedimento in tema di sospensione dei termini previsti per la definizione dei procedimenti presso il Garante per la protezione dei dati personali - 30 aprile 2020», il Garante ha chiarito, inoltre, che «La sussistenza delle sopra menzionate condizioni dovrà essere esplicitamente indicata alle parti a cura dell'Unità organizzativa procedente». Con la comunicazione del 25 marzo 2020, n. 2, la Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob) ha specificato che, ferma la sospensione di cui al citato art. 103, «in linea generale, si disporrà a svolgere la propria attività amministrativa secondo i termini ordinariamente stabiliti, nel rispetto delle garanzie procedurali e fatti salvi i casi in cui la sua attività sia condizionata dall'apporto procedimentale di terzi soggetti, privati o pubblici, che potranno avvalersi della sospensione prevista dalla norma, anche senza darne comunicazione all'Istituto» e ha soggiunto che «Esulano dall'ambito applicativo della sospensione prevista dall'art. 103 del decreto-legge le misure di natura cautelare ed urgente di competenza dell'Istituto, posto che i relativi procedimenti non contemplano, sulla base della disciplina secondaria attuativa della legge n. 241 del 1990 (Reg. Consob n. 18388 del 2012), un termine di conclusione entro il quale l'Autorità provvede all'adozione del provvedimento». Nella sezione “news” del Gestore dei servizi energetici (Gse) del 24 marzo 2020 (e, in termini non dissimili, nel comunicato «Emergenza Covid-19, prorogati i termini dei procedimenti per rinnovabili ed efficienza: sospese anche le verifiche», del 16 marzo 2020) si legge che «La proroga non sarà applicata ai procedimenti amministrativi che il GSE, sulla base dei documenti già nella propria disponibilità, potrà concludere con esito positivo». Si v. anche la circolare del Mit, cit., nella parte in cui evidenzia «l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza dell'amministrazione aggiudicatrice, i termini endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti, nei limiti in cui ciò, al pari delle altre iniziative di carattere organizzativo ed amministrativo, sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del COVID-19, adottate in attuazione del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e con le modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni come individuate dall'articolo 87 del decreto - legge n. 18/2020». Nella delibera del 19 marzo n. 268, l'Anac ha affermato che «L'Autorità si riserva di concludere il procedimento anche prima della scadenza del periodo di sospensione, in tutti i casi in cui, avendo già acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio, ritenga che esistano particolari motivi di urgenza per l'adozione del provvedimento finale»; per le precisazioni ulteriori fornite dall'Autorità si v. *infra*, nota 19.

Di conseguenza, fermo il rigoroso rispetto delle disposizioni “anti-contagio” a tutela del diritto alla salute/alla vita, le p.A. dovrebbero fare in modo che – ove possibile e nei limiti di quanto verrà evidenziato – la sospensione introdotta *ex lege* non comporti una paralisi ingiustificata dei procedimenti amministrativi, con particolare riguardo a quelli caratterizzati da urgenza (*in primis*, ad esempio, quelli connessi a necessità derivanti dalla stessa emergenza sanitaria).¹⁵

Anche alla luce dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, quindi, la lettura combinata delle due norme dovrebbe indurre a contemperare esigenze antitetiche, così da bilanciare la “moratoria precauzionale” prevista dal primo periodo dell’art. 103 con la possibilità/necessità di azione per evitare l’immobilismo amministrativo, ovviamente sempre e solo nei limiti in cui risultino comunque rispettati anche gli interessi di tutti i soggetti pubblici e/o privati coinvolti nel procedimento.

Ciò significa che la p.A. che non si avvale della sospensione emergenziale non può aggirare strumentalmente il rispetto delle garanzie e delle esigenze organizzative dei privati (o degli altri soggetti pubblici coinvolti).

Alla “riorganizzazione” (interna) di quella p.A. potrebbe non accompagnarsi quella degli altri soggetti coinvolti nel procedimento, che conservano, quindi, il diritto ad avvalersi della sospensione posta a tutela anche dei loro interessi.

La mancata sospensione del procedimento dovrà, dunque, essere congruamente motivata sulle ragioni dell’urgenza “speciale”, considerata dall’art. 103, che potrà consentire deroghe (non previste da quest’ultimo) al “regime ordinario delle garanzie” solo nei limiti già stabiliti dalla legge generale del procedimento¹⁶ o da norme speciali/di settore.

Tale lettura sembra coerente con le *rationes* della nuova disposizione e trova conferma nel fatto che lo stesso art. 87, del c.d. decreto Cura Italia, considera il lavoro agile una «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni»¹⁷.

Resta fermo che, in concreto, la disposizione sconta il livello attuale di informatizzazione delle attività amministrative delle pubbliche Amministrazioni e di chi si interfaccia con queste ultime¹⁸.

¹⁵ D. Chinello, *L’incidenza del coronavirus su procedimenti e atti amministrativi*, in www.amministrativistiveneti.it.

¹⁶ Si v., ad es., gli artt. 7 e 21-*bis*.

¹⁷ Al fine di agevolare la diffusione dello *smart working*, l’art. 75 dello stesso d.l. dispone “*Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l’accesso di cittadini e imprese*”. Si v. anche l’art. 2, c. 1, d.P.C.M. 26 aprile 2020 («Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull’intero territorio nazionale») e il Dipartimento per la Funzione Pubblica, Guida pratica al lavoro agile nella PA, in www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/SmartWorking_EG.pdf.

¹⁸ Su cui si v., da ultimo, lo “stato dell’arte” poco rassicurante descritto nel Referto sull’informatica pubblicato il 3 ottobre 2019 dalle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei Conti, disponibile nell’Osser-

Ad ogni modo, una riflessione sui perduranti margini di manovra delle p.A. non sembra superflua e peregrina, visti i dubbi che connotano, tuttora, la portata effettiva dell'art. 103¹⁹.

In questo contesto, si inserisce la recentissima direttiva 4 maggio 2020, n. 3, del Ministro per la Pubblica Amministrazione²⁰.

Vi si afferma, infatti, che l'attività della p.A. «continua ad essere inserita nell'allegato 3 ossia tra le attività non sospese», fermo restando il citato art. 87 (sull'“ordinarietà” dello *smart working*) da leggere «alla luce delle misure di ripresa della fase due introdotte dallo stesso DPCM 26 aprile 2020²¹ che ha ampliato il novero delle attività economiche (Ateco) non più soggette a sospensione».

La c.d. fase 2 affida, dunque, un ruolo cruciale alle p.A.²² che «continuano a garantire l'attività amministrativa e a tal fine possono rivedere le attività indifferibili, ampliando il novero di quelle individuate in prima battuta, e quelle da rendere in presenza anche per assicurare il necessario supporto all'immediata ripresa delle attività produttive, industriali e commerciali».

Con l'ulteriore e rilevante specificazione che «tra i procedimenti amministrativi da considerare urgenti ai sensi dell'articolo 103 [...], rientrano quelli connessi alla immediata ripresa delle citate attività produttive, industriali e commerciali rispetto alle quali le pubbliche amministrazioni, per quanto di competenza, ricevono e danno seguito alle istanze e alle segnalazioni dei privati».

Si prospetta, pertanto, il problema dello “sfasamento” tra l'avvio della c.d. fase 2, iniziata il 4 maggio²³, e la sospensione legislativa dei termini dei procedi-

vatorio digitale Irpa, con commento di P. Clarizia.

¹⁹ In via esemplificativa, ne è dimostrazione la “precisazione” con cui, da ultimo, l'Anac ha puntualizzato di non avere mai chiesto nelle sue indicazioni precedenti (Delibera del 9 aprile 2020 n. 312 Oggetto: Prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni e l'Atto di segnalazione del 9 aprile 2020 n. 4, Concernente l'applicazione dell'articolo 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17/3/2020 così come modificato dal decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020 nel settore dei contratti pubblici, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera del 9 aprile 2020 n. 339) la sospensione delle procedure di gara in concomitanza dell'emergenza sanitaria, ma di essersi “limitata a suggerire l'opportunità di posticipare l'inizio di quelle già programmate” e di avviare soltanto quelle “ritenute urgenti e indifferibili”, assicurando tuttavia “la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate”.

²⁰ Sulle «Modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nell'evolversi della situazione epidemiologica da parte delle pubbliche amministrazioni», rivolta «alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, d.lgs. 165/2001».

²¹ «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale».

²² La centralità dell'amministrazione è stata evidenziata anche da F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in questa *Rivista*, 2019, 3, 583.

²³ Art. 10, c. 1, d.P.C.M. 26 aprile 2020.

menti, prevista dal 23 febbraio al 15 aprile, poi prorogata al 15 maggio dall'art. 37 del d.l. 23/2020²⁴.

Il che accentua i dubbi sulle conseguenze in cui incorrono la p.A. e il pubblico dipendente (e sui rimedi esperibili dal privato) in caso di patiche urgenti, ma inevase nel periodo di "moratoria".

Ad ogni modo, le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (in sede o meno) restano comunque rimesse alle valutazioni "di rischio" compiute dalle singole p.A., tenuto conto «sia della tutela della salute dei lavoratori sia del rischio di aggregazione per la popolazione» e della necessità di informare tempestivamente l'utenza.

3. *Il calcolo della sospensione dei termini*

L'articolo 103, c. 1, non modificato in sede di conversione, dispone la sospensione di tutti i termini inerenti i procedimenti amministrativi pendenti al 23 febbraio 2020 (che coincide con la pubblicazione del d.l. 6/2020²⁵, ossia con il primo atto d'urgenza del Governo, di due giorni successivo rispetto all'accertamento del primo caso di contagio italiano da COVID-19, verificatosi nella città di Codogno) o iniziati successivamente, per il periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020.

Il 23 febbraio probabilmente solo alcune p.A. riscontravano limiti nello svolgimento del procedimento amministrativo e, più in generale, nell'espletamento delle loro funzioni, ma, stante l'indeterminatezza dei soggetti coinvolti nei singoli procedimenti, il legislatore ha inteso estendere tale termine all'intero territorio nazionale, per ragioni di uniformità²⁶, anche perché, ai sensi dell'art. 29, c. 2-bis, l. 241/1990, la durata massima dei procedimenti ha valore di livello essenziale delle prestazioni, di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.²⁷.

Per il protrarsi della situazione di emergenza, l'art. 37, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, entrato in vigore mentre il c.d. decreto Cura Italia era ancora in corso di conversione, proroga il termine del 15 aprile 2020 al 15 maggio 2020.

²⁴ Sul punto, si v. *amplius infra*, par. 3.

²⁵ «Recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» e convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13.

²⁶ M.A. Sandulli, N. Posteraro, *Procedimento amministrativo e Covid-19*, cit.

²⁷ Con la precisazione che, ai sensi dell'art. 29, c. 2-ter, l. 241/1990 «Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la segnalazione certificata di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano».

In sede di conversione, però, il coordinamento del testo dell'art. 103 con quello del citato art. 37 non è avvenuto. Si tratta di un dato tutt'altro che secondario, ma occorre procedere con ordine.

Come noto, la sospensione opera come una “parentesi”, perché non sottrae rilevanza al tempo trascorso anteriormente al verificarsi della causa sospensiva.

Di conseguenza, cessata la sospensione, il termine ricomincia a decorrere per il periodo ancora a disposizione della p.A.

Di contro, se il procedimento è stato avviato nel periodo compreso tra il 23 febbraio 2020 e il 15 aprile (poi 15 maggio 2020, per effetto del citato art. 37), il termine inizia a decorrere dalla data in cui termina la sospensione, ossia sembrerebbe²⁸ «dal 16 aprile 2020» (*rectius*, ormai dal 16 maggio 2020?)²⁹.

L'esatta interpretazione della “moratoria” prevista dall'art. 103 è di estrema importanza e non così scontata, se si considera la lettura fornitane, in un primo momento, dalla circolare della Regione Emilia-Romagna³⁰ – poi opportunamente corretta³¹ – secondo la quale «nel caso in cui detto termine scada nel periodo che va dal 23 febbraio 2020 al 15 aprile 2020, tale scadenza è differita al 15 aprile 2020», da cui si desumeva che tutte le scadenze si sarebbero concentrate al 15 aprile (poi 15 maggio 2020).

Sul giorno esatto della scadenza, peraltro, permangono interpretazioni discordanti, che rischiano di minare l'uniformità della ripartenza: in conformità con la lettura fornita dal Dossier del c.d. decreto Cura Italia³², e ad avviso di chi scrive ineccepibile, alcune p.A. includono il 15 maggio nel computo ai fini della sospensione (e, dunque, fanno ripartire/iniziare il calcolo dei termini del procedimento dal 16 maggio)³³; altre p.A. non includono, invece, il 15 maggio nel computo ai fini della sospensione³⁴ (e, dunque, fanno ripartire/iniziare il calcolo dei termini del procedimento dal 15 maggio).

²⁸ Il condizionale è d'obbligo per quanto sarà evidenziato *infra*.

²⁹ Come si legge nel Servizio Studi Senato della Repubblica, Camera dei Deputati, *Dossier*, cit.

³⁰ Circolare della Regione Emilia-Romagna 18 marzo 2020. Oggetto: Sospensione dei procedimenti dei termini amministrativi in materia di governo del territorio e proroga della validità degli atti in scadenza, ai sensi dell'art. 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

³¹ Circolare della Regione Emilia-Romagna 31 marzo 2020. Oggetto: Art. 103, D.L. Integrazioni alla circolare regionale del 18.03.2020 (in merito alla sospensione dei procedimenti dei termini amministrativi in materia di governo del territorio e proroga della validità degli atti in scadenza).

³² Servizio Studi Senato della Repubblica, Camera dei Deputati, *Dossier*, cit.

³³ A titolo esemplificativo, si v. la comunicazione dell'Agcm, cit.; la circolare del Mit, cit.; la comunicazione Consob, cit.; e la circolare della Regione Emilia-Romagna 31 marzo 2020, cit.

³⁴ A titolo esemplificativo, si v. la circolare del Ministero dell'Interno, 19 marzo 2020, Oggetto: D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza».

Come evidenziato, peraltro, in sede di conversione in legge, il testo dell'art. 103, c. 1, è rimasto identico a quello originario, compreso il riferimento alla data del 15 aprile come termine ultimo della sospensione³⁵.

Tale "conferma" rischia di generare una questione di diritto intertemporale per stabilire se, sulla base della successione delle leggi nel tempo, la legge di conversione del decreto-legge modificato da altro decreto-legge prevalga o meno su quest'ultimo (ad essa precedente)³⁶.

Il tema è intrinsecamente connesso al problema "dell'emergenza nell'emergenza", generato dal profluvio della decretazione d'urgenza per far fronte alla diffusione del COVID-19³⁷.

L'esigenza (tutt'altro che agevole) è, infatti, quella di gestire tempestivamente la pandemia in atto, senza tralasciare la necessità di una disciplina chiara e non contraddittoria.

L'emergenza ha enfatizzato, dunque, il ruolo dell'esecutivo³⁸: "in casi straordinari di necessità e d'urgenza" (art. 77 Cost.), il decreto-legge³⁹ consente al Governo di intervenire rapidamente in via normativa con una fonte primaria, fermo il controllo successivo del Parlamento, in sede di conversione⁴⁰.

³⁵ Del pari, anche nel comma 5 dell'art. 103 non è stata modificata la data del 15 aprile.

³⁶ Rischio accennato da M.A. Sandulli, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, in *L'amministrativista.it*, e paventato da G. Strazza, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione (incerta) dei procedimenti e del processo amministrativo*, cit., anche, e soprattutto, con riferimento al comma 1-bis dell'art. 103, addirittura aggiunto dalla legge di conversione; con riferimento al processo amministrativo, si v. anche F. Volpe, *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (commento all'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in *www.lexitalia.it* e in *www.amministrativistiveneti.it*; Id., *Ancora sulla cessazione del periodo di sospensione dei termini processuali nel regime straordinario dell'epidemia*, in *www.amministrativistiveneti.it*; con riferimento al processo civile, si v. G. Costantino, *La Giustizia da remoto: adelante... con giudizio - seconda parte*, in *www.giustiziasieme.it*.

³⁷ In argomento, si v. anche A. D'Aloia, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza... della confusione*, in *Giustamm.it*, 2020, 5..

³⁸ Per un approfondimento, si v. l'intervista a C. Caruso, G. Lattanzi, G. Luccioli e M. Luciani di F. De Stefano, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *www.giustiziasieme.it*, 2 aprile 2020.

³⁹ C. Esposito, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss.; L. Paladin, *Art. 77*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 42 ss.; M. Benvenuti, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, I, 21 ss.; A. Celotto, *L'"abuso" del decreto-legge. I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997; C. Pinelli, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita*, Macerata, 2006, 57 ss.; A. Simoncini, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003; L. Carlassare, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, I, 447 ss.

⁴⁰ Del resto, come evidenziato da G. Luccioli, *Ibidem*, «la nostra Costituzione, a differenza di altre, non prevede l'ipotesi dello stato di emergenza, né quella dello stato di eccezione, ma soltanto lo stato di guerra, che ai sensi dell'art. 78 deve essere dichiarato dalle Camere, le quali conferiscono al Governo i poteri necessari. I padri costituenti motivatamente scelsero di non inserire nella Carta clausole di emergenza che potessero aprire il varco, in situazioni di per sé imprevedibili e non puntualmente definite, a pericolose lacerazioni dell'ordine costituzionale ed alla compressione dei diritti delle persone».

In tempo di pandemia, però, il concatenarsi di decreti d'urgenza, a brevissima distanza l'uno dall'altro, ha relegato il Parlamento – di fatto – a una posizione marginale (*rectius*, ulteriormente marginale⁴¹), confinandolo nel “vortice” delle conversioni “a pioggia”.

Nel tentativo di fronteggiare l'emergenza, il susseguirsi di norme contenute in decreti-legge, mutate poco dopo l'intervenuta conversione in legge per l'avvicinarsi di altri decreti-legge, rischia, dunque, di generare confusione e di alimentare l'incertezza.

Ne è esempio lampante proprio la disciplina emergenziale dei termini della sospensione del procedimento amministrativo.

Come si desume dalla scheda dei lavori preparatori della legge di conversione 27/2020, infatti, il relativo disegno di legge è stato discusso in aula dal Senato⁴² l'8 aprile 2020 – ossia lo stesso giorno in cui il d.l. 23/2020 è stato approvato e pubblicato nella G.U. – ed è stato approvato il giorno successivo, ossia il 9 aprile.

L'iter è proseguito con la trasmissione del testo (su cui il Governo aveva posto la fiducia) alla Camera dei deputati, che lo ha approvato il 24 aprile 2020, con la precisazione che, se la Camera avesse voluto coordinare il tenore dell'art. 103, in fase di conversione, con la proroga prevista dall'allora neointrodotta art. 37 del d.l. 23/2020, avrebbe dovuto apportare un emendamento al d.d.l. e rinviarlo al Senato.

Ne deriva che il mancato adeguamento del tenore dell'art. 103, in sede di conversione, alla data indicata dall'art. 37 del d.l. 23/2020, più che l'esito di una precisa scelta del legislatore, al fine di mantenere il termine originario di cessazione della sospensione, ossia il 15 aprile, sembra un'omissione legata alla contingenza, non sintomatica della volontà di superare la proroga prevista.

⁴¹ Sulla (ormai annosa) perdita di centralità del Parlamento, si v., in particolare, C. Deodato, *Il Parlamento al tempo della crisi. Le prospettive di un nuovo bicameralismo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013, 6; M. Malavicini (a cura di), *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo*, in *Federalismi.it*, 3, 2019; U. Zampetti, *Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento*, in *Rassegna parlamentare*, 2011, 1, 47 ss.; V. Lippolis, *La centralità del Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano*, in *Il Filangieri*, 2010, Napoli, 7 ss.; R. Perna, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 2010, 59 ss.; G. Rivosecchi, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista Aic*, 2012, 3; G. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Oss. fonti*, 2017, 3, 3 ss. Sulla “crisi” della legge si rinvia a F. Carnelutti, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 424 ss.; F. Modugno, D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; F. Modugno, A. Celotto, M. Ruotolo, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2, 1999, 7 ss.; Id., *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 140 ss.; R. Meneghelli, *Breve spunto di riflessione critica su un aspetto particolare dell'attuale crisi della legge*, *ivi*, 1990, 217 ss.; G. Ciaurro, *La crisi della legge*, in *Rassegna parlamentare*, 1999, 153 ss.; P. Caretti, *La “crisi” della legge parlamentare*, in www.osservatoriosullefonti.it; G. Fontana, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, II, Milano, 2001, 117 ss.; A. Lasso, *Crisi della legge e autorità del mercato*, in P.B. Helzel, A.J. Katolo (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012; C. Meoli, *Il declino della legge statale*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013.

⁴² Atto Senato n. 1766.

Di conseguenza, nell'intenzione del redattore, il computo della "moratoria procedimentale" dovrebbe avvenire tenendo conto di entrambe le disposizioni (che restano formalmente non del tutto coordinate, perché l'art. 37 proroga il termine «dell'art. 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18», non della legge di conversione nel frattempo intervenuta o, meglio, del d.l. come convertito in legge⁴³) e il termine finale della sospensione coinciderebbe (almeno per ora) con il 15 maggio 2020.

⁴³ «Il riferimento è alla prassi parlamentare secondo cui, formalmente, la legge di conversione si aggiunge al decreto originario senza sostituirlo [...]». Così S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2017, 308, nota 209. La questione non sembra meramente formalistica se si considera l'ampio dibattito sulla natura giuridica e sugli effetti della "conversione"; sul punto si v. anche Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 25, in *Giur. cost.*, 1995, 278 ss.; Id., 23 maggio 2007, n. 171, con nota di A. Celotto, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Giustamm.it*, 2007; R. Dickmann, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in *Federalismi.it*, 2007; S. Boccalatte, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, ivi; R. Romboli, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in www.associazioneanacostituzionalisti.it; P. Carnevale, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, ivi; A. Ruggeri, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Quad. cost.*, 2007; F. Paterniti, *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto legge privo dei presupposti costituzionali: la corte costituzionale passa alle vie di fatto*, ivi; A. Guazzarotti, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, ivi; Corte cost., 30 aprile 2008, n. 128, con nota di A. Celotto, *La "seconda rondine": ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto legge*, in *Consulta Online*; D. Baldazzi, *Quando i casi di scuola diventano casi concreti*, in *Quad. Cost.*; A. Ruggeri, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008)*, in www.associazioneanacostituzionalisti.it; D. Chinni, *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte Costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, ivi; Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22, con nota di R. Dickmann, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza*, in *Federalismi.it*; M. Francaviglia, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista Aic*, 2012; S.M. Cicconetti, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in *Consulta Online*; G. Serges, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, ivi e Corte Cost., 12 febbraio 2014, n. 32, con nota di A. Della Bella, F. Viganò, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 2014. Per un approfondimento, si v. anche E. Longo, A. Simoncini, *Dal decreto legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista Aic*, 3, 2014; G.M. Flick, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014. Sui rapporti tra legge di conversione e decreto-legge la dottrina è amplissima e (oltre a S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Filangieri*, 1898, ora in G. Zanobini, (a cura di), *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 47 ss. e V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, 89 ss.; F. Sorrentino, *Corte cost. tra decreto legge e legge di conversione*, in *Dir. e soc.*, 1974, 530 ss.; Id., *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, IV, 740 ss.; G.F. Ciaurro, *Decreto-legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma 1988, 12 ss.; G. Pitruzzella, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989;) per gli opportuni riferimenti bibliografici si rinvia a M. Ruotolo, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2018. Con riferimento agli effetti degli emendamenti contenuti nella legge di conversione, si v. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7148, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 12, 3660 ss.: «E, invero, già sotto il regime antecedente alla L. n. 400/88, che al quinto comma dell'art. 15 ha disposto, per le modifiche apportate in sede di conversione del decreto legge, l'efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione salvo diverso disposto di quest'ultima, la giurisprudenza affermava che la legge di conversione del decreto legge, mentre esplica "ex tunc" (e cioè

Tale intenzione sembra confermata anche dalla citata direttiva 3/2020, che evoca i nuovi termini dell'art. 37⁴⁴.

Ad ogni modo, il dubbio persiste, con conseguenti ricadute in punto di certezza dei termini dell'azione amministrativa⁴⁵.

4. Conclusioni

Con il c.d. decreto Cura Italia, come convertito nella l. 27/2020, il procedimento resta sospeso in un nuovo tempo e in un nuovo spazio.

Con due precisazioni: da un lato, la sospensione non legittima lo stallo totale delle p.A.; dall'altro, riguarda (e dovrebbe riguardare) i termini del procedimento, non le garanzie spettanti al privato.

L'eccezionale moratoria è stata introdotta, infatti, anche al fine di tutelare le posizioni di tutte le parti del procedimento.

Di conseguenza, la sospensione prevista dall'art. 103 dovrebbe essere interpretata alla luce del (e non contro il) giusto procedimento⁴⁶.

fin dal momento di entrata in vigore di quest'ultimo) i propri istituzionali effetti convalidativi delle norme del decreto stesso che non siano state modificate, è dotata, rispetto agli emendamenti eventualmente introdotti di una duplice valenza, poiché da un lato converte il precedente decreto e, dall'altro, contestualmente introduce nell'ordinamento nuove disposizioni, sostitutive o modificative di quelle contenute nel provvedimento convertito. Da ciò, secondo la citata giurisprudenza, consegue che tali nuove disposizioni spiegano il loro effetto, sostitutivo o modificativo di quelle convertite, soltanto "ex nunc" e cioè alla scadenza del periodo di "vacatio legis" susseguenti alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (salvo che la stessa legge di conversione non disponga diversamente al riguardo), rimanendo, fino alla scadenza stessa vigenti le norme del decreto nel testo anteriore all'emendamento (cfr. Cass. Civ., sez. III, 4 novembre 1996, n. 9545; Cass. Civ., sez. III, 7 giugno 1995, n. 6368; Cass. Civ., sez. I, 2 maggio 1991, n. 4781)».

⁴⁴ E dell'art. 36 (con riferimento al processo).

⁴⁵ Con ripercussioni anche sull'art. 103, c. 1-bis, che rinvia alla sospensione di cui al c. 1, su cui si v. G. Strazza, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione*, cit.

⁴⁶ V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 1935 ss.; A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 19 ss.; M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, 1136 ss.; M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Il Foro amm.*, 2001, 1835 ss.; G. Colavitti, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeiconstituzionalisti.it; L. Buffoni, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2, 2009, 277 ss.; M. Galdi, *Il principio costituzionale del giusto procedimento dall'esigenza "garantista" a quella "istruttoria"*, in *Quad. reg.*, 2009, 527; A. Carbone, *Contraddittorio procedimentale*, cit. Sul diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), si v. A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2002, 425 ss.; D.U. Galetta, *Le garanzie procedurali dopo la legge n. 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21-octies, legge n. 241/1990, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 319 ss.; M. Cocconi, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le regioni*, 2010, 1030.

Per quanto evidenziato, dunque, la p.A. che intenda superare la “moratoria precauzionale” prevista dal primo periodo del citato art. 103 deve comunque fare i conti con la necessità di garantire effettivamente agli interessati di prendere parte all’attività procedimentale e/o di portarla a compimento⁴⁷.

Resta fermo che un procedimento, per essere effettivamente giusto, deve anche essere puntualmente definito nella sua tempistica⁴⁸.

Di contro, le incertezze sopra riscontrate sui termini di svolgimento dell’attività amministrativa, alimentate dal “vortice” della legislazione dell’emergenza, rischiano di compromettere la fase di ripresa.

Dopo il *lockdown* imposto dal COVID-19 è necessario evitare il *lockdown* della certezza del diritto: il rispetto di tale principio costituisce, infatti, un’esigenza ineludibile, anche in tempo di pandemia.

Postilla

Si segnala che, nell’attesa del referaggio e della pubblicazione di questo contributo, il d.l. 23/2020 è stato convertito nella l. 5 giugno 2020, n. 40.

In sede di conversione, tuttavia, il tenore dell’art. 37 è rimasto immutato e, quindi, permane il difetto di coordinamento tra tale disposizione e l’art. 103, d.l. 18/2020, come convertito nella l. 27/2020.

Di conseguenza, il tema affrontato in queste pagine mantiene la sua attualità.

Né pare ultroneo un approfondimento sulla *rationes* sottese alla sospensione “emergenziale” dei termini, dato che – a quanto pare – «Ora che l’attività sta riprendendo, emergono interpretazioni secondo cui la sospensione varrebbe solo per la pubblica amministrazione e non anche per cittadini e imprese» (così M. Caprino e G. Saporito, *Sospensione termini con interpretazione a rischio per i privati*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 giugno 2020).

Come evidenziato dal TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 maggio 2020, n. 5436, tale lettura non sembra corretta, perché la nuova disciplina assolve a una finalità duplice: da una parte, quella di salvaguardare «gli interessi delle parti coinvolti

⁴⁷ Del resto, come evidenziato da S. Mangiameli, “Giusto procedimento” e “giusto processo”. *Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, «con l’introduzione dell’obbligatorietà del contraddittorio, si assiste ad una “processualizzazione” del procedimento amministrativo (nel senso originario di Benvenuti) e questo costituisce il primo nucleo operativo del principio del “giusto procedimento”. Ossia, il principio dell’intervento dei privati viene a collegarsi a quello dell’imparzialità e della buona amministrazione previsti espressamente dall’art. 97 Cost.». Si rinvia *supra*, nota 8.

⁴⁸ Sulla relazione tra il termine per provvedere e il giusto procedimento, si v., in particolare A. Travi, *Commento all’art. 2*, in Id. (a cura di), *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Padova, 1995, 8 ss.; A. Colavecchio, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 5 ss.

dal procedimento (al fine di tutelare l'ordinato e fisiologico svolgimento allo stesso, compromesso dalle note difficoltà materiali e logistiche indotte dalla pandemia), dall'altra, di consentire all'amministrazione di concentrare le proprie risorse sulle attività amministrative strumentali a fronteggiare la difficilissima situazione attuale in cui versa il paese».

In conformità con quanto fin qui evidenziato, il Collegio ha sottolineato, inoltre, che il citato art. 103 introduce una «sospensione straordinaria dei procedimenti ordinari» e, pertanto, non è applicabile ai procedimenti funzionali a far fronte alla situazione di emergenza.

Il “tempo” del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini

L'emergenza dovuta alla diffusione del COVID-19 ha cambiato radicalmente le dimensioni dello spazio e del tempo alle quali eravamo abituati, incluse quelle del procedimento amministrativo. Lo scopo del contributo è quello di approfondire la nuova disciplina, introdotta in via d'urgenza, sulla sospensione dei termini del procedimento (art. 103, c. 1, d.l. 8 marzo 2020, n. 18, convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27), alla luce dei principi del giusto procedimento e della certezza del diritto.

The deadlines for administrative proceedings during the COVID-19 emergency: a focus on the stay of the procedural time-limits

The COVID-19 emergency has radically changed space-time dimensions we live in, including the administrative proceedings one. The aim of this paper is to analyse the new urgent measures regarding the suspension of terms (art. 103, c. 1, Decree Law no. 18/2020, converted into Law no. 27/2020), focusing on the high standards of due process and certainty of the law.

COVID-19 and American Democracy

Barry Sullivan*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Pandemic Unfolds. – 3. American Federalism and Presidential Leadership. – 4. Conclusion.

1. *Introduction*

On Friday afternoon, January 17, 2020, the Centers for Disease Control and Prevention (“CDC”), an agency of the United States government, announced that the federal government would implement “enhanced health screenings” for travelers arriving at airports in Los Angeles, New York, and San Francisco, on flights from Wuhan, China¹. Four days later, on January 21, the CDC announced the first confirmed case of COVID-19 infection in the United States². Ironically, the CDC’s January 21 announcement came on the same day that the United States Senate began hearing arguments in the impeachment trial of President Donald J. Trump³. Within a couple of weeks, the Republican-dom-

* Cooney & Conway Chair in Advocacy and George Anastaplo Professor of Constitutional Law and History, Loyola University Chicago, Illinois, USA. The author is grateful to Michael Kaufman and Winnifred Fallers Sullivan for helpful comments on an earlier draft of this essay and to Kynat Akram and Essence Hill for excellent research assistance. The usual stipulation applies.

¹ See Centers for Disease Control and Prevention, *Public Health Screening to Begin at 3 U.S. Airports for 2019 Novel Coronavirus (“2019-nCov”)*, Jan. 17, 2020, <https://www.cdc.gov/media/releases/2020/p0117-coronavirus-screening.html>.

² See R. Caryn Rabin, *First Patient With Wuhan Coronavirus Is Identified In The US*, *N.Y. Times*, Jan. 21, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/01/21/health/cdc-coronavirus.html>.

³ See N. Weiland, *Impeachment Briefing: What Happened on Day 1 of the Trial*, *N.Y. Times*, Jan. 21, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/01/21/us/politics/impeachment-briefing-what-happened-on-day-1-of-the-trial.html>. The President may be removed from office only by impeachment. See U.S. Const., art. II, § 4. The House of Representatives has «the sole Power of Impeachment,» that is, the power to bring charges, see U.S. Const., art. I, § 2, cl. 5, and the Senate «has the sole Power to try all Impeachments.» Id., art. I, § 3, cl. 6. Conviction by the Senate requires «the Concurrence of two thirds of the Members present.» See generally F.O. Bowman III, *High Crimes and Misdemeanors: A History of Impeachment for the Age of Trump*, New York, 2019; C.L. Black, Jr., P. Bobbitt, *Impeachment: A Handbook, New Edition*, 2018. President Trump was only the third president to be impeached. Like President Trump, Presidents Andrew Johnson and Bill Clinton were impeached by

inated Senate would acquit the President, despite substantial evidence of abuse of power⁴, without calling any witnesses, and by a vote that fell almost entirely along party lines⁵. That would be the end of the impeachment story, which had commanded much of the nation's attention during autumn 2019. But the story of COVID-19 in the United States was just beginning. After three years of creating problems that he could then solve simply by declaring them to have been solved, the President – and the nation – now faced a legitimate crisis that was beyond the possibility of solving by presidential *ipse dixit*⁶. The pandemic would pose a different kind of challenge for the President and his idiosyncratic style of governing. How would he and his administration deal with the pandemic and the economic dislocations that it would almost certainly cause? In broader terms, how would the challenges of this pandemic be met by a nation that had long been convinced that President Ronald Reagan was correct in thinking that, «Government is not the solution to our problem, government is the problem»?⁷

2. *The Pandemic Unfolds*

On January 26, 2020, while the impeachment trial was still ongoing, Senator Chuck Schumer, the Senate minority leader, called on the Secretary of Health and Human Services to exercise his legal authority to declare a national public health emergency, which would unlock otherwise unavailable federal funds to fight the virus⁸. On January 29, the President announced the formation of a coronavirus task force to be led by the Secretary of Health and Human Services⁹, and, on January 31, the Secretary declared the national public health emergen-

the House, but acquitted by the Senate. President Richard M. Nixon avoided impeachment by resigning from office. See J. Meacham, P. Baker, T. Naftali, J.A. Engel, *Impeachment: An American History*, New York, 2018.

⁴ See U.S. House of Representatives, Perm. Select Comm. on Intelligence, *The Trump-Ukraine Inquiry Report*, <https://intelligence.house.gov/report/>.

⁵ See N. Fandos, *Trump Acquitted of Two Impeachment Charges in Near Party-Line Vote*, N.Y. Times, Feb. 5, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/02/05/us/politics/trump-acquitted-impeachment.html>.

⁶ See S. Sarkis, *Trump And Other Gaslighters/Narcissists Create Crises And Then Act Like they Solved Them*, Forbes, June 9, 2019, <https://www.forbes.com/sites/stephaniesarkis/2019/06/09/trump-and-other-gaslightersnarcissists-create-crises-and-then-act-like-they-solved-them/#a55e16560c29>.

⁷ See R.R. Reagan, *First Inaugural Address of Ronald Reagan*, Jan. 20, 1981, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/reagan1.asp.

⁸ See D. Cassady, J. Salo, *Schumer calls on feds to declare outbreak a public health emergency*, N.Y. Post, Jan. 26, 2020, <https://nypost.com/2020/01/26/schumer-calls-on-feds-to-declare-coronavirus-outbreak-a-public-health-emergency/>.

⁹ See The White House, *Statement from the Press Secretary Regarding the President's Coronavirus Task Force*, Jan. 29, 2020, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-regarding-presidents-coronavirus-task-force/>.

cy suggested by Senator Schumer¹⁰. Also on January 31, the President issued a proclamation barring travelers from China, except for U.S. citizens, lawful permanent residents, and certain other classes of non-citizens, effective at the close of business on February 2¹¹.

The President reportedly chose to downplay the challenge posed by the virus during February because he was concerned with the negative effect that emphasizing the danger might have on the stock market (the strength of which he believed critical to his re-election) and on U.S.-China relations¹². On February 26, the President sought to ease criticism of the administration's seemingly tepid response to the pandemic by naming Vice President Mike Pence to replace the Secretary of Health and Human Services as head of the task force, and the Vice President promptly announced that Ambassador Deborah Birx, a leading infectious disease expert, would serve as the nation's coronavirus response coordinator¹³. On February 28, however, the President called the coronavirus «the Democrats' 'new hoax'»¹⁴ – a claim that his son repeated on May 16, when he predicted that the virus would «magically vanish» after the 2020 election¹⁵. Eventually, the President came to believe in the strategic value of blaming the pandemic on China's initial

¹⁰ See U.S. Department of Health and Human Services, *Secretary Azar Declares Public Health Emergency for United States for 2019 Novel Coronavirus*, DHHS Press Release, Jan. 31, 2020, <https://www.hhs.gov/about/news/2020/01/31/secretary-azar-declares-public-health-emergency-us-2019-novel-coronavirus.html>.

¹¹ See D.J. Trump, *Proclamation on Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons Who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus*, The White House, Jan. 31, 2020, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-suspension-entry-immigrants-nonimmigrants-persons-pose-risk-transmitting-2019-novel-coronavirus/>.

¹² See G. Sherman, *Inside Donald Trump and Jared Kushner's Two Months of Magical Thinking*, *Vanity Fair*, Apr. 28, 2020, <https://www.vanityfair.com/news/2020/04/donald-trump-jared-kushners-two-months-of-magical-thinking>; A. Blake, *When Trump covered for China's alleged coronavirus coverup*, *Wash. Post*, May 2020, 7, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/07/when-trump-covered-chinas-alleged-coronavirus-coverup/>; Y. Abutaleb, J. Dawsey, *Trump's soft touch with China's Xi worries advisors who say more is needed to combat coronavirus outbreak*, *Wash. Post*, Feb. 16, 2020, https://www.washingtonpost.com/politics/trumps-soft-touch-with-chinas-xi-worries-advisers-who-say-more-is-needed-to-combat-coronavirus-outbreak/2020/02/16/93de385a-5019-11ea-9b5c-eac5b16dafa_story.html#click=https://t.co/UYEO6HYb4i.

¹³ See A. Cancryn, et al., *After fumbled messaging, Trump gets a coronavirus czar by another name*, *Politico*, Feb. 27, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/02/27/white-house-coronavirus-response-debie-birx-117893>.

¹⁴ See L. Egan, *Trump calls coronavirus Democrats' 'new hoax'*, *NBC News*, Feb. 28, 2020, <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-calls-coronavirus-democrats-new-hoax-n1145721>.

¹⁵ See D. Hawkins, *Eric Trump claims coronavirus is Democratic hoax, will magically vanish after 2020 election*, *Wash. Post*, May 17, 2020, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/17/eric-trump-coronavirus/>.

lack of transparency¹⁶, and he and other administration officials began referring to the virus as the «Chinese virus» or the «Wuhan virus»¹⁷.

On March 11, the President announced a ban on travel from Europe¹⁸. With no advance preparation, the ban produced chaos in U.S. and European airports, with people arriving at U.S. airports being packed together in close quarters for many hours waiting to be admitted to the country, which undoubtedly facilitated the spread of the virus¹⁹. Two days later, on March 13, the President officially proclaimed a national emergency²⁰, and, shortly thereafter, he closed the Canadian and Mexican borders to non-essential traffic²¹. When asked about the government's slowness in making tests available, the President disclaimed any responsibility: «No. I don't take responsibility at all»²². Beginning with California's declaration on March 19, many states instituted statewide lockdowns, which obviously had devastating effects on the economy²³. By March 24, however, the President was calling for an end to the lockdowns, stating that he wanted to see the country "opened up" by Easter Sunday, which would fall on April

¹⁶ See J. Martin, M. Haberman, *A Key G.O.P. Strategy: Blame China. But Trump Goes Off Message*, *N.Y. Times*, Apr. 18, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/18/us/politics/trump-china-virus.html>.

¹⁷ See D. Mangan, *Trump defends calling coronavirus 'Chinese virus' – 'it's not racist at all'*, *CNBC News*, Mar. 18, 2020, <https://www.cbc.com/2020/03/18/coronavirus-criticism-trump-defends-saying-chinese-virus.html>; G. Graziosi, *Coronavirus: Mike Pompeo insists G7 use 'Wuhan virus' – but world officials refuse*, *The Independent*, Mar. 25, 2020, <https://www.independent.co.uk/news/coronavirus-g7-wuhan-virus-mike-pompeo-trump-a9426261.html>.

¹⁸ See A. Restuccia, et al., *US to Bar Travel From Europe For 30 Days Due To Coronavirus*, *Wall Street Journal*, Mar. 11, 2020, <https://www.wsj.com/articles/coronavirus-outbreak-prompts-trump-to-question-europe-travel-restrictions-11583971156>.

¹⁹ See J. McAuley, *Chaos at European airports on eve of Trump's travel ban*, *Wash. Post*, Mar. 13, 2020, https://www.washingtonpost.com/world/chaos-at-european-airports-on-eve-of-trumps-travel-ban/2020/03/13/28ba7ef0-653e-11ea-845d-e35b0234b136_story.html; G. Miller, et al., *One final viral infusion: Trump's move to block travel from Europe triggered chaos and a surge of passengers from the outbreak's center*, *Wash. Post*, May 23, 2020, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/one-final-viral-infusion-trumps-move-to-block-travel-from-europe-triggered-chaos-and-a-surge-of-passengers-from-the-outbreaks-center/2020/05/23/64836a00-962b-11ea-82b4-c8db161ff6e5_story.html.

²⁰ See D.J. Trump, *Proclamation Declaring National Emergency Concerning The Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak*, The White House, Mar. 13, 2020, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-declaring-national-emergency-concerning-novel-coronavirus-disease-covid-19-outbreak/>.

²¹ See K. Zezima, R. Noak, *Trump, Trudeau agree to close US-Canada border to 'nonessential' traffic*, https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/trump-trudeau-us-canada-border-coronavirus/2020/03/18/90a-27da8-6924-11ea-b199-3a9799c54512_story.html; Jenni Fink, *Trump Closes Border With Mexico to Nonessential Travel to Limit Spread of Coronavirus*, *Newsweek*, Mar. 20, 2020, <https://www.newsweek.com/trump-closes-border-mexico-non-essential-travel-limit-spread-coronavirus-1493479>.

²² See C. Oprysko, *'I don't take responsibility at all': Trump deflects blame for coronavirus testing fumble*, *Politico*, Mar. 13, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/03/13/trump-coronavirus-testing-128971>.

²³ See J.B. White, *Newsom orders all 40M Californians to stay home in nation's strictest state lockdown*, *Politico*, Mar. 19, 2020, <https://www.politico.com/states/california/story/2020/03/19/newsom-orders-all-40m-californians-to-stay-home-in-nations-strictest-state-lockdown-1268248>.

12²⁴. Many of the President's supporters echoed his calls for an end to the lockdowns, arguing that the lockdowns were causing too much harm to the economy. Some of the most extreme of his supporters even argued that «there are more important things than living,» and suggested that older Americans (who appeared to be among those most at risk) were (or should be) willing to die to protect the national economy²⁵. On April 12, after several governors agreed on regional protocols for re-opening their states, the President asserted (incorrectly, as a matter of constitutional law) that the authority to determine the triggers for re-opening the states belonged to him, rather than to the state governors²⁶.

Virtually from the beginning, it was clear that many of the areas (such as New York, whose officials had allegedly treated the President «very badly»²⁷ and populations (such as poor people and people of color)²⁸ that would be hardest hit by the virus would be areas and populations that were not among the President's favorites. They were not his voters or part of his «base.» Whether that fact had something to do with the lack of consistency, empathy, or sense of urgency that the President manifested in the face of the crisis remains to be seen. It may well be that. Alternatively, it may simply be a manifestation of administrative incompetence, indecisiveness, fear, or an abnormal detachment from reality. Or it may be the product of an idiosyncratic understanding of the presidency – one which sees the presidency, as some commentators have suggested, as an «expressive»

²⁴ See A. Karni, D.G. McNeil Jr., *Trump Wants U.S. 'Opened Up' By Easter, Despite Health Officials' Warnings*, *N.Y. Times*, Mar. 24, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/24/us/politics/trump-coronavirus-easter.html>.

²⁵ See L. Bennett, *Older people would rather die than let Covid-19 harm US economy – Texas official*, *The Guardian*, Mar. 24, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/24/older-people-would-rather-die-than-let-covid-19-lockdown-harm-us-economy-texas-official-dan-patrick>; A. Samuels, *Dan Patrick says "there are more important things than living and that's saving this country," Tex. Tribune*, Apr. 21, 2020, <https://www.texastribune.org/2020/04/21/texas-dan-patrick-economy-coronavirus/>. See also B. Fearnow, *Brazilian President Bolsonaro Rejects Calls for Coronavirus Lockdown, Says "We're All Going To Die One Day."* *Newsweek*, Mar. 30, 2020, <https://www.newsweek.com/brazilian-president-bolsonaro-rejects-calls-coronavirus-lockdown-says-were-all-going-die-one-1495020>.

²⁶ See J.B. White, *Trump claims 'total authority' over state decisions*, *Politico*, Apr. 13, 2020, <https://www.politico.com/states/california/story/2020/04/13/trump-claims-total-authority-over-state-decisions-1275506>; B. Naylor, *Fact Check: Trump Doesn't Have The Authority To Order States To 'Reopen,' NPR*, Apr. 14, 2020, <https://www.npr.org/2020/04/14/834040912/fact-check-trump-doesnt-have-the-authority-to-order-states-to-reopen>.

²⁷ See M. Haberman, *Trump, Lifelong New Yorker, Declares Himself a Resident of Florida*, *N.Y. Times*, Oct. 31, 2019, <https://www.nytimes.com/2019/10/31/us/politics/trump-new-york-florida-primary-residence.html>.

²⁸ See J. Dawsey, *Trump derides protections for immigrants from 'shithole' countries*, *Wash. Post*, Jan. 12, 2018, https://www.washingtonpost.com/politics/trump-attacks-protections-for-immigrants-from-shithole-countries-in-oval-office-meeting/2018/01/11/bfc0725c-f711-11e7-91af-31ac729add94_story.html; A. Parker, J. Dawsey, *Trump pushes fights over racist legacy while much of America pushes in a different direction*, *Wash. Post*, June 11, 2020, https://www.washingtonpost.com/politics/trump-pushes-fights-over-racist-legacy-while-much-of-america-moves-in-a-different-direction/2020/06/11/8d4398a4-abf5-11ea-9063-e69bd6520940_story.html?utm_campaign=wp_post_most&utm_medium=email&utm_source=newsletter&wpisrc=nl_most.

role unencumbered by any sense of obligation to solve the public's problems²⁹. A seeming indifference to the solution of real problems should not be confused, of course, with an indifference to the accomplishment of ideological objectives. While many were distracted by the public health and economic challenges posed by the COVID-19 pandemic, the Trump administration continued to roll back environmental protections, strengthen its anti-immigrant policies, decrease public aid for the poor, eliminate certain civil rights protections for transgender people, seize land for its border wall, appoint controversial federal judges, withdraw from the World Health Organization, announce its withdrawal from the Open Skies Treaty, impose sanctions on officials of the International Criminal Court, protect the President's friends from legitimate law enforcement activities, and encourage investigations into his "enemies," among other things³⁰.

In any event, as time progressed, it became ever more obvious that the U.S. was ill-prepared for handling a pandemic³¹. Hospitals lacked adequate supplies of personal protective gear and respirators; states found themselves bidding against each other – and the federal government – for those items; and, while experts saw testing and contact tracing as critical to controlling the spread of the virus, neither an adequate number of tests nor the resources necessary for contact trac-

²⁹ See S. Hennessey, B. Wittes, *Unmaking the Presidency: Donald Trump's War on the World's Most Powerful Office*, New York, 2020.

³⁰ See N. Popovich, et al., *The Trump Administration is Reversing 100 Environmental Rules. Here's the Full List*, *N.Y. Times*, May 20, 2020, <https://www.nytimes.com/interactive/2020/climate/trump-environment-roll-backs.html>; A. Vesoulis, *With Millions Out of Work, the Trump Administration Pushes to Limit Food Stamps*, *Time*, May 13, 2020, <https://time.com/5836504/usda-snap-appeal-rule-change/>; M. Sanger-Katz, N. Weiland, *White House Erases Transgender Civil Rights Protections in Medical Care*, *N.Y. Times*, June 13, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/12/us/politics/trump-transgender-rights.html>; Z. Kanno-Youngs, M. Haberman, *Trump Administration Moves to Solidify Restrictive Immigration Policies*, *N.Y. Times*, June 12, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/12/us/politics/coronavirus-trump-immigration-policies.html>; Z. Kanno-Youngs, *Border Wall Land Grabs Accelerate as Owners Shelter from Pandemic*, *N.Y. Times*, May 29, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/29/us/politics/border-wall-coronavirus.html>; E. Luce, *Dropping Flynn case turns Bill Barr into Donald Trump's political sword*, *Financial Times*, May 7, 2020, <https://www.ft.com/content/5c5e6170-90b0-11ea-9b25-c36e3584cda8>; M. Daley, *Sen. Lindsey Graham Says He's Opening Inquiry into Russia Investigation, but Won't Call Obama*, *Time*, May 14, 2020, <https://time.com/5837251/lindsey-graham-russia-investigation-obama/>; A. Radhakrishnan, E. Sarver, *Trump's Chilling Blow to the ICC*, *Foreign Policy*, June 16, 2020, <https://foreignpolicy.com/2020/06/17/trumps-chilling-blow-to-the-icc/>; B. Ehley, A.M. Ollstein, *Trump announces U.S. withdrawal from the World Health Organization*, *Politico*, May 29, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/05/29/us-withdrawing-from-who-289799>; J. Hudson, P. Sonne, *Trump administration to withdraw from Open Skies Treaty in further erosion of arms control pacts with Russia*, *Wash. Post*, May 21, 2020, https://www.washingtonpost.com/national-security/2020/05/21/882d460a-9b68-11ea-b60c-3be060a4f8e1_story.html; C. Hulse, *McConnell Nears His Benchmark*, *N.Y. Times*, June 18, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/18/us/mcconnell-courts-justin-walker.html>.

³¹ See D. Balz, *Crisis exposes how America has hollowed out its government*, *Wash. Post*, May 16, 2020, <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/politics/government-hollowed-out-weaknesses/>.

ing were available³². National Pandemic Preparedness Plans existed, but they had been ignored³³. More than three years into his own four-year term, President Trump blamed the shortages of essential supplies on the Obama administration³⁴. The President also claimed that the Obama administration had left his administration with “broken” tests for COVID-19 – tests for a virus that was unknown until well after President Obama had left office³⁵. We later learned that the early lack of tests was due, at least in part, to sloppy laboratory procedures at the CDC laboratories³⁶.

State and federal government officials took what actions they could. As noted, state governments imposed state-wide lockdowns and federal public health authorities made various recommendations for mitigating the effects of the pandemic. In addition, Congress passed historic legislation to provide financial relief to companies and individuals who were harmed by the pandemic and by the measures that were undertaken to curtail its spread³⁷. At the same time, the President continued to downplay the danger posed by the pandemic, sometimes comparing it to the flu, often stating that the pandemic was under control (when it was not), assuring the population that anyone who wanted to be tested could be tested (which was not the case), and predicting that the virus would just go away³⁸.

³² See M. Bradfoot, *Coronavirus Test Shortages Trigger a New Strategy: Group Screening*, *Scientific American*, May 13, 2020, <https://www.scientificamerican.com/article/coronavirus-test-shortages-trigger-a-new-strategy-group-screening-2/>; C. Canipe, T. Hartman, *The COVID-19 testing Challenge*, *Reuters*, May 13, 2020, <https://graphics.reuters.com/HEALTH-CORONAVIRUS/TESTING/azgvomklmvd/>.

³³ See D. Diamond, N. Toosi, *Trump team failed to follow NSC’s pandemic playbook*, *Politico*, Mar. 25, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/03/25/trump-coronavirus-national-security-council-149285>; A. Ollstein, *5 ways the Trump administration fell short of its own pandemic goals*, *Politico*, Apr. 14, 2020, <https://www.politico.com/interactives/2020/trump-pandemic-goals/>.

³⁴ See K. Watson, *Trump announces augmentation of National Strategic Stockpile*, *CBS News*, May 15, 2020, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/06/10/here-is-trumps-speech-race-word-word-alas/>.

³⁵ See The White House, *Remarks by President Trump and Members of the Coronavirus Task Force in Press Briefing*, Apr. 18, 2020, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-members-coronavirus-task-force-press-briefing-2/>.

³⁶ See S. Kaplan, *C.D.C. Labs Were Contaminated, Delaying Coronavirus Testing, Officials Say*, *N.Y. Times*, Apr. 18, 2020, https://www.nytimes.com/2020/04/18/health/cdc-coronavirus-lab-contamination-testing.html?utm_source=STAT+Newsletters&utm_campaign=87885314da-MR_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_8cab1d7961-87885314da-149553701.

³⁷ See T. Spiggle, *What The \$2 Trillion Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act Does For American Workers*, *Forbes*, Apr. 10, 2020, <https://www.forbes.com/sites/tomspiggle/2020/04/10/what-the-2-trillion-coronavirus-aid-relief-and-economic-security-act-does-for-american-workers/#1685be3e3c12>.

³⁸ See D. Goldberg, *‘It’s going to disappear’: Trump’s changing tone on coronavirus*, *Politico*, March 17, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/03/17/how-trump-shifted-his-tone-on-coronavirus-134246>. See also O. Milman, *Seven of Donald Trump’s most misleading coronavirus claims*, *The Guardian*, March 31, 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/mar/28/trump-coronavirus-misleading-claims>.

Although the President had assembled a coronavirus task force, which included leading public health experts, in January, he made clear in the weeks that followed that he would not take seriously the advice his own public health experts gave to the public. For example, the CDC recommended that members of the public wear face masks and practice social distancing, but the President, even as he announced those recommendations to the public at a press briefing, indicated that he would not personally comply with the recommendation to wear a face mask³⁹. The President later ridiculed people who followed the face-mask recommendation, accusing them of «political correctness»⁴⁰. On one occasion, he traveled to Maine to visit a plant that produced badly-needed testing swabs, but the testing swabs produced during his visit reportedly had to be destroyed because of his refusal to comply with essential hygiene requirements⁴¹. The President also has touted controversial therapies, such as hydroxychloroquine, which he has taken himself, despite the absence of empirical evidence of efficacy and the possibility that it might actually be harmful to health⁴². Although the Food and Drug Administration initially granted emergency approval for the drug's use in controlled settings, the agency later determined that the drug's possible harms outweighed any possible benefits and withdrew that limited approval⁴³. The Pres-

³⁹ See K. Welker, *et al.*, *CDC recommends people wear cloth masks in public – but Trump says he won't*, *NBC News*, Apr. 2, 2020, <https://www.nbcnews.com/news/us-news/u-s-expected-recommend-masks-americans-coronavirus-hotspots-n1175596>.

⁴⁰ See C. Izkowitz, *Trump calls mask wearing 'politically correct,' Biden calls him a 'fool'*, *Wash. Post*, May 26, 2020, https://www.washingtonpost.com/politics/trump-calls-mask-wearing-politically-correct-biden-calls-him-a-fool/2020/05/26/a58025e6-9f9c-11ea-81bb-c2f70f01034b_story.html.

⁴¹ See J. Conley, *After Trump visits without a mask, medical supplier forced to throw away new testing swabs*, *Salon*, June 9, 2020, https://www.salon.com/2020/06/09/after-trump-visits-without-a-mask-medical-supplier-forced-to-throw-away-new-testing-swabs_partner/.

⁴² See C. Oorysko, *Trump says he's taking hydroxychloroquine, despite scientists' concerns*, *Politico*, May 18, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/05/18/trump-says-hes-taking-unproven-anti-malarial-drug-265546>; U.S. Food & Drug Administration, *FDA cautions against use of hydroxychloroquine or chloroquine for COVID-19 outside of the hospital setting or a clinical trial due to risk of heart rhythm problems*, Apr. 30, 2020, <https://www.fda.gov/drugs/drug-safety-and-availability/fda-cautions-against-use-hydroxychloroquine-or-chloroquine-covid-19-outside-hospital-setting-or>; D. Grady, *Malaria Drug Promoted By Trump Did Not Prevent Covid Infections, Study Finds*, *N.Y. Times*, June 3, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/03/health/hydroxychloroquine-coronavirus-trump.html>. Based on the President's recommendation, the states and the federal government stockpiled the drug, creating a shortage of the drug for treating lupus, rheumatoid arthritis, and malaria. See S. Gay Stolberg, *Mad Scramble to Stock Millions of Malaria Pills, Likely for Nothing*, *N.Y. Times*, June 16, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/16/us/politics/trump-hydroxychloroquine-coronavirus.html>; S. Sarkis, *Trump's Hydroxychloroquine Focus Causes A Shortage For Others*, *Forbes*, Apr. 13, 2020, <https://www.forbes.com/sites/stephaniesarkis/2020/04/13/trumps-hydroxychloroquine-focus-causes-a-shortage-for-others/#27bc7a59539e>.

⁴³ See L. McGinley, C.Y. Johnson, *FDA pulls emergency approval for antimalarial drugs touted by Trump as covid-19 treatment*, *Wash. Post*, June 15, 2020, <https://www.washingtonpost.com/health/2020/06/15/hydroxychloroquine-authorization-revoked-coronavirus/>.

ident has also seemingly promoted the idea of injecting bleach into the human body as a possible therapy⁴⁴.

In April, as people grew restive under the restrictive conditions that state officials had imposed pursuant to the directives of federal public health officials, the President sounded his support for demonstrators who were demanding an end to the lockdowns. By mid-April, the President was calling for the “liberation” of some states⁴⁵, thereby giving encouragement to demonstrators, such as the heavily armed anti-lockdown activists who stormed the Michigan state capitol later that month⁴⁶. Armed demonstrations may have provided the most dramatic evidence of a changing mood within the country, but support for the lockdowns was eroding in many places, due to a variety of factors, including the economic hardship that the lockdowns had caused, the fact that the lockdowns had resulted in the country’s experiencing fewer deaths than were initially projected, the fact that some areas of the country had not yet been seriously affected by the pandemic, the general difficulty of living under lockdown conditions, and the libertarian ideology that shapes the views of many Americans. Also in mid-April, the President announced that 1,000 U.S. Military Academy graduating cadets, who had been sent home because of the pandemic, would have to return to West Point for an on-site graduation ceremony in June, simply because the President wanted to deliver a commencement address in person⁴⁷. The cadets’ families and friends were not allowed to attend because of the pandemic⁴⁸.

In the first few days of May, the President decided to disband the task force on the ground that it had achieved its mission, but he later reversed that decision because he had not realized how «popular the task force is»⁴⁹. However, the task

⁴⁴ See K. Rogers, et al., *Trump’s Suggestion That Disinfectants Could Be Used to Treat Coronavirus Prompts Aggressive Pushback*, *N.Y. Times*, Apr. 24, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/24/us/politics/trump-inject-disinfectant-bleach-coronavirus.html>.

⁴⁵ See P. Bump, *The states that Trump wants to ‘liberate’ don’t meet the benchmarks he himself set*, *Wash. Post*, Apr. 17, 2020, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/04/17/states-that-trump-wants-liberate-dont-pass-benchmarks-he-himself-set/>; Q. Forgey, *Trump breaks with his own guidelines to back conservative anti-quarantine protesters*, *Politico*, Apr. 17, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/04/17/trump-states-stay-at-home-orders-192386>.

⁴⁶ See A. Solender, *Armed Protesters Storm Michigan State House Over COVID-19 Lockdown*, *Forbes*, Apr. 30, 2020, <https://www.forbes.com/sites/andrewsolender/2020/04/30/armed-protesters-storm-michigan-state-house-over-covid-19-lockdown/#261bc35c69b5>.

⁴⁷ See E. Schmitt, A. Karni, *Trump Speech to Bring 1,000 Cadets Back to Campus*, *N.Y. Times*, Apr. 24, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/24/us/politics/coronavirus-trump-west-point.html>.

⁴⁸ See E. Schmitt, M.D. Shear, *Graduating West Point Cadets Isolate for Two Weeks Ahead of Trump Speech*, *Wash. Post*, June 12, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/12/us/politics/trump-west-point.html>.

⁴⁹ See D. McManus, *The short, unhappy life of Trump’s coronavirus task force*, *L.A. Times*, May 10, 2020, <https://www.latimes.com/politics/story/2020-05-10/column-trumps-coronavirus-task-force-shows-his-inability-to-govern>; N. Weiland, et al., *Administration to Phase Out Coronavirus Task Force*, *N.Y. Times*, May 5,

force never regained its previous prominence, and it provided little guidance as the states faced difficult decisions in the process of moving away from lockdowns and opening up the economy⁵⁰.

By early June 2020, when many states were beginning the process of “opening up,” “non-essential” segments of the economy had been shut down in most states for more than two and one half months, and the official unemployment count stood at about almost 13.3%⁵¹. “Essential” workers, a category that included grocery clerks and cashiers, care home workers, police and fire personnel, sanitation workers, and hospital cooking and cleaning staff, as well as physicians and nurses, were still required to work at their regular workplaces, thereby potentially exposing themselves to the virus⁵². Many businesses were shuttered or operating at greatly reduced capacity and had become unsustainable⁵³; even hospitals, many of which were filled with patients, suffered huge losses because they were unable to treat non-emergency patients or performing elective surgeries⁵⁴.

Most important, by mid-June, 2.2 million Americans had been infected with the virus, and almost 119,000 Americans had died⁵⁵. The worldwide figures for infections and deaths were approximately 8.6 million and 457,000, respectively⁵⁶. In other words, with only about 4% of the world’s population⁵⁷, the

2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/05/us/politics/coronavirus-task-force-trump.html?action=click&module=Spotlight&pgtype=Homepage>.

⁵⁰ See J. Acosta, *et al.*, *As US deaths top 100,000, Trump’s coronavirus task force is curtailed*, *CNN*, May 28, 2020, <https://www.cnn.com/2020/05/28/politics/donald-trump-coronavirus-task-force/index.html>.

⁵¹ See A. Tappe, *Nearly 43 million Americans have filed for unemployment benefits during the pandemic*, *CNN*, June 4, 2020, <https://www.cnn.com/2020/06/04/economy/unemployment-benefits-coronavirus/index.html>.

⁵² See N. Dungca, *et al.*, *On the front lines of the pandemic, grocery workers are in the dark about risks*, *Wash. Post*, May 24, 2020, <https://www.washingtonpost.com/investigations/2020/05/24/grocery-workers-coronavirus-risks/?arc404=true>; S. Khimm, *The forgotten front line: Nursing home workers say they face retaliation for reporting COVID-19 risks*, *NBC News*, May 19, 2020, <https://www.nbcnews.com/news/us-news/forgotten-front-line-nursing-home-workers-say-they-face-retaliation-n1209606>.

⁵³ See Reuters, *Fed Frets About Small Business Failures Amid ‘Alarming’ Data*, *N.Y. Times*, June 12, 2020, <https://www.nytimes.com/reuters/2020/06/12/business/12reuters-usa-fed-smallbusiness.html?searchResultPosition=4>; E. Pandise, *Which major retail companies have filed for bankruptcy since the coronavirus pandemic hit? Here’s the list*, *NBC News*, May 12, 2020, <https://www.nbcnews.com/business/consumer/which-major-retail-companies-have-filed-bankruptcy-coronavirus-pandemic-hit-n1207866>.

⁵⁴ See S. Kliff, *Hospitals Knew How to Make Money. Then Coronavirus Happened*, *N.Y. Times*, May 15, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/15/us/hospitals-revenue-coronavirus.html>; L. Schencker, D. Heinzmann, *Illinois hospitals lose \$1.4 billion a month as coronavirus cancels surgeries*, *Chicago Tribune*, Apr. 17, 2020, <https://www.chicagotribune.com/coronavirus/ct-coronavirus-illinois-hospitals-financial-damage-furloughs-20200417-w3mzy-wqx2vdprb5bj33h57clba-story.html>.

⁵⁵ See Johns Hopkins University Coronavirus Research Center, *COVID-19 Dashboard*, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (visited June 19, 2020).

⁵⁶ See *id.*

⁵⁷ See United States Census Bureau, *U.S. and World Population Clock*, <https://www.census.gov/popclock/>.

United States accounted for approximately 25% of the world's infections and deaths. The percentages were changing, of course, particularly as the pandemic shifted course towards the global south, with Brazil having overtaken the hardest hit European countries by mid-June⁵⁸. For Americans, most of whom take pride in the belief that their country is the most powerful and technologically advanced in the world, these statistics were staggering. Moreover, U.S. infections and deaths were not evenly distributed across the population. Urban areas were affected much more greatly than rural areas, and the State of New York was more deeply affected than any other. Some states were hardly affected at all and were therefore particularly susceptible to claims that the pandemic was simply a hoax or that the government was grossly overreacting to what was a trivial danger at best⁵⁹. People of color, Native Americans, the poor, prisoners, residents of care homes, people with pre-existing medical conditions, and the elderly were disproportionately represented in terms both of infections and of deaths⁶⁰.

On May 25, as the pandemic seemed to be in retreat, and an increasing number of states were relaxing the restrictions they had imposed, the nation was shocked by a cellphone video that showed George Floyd, an unarmed African American man in Minneapolis, who allegedly had purchased cigarettes with a counterfeit \$20 banknote, being killed by a police officer. The cellphone video showed that the police officer had pinned Floyd to the ground and knelt on his neck for almost nine minutes, while Floyd repeatedly told the officer that he could not breathe⁶¹. Days of unrest followed, with the nation experiencing both peaceful protests and some destruction and theft of property. Some protesters wore masks and practiced social distancing, while others did not. There were

⁵⁸ See Johns Hopkins University Coronavirus Research Center, COVID-19 Dashboard, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (visited June 19, 2020).

⁵⁹ See D. Hawkins, *Eric Trump claims coronavirus Democratic hoax, will magically disappear after 2020 election*, *Wash. Post*, May 17, 2020, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/17/eric-trump-coronavirus/>; C. McGreal, *'People are just panicking': Midwesterners unmoved over coronavirus outbreak*, *The Guardian*, Mar. 15, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/15/wisconsin-midwest-coronavirus-response>.

⁶⁰ See M. Kwiatkowski, et al., *'A national disgrace': 40,600 deaths tied to US nursing homes*, *USA Today*, June 1, 2020, <https://www.usatoday.com/story/news/investigations/2020/06/01/coronavirus-nursing-home-deaths-top-40-600/5273075002/>; T. Williams, et al., *Coronavirus Cases Rise Sharply in Prisons, Even as They Plateau Nationwide*, *N.Y. Times*, June 16, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/16/us/coronavirus-inmates-prisons-jails.html>; A. Williams, A. Blanco, *How the coronavirus exposed health disparities in communities of color*, *Wash. Post*, May 26, 2020, <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/investigations/coronavirus-race-data-map/>; E. Pilkington, *As 100,000 die, the virus lays bare America's brutal fault lines – race, gender, poverty and broken politics*, *The Guardian*, May 12, 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/may/28/us-coronavirus-death-toll-racial-disparity-inequality>; T.M. Smith, *Why COVID-19 is decimating some Native American communities*, *AMA*, May 13, 2020, <https://www.ama-assn.org/delivering-care/population-care/why-covid-19-decimating-some-native-american-communities>.

⁶¹ See E. Hill, et al., *8 Minutes and 46 Seconds: How George Floyd Was Killed in Police Custody*, *N.Y. Times*, May 31, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/31/us/george-floyd-investigation.html>.

many long-overdue conversations about structural racism, implicit bias, and the legacy of both *de facto* and *de jure* discrimination. On June 1, the Trump administration used teargas and rubber bullets to disperse a peaceful crowd of demonstrators gathered in a park in front of the White House for no apparent reason other than to facilitate a “photo opportunity” in front of a nearby church⁶².

On June 5, when the national unemployment statistics for May were released, showing a small, unanticipated drop in the unemployment rate, the President celebrated that development at an event in the Rose Garden of the White House⁶³. Inexplicably, and particularly so in light of the ongoing unrest, the President observed in the course of his remarks that, «Hopefully George [Floyd] is looking down right now and saying this is a great thing that is happening for our country. This is a great day for him. It’s a great day for everybody»⁶⁴. Just as the emergence of COVID-19 in the United States occurred in the midst of the impeachment inquiry, its initial easing was overshadowed by demonstrations and a renewed debate about the role of structural racism, justice, and racial inequality in American society. Whether it is reasonable to think that the end of the pandemic is really in sight at this point in time may depend on the adequacy of the precautions taken by those involved in demonstrations as well as those involved in the re-opening of the economy.

3. *American Federalism and Presidential Leadership*

Even before the police killing of George Floyd, one well respected commentator had observed that Americans seemed to be “living in a failed state,” an observation that he based on the government’s response to the COVID-19 pandemic. George Packer wrote:

The [COVID-19] crisis demanded a response that was swift, rational, and collective. The United States reacted instead like Pakistan or Belarus – like a country with shoddy infrastructure and a dysfunctional government whose leaders were too cor-

⁶² See R. Tan, *et al.*, *Before Trump vows to end ‘lawlessness,’ federal officers confront protesters outside White House*, *Wash. Post*, June 2, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/31/us/george-floyd-investigation.html>.

⁶³ See E. Rosenberg, H. Long, *Unemployment rate drops and 2.5 million jobs added, after states reopened*, *Wash. Post*, June 6, 2020, <https://www.washingtonpost.com/business/2020/06/05/may-2020-jobs-report/>. See also B. Casselman, *No, The Jobs Report Wasn’t Rigged. Here’s What Happened*, *Wash. Post*, June 8, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/08/business/economy/jobs-report-data.html>.

⁶⁴ See B. Naylor, *Trump Says Strong Economy Will Bring Racial Justice*, *NPR*, June 5, 2020, <https://www.npr.org/2020/06/05/870617228/trump-says-strong-economy-will-bring-racial-justice>; K. Rogers, *President Says Job Report Made It a ‘Great Day’ for George Floyd, Stepping on Message*, *N.Y. Times*, June 6, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/05/us/politics/trump-jobs-report-george-floyd.html>.

rupt or stupid to head off mass suffering. The [Trump] administration squandered two irretrievable months to prepare. From the president came willful, blindness, scapegoating, boasts, and lies. From his mouthpieces, conspiracy theories and miracle cures. A few senators and corporate executives acted quickly – not to prevent the coming disaster, but to profit from it. When a government doctor tried to warn the public of the danger, the White House took the mic and politicized the message⁶⁵.

The COVID-19 pandemic presented great challenges for a country as large and diverse as the United States, and neither the formal governmental organization of the country nor the current state of political polarization made those challenges any easier to meet. Given the federal government's penchant for secrecy⁶⁶, we may not know for many years the whole story behind government's failure to deal adequately with the COVID-19 pandemic.

Dealing with the pandemic was not, of course, an easy assignment for any government, but why has the United States done as badly as it has? It would be easy to lay the blame at the feet of the inconsistent and seemingly random leadership provided by the executive branch of the federal government during the time of the pandemic, and that is certainly an important factor to be considered. After all, how seriously can the average citizen be expected to take a government recommendation that she engage in social distancing and wear a mask when the President takes it upon himself to convey those recommendations personally, but announces at the same time that he personally does not intend to follow them? And how seriously can the average citizen take the advice of state and local officials when the President, having just announced a national emergency, begins to call for an end to lockdowns only ten days later? President Trump's shortcomings as a leader have long been obvious to all but his most ardent supporters. From the beginning of his term, he has seemed to prefer receiving the adulation of his supporters at mass rallies to the difficult and sometimes boring business of governing, and, unlike his predecessors, he has never stopped holding campaign rallies⁶⁷. When the virus made campaign rallies impossible, he held daily "public health briefings" that seemed to be a substitute for the rallies. The President typically took center stage at these events, relegating public health officials, including Dr. Anthony Fauci, the country's leading expert on infectious diseases, and Ambassador Deborah Bix, the federal government's coronavirus coordinator, to

⁶⁵ G. Packer, *We Are Living In A Failed State*, *The Atlantic*, June 2020, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2020/06/underlying-conditions/610261/>.

⁶⁶ See B. Sullivan, *FOIA and the First Amendment: Representative Democracy and the People's Elusive "Right to Know,"* 72 *Md. L. Rev.*, 2012, 1.

⁶⁷ See D.A. Graham, *Trump Never Stopped Campaigning Long Enough to Govern*, *The Atlantic*, June 18, 2019, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/06/trump-cant-relaunch-a-campaign-that-never-stopped/591949/>.

the periphery⁶⁸. But the daily briefings did afford these public health officials a national platform for talking directly to the American public about the pandemic, and an opportunity to emphasize the continued danger and need for continued vigilance. When the President's advisors convinced him that the daily briefings might actually be working to his political disadvantage, he discontinued them. That decision had the unintended consequence of lowering the visibility of the public health officials and their message, precisely at the same time that the nation was confronting new challenges relating to the opening-up of the economy⁶⁹.

A recent *New York Times* commentary described the seeming mismatch between President Trump's gifts and the current needs of the country:

At a time when the country is confronting three overlapping crises – the coronavirus, an economic collapse and a reckoning with racism and injustice – Mr. Trump's inability to demonstrate empathy illustrates the limitations of his political arsenal. He is well-equipped to compete in a campaign where slashing negative attacks are the order of the day, and few salesmen speak in superlatives like the former hotel magnate. Yet when the moment calls for neither pugilism nor promotion, he has little to say⁷⁰.

But there is much more to be considered than President Trump's personal lack of leadership.

Any evaluation of the U.S. response to the COVID-19 pandemic must begin with a brief account of the formal organization of government in the U.S. and the theory of government that informs it. In simplest terms, the founders of the American government were suspicious of governmental power and therefore sought to «diffuse power the better to protect liberty»⁷¹. The founders intended that government in the U.S. should take the form of a federal republic, with the powers of government divided between the national government and the states. In addition, the national government was to be a government of limited and enumerated powers, though supreme within its proper sphere⁷², while the general or

⁶⁸ See D. Smith, *Are Trump's coronavirus briefings the new 2020 campaign rallies?*, *The Guardian*, Mar. 24, 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/mar/24/donald-trump-coronavirus-briefings-2020-campaign-rallies>; A. Durkee, *Report: Even Trump's Allies Are Fed Up With His Press Briefings*, *Vanity Fair*, Apr. 10, 2020, <https://www.vanityfair.com/news/2020/04/trump-allies-criticize-coronavirus-press-briefings>.

⁶⁹ See S.G. Stolberg, et al., *With the Federal Health Megaphone Silent, States Struggle With A Shifting Pandemic*, *N.Y. Times*, June 17, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/17/us/politics/coronavirus-pandemic-federal-response.html>.

⁷⁰ See J. Martin, et al., *As Public Opinion Shifts on Racism, Trump Digs In*, *N.Y. Times*, June 11, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/11/us/politics/trump-on-race.html>.

⁷¹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635 (1952) (Jackson, J., concurring). See also B. Sullivan, *Democratic Conditions*, 51 *Loy. U. Chi. L. J.* 555, 2019, 578-582.

⁷² See *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 405 (1819) (Marshall, C.J.) («If any one proposition could command the universal assent of mankind, we might expect it would be this – that the govern-

residuary powers of government would rest with the states⁷³. In U.S. law, we refer to those general powers of government – the power to provide for the health, safety, and welfare – as the «police power»⁷⁴. The police power belongs exclusively to the states⁷⁵. The federal or national government, being a government of limited powers, has no police power.

Just as the founders intended to create a governmental structure in which the powers of government were divided between the states and the national government, the powers of government at both levels were to be distributed amongst legislative, executive, and judicial departments⁷⁶. Despite these vertical and horizontal divisions of governmental power, the founders hoped that the governmental system that resulted would be one that not only protected individual liberty, but functioned efficiently and effectively as well. As Justice Robert H. Jackson famously observed in *Youngstown Sheet & Tube Co.*, in which the Court rejected President Truman's seizure of the steel mills during the Korean War, on the ground that the President's action lacked constitutional or statutory authorization: «While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity»⁷⁷. Although Justice Jackson was speaking specifically about the necessary interdependence of the legislative and executive branches of the federal government, the same principle applies with respect to the interdependence of the state and national governments.

The states are primarily responsible for protecting the public health and have broad latitude in deciding how to discharge that responsibility⁷⁸. At the same time, no state could possibly replicate the public health resources that the

ment of the Union, though limited in its powers, is supreme within its sphere of action.»). See also J. Minor Wisdom, *The Frictionmaking, Exacerbating Role of Federal Courts*, 21 *Sw. L. J.*, 1967, 411, 411-412. («These stresses and strains are peculiar to our unique form of government. They occur because, unlike other federalisms, in the American system states are neither administrative units of a national government nor members of a federated league. They are indestructible political entities having their own law, and own system of courts, but subordinate to the federal sovereignty in all matters of national concern.»).

⁷³ See U.S. Const., amend. x («The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.»).

⁷⁴ See *Barnes v. Glen Theatre*, 501 U.S. 560, 569 (1991) (Rehnquist, C.J.) («The traditional police power of the States is defined as the authority to provide for the public health, safety, and morals, and we have upheld such a basis for legislation.»).

⁷⁵ See *Brown v. Maryland*, 25 U.S. (12 Wheat.) 419, 443 (1827) (Marshall, C.J.) («The power to direct the removal of gunpowder is a branch of the police power, which unquestionably remains and ought to remain with the states»).

⁷⁶ *Federalist* No. 47, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp.

⁷⁷ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635 (1952) (Jackson, J., concurring).

⁷⁸ See, e.g., *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 111 (1905) (Harlan, J.) («The police power encompasses the power to enact and enforce a compulsory vaccination law.»).

federal government has at its disposal, which include the staffs and facilities of the CDC, the U.S. Food and Drug Administration, and the U.S. Department of Health and Human Services. In addition, the federal government obviously has a national perspective that may be useful in dealing with public health and safety challenges that are national (and even international) in scope. And the federal government has always stood ready to assist the states when called upon in times of natural and man-made emergencies⁷⁹, a function now performed by the Federal Emergency Management Administration⁸⁰.

The point is that the division of authority contemplated by the design of the federal system requires a high degree of cooperation and coordination between the federal government and state officials if public health issues like the coronavirus pandemic are to be properly and effectively addressed in the contemporary world. In particular, it requires steady leadership and a spirit of cooperation on the part of the federal government. While the federal government, as a constitutional matter, may lack the constitutional power to command the states, it can exercise considerable persuasive power by choosing how and when to deploy (or withhold) the vast resources at its disposal⁸¹.

In the present crisis, the states have found only an erratic and inconsistent partner in the national executive. The President and the federal public health bureaucracy frequently have delivered conflicting messages about the pandemic, and the President's own messages have not been consistent with each other. The states also have not agreed amongst themselves about what an appropriate policy might entail. That difference of opinion amongst the states is hardly surprising in a country as large and as diverse as the United States, and it is undoubtedly the product of several factors, including ideological differences as well as differences in objective circumstances. The differences in objective circumstances are clear. Some states, for example, did not initially perceive the coronavirus as a serious threat because they saw few, if any, cases, even as the pandemic began to ravage other states, such as New York, New Jersey, and Massachusetts⁸². Areas within states were subject to the same dynamic. In Illinois, for example, the pandemic has been felt most acutely in a few areas, such as the metropolitan Chicago area, with many fewer cases being reported in other parts of the state⁸³.

⁷⁹ See An act for the relief of the sufferers by fire, in the Town of Portsmouth, 7th Cong., 2d Sess. (1803).

⁸⁰ See FEMA, <https://www.fema.gov/>.

⁸¹ See, e.g., M. Seidenfeld, *The Bounds of Congress's Spending Power*, 61 *Ariz. L. Rev.*, 2019, 1.

⁸² See R. Steuteville, *The State of Coronavirus in America*, *Public Square*, Apr. 3, 2020, <https://www.cnu.org/publicsquare/2020/04/03/state-coronavirus-america>.

⁸³ See M. Maxwell, *Data shows COVID-19 engulfed Chicago largely spared downstate*, *WCIA*, June 18, 2020, <https://www.wcia.com/news/capitol-news/data-shows-covid-19-engulfed-chicago-largely-spared-down->

The ideological differences are also obvious. The United States suffers today from strong political and cultural polarization⁸⁴. Influenced by an ideology of minimalist government and “rugged individualism,” many Americans think they should always be able to act in whatever way they see fit. Taken to the limit, of course, that sentiment runs counter to the constitutional principle of “ordered liberty,” which holds that the state may legitimately limit individual liberty for the common good, as, for example, when the state mandates that citizens be vaccinated to prevent the spread of disease⁸⁵. As a general matter, the ideology of minimalist government and “rugged individualism” seems to have more purchase in some parts of the country than in others⁸⁶, reflecting a division that may date back to the earliest days of the country, when Americans in the North argued for a stronger national government and those in the South and West preferred stronger states and greater recognition of individual rights⁸⁷. Those debates continue today, as grist for both constitutional litigation and cultural warfare⁸⁸; they also figure in attitudes about expertise and anti-intellectualism⁸⁹. Coincidentally, the states that largely escaped the early stages of the pandemic were among those in which the ideology of minimalist government and “rugged individualism” seems to have the most traction. Divergent state approaches to the pandemic reflect these ideological differences as well as differences in objective circumstances.

state/. That led to conflict within states as state officials sought to formulate statewide policies. See K. Mansouri, *Madison County Oks resolution outlining plan to reopen against Pritzker's order*, *Belleville News-Democrat*, May 12, 2020, <https://www.bnd.com/news/local/article242685486.html>.

⁸⁴ See T. Carothers, A. O'Donohue, *How Americans Were Driven to Extremes*, *Foreign Affairs*, Sept. 25, 2019, <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2019-09-25/how-americans-were-driven-extremes>.

⁸⁵ See *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 26-27 (1905) (Harlan, J.), quoting *Crowley v. Christensen*, 137 U.S. 86, 89 (1890) (“The possession and enjoyment of all rights are subject to such reasonable conditions as may be deemed by the governing authority of the country essential to the safety, health, peace, good order and morals of the community. Even liberty itself, the greatest of all rights, is not unrestricted license to act according to one’s own will. It is only freedom from restraint under conditions essential to the equal enjoyment of the same right by others. It is then liberty regulated by law.”). At present, opposition to vaccination for the coronavirus has outstripped the development of a vaccine. See N. Bogel-Burroughs, *Antivaccination Activists Are Growing Force At Virus Protests*, *N.Y. Times*, May 2, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/02/us/anti-vaxxers-coronavirus-protests.html>.

⁸⁶ See Pew Research Center, *Beyond Red vs. Blue: Political Typology*, May 4, 2011 at 19-44, <https://www.people-press.org/2011/05/04/beyond-red-vs-blue-the-political-typology/>.

⁸⁷ See, e.g., C. Berkin, *A Sovereign People: The Crises of the 1790s and the Birth of American Nationalism*, New York, 2017.

⁸⁸ Chief Justice William H. Rehnquist was responsible for a resurgence of states’ rights in constitutional jurisprudence in the late twentieth century. See, e.g., R.H. Fallon, Jr., *The “Conservative” Paths of the Rehnquist Court’s Federalism Decisions*, 69 *U. Chi. L. Rev.*, 2002, 429.

⁸⁹ See D. Remnick, *What Donald Trump Shares with Joseph McCarthy*, *New Yorker*, May 17, 2020, <https://www.newyorker.com/magazine/2020/05/25/what-donald-trump-shares-with-joseph-mccarthy>. See also J. Howard, V. Stracqualursi, *Fauci warns of ‘anti-science bias’ being a problem in US*, *CNN*, June 18, 2020, <https://www.cnn.com/2020/06/18/politics/anthony-fauci-coronavirus-anti-science-bias/index.html>.

As Justice Jackson noted in the *Youngstown* case, the founders intended for each of the three branches of the national government to serve as a check on the others⁹⁰. but the ability of one branch to check another depends on the relative power that each branch has, as a practical matter, at any particular time⁹¹. During much of the nineteenth century, for example, the legislative branch was dominant over the executive⁹². That is not currently the case. As a practical matter, and for a variety of reasons, the power of the presidency expanded greatly during the twentieth century, a trend that continues today, and the legislative branch now seems incapable of serving as an effective check on executive power. Indeed, the Trump administration appears to have broken all records, not only with respect to its assertions of executive power, but also with respect to its refusal to recognize either the principle of executive accountability or the legitimacy of Congress's oversight authority⁹³. The administration has repeatedly refused to make its personnel and records available to Congress⁹⁴. It has even argued that Congress is constitutionally prohibited from auditing the administration's dispersal of the trillions of dollars that Congress allocated for COVID-19 stimulus relief⁹⁵. And it has further insulated itself from meaningful review by systematically removing independent inspectors general charged with auditing the executive branch's activities⁹⁶. Moreover, even before taking the oath of office, the President began referring to news reports concerning his activities as "fake news," thereby laying the groundwork for de-legitimizing the press as a credible vehicle for holding the administration to account⁹⁷.

⁹⁰ See *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 639 (1952) (Jackson, J. concurring) («Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system.»).

⁹¹ See *id.* at 653-54 («Subtle shifts take place in the centers of power that do not show on the face of the Constitution. ... [The Court] may say that power to legislate for emergencies belongs in the hands of Congress, but only Congress itself can prevent power from slipping through its fingers.»).

⁹² See, e.g., J.T. Patterson, *The Rise of Presidential Power Before World War II*, 40 *Law & Contemp. Probs.*, 1976, 39.

⁹³ See P. Bump, *The key political fight of this era: Trump vs. accountability*, *Wash. Post*, May 18, 2020, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/18/key-political-fight-this-era-trump-vs-accountability/>.

⁹⁴ See S. Min Kim, R. Bade, *Trump's defiance of oversight presents new challenge to Congress's ability to rein in executive branch*, *Wash. Post*, Oct. 7, 2019, <https://www.newyorker.com/magazine/2017/12/11/donald-trumps-fake-news-tactics>.

⁹⁵ See K. Cheney, *Trump chips away at Congress' role in coronavirus relief oversight*, *Politico*, Mar. 27, 2020, <https://www.politico.com/news/2020/03/27/trump-congress-coronavirus-relief-oversight-152560>. See also T. Hamburger, *et al.*, *Inspectors general warn that Trump administration is blocking scrutiny of coronavirus rescue programs*, *Wash. Post*, June 15, 2020, <https://www.washingtonpost.com/business/2020/06/15/inspector-general-oversight-mnuchin-cares-act/>.

⁹⁶ See M. Laris, I. Duncan, *Transportation Secretary Elaine Chao's office says no 'nefarious motive' for replacing acting inspector general*, *Wash. Post*, May 21, 2020, <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/05/21/transportation-secretary-elaine-chaos-office-says-no-nefarious-motive-replacing-acting-inspector-general/>.

⁹⁷ See S. Coll, *Donald Trump's "Fake News" Tactics*, *New Yorker*, Dec. 4, 2017, <https://www.newyorker.com/magazine/2017/12/11/donald-trumps-fake-news-tactics>; P. Taddonio, *How a Fight Over Crowd Size*

The upshot is that the United States currently has a very powerful presidency that seems largely immune from meaningful oversight. Even if the President were to act competently, such a concentration of power would be a threat to liberty, as the founders recognized. However, when the President is not competent – or is simply indifferent to the problems the nation faces – a «workable government» is not possible. President Trump has long seemed uninterested in the actual task of governing⁹⁸. Indeed, just as he portrayed himself as a “Washington outsider” during the 2016 presidential campaign, he has often continued to portray himself as an outsider as President – a critic standing outside a government that he is responsible for leading⁹⁹. In doing so, he taps into an anti-government trope that President Reagan made popular when he famously pronounced that government was the problem, not the solution¹⁰⁰.

President Trump has also followed President Reagan’s lead in embracing a policy of sweeping de-regulation and appointing agency leaders who are actively antagonistic to the missions of the agencies they lead¹⁰¹. In addition, however, President Trump has chosen to leave many government positions unfilled¹⁰²; he has experienced a high rate of turnover in those that he has filled; and he has often chosen to name persons to serve in an “acting” capacity. He has claimed that that many of the vacant positions are unnecessary¹⁰³, and that persons who serve in an “acting” officials are more responsive to his wishes than officials who

Would Define Trump’s Approach to the Presidency - and the Truth, PBS, Jan. 13, 2020, <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/how-a-fight-over-crowd-size-would-define-trumps-approach-to-the-presidency-and-the-truth/>.

⁹⁸ See K. Tumulty, *When governing beckons, Trump keeps campaigning*, *Wash. Post*, Feb. 16, 2017, https://www.washingtonpost.com/politics/when-governing-beckons-trump-keeps-campaigning/2017/02/16/376deb8e-f3b4-11e6-8d72-263470bf0401_story.html; M. Haberman, A. Karni, *Does Trump Want to Fight for a Second Term? His Self-Sabotage Worries Aides*, *N.Y. Times*, June 17, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/17/us/politics/trump-2020-election.html>.

⁹⁹ See G. Sargent, *Trump’s entire reelection message amounts to an admission of failure*, *Wash. Post*, May 21, 2020, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/05/21/trumps-entire-reelection-message-amounts-an-admission-failure/>; J. Lemire, Z. Miller, *Trump tests whether incumbent leader can tap outsider anger*, *Star Tribune*, May 21, 2020, <https://www.startribune.com/trump-tests-whether-incumbent-leader-can-tap-outsider-anger/570650832/>.

¹⁰⁰ See R.R. Reagan, *First Inaugural Address of Ronald Reagan*, Jan. 20, 1981, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/reagan1.asp.

¹⁰¹ See L. Friedman, *New Energy Secretary Fits Trend: Cabinet Dominated by Lobbyists*, *N.Y. Times*, Oct. 18, 2019, <https://www.nytimes.com/2019/10/18/climate/trump-cabinet-lobbyists.html>.

¹⁰² See L. Seligman, R. Gramer, *At Trump’s Pentagon, Empty Offices Are The New Normal*, *Foreign Policy*, Mar. 12, 2019, <https://foreignpolicy.com/2019/03/12/at-trumps-pentagon-empty-offices-are-the-new-normal-department-of-defense-mattis-resignation-vacancies-trump-administration-shanahan/>.

¹⁰³ See P. Bump, *Out of curiosity, President Trump, which of these 360-plus positions aren’t worth filling?*, *Wash. Post*, Aug. 29, 2017, <https://www.washingtonpost.com/news/politics/wp/2017/02/28/out-of-curiosity-president-trump-which-of-these-500-plus-positions-arent-worth-filling/>; E. Kilgore, *Trump Says He’s Deliberately Refusing to Fill Hundreds of Top Agency Jobs*, *New York Magazine*, Feb. 28, 2017, <https://nymag.com/intelligencer/2017/02/trump-says-hes-deliberately-not-filing-top-positions.html>.

have been appointed in compliance with constitutional requirements¹⁰⁴. Agencies dealing with scientific issues have been particularly hard hit, with many vacancies remaining unfilled. In some instances, the Trump administration has encouraged whole groups of scientists to leave government service by re-locating their bureaus from the Washington area to far-away locations¹⁰⁵. As the number of scientists in government decreases, the government's ability to respond to crises requiring scientific knowledge also necessarily decreases; but vacancies of all kinds diminish the government's ability to respond in a timely and decisive way to emergency situations. It seems likely that this will prove to have been the case with the Trump administration's response to the COVID-19 pandemic¹⁰⁶.

Long before he was a candidate for the presidency, President Trump proclaimed that climate change was a «hoax»¹⁰⁷. After becoming President, he soon commenced what some have called a «war on science»¹⁰⁸, rolling back a multitude of regulations that prevented many of his supporters from engaging in activities harmful to the environment, among other things¹⁰⁹. President Trump has often denied the legitimacy of scientific or technical knowledge, and, in addition to referring to inconvenient facts as “fake news,” he has frequently claimed to know more than trained experts in any number of fields¹¹⁰. For example, he

¹⁰⁴ See S. Siddiqui, *Donald Trump's preference for 'acting' senior officials alarms experts and allies*, *The Guardian*, Apr. 10, 2019, <https://www.theguardian.com/us-news/2019/apr/10/donald-trump-acting-senior-officials-alarms-experts-allies>. Many executive positions require Senate confirmation. See U.S. Const., art. II, § 2, cl. 2.

¹⁰⁵ See A. Gowen, et al., *Science ranks grow thin in Trump administration*, *Wash. Post*, Jan. 23, 2020, https://www.washingtonpost.com/climate-environment/science-ranks-grow-thin-in-trump-administration/2020/01/23/5d22b522-3172-11ea-a053-dc6d944ba776_story.html. See also L. Friedman, *A War Against Science, Waged by Washington's Rank and File*, *N.Y. Times*, June 15, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/15/climate/climate-science-trump.html>.

¹⁰⁶ See J. Davidson, *Vacancies have hindered the Trump administration's response to the coronavirus*, *Wash. Post*, Apr. 15, 2020, https://www.washingtonpost.com/politics/vacancies-have-hindered-the-trump-administrations-response-to-the-coronavirus/2020/04/14/8c412180-7e94-11ea-8de7-9fdff6d5d83e_story.html; R. Mehrbani, *Trump gutted his personnel office. Now it's doomed to fail when we need it most*, *Wash. Post*, Apr. 7, 2020, <https://www.washingtonpost.com/outlook/2020/04/07/covid-19-white-house-personnel-fauci-birx-atkinson/>. See also L. Friedman, *A War Against Science, Waged by Washington's Rank and File*, *N.Y. Times*, June 15, 2020,

¹⁰⁷ See E. Wong, *Trump Has Called Climate Change a Chinese Hoax. Beijing Says It Is Anything But*, *N.Y. Times*, Nov. 19, 2016, <https://www.nytimes.com/2016/11/19/world/asia/china-trump-climate-change.html>.

¹⁰⁸ See Editorial Board, *President Trump's War on Science*, *N.Y. Times*, Sept. 9, 2017, <https://www.nytimes.com/2017/09/09/opinion/sunday/trump-epa-pruitt-science.html>.

¹⁰⁹ See B. Sullivan, Christine Kexel Chabot, *The Science of Administrative Change*, 52 *Conn. L. Rev.*, 2020, 1.

¹¹⁰ See S. Chen, *Donald Trump, Expert, Politico*, Sept. 3, 2019, <https://www.politico.com/magazine/story/2019/09/03/donald-trump-expert-227997>; A. Blake, *19 things Donald Trump knows better than anyone else, according to Donald Trump*, *Wash. Post*, Oct. 4, 2016, <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/10/04/17-issues-that-donald-trump-knows-better-than-anyone-else-according-to-donald-trump/>.

has often said that he understands military affairs better than his generals¹¹¹, and he has regularly undercut his own public health officials, such as when he indicated that he would not personally follow their advice regarding masks and social distancing. This devaluation of expert knowledge has made it difficult for public health officials to persuade the public that the pandemic poses a serious threat or that appropriate precautions are necessary. But the strategy has played well politically with a substantial segment of the U.S. population. Wearing masks and social distancing are annoying. Most people would prefer to avoid them. But the President's devaluation of expert knowledge resonates especially with those who believe (not without some justification) that experts and elites are to blame for various policy initiatives, such as various trade agreements, which have meant greater profits for the few and fewer jobs for blue-collar workers¹¹². President Trump has also tapped into the discontent that some religious groups have felt¹¹³. Although his public health officials have continued to emphasize the dangers attendant upon large gatherings¹¹⁴, for example, the President has asserted that church groups should be exempt from state limitations on large gatherings¹¹⁵, and his Attorney General has intervened on behalf of churches in several lawsuits which sought, thus far unsuccessfully, to force states to permit large-scale church gatherings on First Amendment grounds¹¹⁶.

4. Conclusion

In the third week of June 2020, the future of the pandemic in the United States remains uncertain. Testing has greatly increased in many states. The daily number of deaths has decreased substantially in the states that were the first to be hit hard, and all of the country is opening up. Many Americans have become

¹¹¹ See L. Shane III, *Trump blasted top military officials as 'a bunch of dopes and babies' according to book*, Military Times, Jan. 17, 2020, <https://www.militarytimes.com/news/pentagon-congress/2020/01/17/trump-blasted-top-military-generals-as-a-bunch-of-dopes-and-babies-according-to-new-book/>; W. Morgan, N. Toosi, *Trump again overrules top brass*, Politico, Apr. 8, 2019, <https://www.politico.com/story/2019/04/08/trump-iran-revolutionary-guard-pentagon-1261448>.

¹¹² See B. Sullivan, *Democratic Conditions*, 51 *Loy. U. Chi. L. J.*, 2019, 555.

¹¹³ See M. Gerson, *The Last Temptation*, *The Atlantic*, April 2018, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2018/04/the-last-temptation/554066/>.

¹¹⁴ See CDC, *Considerations for Events and Gatherings*, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/large-events/considerations-for-events-gatherings.html>.

¹¹⁵ See P. Baker, *Firing a Salvo in Culture Wars, Trump Pushes for Churches to Reopen*, *N.Y. Times*, May 22, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/22/us/politics/trump-churches-coronavirus.html>.

¹¹⁶ See A. Liptak, *Supreme Court, in 5-4 Decision, Rejects Church's Challenge to Shutdown Order*, *N.Y. Times*, May 30, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/30/us/supreme-court-churches-coronavirus.html>. The CDC has altered its guidance on reopening churches, apparently at the insistence of the White House. See C. Duncan, *CDC changes guidelines for reopening churches during pandemic. Here's what is different*, *McClatchy*, May 29, 2020, <https://www.mcclatchydc.com/news/coronavirus/article243089421.html>.

fatigued by the lockdowns and are happy to see their relaxation. Many suffer severe financial distress. Many, particularly less well-off Americans, are either currently unemployed or fearful that they soon will be. The economic consequences of the pandemic are likely to be long-lasting, and they are likely to perpetuate festering inequalities¹¹⁷. Demonstrations in support of racial justice continue, but some predict that the pandemic may lead to even greater inequality¹¹⁸.

The President has announced that he will hold his first rally since March in Tulsa, Oklahoma, on June 20. There will be no social distancing, and masks will be optional. The rally will be held indoors in a large arena, which, according to public health officials, makes it even more dangerous. Participants must sign waivers freeing the Trump Campaign from liability if they contract the virus¹¹⁹. A few days before the rally, Tulsa officials announced 96 new coronavirus cases locally, the largest single-day number since March¹²⁰. At the same time, many states that escaped the earliest impacts of the pandemic are experiencing the largest daily numbers of new infections since the pandemic began¹²¹. That was true of Arizona, Florida, Oklahoma, and South Carolina; and Texas, which has seen its cases double in the past month, has become the sixth state to exceed 100,000 known infections¹²². About 800 Americans are dying from the coronavirus every day, and the federal government's leadership «has so faded that state and local health officials have been left to figure out on their own how to handle rising infections and to navigate conflicting signals from the White House»¹²³. This week, the President seemed to suggest that the key to ending the pandemic was to stop testing: «If you

¹¹⁷ See D. Rushe, *Coronavirus has widened America's vast racial wealth gap, study says*, *The Guardian*, June 19, 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/jun/19/coronavirus-pandemic-billioinaires-racial-wealth-gap>; J. Smialek, *Fed Chair Powell Warns Pandemic Downturn Could Widen Inequalities*, *N.Y. Times*, June 16, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/16/business/economy/coronavirus-jerome-powell-federal-reserve.html>.

¹¹⁸ See T. Wu, *How to Avoid a 'Rich Man's Recovery'*, *N.Y. Times*, June 18, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/18/opinion/covid-economic-recovery-inequality.html>.

¹¹⁹ See O. Milman, *Trump campaign asks supporters to sign coronavirus waiver ahead of rally*, *The Guardian*, June 12, 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/jun/12/trump-rally-supporters-sign-coronavirus-waiver>.

¹²⁰ See A. Karni, *Tulsa Braces for Trump Rally's Health Threat as Virus Cases Rise*, *N.Y. Times*, June 17, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/17/us/politics/tulsa-rally-trump.html>.

¹²¹ See H. Yan, M. Holcombe, *10 states are seeing their highest average of daily new Covid-19 cases since the pandemic began*, *CNN*, June 17, 2020, <https://www.cnn.com/2020/06/17/health/us-coronavirus-wednesday/index.html>.

¹²² See J. Bosman, *W.H.O. Warns of 'Dangerous Phase' of Pandemic as Outbreaks Widen*, *N.Y. Times*, June 19, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/19/us/coronavirus-new-dangerous-phase.html>.

¹²³ See S. Gay Stolberg, et al., *With the Federal Health Megaphone Silent, States Struggle With a Shifting Pandemic*, *N.Y. Times*, June 17, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/17/us/politics/coronavirus-pandemic-federal-response.html>.

don't test, you don't have any cases»¹²⁴. He also suggested that some Americans may be wearing masks, not to prevent spread of the coronavirus, but «as a way to signal disapproval of him»¹²⁵. Meanwhile, the World Health Organization warned that the world had entered a «new and dangerous phase» of the pandemic¹²⁶.

The groups that have been hit hardest – the poor, people of color, Native Americans, the elderly, prisoners – continue to be among the hardest hit. It is not clear whether we are finished with the first wave of infections, let alone whether there will be a second wave – a possibility that some epidemiologists have suggested¹²⁷. Nor is it clear whether persons who have been infected with the virus will develop immunity¹²⁸. Businesses are reopening. Many schools and universities will be reopening in the autumn. Whether people will continue to practice social distancing and wear masks remains to be seen. There is much talk that employees who want to return to work will be required to sign waivers, holding their employers harmless in the event that they contract the coronavirus. If so, the social costs of public health will fall, once more, on those least able to absorb them.

¹²⁴ See S. Collinson, *Trump's wish for an end to the pandemic contradicts reality*, CNN, June 16, 2020; <https://www.cnn.com/2020/06/16/politics/donald-trump-coronavirus-politics-oklahoma-election-2020/index.html>. See also P. Bump, *Trump claims the coronavirus pandemic is ending. Data and the experts disagree*, *Wash. Post*, June 18, 2020, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/06/18/trump-claims-coronavirus-pandemic-is-ending-data-experts-disagree/>.

¹²⁵ See B. Lovelace Jr., *Trump says some Americans wear coronavirus masks 'to signal disapproval of him'*, *CNBC*, June 18, 2020, <https://www.cnn.com/2020/06/18/trump-says-some-wear-coronavirus-masks-to-signal-disapproval-of-him.html>.

¹²⁶ See J. Bosman, *W.H.O. Warns of 'Dangerous Phase' of Pandemic as Outbreaks Widen*, *N.Y. Times*, June 19, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/19/us/coronavirus-new-dangerous-phase.html>.

¹²⁷ See L. Strazewski, *Harvard epidemiologist: Beware COVID-19's second wave this fall*, *AMA*, May 8, 2020, <https://www.ama-assn.org/delivering-care/public-health/harvard-epidemiologist-beware-covid-19-s-second-wave-fall>; E. Helmore, *Fauci says second wave of Covid-19 cases 'is not inevitable'*, *The Guardian*, June 12, 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/jun/13/anthony-fauci-second-wave-coronavirus-cases>.

¹²⁸ See A. Mandavilli, *You May Have Antibodies After Coronavirus Infection. But Not For Long*, *N.Y. Times*, June 18, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/18/health/coronavirus-antibodies.html>.

Barry Sullivan - Abstract

COVID-19 and American Democracy

The article examines the impact of the sanitary emergency caused by the diffusion of Covid-19 in the United States under a political, constitutional and administrative perspective.

Il COVID-19 e la democrazia americana

L'articolo analizza l'impatto dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19 negli Stati Uniti da una prospettiva politica, costituzionale e amministrativa.

Note sui poteri amministrativi straordinari*

Silia Gardini

SOMMARIO: 1. I poteri amministrativi straordinari: inquadramento del campo di indagine. – 2. Mappatura normativa dei poteri straordinari: il potere commissariale e gli atti necessitati. – 2.2 *Segue*: Il potere straordinario di ordinanza. – 3. La formazione del provvedimento straordinario: il “giudizio di necessità”. – 3.2 *Segue*: La guida normativa dei principi generali ed il “giudizio di proporzione”. – 4. Alcune riflessioni sul sindacato del Giudice amministrativo sui provvedimenti amministrativi straordinari. – 5. Un’appendice doverosa: le nuove declinazioni del potere straordinario al tempo dell’emergenza sanitaria “Covid-19”. – 6. Conclusioni.

1. *I poteri amministrativi straordinari: inquadramento del campo di indagine*

Affrontando il tema del potere straordinario, si fa inevitabilmente riferimento ai concetti di “emergenza”, “necessità”, “contingibilità”. Su tali nozioni la dottrina si è ampiamente soffermata¹, descrivendo il fenomeno giuridico dell’e-

* Quando il presente lavoro era già in fase conclusiva, si è diffusa la pandemia da Covid-19, con la conseguente significativa modifica del quadro normativo: si è ritenuto opportuno, perciò, inserire un breve *focus* sulle misure amministrative, esemplificative del potere straordinario, adottate negli ultimi mesi.

¹ Si vedano, *ex multis*, U. Gargiulo, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; A. Morrone, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Milano, 2009, 133 e ss.; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. Brocca, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012; P. Savona, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013.

mergenza come la più generale «valvola di sicurezza» dell'ordinamento², «una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare forze contrapposte»³ e nell'ambito della quale – in virtù della imprevedibilità di determinati eventi, ovvero in ragione della impellente necessità di determinate esigenze – è doveroso prescindere dall'applicazione degli ordinari strumenti di amministrazione a favore di regimi giuridici speciali ed *extra ordinem*.

Le vicende che ruotano intorno a quello che comunemente viene definito “diritto amministrativo dell'emergenza” meritano, però, di essere esaminate non soltanto dalla prospettiva dei loro fattori causali e legittimanti, ma anche e soprattutto avendo riguardo alla qualificazione dei poteri che in tali contesti vengono esercitati ed alle modalità di azione che caratterizzano l'intervento della Pubblica Amministrazione. Considerata da questa visuale, l'emergenza non rileva in via immediata come fatto o evento impreveduto o imprevedibile, ma si qualifica come causa di uno “strappo” al tessuto amministrativo ordinario, che «si consuma» proprio «con l'ingresso di un potere straordinario»⁴ nell'azione dei pubblici poteri.

Com'è noto, Carl Schmitt definiva “sovrano” proprio «chi decide sullo stato di eccezione», colui che, con legittimità auto-prodotta, può alterare l'ordine “normale” delle leggi, assumendo una decisione che per quella determinata fattispecie diventerà regola⁵. Ciò non significa che la decisione⁶, nel pensiero di Carl Schmitt, sia un elemento extra-giuridico, ma solo che con essa il sovrano sia in gra-

² La più autorevole dottrina ha individuato in tali strumenti «una valvola, in tutti gli ordinamenti moderni, a disposizione dell'amministrazione, per sfuggire alla condizione rigidissima della legge», al fine di fronteggiare situazioni imprevedibili (cfr. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102).

³ In tali termini, F. Donati, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 27 ss.

⁴ C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006, 12.

⁵ C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 2012, 27-86. Tale concetto esprime la più ampia idea secondo cui il diritto stesso è decisione (e non norma) e che la decisione si manifesta come eccezione, come evento *straordinario* che, nel caso limite, è atto di potenza pura o di volontà sovrana: è l'atto senza fondamento che dimostra che l'autorità non ha bisogno del diritto per creare diritto.

⁶ A parere di Mario Nigro una delle aporie del pensiero schmittiano sta nel fatto che «il nostro studioso, se ha sempre parlato di decisione politica a proposito degli argomenti più vari, non ha mai dedicato al concetto un'apposita riflessione. Tutti gli scritti di Schmitt ruotano intorno al concetto di decisione, nessuno se ne occupa espressamente ed esaurientemente» (M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XV, 1986, 707). Sul tema specifico della decisione amministrativa, si vedano: M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953; Id., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 810; M.S. Giannini, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1956, IV, 172, ora anche in *Scritti giuridici*; E. Cannada Bartoli, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 268; A. Travi, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 524; F. Merusi e G. Toscano, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, 1; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; A. Police, *La Predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

do di creare norme a partire da una situazione di assenza di norme. *L'Ausnahmezustand*, lo “stato d’eccezione” non rappresenta, dunque, semplicemente lo stato di guerra o di assedio, ma può essere configurato – in senso più ampio – come la sfera di potere più esterna e non contemplata dalla legge, il punto nel quale la legge si applica disapplicandosi. Lo schema è il medesimo che si configura laddove l’Amministrazione è chiamata ad emanare un provvedimento a natura oggettivamente straordinaria: esso, come meglio si vedrà, presuppone l’esercizio di un potere “libero” dagli stringenti vincoli del principio di legalità ed è esso stesso fonte di disciplina della fattispecie a cui si riferisce.

Di certo, nell’orizzonte teorico schmittiano “lo stato di eccezione” è considerato come un concetto limite: mettendo l’accento sul caso estremo, si trascura la distinzione – nel nostro caso, invece, centrale – fra deroga e sospensione della legge, lasciando del tutto in ombra l’accezione “relativa” del fenomeno, ovvero quella situazione imprevista, e in questo senso eccezionale, cui l’ordinamento reagisce instaurando un regime giuridico parzialmente sostitutivo o derogatorio rispetto a quello ordinario, ma che non tocca la vigenza delle norme costituzionali, né dei principi generali del diritto⁷.

In altre parole, se l’eccezione assoluta mette in crisi l’intero ordinamento, causando una rottura costituzionale, l’eccezione relativa sembra avere, al contrario, «come obiettivo la conservazione dell’ordine esistente e costituisce un fatto interno all’ordinamento costituzionale»⁸. L’eccezione/straordinarietà così intesa, lungi dal rappresentare una “fuga dalla legalità”, impone invece di *salvaguardare la legalità uscendo da essa*⁹, ovvero ricorrendo ad un particolare potere plasmato non dalla legge puntuale e concreta, ma dal criterio dell’adeguatezza dell’azione amministrativa alle circostanze scaturite dalla situazione emergenziale.

Il sistema giuridico può essere, così, considerato come un sistema autopoietico¹⁰ nella misura in cui esso tende naturalmente a ri-produrre e reinterpretare i propri contenuti attraverso un insieme di circuiti decisionali, finalisticamente orientati alla focalizzazione delle questioni socialmente rilevanti ed alla gestione delle dinamiche ad esse connesse.

⁷ Così: M.A. Cabiddu, *Stato di eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, 4.

⁸ A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 33.

⁹ V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 127, nota come l’eccezione sia solo un “artificio tecnico giuridico” che assicura, anche in condizioni di emergenza, la prevalenza di quel che è normale.

¹⁰ Il concetto di autopoesi (dal greco αὐτο, “sé stesso”, e ποιησις “creazione” o “produzione”) fa riferimento ad un sistema chiuso capace di creare sé stesso. Il termine è stato utilizzato per la prima volta nel 1972 dai biologi Humberto Maturana e Francisco Varela per definire la chimica di auto-mantenimento delle cellule viventi. Da allora il concetto è stato applicato anche ai campi della teoria e della sociologia dei sistemi, in particolare grazie all’opera di Niklas Luhmann (cfr. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005).

2. *Mappatura normativa dei poteri straordinari: il potere commissariale e gli atti necessitati*

Sotto il profilo definitorio, la distinzione generale tra poteri amministrativi ordinari e poteri amministrativi straordinari, come puntualmente rilevato¹¹, non è comune nella sistemazione dottrinale del diritto amministrativo italiano. L'atto straordinario, in sé considerato, tende a sfuggire ad inquadramenti dogmatici puntuali, finendo spesso per essere qualificato soltanto in termini negativi, come ciò che non è ordinario, comune o prevedibile. La stessa nozione di "straordinarietà", nel lessico dottrinale e legislativo, risulta utilizzata per lo più con riguardo al profilo soggettivo del potere, con il fine di indicare tutti quegli organi – appunto "straordinari" – non contemplati nel disegno organizzativo dell'amministrazione e costituiti *una tantum* da un'autorità amministrativa, politica o giudiziaria di rango superiore per far fronte ad esigenze specifiche e transitorie¹², connesse a situazioni in vario modo patologiche dell'azione o dell'organizzazione amministrativa. Gli organi straordinari vengono configurati così come *rimedio* a situazioni di disagio amministrativo, di inefficienza, di irregolarità o di omissione di condotte giuridicamente vincolanti da parte degli organi ordinari.

Il potere amministrativo straordinario viene qui "tradotto" dal legislatore nella previsione di varie figure soggettive, qualificate come commissioni o commissari straordinari¹³, nonché di una serie di istituti giuridici che, al di là delle specifiche normative di settore, risultano teleologicamente riconducibili all'art. 120, comma 2 della Costituzione¹⁴. I due profili – commissariamento e poteri sostitutivi – risultano, peraltro, intimamente connessi. La stessa costituzione dell'organo straordinario può essere interpretata, infatti, innanzitutto (anche se

¹¹ V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, in *Dir. Pub.*, 2007, 2, 350.

¹² *Ibidem*.

¹³ Per un inquadramento generale dell'istituto del commissariamento, si vedano: L. Tumati, G. Berti, *Commissario e commissione straordinaria*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960; R. Jusso, *Commissario governativo e prefettizio*, in *Nss. D.I., App.*, vol. II, Torino, 1980; G. Rizza, *Commissario straordinario*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1990. Più di recente, si evidenzia il lavoro di G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013.

¹⁴ La giurisprudenza costituzionale consolidatasi dopo la riforma del 2001 ha avuto modo di precisare come tale norma non escluda – al di là delle fattispecie di sostituzione *straordinaria* – la configurabilità da parte della legge di forme *ordinarie* di sostituzione di altri enti pubblici territoriali nei confronti di amministrazioni gerarchicamente sotto ordinate (attivabili al fine di salvaguardare interessi unitari che sarebbero compromessi dall'incapacità o dall'inerzia dell'ente che ordinariamente dovrebbe tutelarli), delineando piuttosto in capo al Governo un potere generale, straordinario ed aggiuntivo rispetto alle fattispecie espressamente previste dalla legislazione (cfr. Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 313, in *Foro it.*, 2004, I, 2675; Id., 27 gennaio 2004, n. 43, in *Le Regioni*, 2004, 4, con nota di F. Merloni, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, 1074 ss.). Dal canto suo, l'art. 8 della legge n. 131/03 delinea la procedura per l'esercizio dei poteri sostitutivi dello Stato, individuando una serie di garanzie volte ad assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, indicati dall'art. 120 Cost. come parametri cui deve ancorarsi la disciplina legislativa dell'istituto.

non esclusivamente¹⁵), come uno “strumento di sostituzione”¹⁶ attraverso cui un soggetto o un organo estraneo all’organizzazione di un’Amministrazione (o, comunque, non investito dal legislatore delle funzioni interessate) esercita *in via straordinaria*, surrogatoria e transitoria determinate competenze che a quest’ultima spetterebbero in base alla legge. Ciò avviene sia nei casi in cui l’organo straordinario sia chiamato ad amministrare un ente pubblico in seguito al suo scioglimento per *inidoneità* allo svolgimento di attività di amministrazione o all’impedimento dei suoi organi ordinari, sia nel caso in cui esso sia costituito per il compimento di specifici atti amministrativi, a fronte dell’inadempienza della pubblica amministrazione competente o in virtù di specifiche esigenze scaturenti dalla particolarità della fattispecie che ne è oggetto.

In ogni caso, però, dal punto di vista contenutistico, il potere che il sostituto è chiamato ad esercitare non si discosta in maniera evidente da quello previsto in via ordinaria in capo al sostituito e – di riflesso – la straordinarietà del potere esercitato non si sostanzia in un intervento *extra ordinem*, ma viene a coincidere con la «rottura temporanea e funzionalmente circoscritta dell’ordine delle competenze»¹⁷. In questi casi, la straordinarietà del potere, qui intesa in termini strettamente soggettivi, si riflette direttamente sull’organizzazione e si lega all’esistenza stessa del commissario, i cui poteri risultano per lo più preordinati all’esercizio straordinario di una funzione ordinaria: è, dunque, il soggetto che agisce ad “assorbire” la connotazione di straordinarietà, mentre il potere che in concreto esso esercita viene incardinato all’interno di un insieme di attribuzioni che non

¹⁵ Alla figura commissariale risultano, infatti, attribuiti – accanto ai canonici poteri di sostituzione – anche poteri “nuovi” ed oggettivamente straordinari, incidenti in modo differente, rispetto all’amministrazione ordinaria, sull’assetto degli interessi tutelati dall’amministrazione sostituita. Tali poteri si riconnettono, però, a situazioni di natura emergenziale e fanno capo ad una diversa concezione dogmatica di potere straordinario, che sarà esaminata *infra*.

¹⁶ A tutte le figure commissariali sono, nel nostro ordinamento giuridico, ascrivibili – seppur con modalità e misure differenti – poteri di natura sostitutiva. Cfr., sul punto, G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 62 ss. Il fondamento di tale potere surrogatorio, esercitabile *in primis* da parte dello Stato, è stato da sempre identificato dalla dottrina nel generale principio di diritto pubblico a mente del quale «incombe sullo Stato il dovere di richiamare all’osservanza della legge le stesse amministrazioni locali quando se ne allontanino e di supplire alla insufficienza delle amministrazioni stesse quando non vogliano o non possano adempiere ai loro uffici» (F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di G. Miele, Padova, 1960, 394). La sostituzione nel diritto amministrativo può essere definita, utilizzando le parole di autorevole dottrina, come l’istituto giuridico mediante il quale «una determinata attività o attribuzione o competenza considerata in modo concreto dal diritto positivo come spettante ad un soggetto venga data ad esercitare, per generale autorizzazione legislativa [...] ad un altro soggetto» (così, G. Miele, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 98). Il potere sostitutivo asseconda la più profonda vocazione garantista del nostro ordinamento e manifesta una intima connessione con il principio di sussidiarietà, anch’esso oggetto di esplicita consacrazione nella Carta fondamentale all’art. 118. Per una ricostruzione più accurata del potere sostitutivo si rinvia, in particolare, a M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2005 e la dottrina ivi citata.

¹⁷ V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, cit., 351.

si discostano da quelle ordinariamente previste dalla legge in capo alle amministrazioni competenti.

Così, ad esempio, i commissari prefettizi nominati a norma dell'art. 141 del D.lgs. n. 267/2000 hanno il compito di amministrare l'ente fino all'elezione del nuovo consiglio e del nuovo sindaco, esercitando in via principale tutti i poteri ordinari degli organi dell'ente locale¹⁸. Esercitano poteri sostanzialmente ordinari anche le figure commissariali previste dall'art. 11 della legge n. 400/1988 ed istituite «al fine di realizzare specifici obiettivi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri, o per particolari temporanee esigenze di coordinamento tra amministrazioni statali»¹⁹. Alla luce di tale considerazione, parte della dottrina ha opportunamente rilevato che la qualificazione di tali ultime figure commissariali come “straordinarie” sarebbe sotto certi versi impropria, in virtù dell'assenza di elementi di straordinarietà nella concreta azione del Commissario, i cui atti appaiono privi di qualsivoglia forza derogatoria²⁰.

Organi commissariali straordinari possono, però, essere istituiti nel nostro ordinamento anche al di fuori dei casi di sostituzione riconducibili all'ordinaria amministrazione della cosa pubblica, per far fronte a differenti esigenze di natura contingente, occasionale ed eccezionale, in relazione alle quali – in virtù del particolare interesse pubblico da tutelare o sulla base dell'esperienza – risulterebbe ina-

¹⁸ I commissari prefettizi possono esercitare anche poteri oggettivamente straordinari e derogatori. Sul punto, cfr. *infra*.

¹⁹ La finalità della costituzione di tali organi straordinari governativi è quella di «dotare l'esecutivo di uno strumento operativo cui far ricorso quando si tratti di perseguire obiettivi specifici in un arco di tempo ristretto e sia necessario, nel contempo, coordinare in vista del medesimo scopo amministrazioni pubbliche diverse»: così si legge nella Relazione alla Proposta di legge n. 685 del 9 luglio 1989, richiamata da F. Teresi, *I commissari straordinari del governo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1447. Il commissario straordinario del Governo viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e previa deliberazione del Consiglio ed opera in settori strategici in cui l'esecutivo statale ritiene di dover concentrare in capo ad un soggetto statale, straordinariamente istituito, determinate competenze di coordinamento operativo o di fissazione di specifici obiettivi dell'azione amministrativa. Nel decreto presidenziale di nomina sono determinati i compiti del commissario e le dotazioni di mezzi e personale a sua disposizione; con lo stesso atto viene altresì stabilita la durata dell'incarico, che può tuttavia essere prorogata. Al momento sono in carica, ai sensi della l. 400/1988, quattro commissari straordinari del Governo: il Commissario straordinario del Governo per gli interventi di restauro e valorizzazione dell'ex carcere borbonico dell'isola di Santo Stefano a Ventotene; il Commissario straordinario del Governo per il recupero delle balle di rifiuti plastici pressati (Combustibile solido secondario) perse dalla Motonave “IVY” nelle acque del Golfo di Follonica; il Commissario straordinario di Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura; il Commissario straordinario di Governo per la gestione del fenomeno delle persone scomparse (cfr. www.presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/CommissariStraordinari/index.html). È, altresì, possibile che ulteriori commissari straordinari governativi vengano nominati sulla base della previsione di specifiche normative di settore. Così avviene, ad esempio, con il Commissario straordinario del governo per la gestione del piano di rientro del debito pregresso del comune di Roma, nonché – di recente – con il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 (cfr.: <http://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/CommissariStraordinari/index.html>).

²⁰ G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 163..

deguato l'utilizzo degli organi ordinari. Tipico esempio è la figura del commissario straordinario per la protezione civile, istituito dalla legge n. 996 del 1970, vertice operativo dell'organizzazione dell'emergenza, organo investito di poteri atipici ed eccezionali che corrispondono alle esigenze contingenti prospettate dalla temporanea gestione di uno stato emergenziale. A questo soggetto è riconosciuta un'ampia capacità di valutazione della situazione concreta, cui è legata notevole autonomia dispositiva e di azione, anche al di fuori degli schemi ordinari tracciati dalla legge²¹.

In questi casi, a ben vedere, non si determina soltanto una alterazione dell'ordine delle competenze riconosciute in via ordinaria agli enti pubblici, ma alla sostituzione soggettiva si accompagna la previsione di attribuzioni "nuove" ed ulteriori in capo al commissario, ontologicamente riconducibili ad una differente e più pregnante accezione di straordinarietà, costruita intorno alla nozione di potere in senso stretto e qualificata dalla atipicità dei presupposti e/o degli effetti che derivano dal suo esercizio²², nonché dalla capacità derogatoria degli atti in cui esso si esprime.

Il concetto di "potere straordinario" può e deve, infatti, essere considerato ed analizzato soprattutto dal punto di vista strettamente oggettivo, prendendo cioè in esame le caratteristiche intrinseche delle attribuzioni conferite all'Amministrazione. Da tale prospettiva non appare più centrale la definizione delle peculiarità del soggetto che – collocato al di fuori del normale contesto organizzativo e funzionale dell'ente di cui assorbe le competenze – agisce in via straordinaria, ma il modo diverso in cui un'Amministrazione legislativamente titolare di una determinata funzione può esercitare i poteri ad essa connessi. Sono quasi sempre fattori esterni all'amministrazione, riconducibili alle ampie e già richiamate categorie di urgenza ed emergenza²³, ad influenzare e deviare astrattamente o materialmente l'andamento del pubblico potere che, a causa del verificarsi di una qualificata condizione che non consente di seguire l'ordinario *iter* procedimentale, pur rimanendo perfettamente incardinato all'interno della fattispecie normativa generale che lo prevede, viene esercitato in via straordinaria, ovvero in modo differente rispetto a quanto avviene nella disciplina comune.

La "rottura" nel sistema, in questi casi, può manifestarsi con diverse intensità.

²¹ Cfr. D. Caldirola, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2/2010, 200 ss. Si veda anche G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 33 ss. Il commissario straordinario per la protezione civile – attraverso il progressivo ampliamento oggettivo e temporale delle sue funzioni – incarna oggi una sorta di amministrazione "parallela", in cui la straordinarietà e l'ordinarietà si fondono e delineano un sistema ibrido di difficile inquadramento.

²² Accanto alla straordinarietà soggettiva coesiste, in questi casi, l'esercizio di poteri straordinari sotto il profilo oggettivo, per le cui caratteristiche si rinvia a quanto sarà avanti esposto, in particolare con riguardo ai poteri straordinari di ordinanza.

²³ Per un approfondimento della portata di tali concetti giuridici nel diritto amministrativo, si rinvia alle considerazioni espresse più avanti.

La prima espressione oggettiva della straordinarietà del provvedere si riconnette a quegli atti che Giannini definì come “provvedimenti necessitati”²⁴. Tali provvedimenti costituiscono una categoria con tratti costitutivi non dissimili da quelli dei provvedimenti amministrativi ordinari: il potere «resta dotato di tutti i suoi caratteri tipici, sia riguardo al soggetto (non viene derogato né l'ordine delle attribuzioni né quello delle competenze) sia riguardo all'atto adottato e ai suoi effetti (che resta quello previsto dalla legge nel suo modello tipico)»²⁵, salvo il presupposto «che in questi casi è costituito dall'urgenza». Ed è proprio questo presupposto a determinare quelle «modificazioni strutturali derivate»²⁶ dell'atto che le circostanze rendono necessarie ai fini della tutela dell'interesse pubblico. L'elemento caratteristico più importante degli atti necessitati sta, dunque, nel fatto che l'urgenza da cui essi discendono viene in astratto contemplata dalla norma attributiva del potere come causa legittimante di un intervento straordinario, in relazione al quale, però, la legge definisce sia i mezzi e le modalità attraverso cui l'autorità dovrà agire, sia le finalità particolari che essa dovrà perseguire.

Com'è noto, nella legge n. 241/1990 la possibilità di emanare atti necessitati è prevista, in particolare, con riguardo all'esclusione in capo all'amministrazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento qualora emergano «particolari esigenze di celerità» (art. 7). In via generale, dottrina e giurisprudenza amministrativa riconoscono la legittimità di tale deroga in tutti i casi in cui le esigenze di celerità nel provvedere si riconnettono alla necessità di evitare il protrarsi di situazioni “antigiuridiche”, giustificando la straordinarietà dell'azione alla luce di un accorto bilanciamento tra il principio di partecipazione ed i principi di celerità ed efficienza dell'amministrazione²⁷. Il dovere di motivazione (sempre richiesto per l'emanazione di tali atti anche in relazione alla sussistenza dei presupposti) risulta, peraltro, estremamente attenuato per specifiche categorie di provvedimenti, in relazione alle quali la giurisprudenza amministrativa è giunta a qualificare l'urgenza alla stregua di un vero e proprio presupposto di fatto dell'atto.

²⁴ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. sez. civ.*, XXVII, I quadr., 1948, ora in *Scritti*, vol. II, 1939-1948, Milano, 949 ss.

²⁵ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 952.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sempre in via di principio, per derogare al dovere di comunicazione prescritto dall'art. 7 non si ritiene sufficiente una generica esigenza di celerità, ma viene richiesta la manifestazione di una “urgenza qualificata”, non imputabile al comportamento dell'Amministrazione e che quest'ultima possa congruamente rappresentare e motivare, con riguardo alle concrete esigenze di soddisfacimento del pubblico interesse cui il provvedimento è proteso (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580, in www.giustizia-amministrativa.it). Per un'analisi della giurisprudenza in materia, si veda R. Caranta, G. Ferraris, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, 92 e le pronunce ivi citate. Per un preciso inquadramento dottrinale dell'art. 7 della l. 241, si rinvia a R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Commento agli artt. 7-8, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 566 ss. e, più in generale, a E.M. Marengi, *I confini del diritto alla partecipazione*, Milano, 2013, *passim*.

Sono proprio questi i provvedimenti che più efficacemente qualificano la categoria degli atti necessitati cui l'art. 7 della legge generale sul procedimento fa riferimento, "giustificati" dalla alterazione del substrato fattuale su cui essi incidono. Così avviene, ad esempio, nelle ipotesi di procedimenti in materia di documentazione antimafia e di quelli relativi alla consequenziale revoca dell'aggiudicazione degli appalti, i cui rispettivi provvedimenti sono considerati dal Consiglio di Stato intrinsecamente caratterizzati da profili di urgenza, tali da giustificare la totale assenza di qualsivoglia comunicazione preventiva all'interessato²⁸. Ugualmente avviene nei procedimenti per il rimpatrio con foglio via obbligatorio, in cui le garanzie partecipative sono sempre annullate al cospetto dell'urgenza di allontanare dal territorio nazionale un soggetto giudicato pericoloso²⁹. In materia urbanistica, anche il provvedimento volto alla rimozione di opere edilizie totalmente difformi o sprovviste di un legittimo titolo edilizio possiede pacificamente un'urgenza *in re ipsa*, che discende dal prevalente interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico violato e che legittima l'assenza della comunicazione di avvio del relativo procedimento³⁰.

La qualificazione di un provvedimento come "necessitato" non determina soltanto possibili deroghe alle norme sulla partecipazione procedimentale, ma può coinvolgere anche i profili più generali dell'azione amministrativa. Ciò avviene, ad esempio, nel codice dei contratti pubblici, dove si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano concludere appalti mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in tutti i casi in cui – «per ragioni di estrema urgenza», per «eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice» e per fatti che non siano in alcun modo imputabili alla stessa – i termini ordinari previsti per le procedure aperte, per le procedure ristrette o per

²⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4454; Id., 7 luglio 2016, n. 3009; Id., sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756; Id., sez. V, 12 giugno 2007, n. 3126; Id., 28 febbraio 2006, n. 851; Id., sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 30 marzo 2009, n. 307, in www.giustizia-amministrativa.it. Specularmente, a seguito dell'emanazione del provvedimento interdittivo, non sussiste per la Prefettura alcun obbligo di diretta comunicazione all'impresa interessata, la quale ne verrà a conoscenza dell'informativa soltanto attraverso i provvedimenti consequenziali (della stazione appaltante) che da essa deriveranno.

²⁹ In tali casi l'avvio del procedimento amministrativo dinanzi al questore coincide con l'emanazione del provvedimento di rimpatrio (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 1182, in www.giustizia-amministrativa.it). Parte della giurisprudenza ritiene che anche nei procedimenti in materia di rilascio o rinnovo dei titoli di soggiorno non incidano sulla legittimità del provvedimento né la mancata comunicazione di avvio del procedimento di revoca del permesso di soggiorno, né l'omessa comunicazione delle ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno (cfr. T.A.R. Firenze, Toscana, sez. II, 6 giugno 2012, n. 1080; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 71/2008, in www.giustizia-amministrativa.it).

³⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4204, in www.giustizia-amministrativa.it. Un profilo particolare che pare emerge da tale fattispecie normativa riguarda la sovrapposibilità dell'urgenza (che giustifica l'emanazione dell'atto necessitato) alla vincolatività dell'azione amministrativa nel caso che ne è oggetto.

le procedure competitive con negoziazione non possano essere rispettati (art. 63, comma 2, lett. c, D. lgs. n. 50/2016)³¹.

Norme procedurali derogatorie di ampia rilevanza emergono, con analogia *ratio legis*, anche nel T.U. sull'espropriazione, laddove sono previste modifiche alla disciplina procedimentale ordinaria – espressamente riconnesse a situazioni “di particolare urgenza” – tanto nella determinazione dell'indennità provvisoria ai fini dell'emanazione del decreto di esproprio (art. 22 d.P.R. n. 327/2001), quanto in relazione alla stessa occupazione dell'immobile da espropriare (art. 22-*bis*, d.P.R. n. 327/2001). È considerato atto necessitato anche quello emesso a seguito dell'esercizio del controverso potere di requisizione³² che, com'è noto, determina – in casi di grave ed urgente necessità³³ – la temporanea acquisizione da parte dell'Amministrazione della disponibilità di un bene (con la sua conseguente sottrazione a danno di chi vanta su di esso un diritto reale, al di fuori di un formale procedimento di espropriazione), al fine di tutelare in via immediata e diretta un pubblico interesse ritenuto prevalente³⁴. La norma che in via generale legittima l'esercizio di tale potere si rinviene nell'art. 7 della legge n. 2248/1865, all. E, che conferisce all'amministrazione la facoltà di disporre della proprietà privata “per grave necessità pubblica”.

L'elemento comune alle eterogenee fattispecie normative brevemente richiamate sta nel fatto che la straordinarietà che da esse emerge si sostanzia nell'eserci-

³¹ La norma è attuativa di quanto disposto in materia dalla disciplina comunitaria. Il Considerando 50 della direttiva 2014/24/UE precisa, infatti, che: «Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto [...]». La fattispecie, nella precedente versione del Codice, era stata in parte qualificata dalla legge n. 164/2014, che aveva inserito nell'ormai abrogato art. 57, comma 2 del D.lgs. n. 163/2006 l'espresso riferimento ad interventi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati. La genericità della formulazione della norma oggi vigente lascia alle amministrazioni aggiudicatrici una maggiore discrezionalità nella individuazione degli eventi urgenti ed imprevedibili che giustificano l'alterazione del normale procedimento di selezione del contraente.

³² In tal senso, F. Pugliese, voce *Requisizione*, in *Digesto disc. pub.*, IV ed. vol. XIII, 1997.

³³ Le ragioni di urgenza in situazioni inaspettate, improvvise e imprevedibili, che legittimano il potere di requisizione sono riconnesse dalla giurisprudenza alla «impossibilità di utilizzare i rimedi ordinari previsti dall'ordinamento» (Cfr. Cons. St., Sez. I, parere n. 5820 del 31 dicembre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Sul potere del sindaco di adottare provvedimenti di requisizione, si veda Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁴ La giurisprudenza amministrativa ha ben chiarito che la requisizione non è assimilabile alla categoria delle ordinanze contingibili ed urgenti e neanche può essere considerato alla stregua di un mero atto ablativo «finalizzato per scopi urbanistici alla trasformazione del territorio con la realizzazione di un'opera pubblica» (cfr. la già citata Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In dottrina, sulla requisizione si vedano, in particolare: A. Romano, *La requisizione tra sindaci, prefetti e giudici amministrativi*, in *Foro It.*, 1978, 174; G.B. Verbari, “*Requisizione (dir. amm.)*”, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 908; M. Vignale, *Requisizione ed altre ordinanze di estrema urgenza*, Napoli, 1989, 47 ss.

zio di un potere con tratti in parte diversi o derogatori e spesso più celere rispetto a quello ordinario, ma che risulta comunque predeterminato a monte da una disposizione generale di legge, nel pieno rispetto tanto della nominatività, quanto della tipicità degli effetti degli atti emanati dall'Autorità.

Ogni tentativo di distinzione (in particolare) nel campo delle scienze giuridiche – al di là delle più o meno rilevanti difficoltà definitorie che ne derivano – apre, inevitabilmente, un problema di rapporti ed intersezioni tra *categorie*. E così, anche nel caso della qualificazione dogmatica degli organi e dei poteri straordinari, in dottrina è stata discussa la questione della esatta individuazione del punto di discriminazione tra il potere genericamente inteso come straordinario ed il potere sostitutivo in senso stretto, tipico delle figure commissariali, organi straordinari già definiti come “strumenti di sostituzione”. Le due categorie hanno di certo alcune caratteristiche in comune, ed anzi tendono spesso a sommarsi ed a confondersi in un insieme di attribuzioni tra loro intimamente connesse; sarebbe, tuttavia, un errore ritenere di potere sovrapporre formalmente i due concetti³⁵.

Il potere straordinario, a differenza del potere sostitutivo, non si riconnette ad un inadempimento o ad un inesatto svolgimento della funzione amministrativa imputabile in capo ad un altro ente pubblico (ed, anzi, spesso la esclude), ma presuppone il verificarsi di una situazione imprevedibile e straordinaria, legata dall'individuazione del comportamento omissivo o commissivo di un soggetto “responsabile”. L'esercizio del potere sostitutivo, dal canto suo, non rinviene sempre la sua legittimazione una situazione di straordinarietà, ma può essere ordinariamente riconnesso dalla legge al mancato esercizio della funzione o al soddisfacimento di specifiche necessità di amministrazione attiva, fatto che determina la predisposizione da parte dell'ordinamento di un intervento rimediale per la tutela di interessi essenziali che verrebbero altrimenti pregiudicati o non valorizzati.

Il potere sostitutivo può essere esso stesso straordinario³⁶ (come avviene nelle ipotesi di intervento sostitutivo straordinario del Governo delineato in via generale dell'art. 120 Cost.) o essere affiancato ad ulteriori poteri di natura straordinaria e derogatoria, ma il potere straordinario non può in nessun caso essere oggettivamente considerato soltanto come potere sostitutivo. Un esempio utile ai fini di tale distinzione è rinvenibile nei già richiamati artt. 143 e seguenti del Testo unico degli enti locali, D.lgs. n. 267/2000, norme che disciplinano lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali in seguito a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso. In tali casi – com'è noto – è prevista la nomina di un organo straordinario incaricato del governo dell'ente, individuato

³⁵ Cfr. G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 65 ss.

³⁶ Il potere sostitutivo è accostabile ad altri istituti tipici dell'organizzazione amministrativa, quali l'avvocazione, la delegazione e la supplenza, tesi a sopperire a possibili disfunzioni, ancorché da questi si discosti in quanto non avviene tra organi ordinari o permanenti.

in un commissario prefettizio. Ad esso sono attribuiti, accanto ai fisiologici poteri sostitutivi che discendono dal venir meno dell'Amministrazione locale (il commissario assume tutti poteri assegnati per legge al sindaco, al Consiglio comunale ed alla Giunta), anche ulteriori poteri di natura straordinaria, volti a fronteggiare esigenze peculiari connesse alla condizione patologica dell'ente. Tra questi, ad esempio, è prevista la possibilità di impiegare temporaneamente presso l'ente, in posizione di comando o distacco, personale amministrativo e tecnico facente capo ad altre amministrazioni ed enti pubblici, anche in deroga alle norme vigenti (art. 145, comma 1 T.U.E.L.). Sotto il profilo della straordinarietà, in tale fattispecie convivono una straordinarietà soggettiva – che si concretizza nella costituzione dell'organo prefettizio come sostituto dell'Amministrazione locale – ed una straordinarietà oggettiva, che riguarda la facoltà riconosciuta ai commissari di emettere atti derogatori rispetto alla legge. Dal punto di vista del potere in senso stretto, invece, ben si distinguono i poteri sostitutivi (che, in questo caso non hanno natura ontologicamente straordinaria, poiché determinano “semplicemente” il passaggio delle ordinarie attribuzioni di legge dagli organi comunali al commissario) dai poteri straordinari, che si qualificano in relazione alla necessità di intervenire in via derogatoria per far fronte alle esigenze del caso concreto, non altrimenti salvaguardabili³⁷.

2.1. Segue: *Il potere straordinario di ordinanza*

Al di là delle figure commissariali (manifestazione soggettiva del potere straordinario) e degli atti c.d. necessitati, esiste una terza, più ampia, intensa e con-

³⁷ Uno specifico potere sostitutivo intrinsecamente straordinario è anche quello riconosciuto dall'art. 39 del d.P.r. n. 380/2001 in capo alle Regioni per l'annullamento dei titoli edilizi illegittimi rilasciati dai comuni. L'esercizio del potere di annullamento regionale è attività ampiamente discrezionale, nella quale l'amministrazione è chiamata a contemperare l'opportunità di caducare l'atto illegittimo con quella di conservarne gli effetti, così come si sono venuti a comporre per effetto dell'atto stesso, in capo al destinatario del medesimo. Tale potere, esercitabile nel termine di dieci anni dall'adozione del titolo edilizio ed alla luce della sussistenza di «gravi motivi di interesse pubblico», è stato espressamente qualificato dalla giurisprudenza come “potere di natura eccezionale” con caratteri “di straordinarietà ed ampia discrezionalità”; esso incide, infatti, «sull'autonomia costituzionalmente garantita del Comune» in modo tale da non poterlo ricondurre all'ordinaria attività amministrativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 22 aprile 1997, n. 660, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Tale potere non è, dunque, ascrivibile nel novero delle attività di controllo (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 agosto 2017, n. 4008, in *www.giustizia-amministrativa.it*), né assimilabile ai poteri di annullamento in autotutela (in virtù della sostituzione soggettiva). L'esercizio del potere sostitutivo di annullamento regionale, a differenza dei poteri di autotutela del comune, non comporta un riesame del precedente operato, ma è finalizzato a ridelineare l'assetto edilizio, riconducendo le amministrazioni comunali – attraverso l'intervento di un altro soggetto giuridico, ovvero la Regione – alla rigorosa attuazione della normativa in materia, in relazione alla quale l'interesse pubblico all'annullamento è considerato *in re ipsa* (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 1998 n. 443, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

trovera accezione del potere straordinario. Essa fa capo a quella categoria di atti amministrativi qualificati dalla legislazione come “atti di ordinanza”³⁸.

Nel 1948 Massimo Severo Giannini scriveva che, chiedendo agli «esperti di diritto» se taluni atti emanati dal Prefetto o dal Ministero dell'Interno fossero qualificabili o meno come “ordinanze”, se ne avrebbe avuto «senz'altro il consenso»; uguale risultato si sarebbe ottenuto asserendo che tali provvedimenti «attuano uno specifico potere di ordinanza», questione pacifica in particolare nei casi in cui si appalesi la necessità per l'Amministrazione di agire in via straordinaria. Se si fossero, invece, interrogati gli stessi soggetti sul contenuto e la qualificazione del potere di ordinanza, nessuno sarebbe stato «più in grado di rispondere con sicurezza»³⁹. A distanza di più di settant'anni dalle parole dell'autorevole Maestro, le vicende che ruotano attorno a tale tipologia di potere straordinario non si mostrano ancora pienamente lineari.

Il potere di ordinanza (la cui natura di atto amministrativo e non legislativo non è in alcun modo posta in discussione)⁴⁰, quando è preordinato all'emanazione di atti amministrativi puntuali e concreti, si qualifica sempre come potere «monocratico [...] primario e sussidiario»⁴¹. È un potere monocratico poiché viene di norma attribuito ad un organo individuale ed anche quando si colloca tra le attribuzioni di un'Amministrazione complessa, viene esercitato direttamente da un unico soggetto titolare del pubblico ufficio. Quanto alla sua qualificazione in termini di potere primario ovvero sussidiario, l'esempio più efficace di tale possibile diversa configurazione si rinviene nella disciplina del potere di ordinanza sindacale, che può incarnare una potestà propria, *primaria* del sindaco in qualità di capo dell'amministrazione comunale, ovvero concretizzarsi nel potere di un ufficio periferico dell'Amministrazione statale, di cui proietta – “sussidiariamente” – a livello locale le attribuzioni. Il potere di ordinanza è, dunque, fisiologicamente «polimorfo»⁴², atteggiandosi in forme tra loro differenti, anche quando viene esercitato dal medesimo organo. In alcuni casi l'atto di ordinanza è

³⁸ Il potere di ordinanza a cui si fa riferimento è, naturalmente, quello di natura provvedimentoale “puntuale e concreta”. Nel diritto amministrativo italiano la locuzione “ordinanza” non indica, infatti, un singolo istituto giuridico, ma – come osservato dalla dottrina – si riconnette ad una vasta ed eterogenea area di atti e provvedimenti: «oltre ai provvedimenti (puntuali e concreti), il nome è utilizzato sia per atti normativi [...], sia per atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada)» (cfr. R. Cavallo Perin, *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, aggiornamento 2010, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, X Vol.*, 1995, 366 ss.), nonché per determinati provvedimenti resi dall'Autorità giurisdizionale.

³⁹ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 949.

⁴⁰ La Corte costituzionale e la giurisprudenza pacificamente qualificano i poteri d'ordinanza come poteri amministrativi, sia in senso formale, sia in senso sostanziale: «i provvedimenti in questione hanno il carattere di atti amministrativi, [...] strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale d'ufficio e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico» (cfr. Corte cost., sent. n. 8/1956, in *www.cortecostituzionale.it*).

⁴¹ F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 971.

⁴² F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, cit., 973.

“istituzionalizzato”⁴³ dall’ordinamento: esso si colloca nell’ambito della disciplina organizzativa interna della pubblica amministrazione e si manifesta tanto in atti amministrativi volti a regolamentare determinati settori, quanto in atti più dettagliati che statuiscono singole prescrizioni di comportamento all’interno del sistema organizzativo dell’ente. Non sempre agevole è, sotto questo profilo, la distinzione dell’atto di ordinanza dal provvedimento di ordine.

In via generale può ritenersi che, mentre l’ordine si atteggia come atto vincolato o frutto di discrezionalità tecnica, l’ordinanza consegue invece ad un processo valutativo/discrezionale dell’Amministrazione⁴⁴. In altri casi, il potere di ordinanza acquisisce funzioni di amministrazione attiva, ma non qualificata da elementi di straordinarietà. Il contenuto del provvedimento amministrativo discende da diritti o potestà tipici dell’amministrazione, dei quali costituisce concretizzazione o esercizio ed in relazione ai quali la legge descrive compiutamente tutti gli elementi costitutivi della fattispecie. Così accade, ad esempio, con i provvedimenti sindacali – in forma di ordinanza – che intervengono, ad esempio, sulla chiusura dell’accesso al pubblico a determinate proprietà comunali o regolamentano il traffico cittadino ed il commercio⁴⁵.

Solo una parte degli atti che il legislatore indica con la locuzione *de qua* può, dunque, essere ricondotta al *genus* dei provvedimenti necessitati e, così, essere associata all’esercizio di un potere amministrativo straordinario.

Il provvedimento straordinario di ordinanza può essere sinteticamente qualificato come atto necessitato che si colloca al di fuori dell’esercizio legalmente predeterminato della funzione amministrativa: degli atti necessitati ha il presupposto, rappresentato dall’urgenza di provvedere, ma da essi si discosta in ragione della atipicità derogatoria che lo caratterizza. L’ordinanza acquisisce, dunque, carattere straordinario quando assume le fattezze di un atto autoritativo volto ad imporre, vietare o regolamentare in maniera atipica un determinato comportamento⁴⁶ non predeterminato da una norma, al fine di salvaguardare un pubblico

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 33. Ciò non toglie che nella prassi atti catalogabili come ordini possono essere definiti ordinanze (o viceversa), attesa la disomogeneità nell’uso di tali termini da parte del legislatore.

⁴⁵ Esempio tipico di tale categoria di atti è quello descritto dall’art. 50, comma 7 del TUEL, norma che prevede un potere di ordinanza di natura ordinaria in materia di orari di vendita degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici (in attuazione degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell’ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione). Le ordinanze ordinarie vengono, poi, spesso utilizzate per particolareggiare le forme di contrasto a comportamenti altrimenti qualificati come illeciti, rafforzando gli strumenti di intervento previsti dalla legge o predisponendo più articolate forme di reazione dei pubblici poteri.

⁴⁶ Il provvedimento può riferirsi a soggetti determinati ed individuati, ovvero alla generalità dei consociati. «Le ordinanze contingibili ed urgenti, sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono prov-

interesse generale⁴⁷ ed in ragione del verificarsi di un evento imprevisto. Si tratta di un provvedimento giustificato da una necessità non altrimenti fronteggiabile, il cui contenuto non viene prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria risulta semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'amministrazione (per tale ragione tali provvedimenti sono stati anche definiti da parte della dottrina come «ordinanze libere»⁴⁸). Il potere straordinario di ordinanza non ha, in altre parole, contenuti predefiniti. Esso rappresenta la manifestazione del potere straordinario «in senso proprio e pieno»⁴⁹: il provvedimento, in questi casi, «viene di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere [...] virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei fini»⁵⁰. In altre parole, la straordinarietà del potere non si manifesta solo nella sua potenzialità derogatoria (prevista in via generale per tutti gli atti necessitati), ma qualifica l'atto per l'indeterminatezza dei suoi contenuti, che si sostanziano in «tutto ciò» che nel caso concreto si renda necessario (anche a livello derogatorio) per il raggiungimento dello scopo prefissato dalla norma⁵¹, attraverso un processo di eterointegrazione. All'Autorità amministrativa viene, in sostanza, conferita la speciale «capacità»⁵² di esercitare, in determinate circostanze imprevedibili e transitorie, ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo, o perché la fattispecie verificatasi non era prevista da alcuna norma o perché quella stessa fattispecie è tale da esigere, a giudizio dell'Amministrazione, una disciplina diversa da quella individuata in astratto.

Le due caratteristiche strutturali tipiche delle ordinanze d'urgenza (o, che dir si voglia, ordinanze emergenziali, di necessità ed urgenza, contingibili ed urgenti) sono, dunque, l'astratta capacità derogatoria rispetto alle norme ordinarie e, soprattutto, l'indeterminatezza degli effetti prodotti, valutati discrezionalmente – di volta in volta – dal soggetto al quale la norma attribuisce il relativo potere.

vedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi». Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 gennaio 1977 n. 4, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁷ L'interesse non può, in questi casi, mai essere di natura «particolare»: cfr. *T.A.R. Campania, sentenza 08 febbraio 2006 n. 1776*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ L'espressione è di G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 33.

⁴⁹ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, cit., 353.

⁵⁰ In tali termini, G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 90 ss.

⁵¹ Come affermato in dottrina, «[a] differenza che nel caso dell'esercizio in via di urgenza di poteri ordinari, qui le deroghe possono essere a loro volta innominate, non previste cioè dalla vigente disciplina; e in via di principio, si identificano come quelle rese necessarie dalla situazione di fatto, dall'esigenza di farvi fronte» (cfr. V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, cit., 355).

⁵² Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pub.*, 2007, 2, 354.

Le norme che conferiscono il potere straordinario di ordinanza hanno, senz'altro, natura eccezionale. Tuttavia, a differenza delle norme speciali che prevedono situazioni di urgenza in contesti ordinariamente disciplinati, esse insinuano una sorta di contraddizione nel sistema delle norme e degli atti poiché determinano un'alterazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, sotto il profilo della tipicità degli atti emessi dall'Autorità. Tale peculiarità si amplifica considerando l'importanza che gli atti di ordinanza assumono nell'ambito dell'attività amministrativa generale, rappresentando essi, anche in termini "quantitativi", la più rilevante espressione del potere straordinario nel nostro ordinamento.

Del controverso rapporto tra legalità ed ordinanze d'urgenza, nonché delle necessarie limitazioni ad esse applicabili⁵³, la dottrina ha, com'è noto, ampiamente discusso⁵⁴. La deroga al principio di tipicità è stata, così, ritenuta ammissibile solo al ricorrere di specifiche limitazioni ed in relazione a ben definiti presupposti, tutti necessariamente identificati dalla norma attributiva del potere. *In primis*, oltre all'urgenza connaturata a tutte le fattispecie di atti necessitati, risulta necessario il presupposto della contingibilità⁵⁵ della relativa azione e la connessa impossibilità di amministrare attraverso strumenti di natura ordinaria⁵⁶.

Strettamente connessa alla contingibilità è, poi, la provvisorietà degli effetti prodotti, temporalmente limitati alla risoluzione della situazione imprevista ed al "risanamento" dell'ordinario assetto amministrativo⁵⁷. La presenza congiunta di

⁵³ Con riguardo alla riserva di legge, sin dalle sue prime pronunce sul tema, la Corte costituzionale ha evidenziato la distinzione tra «i casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia e i campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge", o altra di eguale significato»: nella prima ipotesi (riserve assolute) è nettamente esclusa la possibilità che possa intervenire il potere di ordinanza; viceversa, nella seconda (riserve relative) il ricorso al potere straordinario di ordinanza è ammesso, a patto che la legge attributiva del potere «indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo al quale il potere è stato attribuito» (cfr. Corte cost., sentenze 20 giugno 1956, n. 8 e 27 maggio 1961, n. 26).

⁵⁴ Si veda, in particolare, anche per una completa ricognizione della dottrina sul punto, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, *passim*.

⁵⁵ Il concetto di contingibilità è associato all'idea della imprevedibilità. È stato, tuttavia, affermato che la situazione su cui interviene l'ordinanza può anche essere già nota all'Amministrazione che agisce in via d'urgenza, «o perché solo attualmente avvertita o perché solo attualmente divenuta improrogabile, come d'altronde può essere in generale prevedibile ma può presentare in certe circostanze caratteri di urgenza e gravità non prevedibili» (in tal senso, testualmente: G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 101).

⁵⁶ Cfr. M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 955: «in tanto vi è bisogno [del potere di ordinanza], in quanto si renda necessario provvedere, per causa di necessità, in modo derogativo (eccezionale) rispetto alla regolamentazione contenuta nelle norme positive: cioè il potere di ordinanza, quanto all'oggetto, è essenzialmente un potere derogatorio necessitato».

⁵⁷ In tale direzione si muove anche l'orientamento del Giudice amministrativo, che ha ben precisato come l'adozione del provvedimento straordinario presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da un'istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale. Contestualmente devono essere evidenti: la necessità di provvedere nell'immediatezza per il pericolo per la pubblica incolumità anche se non imminente, quando sussiste una ragionevole probabilità

tali elementi svolge, infatti, la imprescindibile funzione di «specificazione del contenuto dell'imposizione autoritativa, nel senso di consentire alla pubblica amministrazione solo quelle limitazioni indispensabili al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per le posizioni soggettive dei destinatari dell'atto»⁵⁸.

Nel nostro ordinamento poteri straordinari di ordinanza sono attribuiti, in via principale, al prefetto ed al sindaco, nonché agli organi del Servizio nazionale della protezione civile (che, invero, rappresenta un settore amministrativo del tutto particolare, per una serie di ragioni che verranno di seguito richiamate).

Norma "capostipite"⁵⁹ in materia è l'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), che riconosce al Prefetto «nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica» il potere di «*adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*». Si tratta di un potere di evidente ampiezza, che appare *prima facie* privo di alcuna limitazione, se non quella teleologica, che discende dalla espressa finalità di rimuovere nel modo più sollecito possibile una causa di pregiudizio per l'ordine e la sicurezza pubblica. Il contenuto del potere appare, dunque, assolutamente libero ed infatti sulla norma che lo prevede è intervenuta la nota pronuncia della Consulta che, con nel 1961, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per l'assenza di un espresso riferimento ai principi generali dell'ordinamento quale limite al potere straordinario prefettizio⁶⁰.

che possa verificarsi, se non interviene prontamente, avendone constatato il deteriorato stato dei luoghi; la contingibilità intesa come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi e l'urgenza come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile; la temporaneità dei loro effetti. Cfr., tra le pronunce più recenti, Cons. di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; 24 luglio 2016, n. 3369; 22 marzo 2016, n. 1189, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁸ R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 62.

⁵⁹ L'espressione è di G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, *www.rivistaaic.it*, 2010, 9.

⁶⁰ Con una prima sentenza (Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8 in *Foro it.*, 1956, I, 1050) l'art. 2 del T.U.L.P.S. venne ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale, la quale, peraltro, auspicò una sollecita revisione della norma da parte del legislatore, in modo da evitarne applicazioni o interpretazioni contrarie allo spirito della Costituzione. Nella stessa sentenza, la Corte indicò i criteri ai quali la nuova norma avrebbe dovuto attenersi, e cioè: efficacia limitata dei provvedimenti prefettizi in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicità; conformità del provvedimento ai principi dell'ordinamento giuridico. L'invito della Corte non è mai stato accolto dal legislatore, consentendo, tra l'altro alle Sezioni unite della Corte di cassazione l'affermazione – da collocare a prima vista fra le interpretazioni dell'art. 2 contrarie allo spirito della Costituzione temute dalla Corte costituzionale – secondo cui il prefetto ha il potere di disporre anche dei diritti soggettivi dei cittadini garantiti dalla Costituzione in presenza di circostanze di urgenza o necessità (Cass. Sez. unite 16 giugno 1958, n. 2058, in *Foro it.*, 1958, I, 1092). In considerazione di questa situazione, la Corte costituzionale, con una seconda sentenza di qualche anno successiva (Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26, in *Foro it.*, 1961, I, 888) dichiarò illegittimo l'art. 2 del TUPS nei limiti in cui attribuisce al prefetto il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, «dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino»; precisamente, le ordinanze prefettizie «non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga». In dottrina, si vedano gli autorevoli contri-

Al Prefetto sono attribuiti poteri straordinari di ordinanza anche dal Testo unico delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265). In particolare, l'art. 129 di tale *corpus* normativo stabilisce che «[i]n caso di sospensione o interruzione di un servizio farmaceutico, dipendenti da qualsiasi causa, e dalle quali sia derivato o possa derivare nocumento all'assistenza farmaceutica locale, il Prefetto adotta i provvedimenti di urgenza per assicurare tale assistenza». Questo potere, a differenza di quello generalissimo contemplato nel T.U.L.P.S., si riconnette allo specifico presupposto della sospensione o interruzione del servizio farmaceutico che il legislatore, a monte, ritiene meritevole di una tutela giuridica rafforzata ed atipica, in tutti i casi in cui non sia possibile provvedere in via ordinaria⁶¹.

Il soggetto che utilizza con maggiore frequenza e pervasività i poteri straordinari di ordinanza è, senza dubbio, il sindaco⁶². Com'è noto, il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, D. lgs. n. 267/2000, contiene le due principali norme attributive del potere straordinario d'ordinanza al sindaco, sia in qualità di capo dell'amministrazione comunale, sia quale ufficiale di gover-

buti di L. Mortati, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, in *Democr. e Dir.*, 1960, 72 e V. Crisafulli, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1961, 886 ss., che giudica contraddittorio il salvataggio operato dalla Corte della norma "in bianco" del T.U.L.P.S. A seguito di questa pronuncia manipolativa, è stato "trasferito" in capo alla Pubblica Amministrazione in prima istanza e, in via successiva ed eventuale, ai giudici di merito l'onere di verificare – nelle singole fattispecie concrete – se l'ordinanza sia legittima in quanto emessa nell'esercizio di poteri conferiti dall'art. 2 del T.U.L.P.S. così come ricostruito dalla Corte, ovvero se sia illegittima, risultando lesiva di diritti costituzionalmente garantiti o comunque collocandosi in materie nelle quali la Costituzione pone una riserva di legge. Ad ogni modo, non può non rilevarsi come, a dispetto dell'ampiezza del modello normativo, nella prassi tali provvedimenti abbiano, soprattutto in tempi più recenti, una applicazione sporadica e limitata a determinati settori, quali lo svolgimento degli incontri di calcio, la circolazione stradale o la vendita di alcolici. L'art. 2 del T.U.L.P.S. deve, inoltre, essere coordinato con il successivo art. 216, a norma del quale «qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio della Repubblica, il Ministro dell'interno può emanare ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica». La disposizione ha evidentemente natura integrativa rispetto a quella che prevede l'attribuzione di poteri straordinari in capo al Prefetto e prevede espressamente il potere di derogare alla legislazione vigente. Secondo parte della dottrina, la circostanza che non si registrino attivazioni della competenza straordinaria successive all'entrata in vigore della Costituzione dovrebbe far concludere per la sua tacita abrogazione (cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., 12).

⁶¹ Poteri straordinari in materia sanitaria sono riconosciuti anche al Ministro dell'interno al verificarsi di emergenze epidemiche, attraverso l'attribuzione del potere di «emettere ordinanze speciali per la visita e la disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa» (art. 261 T.U.L.S.). Anche la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, l. 23 dicembre 1978, n. 833, prevede al suo art. 32 in capo al Ministro della sanità un potere di «emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più Regioni». Nelle medesime materie, è riconosciuto un analogo ed atipico potere di ordinanza al Presidente della Giunta regionale ed al sindaco, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni ed al territorio comunale.

⁶² Per una più accurata ricostruzione del potere di ordinanza sindacale contingibile ed urgente, sia consentito rinviare a S. Gardini, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari, nuovi poteri*, in *Federalismi*, 2018, 15.

no⁶³. Si tratta di provvedimenti che vengono definiti dal legislatore “contingibili ed urgenti”, dunque riconnessi all'imprevedibilità ed alla necessità di un intervento immediato e ad effetti temporanei, secondo i già richiamati parametri definiti da dottrina e giurisprudenza.

Quale rappresentante della comunità locale, il primo cittadino ha facoltà, a norma dell'art. 50, comma 5 del T.U.E.L., di utilizzare il potere straordinario di ordinanza «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale»⁶⁴, nonché al fine di «superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana». Il presupposto della “necessità ed urgenza” risulta evidentemente “incanalato” dal legislatore verso specifici obiettivi di amministrazione attiva; la norma, tuttavia, pur individuando i settori all'interno dei quali

⁶³ Al sindaco sono attribuiti poteri straordinari di ordinanza anche da altre norme di natura speciale, collocate al di fuori del T.U.E.L. Tra queste, in particolare si segnala l'art. 258 del già citato Testo unico delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), secondo cui «qualsiasi cittadino dimorante in un Comune in cui si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione delle quali venga richiesto dal Sindaco», nonché dall'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 (cfr. nota 61). Come ben rilevato in dottrina, la previsione espressa di questi poteri risulta oggi superflua, potendo essi ritenersi ricompresi nella ben più ampia previsione (che sarà analizzata *infra*) di cui all'art. 50, comma 5 del T.U.E.L., con riferimento a “emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale” (cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., 19). Un'altra norma speciale attributiva di un potere straordinario di ordinanza al sindaco è l'art. 191 del Codice dell'Ambiente, D.Lgs. n. 152/2006, al fine di disporre specifiche forme di gestione dei rifiuti, in deroga alle previsioni dello stesso Codice. In questo caso è da ritenersi prevalente la disciplina contenuta nella legge speciale, in virtù dei maggiori oneri procedurali che gravano sul sindaco, alla luce della sensibilità della materia trattata.

⁶⁴ In occasione della recente emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del virus Covid-19, le ordinanze sindacali volte a contrastare situazioni di emergenza sanitaria si sono moltiplicate. Si tratta di provvedimenti il più delle volte confermativi di disposizioni adottate a livello centrale o regionale, ovvero di misure finalizzate ad inasprire le stesse in ambito locale. Il contenuto di tali provvedimenti è vario. Numerose sono state, ad esempio, le restrizioni della mobilità personale: sono stati vietati l'accesso del pubblico ai parchi, alle aree gioco e ai giardini pubblici, le passeggiate e qualsivoglia forma di attività sportiva, fisica e motoria all'aria aperta, l'uscita con l'animale di compagnia per le sue necessità fisiologiche al di fuori delle immediate vicinanze dell'abitazione, la sosta davanti alle attività commerciali, gli spostamenti in entrata e uscita dal territorio comunale. Ancora, è stata disposta la chiusura dei cimiteri comunali, la sospensione dei tutti gli eventi culturali e sportivi sul territorio comunale e del rilascio di tutte le autorizzazioni per l'esecuzione di lavori; è stato vietato l'ingresso negli esercizi commerciali senza la mascherina o comunque un dispositivo di protezione delle vie aeree, nonché limitata l'apertura degli esercizi commerciali autorizzati nella giornata di domenica (cfr., *ex multis*, ordinanza del Comune di Cagliari, n. 19 del 25 marzo 2020, in www.comune.cagliari.it; ordinanza del Comune di Corigliano Rossano, n. 53 del 20 marzo 2020, in www.comune.corigliano-rossano.cs.it; ordinanza del Comune di Santa Margherita Ligure, n. 20 del 22 marzo 2020, in www.comunesml.it). Il più delle volte le ordinanze recano nell'intestazione il riferimento normativo congiunto agli artt. 50 e 54 del T.U.E.L., individuando dunque una fonte normativa *ibrida*, che dalla tutela della salute si estende fino all'incolumità pubblica ed alla sicurezza urbana. Invero, si tratta di una prassi abbastanza diffusa ed utilizzata anche laddove il potere di ordinanza – come nel caso dell'art. 192 del T.U. ambientale – sia attribuito da una specifica norma di settore. Secondo parte della dottrina, questo ricorso improprio sarebbe addebitabile non solo alla non precisa applicazione delle norme da parte dell'amministrazione, ma anche alla eccedenza di disposizioni che riconoscono al sindaco poteri necessitati di ordinanza (in tal senso, G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit.). Cfr., *infra*, par. 5.

il sindaco può fare ricorso allo strumento straordinario, non elimina la difficoltà qualificatoria delle fattispecie, che discende dalla fisiologica genericità delle finalizzazioni in essa contenute⁶⁵.

Una seconda tipologia di ordinanze – che ha un più ampia rilevanza, anche in virtù della sensibilità degli interessi coinvolti – è quella prevista dall'art. 54 del T.U.E.L. che, nell'individuare le attribuzioni spettanti al Sindaco nelle funzioni di competenza statale, al quarto comma prevede che esso «quale ufficiale del Governo»⁶⁶ possa adottare provvedimenti contingibili e urgenti «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»⁶⁷. I poteri conferiti appaiono anche in questo caso assai ampi, tanto nei presupposti legittimanti, quanto nelle relative modalità di esercizio. Il riferimento ai “gravi pericoli” incide solo sul *quantum* del *periculum*, mentre la finalità di tutelare la “incolumità pubblica” e la “sicurezza urbana” non è di per sé sufficiente ad escludere la natura generalissima dell'istituto⁶⁸. Anche in questo caso, l'elencazione ora contenuta nel nuovo comma 4-bis dell'art 54 del T.U.E.L. (che in parte ripropone quanto disposto, a ridosso della precedente riforma legi-

⁶⁵ Nel tutelare la fumosa “vivibilità cittadina”, il Sindaco interviene per prevenire e contrastare le più varie situazioni di incuria e degrado, di scadimento della qualità urbana, nonché i fatti o i comportamenti che costituiscono intralcio allo svolgimento delle attività urbane. Si considerino, a titolo esemplificativo, le numerose ordinanze che vietano di bivaccare e mendicare nei centri urbani o che proibiscono tutti quei comportamenti idonei ad alterare il decoro urbano (quali il conferimento dei rifiuti, l'attività dei locali notturni, gli schiamazzi); le ordinanze che pongono il divieto di consumare bevande alcoliche al di fuori dei pubblici esercizi regolarmente autorizzati ovunque oltre un certo orario o, molto più spesso, limitatamente all'utilizzo di bottiglie e/o bicchieri di vetro o di metallo che possano essere successivamente abbandonati nelle vie e piazze del comune, ovvero i provvedimenti che vietano di creare situazioni che intralcino la viabilità, quali la vendita o l'offerta di servizi per le strade (cfr., *ex multis*, ordinanza del Sindaco di Monza, n. 2 del 23 luglio 2014, in www.comune.monza.it; ordinanza del Sindaco di Lodi, n. dell'11 agosto 2017, in www.comune.lodi.it).

⁶⁶ Nei settori individuati dall'art. 54 del T.U.E.L., il sindaco agisce come ufficiale del governo ed esercita, dunque, un potere statale in via delegata. Per tale ragione, l'ordinanza contingibile ed urgente – pur essendo soggettivamente emanata dal sindaco – si configura alla stregua di un atto statale. La subordinazione gerarchica che deriva dal rapporto così configurato comporta la non definitività del provvedimento (che può essere impugnato, in via amministrativa, con ricorso gerarchico al prefetto) e l'instaurazione su di esso di un controllo di merito da parte dell'organo governativo, con i connessi poteri di direttiva, sostituzione ed annullamento. La giurisprudenza ha, però, in alcuni casi negato l'esistenza di un vero e proprio legame gerarchico, prospettato un rapporto di direzione e coordinamento tra enti. La generale scelta del T.U.E.L. di mantenere la qualità di ufficiale del governo in capo al sindaco è stata, peraltro, criticata da parte della dottrina, che ha ritenuto una tale sottoposizione gerarchica troppo lontana dai dettami costituzionali in materia di autonomia, decentramento e sussidiarietà (cfr. W. Giulietti, *Ampliamento delle funzioni del sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 310).

⁶⁷ Com'è noto, nella sua precedente formulazione, l'art. 54 era stato oggetto di censura da parte della Corte costituzionale che – con la sentenza n. 117 del 4-7 aprile 2011 – ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui comprendeva la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili ed urgenti”. Per un'analisi di tale sentenza e dell'impatto avuto sulla materia delle ordinanze sindacali, si rinvia P. Cerbo, *Principio di legalità e «nuove ed inedite» fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le regioni*, 2012, 215 ss.; G. Tropea, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.

⁶⁸ Cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., 5.

slativa, dal D.M. 5 agosto 2008), non ha valenza tassativa e si limita ad individuare i più diffusi ambiti di operatività della norma.

Vi è, poi, una terza norma attributiva di poteri di ordinanza sindacale definiti dal legislatore “contingibili ed urgenti”. Si tratta del comma 6 del medesimo art. 54 del T.U.E.L. In questo caso il potere straordinario appare ben inquadrato: dal punto di vista dei presupposti, il riferimento è limitato ai casi di emergenza «connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico» ovvero a «particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana»; sotto il profilo degli effetti, si prevede che il sindaco possa, con provvedimento contingibile ed urgente, modificare «gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici» e – previa intesa con le altre amministrazioni interessate – «gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio». Invero tali provvedimenti, in virtù della minima discrezionalità accordata all'amministrazione nella determinazione del loro contenuto, hanno natura di ordinanze speciali (adottabili in casi tassativamente previsti dalla legge) a contenuto vincolato e non possono essere dogmaticamente ricomprese – malgrado la loro denominazione legislativa – nella categoria dei provvedimenti straordinari di ordinanza. In tali casi sarebbe più corretto parlare di provvedimenti necessitati, secondo la già richiamata distinzione dottrinale⁶⁹.

Il terzo soggetto pubblico a cui la legge riconosce ampia facoltà di esercitare poteri straordinari di ordinanza si colloca all'interno di un sistema amministrativo del tutto particolare: il Servizio nazionale della protezione civile, istituito dalla l. n. 225 del 1992 ed ora disciplinato dal Codice di Protezione Civile (d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018). Tale settore, com'è noto, si estrinseca in una struttura multilivello e sussidiaria, diffusa sul territorio e coordinata e gestita a monte direttamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Il presupposto per l'attivazione degli organi della protezione civile è individuato dall'art. 7 del d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 nel verificarsi di tre tipologie di possibili emergenze: a) emergenze connesse a eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi da parte dei singoli enti ordinariamente competenti; b) emergenze che per loro natura comportano l'intervento coordinato di una pluralità di enti e amministrazioni e richiedono mezzi straordinari definiti dalle regioni e delle province autonome con propria legge; c) emergenze di rilievo nazionale che per ampiezza e intensità devono essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari durante periodi di tempo delimitati e predefiniti⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. *supra*, par. 2

⁷⁰ In linea con quanto già previsto dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, i grandi eventi sono stati eliminati dall'ambito di applicazione della disciplina emergenziale, come espressamente confermato dall'articolo 16, comma 3 del d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, ai sensi del quale «non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative».

Prima del Codice, l'intervento nazionale era subordinato alla dichiarazione dello stato di emergenza. Oggi, lo "stato di mobilitazione", introdotto dall'art. 23 del d. lgs. n. 1/2018, supera questo limite e consente al sistema territoriale di mobilitare le sue risorse e di chiedere il concorso delle risorse nazionali, anche prima della dichiarazione dello stato di emergenza. Se l'evento si tramuta in calamità, si mette in moto la macchina emergenziale; in caso contrario, con un atto unilaterale del Capo Dipartimento si possono riconoscere i costi sostenuti da parte di chi si è preventivamente attivato. Qualora le eccezionali circostanze assumano una rilevanza nazionale (art. 7, comma 1, lett. c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri può deliberare lo *stato di emergenza di rilievo nazionale*, determinando la durata (fino ad un massimo di dodici mesi, prorogabili per il medesimo arco temporale⁷¹) e l'estensione territoriale dello stesso, in relazione alla qualità ed alla natura degli eventi che lo giustificano. La delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri – resa dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio (formulata anche su richiesta del Presidente della regione o provincia autonoma interessata) – rappresenta condizione necessaria di legittimità per il successivo potere straordinario di ordinanza, del quale contiene espresse disposizioni anche in ordine al relativo esercizio⁷².

Dell'emanazione delle ordinanze sono competenti il presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, i quali di regola si avvalgono di appositi commissari straordinari delegati, in relazione ai quali lo stesso provvedimento che reca la delega deve indicare il contenuto, i tempi e le modalità dei poteri ad essi conferiti. All'organo commissariale straordinario si è già fatto cenno nei paragrafi precedenti, venendo esso in luce – nell'analisi generale qui condotta – anche in ragione della straordinarietà soggettiva che esprime. L'organo straordinario in questi casi può essere appositamente costituito con l'esclusivo compito di esercitare i poteri straordinari di ordinanza necessari a fronteggiare la situazione di emergenza (la titolarità in questi casi è in genere conferita a un funzionario dello Stato espressamente deputato all'assunzione di detta titolarità), ovvero può essere individuato in un organo ordinario dell'Amministrazione statale, regionale o locale (il prefetto, il presiden-

⁷¹ Invero, nel pronunciarsi sullo schema del decreto legislativo di riordino della Protezione civile con parere del 19 dicembre 2017, n. 2647, la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato aveva evidenziato come «l'astratta previsione della possibilità di prorogare lo stato di emergenza per ulteriori 12 mesi appare eccessiva. Si suggerisce di rimodulare i tempi riducendo l'estensione della possibile proroga a non più di sei mesi e prevedendo la necessità di una dettagliata motivazione sulle ragioni che hanno reso necessaria la proroga anche per evidenziare eventuali responsabilità».

⁷² Sul tema, si vedano in particolare: G. Caruso, *Protezione civile e potere di ordinanza*: note sull'art. 5 della legge n. 225/1992, in *Foro Italiano*, 1992, I, 3050 ss.; N. Ali, *Protezione civile. Usi e abusi delle "deroghe ad ogni norma contraria"*, in *Amm. It.*, 1995; F. Pedrini, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di A. Barbera, T.F. Giupponi, Bologna, 2008.

te della Regione, il presidente della Provincia o il sindaco del Comune interessato). In quest'ultimo caso, si verifica una situazione peculiare, in virtù della quale sussiste in capo al medesimo soggetto «[...] la titolarità di due organi, l'uno ordinario nell'ambito dell'ente di appartenenza e l'altro straordinario per l'attuazione degli interventi di protezione civile»⁷³. Le ordinanze, per espressa previsione normativa, possono derogare alle disposizioni di legge vigenti, ma nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto che dichiara lo stato di emergenza e, comunque, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Tali atti devono, peraltro, contenere l'indicazione espressa delle principali norme a cui si intende derogare in virtù della straordinarietà dell'intervento e devono essere motivate⁷⁴. Allo scadere dello stato di emergenza viene emanata un'ordinanza "di chiusura" che disciplina e regola il subentro dell'amministrazione competente in via ordinaria e individua il soggetto responsabile, d'intesa con la stessa amministrazione.

Non essendo possibile, in tale sede, esaminare compiutamente il sistema di funzionamento del sistema di protezione civile, basterà ricordare che i poteri di ordinanza attribuiti a tali organi si differenziano rispetto al modello tradizionale di ordinanza emergenziale sotto due profili. Il primo attiene al procedimento prodromico alla emanazione dei provvedimenti straordinari, che richiede la necessaria valutazione e deliberazione di uno stato di effettiva necessità. Il secondo profilo riguarda, invece, la amplissima capacità derogatoria dello strumento, in grado di sottrarre alla disciplina amministrativa ordinaria interi ambiti di amministrazione e non soltanto singoli e circoscritti eventi contingibili⁷⁵.

Da quanto finora detto, emerge con evidenza la particolare caratterizzazione del potere straordinario di ordinanza, che vale a qualificarlo e differenziarlo rispetto a tutte le altre estrinsecazioni di straordinarietà presenti nell'ordinamento. Tale potere manifesta, infatti, un intento diverso da quello della pura e semplice attribuzione ad organi straordinari di poteri formali, ovvero ad organi ordinari di poteri straordinari comunque predeterminati e valutati dal legislatore, mirando piuttosto a prefigurare strumenti atipici in grado di fronteggiare gli sviluppi dell'azione amministrativa in situazioni non assoggettate, né assoggettabili all'ordinario sistema delle norme e degli atti. L'atto di ordinanza discende, così, da una sorta di pro-

⁷³ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 363. La prassi di nominare commissario straordinario un soggetto istituzionalmente preposto all'amministrazione locale coinvolta dall'emergenza è considerato da parte della dottrina come espressione dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione (cfr. M. Francavilla, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corr. Giur.*, 2008, 301 ss.).

⁷⁴ Le ordinanze sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e trasmesse ai sindaci dei comuni interessati per la pubblicazione nell'albo pretori. Per la loro emanazione è richiesta, altresì, l'acquisizione preventiva del parere delle regioni territorialmente interessate.

⁷⁵ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 366. Si veda anche S. Cassese, *I paradossi dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006.

cesso di “autoattivazione”, nell’ambito del quale allo stesso organo agente compete il giudizio, ampiamente discrezionale, sull’instaurazione dello stato d’urgenza che, a sua volta, legittima l’esercizio del potere straordinario. E non è forse superfluo evidenziare come in questi casi la questione della “decisione”, intesa come configurazione dell’orizzonte di una “scelta” connessa alla imperatività dell’azione pubblica, debba essere qualificata, con maggior vigore, non in termini di controllo/padronanza da parte dell’Amministrazione, bensì come capacità di modificare e rideterminare un assetto di interessi, di “rimescolare” gli ordinari criteri del bilanciamento in vista di un preminente e sopravvenuto interesse pubblico, in una dimensione di piena valorizzazione della “buona” discrezionalità.

Non sono, invero, mancate ricostruzioni volte ad affermare la sussistenza di un’assoluta contraddizione di fondo tra l’istituto *de quo* ed il supremo principio di legalità dell’azione amministrativa⁷⁶. Certo è che il potere straordinario di ordinanza rappresenta uno dei fattori più evidenti della crisi della legalità tradizionalmente intesa, troppo rigida per poter circoscrivere, in un diritto amministrativo caratterizzato da una crescente “incertezza”, un fenomeno quale quello emergenziale, che per la sua stessa natura tende a sfuggire a qualsiasi inquadramento giuridico. D’altro canto, è incontrovertibile il fatto che anche per l’esercizio dei poteri straordinari siano vigenti e debbano essere rispettati dei limiti giuridici invalicabili che si manifestano *per relationem*, per il tramite di una dimensione apparentemente più blanda del principio di legalità: il rispetto dei principi generali dell’ordinamento⁷⁷.

3. *La formazione del provvedimento straordinario: il “giudizio di necessità”*

Il punto più controverso delle disposizioni che si occupano di straordinarietà, necessità ed urgenza riguarda la particolare vaghezza della norma che delinea

⁷⁶ Cfr. M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, secondo cui «se il principio di legalità è il principio fondamentale dello Stato di diritto, la presenza delle ordinanze di necessità e urgenza significa che l’azione amministrativa non si risolve integralmente nel modello dello Stato di diritto, essendo sempre presente un’eccedenza non integrabile entro lo schema di quella totale giuridicizzazione del potere che costituisce il fine ideale dello Stato di diritto». Cfr., *infra* par. 6.

⁷⁷ Prim’ancora che dalla legge, tale limite generale era stato ben espresso dalla giurisprudenza costituzionale che, a partire dagli anni ’50 del secolo scorso, ha riconosciuto la legittimità delle norme attributive di poteri straordinari di ordinanza purché vincolati ora «ai presupposti dell’ordinamento giuridico» (in tal senso, Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. Cost.*, 1956), ora al «rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico» (Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*). Tali limiti erano stati, in verità, già individuati dalla dottrina amministrativa; agli inizi del ’900 il Cammeo aveva, infatti, chiaramente sostenuto che le ordinanze sindacali contingibili e urgenti non potevano «mai sopprimere il diritto [...] pur potendo regolarlo» (cfr., F. Cammeo, *Sanità pubblica: fonti e organizzazione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. IV, parte II, Milano, 1907, 213 ss., richiamato da M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, cit.).

i presupposti per l'esercizio dei poteri esercitabili in tali contesti, principalmente in ragione del fatto che allo stesso soggetto pubblico competente all'emanazione dell'atto straordinario spetta il compito di stabilire se si siano verificati l'evento o la condizione che lo abilitano a intervenire, nonché di individuare il contenuto concreto del provvedimento.

La vicenda ha una doppia valenza: da una parte riguarda il profilo della tecnica normativa e, più nello specifico, l'utilizzo di una clausola generale⁷⁸ (o nor-

⁷⁸ In materia di clausole generali, si rinvia alla riflessione compiuta dalla dottrina privatistica, in particolare: A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Ibidem*, 1986, 5-19; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, *Ibidem*, 21-30; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, *Ibidem*, 1987, 709-733; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss. Il dibattito dottrinale sulle clausole generali – in particolare a seguito della celebre prolusione di Stefano Rodotà del 1967 (S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del Diritto commerciale*, 1967, 85) – ha fin da subito intrecciato un tema di teoria generale, relativo al concetto di clausola generale (ed alla sua collocazione all'interno della teoria della norma giuridica, dell'ordinamento e delle fonti di diritto) ed un tema di politica del diritto, che riguarda il rapporto che si instaura tra legislatore, interprete e giurisprudenza nel processo di "creazione" delle regole giuridiche. Per tali aspetti, vedano in particolare: A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Ibidem*, 1986, 5-19; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, *Ibidem*, 21-30; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, *Ibidem*, 1987, 709-733; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386, spec. 373-37; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss. La clausola generale può essere intesa come "porta entropica", ovvero punto di apertura verso l'extra-giuridico, utile ad importare nella fattispecie contenuti necessari per l'applicazione o l'interpretazione della legge (R. Bin, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2913, 220); essa è stata definita come «parte di una disposizione legislativa, costituita da un termine valutativo, la determinazione del cui significato implica il compimento di un giudizio di valore» (G. D'Amico, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 7/2011, 1704 ss.). L'uso di una accezione molto ampia di "clausola generale" è stato, poi, teorizzato da F. Roselli, *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 10/2003, 37, il quale ha consapevolmente costruito la sua riflessione su una nozione di clausola generale come «disposizione precettiva [...] formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a regole della morale o del costume oppure proprie di determinate cerchie sociali, o discipline, o arti, o professioni». Altri ne hanno valorizzato la funzione "omeostatica" volta all'*adattamento* delle regole alle esigenze di una realtà non predeterminabile (cfr. M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.). Efficace anche la definizione di E. Fabiani, *Clausola generale*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, vol. V, 2012, 191, secondo cui le clausole generali sono «termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi (e non, dunque, di interi e compiuti enunciati normativi) il cui utilizzo da parte del legislatore si traduce nel ricorso ad una particolare tecnica (normativa) di costruzione della fattispecie incentrata sull'indeterminatezza della norma, non priva di significative conseguenze sul piano della interpretazione e applicazione della stessa, che mira a salvaguardare la flessibilità dell'ordinamento, il quale, per l'effetto, può: per un verso, mantenersi "attuale" nonostante il passare del tempo; per altro verso, meglio "adattarsi" alle circostanze concrete del caso da decidere di volta in volta». Il tema, con osservazioni estese anche al settore del diritto pubblico, è affrontato, fra gli altri, da P. Rescigno, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. It.*, 2011, 1689 ss., secondo cui, «dopo che sono state abbandonate la tentazione e l'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica», le clausole generali sono diventate strumento ineliminabile nella tecnica legislativa. Di recente, la Corte di cassazione ha definito le clausole generali come «disposizioni di limitato contenuto, che richiedono di essere concretizzate dall'interprete tramite valorizzazio-

ma elastica, “in bianco”⁷⁹) come strumento regolatorio; dall’altra, è intimamente connessa all’esercizio della discrezionalità amministrativa, che in tale contesto risulta notevolmente accentuata.

In relazione al primo profilo, la consapevolezza dell’impossibilità di poter elencare in maniera dettagliata le situazioni in cui sia necessario ricorrere a poteri straordinari, ha reso inevitabile l’utilizzo di un elemento normativo flessibile, suscettibile di una interpretazione particolarmente ampia da parte dell’amministrazione. Così, dinnanzi all’indeterminatezza consapevolmente voluta dal legislatore, l’individuazione del significato della norma viene delegata all’interprete/amministrazione, che compie un’integrazione valutativa sul fatto⁸⁰, impiegando *standard*⁸¹ comunemente condivisi. Ciò non rappresenta, ovviamente, un’opera di “creazione” normativa, poiché la vicenda (già inquadrata sotto il profilo finali-

ne sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica» (Cass. Civ., sez. lav., 26 marzo 2018, n. 7426).

⁷⁹ Nel lessico della dottrina e della giurisprudenza prevalenti nozioni quali quelle di clausola generale, concetto elastico, termine valutativo, *standard* valutativo o concetto valvola, vengono spesso usate come sinonimi.

⁸⁰ I contorni di tale valutazione non sono, invero, sempre facilmente inquadrabili, poiché si sovrappongono alla ponderazione degli interessi individuati e bilanciati nel caso concreto e, dunque, all’esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale incertezza si riflette, come si vedrà *infra*, par. 4, anche sulla qualificazione del sindacato giurisdizionale esercitato sui relativi provvedimenti. D’altro canto, gli studi dedicati alle clausole generali – come pure osservato in dottrina (S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, 34 ss.) – non fanno alcun riferimento alle vicende dell’interpretazione delle norme giuridiche. Viene, dunque, da chiedersi se la scarsa attenzione riservata all’interpretazione delle clausole generali, in particolare quando ciò avvenga in relazione alla formazione di una decisione amministrativa, sia dovuta all’assenza di un problema interpretativo, ovvero si riconnetta al convincimento che in tali casi si debba prescindere da un’attività di interpretazione in senso stretto, assorbita dall’esercizio della discrezionalità e dall’opera integrativa dei principi generali. Come efficacemente rilevato, «è d’uopo un approccio che non escluda a priori l’interferenza tra i diversi profili che costituiscono il contenuto delle valutazioni amministrative. [...] *In senso lato il fenomeno della discrezionalità va inteso come una delle modalità dell’attività interpretativa*»: in tal senso, L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2017, 93-94.

⁸¹ La nozione di *standard* valutativi, simile a quella angloamericana di *legal standards*, fa riferimento a tutti i modelli generali di comportamento sociale giuridicamente rilevanti, diversi dai modelli particolari dettati dalle comuni norme giuridiche. Sugli *standards* nel diritto amministrativo, si vedano, in particolare, M. D’Alberti, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 300-307; A. Police, *Principi generali dell’azione amministrativa. Commento all’art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 56-61; G. Sala, *Le clausole generali nell’età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1194, secondo cui «[g]li standard di valutazione sono desunti dai modelli di comportamento che sono, sempre in un determinato momento storico, ritenuti ragionevoli in un gruppo sociale o nella società nel suo complesso». Secondo parte della dottrina, gli *standard* valutativi non sarebbero immediatamente condizionabili dal pubblico interesse sotteso all’esercizio del potere, che emergerebbe soltanto in un momento successivo, in sede di specificazione del contenuto del singolo provvedimento. Sul punto, è stato affermato che: «[l]a clausola generale, attribuendo all’interprete l’integrazione dell’enunciato normativo, non pone un fine a parametro di queste disposizioni, poiché in tal caso si identificherebbe con esso. La clausola generale, demandando all’interprete un giudizio sull’azione amministrativa, implica che questo consiste in una valutazione di conformità alle regole che disciplinano la fattispecie. Per cui essa non può consistere in una valutazione di supremazia di un interesse rispetto ad un altro. In altri termini la sua applicazione è incompatibile con una concezione autoritaria dell’azione amministrativa»: così, A. Angeletti, *L’eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. It.*, 2012, 1229 ss.

stico dalla norma attributiva del potere) è legata a determinati vincoli, ermeneutici ed assiologici. In particolare, sotto il profilo ermeneutico, l'utilizzo di *standard* valutativi implica necessariamente la rappresentazione anticipata del risultato che l'interprete suppone come giuridicamente congruo, attraverso la predisposizione di un insieme di «supposizioni ipotetico-provvisorie circa l'esigenza di regolamentare i casi da decidere»⁸². Il vincolo ermeneutico⁸³ viene così ad esprimersi nell'acquisizione del significato "storico" della disposizione, laddove il precedente assume il ruolo di ponte tra il "contesto di scoperta" ed il "contesto di giustificazione" della norma: da una parte, il ragionamento sui precedenti guida l'attribuzione di significato alla regola di diritto che si formulerà; dall'altra, esso pone l'interprete-amministrazione dinnanzi ad una valutazione comparativa, utile a valutare l'attualità di quel significato, ovvero a giustificare – successivamente – eventuali opzioni ermeneutiche innovative.

Sotto il profilo assiologico, invece, nella decisione amministrativa straordinaria emerge con rafforzato vigore il ruolo direttivo dei principi generali. La qualificazione del fatto e della sua regola, seppur slegata dal rispetto di una disposizione legislativa puntuale e concreta, deve, infatti, ben collocarsi nell'ambito delle direttrici del sistema giuridico/regolamentativo all'interno del quale si inserisce la decisione. Così, il "vincolo assiologico" che discende dai valori dell'ordinamento giuridico⁸⁴ (di cui i principi sono primaria espressione) impedisce la formulazione di una regola concreta che con tali valori appaia in contrasto⁸⁵; ed in tale ottica bene

⁸² G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, 164.

⁸³ Il vincolo ermeneutico richiama il concetto di "precomprensione", tematizzato – com'è noto – da J. Esser (*Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983, spec. 136 ss.) e poi affrontato anche negli studi di ermeneutica di H.-G. Gadamer, in particolare in *Verità e metodo*, Milano, 1986. Sul punto, si veda L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 83 ss., che, richiamando gli studi gadameriani, definisce la precomprensione come «nozione di cerniera tra passato e presente, tra tradizione e attualizzazione del disposto normativo», intendendola come accostamento preliminare alla realtà oggetto dell'indagine interpretativa, entro il quale si stabiliscono metodi e strutture del procedimento logico.

⁸⁴ L'opportunità di un'indagine concernente il rapporto tra clausole generali e valori è sostenuta da S. Mazzamuto, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, 7, che offre una panoramica delle diverse visioni dottrinali con riguardo alla natura intrasistemica ovvero extrasistemica delle clausole generali.

⁸⁵ Nel dibattito in materia di "concretizzazione delle clausole generali" (sul concetto di "concretizzazione": L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1997, 7 ss.; parla invece di "interpretazione-applicazione" della clausola generale F. Roselli, *Clausole generali. Iuris novit curia. Contraddittorio*, in *Giur. It.*, 2011, 1704 ss.), esiste anche una corrente di pensiero, «definita in termini di "giuspositivismo moderato"» che ritiene che l'interpretazione delle clausole generali debba avvenire «non, come prevalentemente si afferma, con criteri "extragiuridici", bensì in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall'ordinamento positivo [...]; così «l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo) dovrebbe essere «il criterio fondamentale di integrazione delle "clausole generali in senso lato"», lasciando un ruolo residuale «ai criteri di "etero integrazione", cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche». Cfr. M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 121.

si comprende l'inderogabile obbligo per l'Amministrazione di rispettare i principi generali, fin da subito rimarcato dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁶ e, in determinati settori, anche espressamente disposto dalla norma attributiva del potere⁸⁷.

Si è detto che l'Amministrazione titolare del potere, prim'ancora di assumere la decisione amministrativa straordinaria⁸⁸, ha il compito di stabilire se si siano verificati l'evento o la condizione che la abilitano a intervenire. Il rapporto tra il fatto emergenziale e il provvedimento straordinario non è dunque diretto, poiché richiede sempre la mediazione di una valutazione prodromica all'atto, relativa tanto alla straordinarietà della fattispecie sottoposta alla sua azione (e dunque alla impossibilità di reperire una regola giuridica che possa disciplinarla), quanto alla individuazione delle forme e delle finalità dell'intervento.

In dottrina è stato evidenziato come il processo decisionale dell'amministrazione si presenti come una "successione di scelte" che riguardano la selezione dei valori e degli obiettivi da perseguire ("momento assiologico") e le modalità di realizzazione degli stessi ad opera del provvedimento ("momento del ragionamento")⁸⁹. Nel caso del potere straordinario, a tali valutazioni si antepone un terzo "momento", imperniato proprio sulla qualificazione della straordinarietà del fatto. In altre parole, l'approccio dell'amministrazione alla norma non prevede la semplice riconduzione del fatto nella fattispecie astratta, ma contempla la preventiva espressione di un'apposita valutazione sul fatto in questione. Il meccanismo della sussunzione opera, dunque, alla rovescia, poiché è il giudizio sul fatto (prevalentemente espresso in conformità a canoni extralegali) a riempire di contenuto la norma⁹⁰ e non la norma a qualificare in astratto il fatto.

⁸⁶ Cfr. *supra*, nota 77.

⁸⁷ Così avviene, ad esempio, in materia di ordinanze contingibili ed urgenti per la gestione dei rifiuti urbani, dall'art. 191 del D.Lgs. n. 192/2006.

⁸⁸ Con il termine "decisione" si fa qui riferimento non soltanto al momento finale di emanazione di un provvedimento, «quanto a tutto il processo di formazione della decisione che va dal momento iniziale della prospettazione del problema amministrativo alla fase di conclusione della istruttoria, momento in cui l'Amministrazione, dopo aver acquisito tutti gli elementi di fatto ed aver dato ascolto a tutte le voci intervenute per la prospettazione degli interessi coinvolti nella decisione, ne opera una sintesi, una ponderazione da cui scaturisce il provvedimento finale» (A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 86). Non ci si riferisce, invece, a quella dottrina che parla di "decisione" come *species* contenziosa degli accertamenti amministrativi (M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, cit.).

⁸⁹ Cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 95.

⁹⁰ Cfr. G. D'Amico, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, 446. Si ha «prima il fatto che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione». Cfr. M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, II, 1989, 319.

Tale giudizio – in dottrina definito “giudizio di necessità”⁹¹ – si articola a sua volta in un’operazione deduttiva complessa, caratterizzata da un’ampissima discrezionalità, attraverso cui l’Amministrazione è chiamata a riempire di contenuto (attraverso parametri tratti dall’esperienza e dalla realtà delle vicende sociali) la disposizione normativa; ciò allo scopo di definire – tenendo conto dei noti requisiti qualificatori, ampiamente discussi dalla giurisprudenza, della gravità, imprevedibilità, attualità⁹² ed imminenza⁹³ del pericolo – taluni fatti come situazione *straordinaria* e non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione. Il prefigurarsi di una effettiva necessità (e della corrispondente carenza regolamentativa interna) rappresenta, infatti, l’unico elemento capace di rendere operativo e legittimo il potere straordinario, collegando logicamente l’emanazione del provvedimento al verificarsi di un fatto non previsto dall’ordinamento. Solo a seguito di tale valutazione, l’intervento straordinario diviene potere funzionalizzato, poiché condizionato dalla precisa finalità di affrontare e superare l’emergenza e di rendere sé stesso non più indispensabile.

Il giudizio di necessità può, dunque, essere inteso, innanzitutto, come giudizio sulla sussistenza dei *presupposti* dell’agire straordinario. Il concetto giuridico di “presupposto” è stato tradizionalmente definito dalla dottrina come quella condizione oggettiva e di carattere preliminare che, pur non costituendo un elemento integrante dell’atto, si pone come “punto di partenza” al fine della valida adozione del provvedimento⁹⁴. Partendo da tale

⁹¹ In tali termini, G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, 161: «il giudizio di necessità rappresenta il momento effettivamente costitutivo dell'emergenza giuridica, perché è proprio in questa fase che un certo evento viene qualificato come “emergenza” e si assume la decisione di aprire una parentesi giuridica straordinaria».

⁹² L’attualità, in particolare, in virtù del labile ed oscillante confine concettuale tra *pericolo futuro* e *pericolo presente*, non può però essere intesa in senso assoluto, ovvero come rapporto di assoluta immediatezza tra la situazione di pericolo e l’intervento straordinario, ma deve essere intesa come esistenza, secondo una valutazione *ex ante* (che tenga conto di tutte le circostanze concrete e contingenti di tempi e di luogo) del tipo di conseguenze temute e della loro possibile prevenzione, della ragionevole minaccia di una causa imminente e prossima di danno.

⁹³ Sul punto, la giurisprudenza è ampia. Basti qui rilevare che, in via generale, il fatto o l’evento grave e non altrimenti fronteggiabile (pur potendo essersi manifestato da tempo) deve presentarsi come concreto ed attuale, non potendo rilevare quei pericoli la cui minaccia risulti solo potenziale. Si veda, tra le sentenze più recenti, Cons. St., n. 5150/2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui è legittima l’ordinanza sindacale contingibile e urgente di sgombero di un immobile a rischio crollo anche se la situazione di pericolo perdura da tempo, atteso che ai fini della corretta applicazione dell’articolo 54 del testo unico degli enti locali rileva esclusivamente la dimostrazione dell’attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento ordinario a porvi rimedio. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia con cui il T.a.r. Campania aveva accolto il ricorso proposto per l’annullamento dell’ordinanza con la quale il Comune aveva intimato lo sgombero di un edificio pericolante e aveva diffidato la proprietaria (già destinataria di analoghe ordinanze alle quali non aveva mai ottemperato) a mantenere l’intero manufatto libero da persone, onde non metterne a repentaglio l’incolumità.

⁹⁴ A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 45, evidenzia che la funzione del presupposto consiste nella determinazione di quella situazione rispetto alla quale un certo evento può assumere nel

considerazione, si può allora intendere il presupposto del provvedimento straordinario – ovvero l'accertamento della presenza di una situazione di necessità ed urgenza – come concetto di “relazione”, che mette in rapporto tra loro determinati accadimenti con la titolarità e l'esercizio del potere.

Solo nell'equilibrio di tale relazione risiede la legittima attivazione della competenza amministrativa straordinaria.

Sotto il profilo pratico, l'amministrazione deve compiere un giudizio di natura prognostica che si colloca idealmente nel momento in cui il fatto potrebbe verificarsi, ovvero le conseguenze di un fatto già verificatosi potrebbero prodursi o reiterarsi. Il giudizio riguarda tanto l'*an*, ossia la probabilità dell'avverarsi dell'evento dannoso non altrimenti fronteggiabile (e, dunque, la necessità di un intervento *extra ordinem*), quanto il *quando*, ovvero il momento in cui ciò si è verificato o si può supporre che si verificherà. Soltanto all'esito di tale ricostruzione, il titolare del potere straordinario fa acquisire significato alla norma, connettendo l'individuato accadimento all'attivazione del potere. Il rapporto di stretta strumentalità che intercorre tra il fatto emergenziale ed il potere straordinario deve essere, pertanto, il più possibile valorizzato attraverso un'accurata istruttoria procedimentale, tanto in funzione limitativa delle relative competenze amministrative, quanto in costante sintonia con la ragionevolezza dell'azione amministrativa⁹⁵, attraverso la quale la p.a. è chiamata ad esprimere l'argomentazione giuridica idonea a giustificare l'adozione di misure non ordinarie.

Il giudizio di necessità, a seguito dell'emanazione del provvedimento straordinario, andrà infatti a costituirne la motivazione.

mondo del diritto una determinata qualificazione giuridica. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 321, definisce il presupposto come un fatto giuridico che, nel momento in cui si avvera, consente l'adozione del provvedimento, inserendolo, quindi, nella problematica dei fatti giuridici, ossia di quelle evenienze idonee, a secondo della qualificazione normativa, a produrre tanto effetti giuridici di titolarità di situazioni soggettive, quanto effetti incidenti sull'esercizio di situazioni soggettive.

⁹⁵ Il canone della ragionevolezza – qui inteso non soltanto come consequenzialità logica di una serie di atti o decisioni, ma anche come criterio volto alla «ricerca e valutazione dei fatti costituenti i presupposti dell'intervento decisionale, all'individuazione, ponderazione, raffronto e temperamento degli interessi rilevanti», nonché «all'adeguamento della finalità astrattamente prevista dalla legge alle peculiarità del caso concreto» (F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 376) – non rappresenta da solo il momento fondativo dell'opera di concretizzazione della norma, che, come già ricordato, è riconducibile ad un insieme di parametri anche extra-giuridici. Tale circostanza, come si vedrà *infra*, si riflette anche, con qualche problematica, sul sindacato del giudice amministrativo sui relativi provvedimenti.

Segue: *La guida normativa dei principi generali ed il “giudizio di proporzione”*

Nell’ambito del processo di formazione del provvedimento amministrativo straordinario, al giudizio di necessità segue il momento più strettamente decisivo, che concerne l’individuazione del contenuto del provvedimento straordinario: esso implica un giudizio che può essere definito *di proporzione*, attinente cioè alla specifica rilevanza giuridica del provvedere nel caso concreto. In tal senso, la decisione si proietta non sul versante dell’accertamento della sussistenza dei presupposti che legittimano intervento straordinario, ma sulla necessità di emanare un determinato provvedimento *extra-ordinem*, dotato di determinate caratteristiche ed, eventualmente, in deroga a determinate disposizioni di legge.

Mentre la qualificazione del fatto – attraverso la verifica dei presupposti, effettuata con il giudizio di necessità – opera muovendo lungo un *asse verticale* che collega il fatto emergente *dal basso* (idoneo a fungere da presupposto applicativo) alla norma attributiva del potere che, *dall’alto*, pone astrattamente il fine da realizzare, il bilanciamento proprio del giudizio di proporzione si muove lungo un *asse orizzontale* che collega fra loro i vari oggetti del bilanciamento stesso, compiendo un confronto parallelo fra diritti ed interessi (oltre che fra principi e valori giuridici posti a supporto di questi) che qualificano la fattispecie⁹⁶. In altre parole, mentre in giudizio di necessità si radica sull’*an* ed il *quando* del pericolo, “materializzando” il contenuto della norma, il giudizio di proporzione si estrinseca nelle valutazioni relative al *quomodo* dell’evento dannoso (e, dunque, di riflesso dell’intervento provvedimentale straordinario volto a contrastarlo), definendone i contenuti specifici attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco.

A ben vedere, la prima tappa di tale giudizio riguarda necessariamente l’individuazione di una scala di valori a cui, in assenza di un riferimento di diritto positivo puntuale e concreto, l’Amministrazione dovrà fare riferimento. Si badi, nel compiere tale operazione – che si colloca tra l’emersione dell’evento (già qualificato come) emergenziale e l’operatività materiale del potere straordinario – l’Amministrazione è chiamata non all’individuazione di un interesse “nuovo” (l’interesse da perseguire è, infatti, già individuato dalla norma attributiva del potere), bensì alla predisposizione di nuove modalità, *straordinarie*, al fine di garantire la soddisfazione di interessi preesistenti all’emergenza stessa, ma non fronteggiabili attraverso l’utilizzo degli schemi ordinari del provvedere. Essa, come già ricordato, non compie una *creazione* giuridica in senso formale, ma pone in essere la *costruzione* di una regola concreta, utilizzando gli elementi che l’ordinamento ha già predisposto ed individuato: l’interesse da perseguire contenuto nella norma attributiva del

⁹⁶ Cfr. S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 70.

potere (elemento finalistico) ed i principi generali (elemento strutturale) che qualificano il potere nei suoi caratteri essenziali ai fini della sua legittimità.

Che i principi generali – scritti o non scritti che siano⁹⁷ – operino in tale momento come fattore limitativo⁹⁸ e regolativo ai fini dell’emanazione del provvedimento straordinario, incidendo in via diretta sull’azione decisoria, è questione pacifica⁹⁹. Quel che più in tale sede rileva è il modo in cui essi vengono utilizzati dall’Amministrazione, in assenza di una prescrizione normativa puntuale e concreta. Così, considerando che la generalità del principio, «qualità graduabile»¹⁰⁰, deve essere bilanciata dall’interprete rispetto alla situazione concreta e che tale bilanciamento, ai fini dell’individuazione della regola di condotta, presuppone che i principi appartengano al medesimo livello normativo, può essere utile chiedersi a quali principi l’Amministrazione debba far riferimento nell’emissione del

⁹⁷ Caduta da tempo la pregiudiziale del giuspositivismo legalista, che collegava necessariamente la positività del principio alla sua incorporazione in un testo scritto, è ormai acquisito che siano norme vincolanti anche i principi *sans texte formel*. In tal senso, acute e lungimiranti sono state le osservazioni di M.S. Giannini, secondo cui il principio inespreso non è norma diversa dalle altre, dal momento che a principi e regole è da riconoscere un’identità nella determinazione astratta degli effetti giuridici (cfr. M.S. Giannini, *Analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, II, 49). Tale affermazione è, d’altro canto, confermata anche da orientamenti concreti del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato considera, ad esempio, ammissibile un ricorso anche quando il ricorrente non indichi le fonti da cui desumere il principio posto alla base della violazione (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 28 maggio 1986, n. 365, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La dottrina, da parte sua, ha sempre ritenuto che il vizio di violazione di legge sia ravvisabile non solo nella violazione di norme di legge, regolamenti o statuti, ma anche «dei principi generali del diritto risultanti dal complesso della legislazione» (U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1933, 46).

⁹⁸ I principi, al pari di tutte le altre norme, sono «regole di condotta imperative, bilaterali e coercibili»: V. Crisafulli, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1944, I, 180. Dello stesso avviso S. Bartole, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 500. Secondo la dottrina, la forza precettiva dei principi risulta, peraltro, maggiore proprio quando essi svolgono una funzione *limitativa*. Cfr. N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in *Nss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 117; R. Guastini, *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996, 351 ss.; S. Bartole, *Principi generali del diritto*, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir. XXXV*, Milano, 1986, 514 ss. Essi non costituiscono in senso stretto la «disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo», ma assumono la funzione di «disciplina dell’attività amministrativa che si esercita per quell’atto» e, dunque, appaiono come condizione di legittimità della funzione amministrativa nel suo complesso, così come esercitata in una determinata fattispecie (A. Police, *La Predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 276).

⁹⁹ L’analisi del potere *extra ordinem* nel suo dialogo con i principi generali consente, peraltro, di cogliere la flessibilità del principio di legalità, individuandone nel rispetto dei principi stessi la “dose minima”, l’eterolimita mai trascurabile nell’esercizio del potere. Tale eterolimita assume un significato ancor più pregnante se si considera che, nella dialettica del sistema amministrativo, la maggior parte dei principi generali ha una funzione garantista e gioca a favore del potenziamento dei diritti e delle libertà degli amministrati nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Cfr. A. Bartolini, A. Pioggia, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 90; M. D’Alberty, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D’Alberty, Bologna, 2010. L’A. evidenzia come nella finalizzazione al potenziamento dei diritti e degli interessi degli amministrati si identifichi il senso più profondo della storia dei principi generali nel diritto amministrativo.

¹⁰⁰ R. Guastini, *Sui principi del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1986, 63.

provvedimento straordinario, in particolare con riferimento al coordinamento tra i diversi livelli normativi in cui essi trovano collocazione.

Sul punto, la dottrina più autorevole è concorde nell'affermare un'applicazione "a moto ascensionale", a partire dai principi relativi alla materia in cui si colloca l'azione amministrativa (ed è lo stesso legislatore, in determinati casi, a farvi espresso riferimento), passando per i principi generali del diritto amministrativo, fino a giungere infine, purché non vi ostino ragioni di incompatibilità, ai principi generali del diritto comune¹⁰¹. Così, l'Amministrazione dovrà procedere dapprima alla individuazione di direttrici nel sistema normativo settoriale in cui la fattispecie da regolamentare si colloca e, solo successivamente, potrà proseguire in via ascendente, fino a giungere a quella che autorevole dottrina ha definito «interpretazione sistematica allargata», che conduce all'adeguamento costituzionale della regola¹⁰².

La funzione di questo tipo di intervento è quella di adeguare l'ordinamento vigente, rilevatosi lacunoso ed inadeguato, alla sopravvenuta situazione straordinaria, estendendo alla situazione di anormalità la tutela di valori ordinariamente riconosciuti dal sistema giuridico, con lo scopo di impedire o contenere gli effetti antigiusdici del fatto emergenziale e di ripristinare le condizioni per la più corretta regolamentazione della fattispecie.

All'esito di tale ricostruzione assiologica, l'Amministrazione individuerà il provvedimento straordinario specifico che sarà emanato per fronteggiare la situazione di emergenza, atto che potrà porsi in tensione o addirittura in contraddizione con altre norme ordinarie. Centrale è, ovviamente, la corretta applicazione del principio di proporzionalità, che raggiunge proprio nell'ambito dei procedimenti preordinati all'emanazione di atti straordinari la sua massima incisività. Il *modus operandi* del principio non si discosta, invero, dalla sua ordinaria applicazione, che richiede all'Amministrazione di giungere, attraverso l'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, all'emanazione del provvedimento che comporti il minor sacrificio possibile degli altri interessi o diritti incisi dall'azione amministrativa, secondo i noti criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza della misura¹⁰³. La peculiarità riguarda, invece, i termini di bilanciamento, non fon-

¹⁰¹ Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 91 ss.; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit. 107; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1984; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo: Principi generali*, Padova, 1937, 76.

¹⁰² «L'interprete deve guardare al di là del sistema normativo ordinario e metter in rapporto la norma ordinaria, come ricostruita sistematicamente nella prima fase, con i principi costituzionali. Questo articolato processo interpretativo conduce all'adeguamento costituzionale della norma ordinaria»: A. Falzea, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 479.

¹⁰³ In dottrina (A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, Vol. V, 4645) si afferma che, pur essendo scomponibile in tre elementi costitutivi, questi ultimi non sono scindibili tra loro, ma soltanto distinguibili. In proposito, si parla di "teoria dei tre gradini".

dati su dati tecnici o empirici di certa percezione, ma incardinati principalmente sulla valutazione prognostica della manifestazione o reiterazione di un'urgenza socialmente rilevante. La *proporzione* si instaura, così, tra il sacrificio determinato dal provvedimento – tanto in relazione alle norme primarie derogate, quanto con riguardo ad altri diritti o interessi compromessi dalla misura straordinaria – ed il danno che si ritiene si potrebbe altrimenti verificare se l'intervento necessitato fosse omesso, nonché sotto il profilo temporale, vincolando l'amministrazione nell'individuazione di una congrua durata del provvedimento straordinario (che è, per sua natura, provvisorio)¹⁰⁴.

La discrezionalità amministrativa, come già accennato, raggiunge in tale contesto la sua massima espansione. Ed è proprio la sua corretta estrinsecazione e manifestazione, attraverso l'iter logico che si è qui tentato di ricostruire, a rappresentare il nodo cruciale della legittimità del provvedimento straordinario.

4. *Alcune riflessioni sul sindacato del Giudice amministrativo sui provvedimenti amministrativi straordinari*

Nel caso di norme che attribuiscono poteri straordinari l'effetto più immediato sul piano pratico si rinviene nella dilatazione del ruolo dell'interprete. Tale profilo, nella dottrina privatistica, è stato sintetizzato nell'assegnazione al giudice (da parte della legge) del potere di determinare concretamente il contenuto delle norme elastiche o "in bianco" (tra cui le clausole generali)¹⁰⁵. Diversa è la situazione nel diritto amministrativo, laddove il contenuto di tali disposizioni viene ad essere individuato in prima istanza dall'autorità pubblica, con una volizione di natura discrezionale. In altre parole, mentre il giudice ordinario procede in via autonoma all'applicazione della norma al rapporto controverso, il giudice amministrativo si trova ad esaminare la validità un'integrazione valutativa che, attraverso l'esercizio della discrezionalità, l'Amministrazione ha già effettuato con l'adozione del provvedimento impugnato.

¹⁰⁴ Cfr. Corte cost., 26 giugno 2007, n. 237, in *Foro amm.*, *CdS*, 2007, 1721.

¹⁰⁵ «Nelle clausole generali vi è una delega al giudice perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono». In esse opera «la delega a ricercare "valori" fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo»: P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1. In giurisprudenza: «quando una disposizione di limitato contenuto (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) delinea un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa [...] tale attività di precisazione e integrazione è censurabile in sede di legittimità al pari di ogni giudizio fondato su norme giuridiche, atteso che, nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori» (Cass. civile, sez. I, 07.07.2017, n. 16847).

La formazione della decisione straordinaria ed il provvedimento amministrativo che da essa discende devono certamente essere scandagliati dal giudice sotto il profilo della loro ragionevolezza, riconducendo «la verifica del rispetto dei canoni riconosciuti come clausole generali dell'azione amministrativa nell'ambito della legittimità»¹⁰⁶. Ciò che non è del tutto chiaro è se i poteri cognitori del Giudice debbano arrestarsi alla disamina dell'iter logico seguito dall'Amministrazione o se possano riguardare invece il controllo dei fatti e delle valutazioni extragiuridiche da questa compiute. In altre parole, il *punctum dolens* della vicenda sta nella verifica della capacità del Giudice di stabilire autonomamente se il fatto possa rientrare o meno nella previsione astratta di “necessità ed urgenza”, premessa legale del potere straordinario, così stabilendo se la valutazione sulla corrispondenza dell'atto al modello “in bianco” desunto dalla norma attenga alla legittimità o al merito dell'Amministrazione.

Occorre premettere che le pronunce del Giudice amministrativo sui provvedimenti straordinari sono numerosissime ed il tentativo di sistematizzazione della relativa casistica giurisprudenziale patisce, da una parte, l'ampiezza e l'eterogeneità dei relativi poteri e, dall'altra, le fisiologiche complicazioni che discendono dalla natura atipica e residuale di tali atti: ciascun provvedimento deve, infatti, essere considerato alla luce del giudizio di necessità effettuato in quella determinata fattispecie di urgenza. Da tali provvedimenti non si possono, quindi, ricavare interpretazioni estensive o deduttive¹⁰⁷ e le pronunce giurisdizionali che li riguardano difficilmente possono assumere una valenza generale, slegata dalla specifica situazione emergenziale.

Ad ogni modo, nel tentativo di chiarire quali siano i limiti del sindacato giurisdizionale su tali atti, il primo elemento da considerare è che la cognizione del Giudice sul provvedimento straordinario non ha come punto di riferimento un

¹⁰⁶ Cfr. G. Sala, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, cit., 1191 ss. L'A., distinguendo tra principi e clausole generali nel diritto amministrativo, ha operato tale partizione anche al fine di precisare i confini tra due vizi di legittimità: la violazione di legge (con riferimento alla violazione di principi) e l'eccesso di potere (con riguardo alla violazione di clausole generali. Sul punto si veda anche S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1197-1213. La valutazione di “legittimità” dell'azione amministrativa ricomprende senz'altro anche il rispetto delle clausole generali, ed anzi proprio «l'utilizzo delle clausole generali permette [...] di svolgere un sindacato incisivo sulla ragionevolezza delle decisioni unilaterali» (G. Sigismondi, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, a cura di A. Travi, Napoli, 2014, 147 ss.). Pure è stato affermato che le stesse figure sintomatiche dell'eccesso di potere debbano essere ricondotte alla violazione di clausole generali; in tale ottica, l'eccesso di potere «si traduce (si riduce) nell'inadempimento dell'obbligo dell'amministrazione di comportarsi secondo le clausole generali, che rende la sua condotta illegittima (contra ius) ed, eventualmente, illecita» (C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008).

¹⁰⁷ «Né tantomeno condurre a legittimare nessi di causalità o addebiti di responsabilità non espressamente contestati nella ordinanza stessa» (Cons. Stato, sez. III, 1° aprile 2015, n. 1727, in www.giustizia-amministrativa.it).

preciso parametro legislativo sul quale calibrare il controllo di legittimità dell'azione amministrativa, che si concentra *in primis* sulla qualificazione di un evento come fattore legittimante l'esercizio del potere. D'altro canto, però, il sindacato del Giudice amministrativo – in quanto sindacato di legittimità e non di merito¹⁰⁸ – non dovrebbe estendersi alla valutazione dei presupposti di adozione dell'atto (*rectius*, dei presupposti del giudizio di necessità), che è rimessa all'apprezzamento dell'Amministrazione (c.d. "riserva di amministrazione"¹⁰⁹), se non per la presenza di manifesti vizi di logicità.

La contraddizione appare evidente. Ed, in effetti, analizzando le pronunce, è facile verificare come, in materia di provvedimenti contingibili ed urgenti, il Giudice amministrativo, pur non potendo valutare l'opportunità e la convenienza delle scelte adottate, operi di fatto – attraverso la più ampia utilizzazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere – un penetrante controllo sulla sussistenza e corretta valutazione dei presupposti dell'atto, senza arrestarsi agli apprezzamenti ed alle valutazioni compiute a monte dall'Amministrazione¹¹⁰. In altre

¹⁰⁸ Lo è stato, in parte, in passato. Infatti, prima dell'adozione del codice sul processo amministrativo, le ordinanze contingibili e urgenti emesse dal Sindaco in qualità di ufficiale del Governo rientravano proprio tra i casi di giurisdizione estesa al merito. Tali provvedimenti potevano, dunque, essere pienamente sindacati non soltanto con riferimento a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche con riferimento ai profili relativi all'opportunità, convenienza ed equità delle determinazioni adottate. Ha rilevato, a tal proposito, il T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 22 aprile 2011, n. 264, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che «dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze sindacali contingibili e urgenti [...] non è più esteso anche al merito; l'art. 134 del Codice non include infatti tali atti fra quelli relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui detti provvedimenti non possono più essere pienamente sindacati dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza e alla attendibilità delle disposte istruttorie e alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate». Ancora, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 aprile 2012 n. 423, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «[l]'art. 134 c.p.a., a differenza del previgente art. 7 della l. n. 1034 del 1971, non include le ordinanze contingibili ed urgenti fra i provvedimenti relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui si deve ritenere che esse siano sindacabili soltanto sotto il profilo della legittimità e non anche in relazione ai profili di merito, concernenti la veridicità dei presupposti di fatto considerati, la sufficienza e l'attendibilità delle disposte istruttorie e/o la convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni assunte».

¹⁰⁹ «[L]a competenza esclusiva della pubblica amministrazione nella scelta fra più soluzioni astrattamente possibili secondo le varie manifestazioni della problematica delle clausole generali, dei concetti giuridici indeterminati e del rinvio a norme non giuridiche» (F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.). Sulla riserva di amministrazione, cfr., D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, spec. 85 ss.

¹¹⁰ Le sentenze in materia, più che sui vizi procedimentali, s'incardinano principalmente sulla violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nonché sulla carenza dei presupposti e sull'insufficiente istruttoria; anche la deroga alle norme che disciplinano i poteri tipici, operata con il provvedimento straordinario, è quasi sempre valutata non come violazione di legge, ma in correlazione al grado dell'urgenza ed al dovere di darne sufficiente motivazione, associando, dunque, la relativa condizione patologica al vizio di eccesso di potere. L'emanazione di un provvedimento contingibile ed urgente, secondo il Consiglio di Stato, discende dalla «necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento, nonché besistenza e l'indicazione nel provvedimento impugnato di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l'Amministrazione non intervenga prontamente» (Cons. Stato, Sez. II, 22 gennaio

parole, il sindacato si rivolge sì ai profili di logicità, congruenza, proporzionalità e coerenza del provvedimento, ma lo fa in relazione alla veridicità dei suoi presupposti di fatto, che ne costituiscono lo stesso fondamento legittimante¹¹¹.

Di certo, la necessità di un sindacato “sostanziale” sui provvedimenti che discendono da norme elastiche, come quelle di cui si discute, appare fondamentale, poiché esso ha ad oggetto atti idonei – in virtù della loro natura derogatoria – a comprimere situazioni giuridiche soggettive ordinariamente non comprimibili, attraverso l’utilizzo di poteri non tipizzati dalla norma giuridica.

Se, infatti, la situazione di fatto da cui i provvedimenti straordinari traggono legittimazione non fosse pienamente conoscibile in sede di giudizio, si aprirebbe la via ad inique situazioni di arbitrio. Di conseguenza, l’obbligo di rendere giustizia ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale impongono, in

2020, n. 538). I presupposti per l’esercizio del potere straordinario sono, dunque, pacificamente rintracciati dalla giurisprudenza nella concorrenza di un grave pericolo, nell’impossibilità di differire l’intervento e nella ragionevole previsione di un danno incombente e non altrimenti fronteggiabile. Usando ancora le parole del Consiglio di Stato, tali presupposti riguardano «la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall’ordinamento, nonché la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti, nella proporzionalità del provvedimento, non essendo pertanto possibile adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità (Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369). [...] [I]l potere di ordinanza di cui si discute presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, e in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189; 25 maggio 2015, n. 2967; 5 settembre 2015, n. 4499)» (Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017 n. 774). Sovente, dunque, la ricostruzione dei presupposti si estende al giudizio di proporzione, con riferimento alla provvisorietà e temporaneità degli effetti del provvedimento, alla proporzionalità del medesimo ed all’obbligo di motivazione. Si vedano anche, *ex multis*: T.A.R. Napoli, Campania, Sez. V, 3 giugno 2019, n. 3003; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 29 giugno 2017, n. 1072; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 21 aprile 2017, n. 535; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 21 settembre 2016, n. 1056 («[i]l potere di ordinanza del Sindaco presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione»); T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 69 («[u]n incisivo potere di ordinanza sindacale [...] soggiace all’inderogabile disciplina secondo la quale la motivazione deve operare una compiuta valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, con riferimento puntuale alla sussistenza di tutti i suddetti elementi, da considerare presupposti indefettibili all’esercizio del potere straordinario attribuito al Sindaco»); T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 18 gennaio 2016, n. 79 («[s]olamente una approfondita indagine istruttoria da parte della P.A. può giustificare il ricorso allo strumento extra ordinem di emissione dell’ordinanza contingibile e urgente»; «[d]eve ritenersi illegittima l’ordinanza comunale che non indica, come invece avrebbe dovuto fare, le ragioni per le quali ai pericoli temuti non si potesse fare fronte mediante ricorso agli ordinari strumenti»). Tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Significativa è, inoltre, la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, del 2002, n. 6280, in merito alla generica attribuzione ai commissari di «funzioni amministrative relative alla gestione rifiuti», con la quale il Giudice d’appello ha ritenuto che non fosse compatibile con il concetto di emergenza un intervento di durata pluriennale.

¹¹¹ F. Astone, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2018, 17, 12 ss. rileva che, per comprendere se la scelta dell’amministrazione sottoposta al suo esame sia logica, il Giudice non può che guardarla nel più ampio tratto d’azione amministrativa nella quale essa si colloca, accertando dunque se la fattispecie sia stata conosciuta e valutata in modo adeguato dalla pubblica amministrazione.

casi come questi, un ampliamento dei tradizionali spazi del sindacato giurisdizionale¹¹². Sotto diverso profilo, peraltro, l'indeterminatezza della norma non può di per sé comportare che la sua applicazione diventi *quaestio facti* non sindacabile, ma anzi rende più forte l'esigenza di un controllo pieno, che consenta di dare coerenza alla eterogenea prassi applicativa che essa discende¹¹³.

Resta, tuttavia, chiaro che un sindacato sostanziale di logicità e ragionevolezza, pur implicando l'estensione dei poteri cognitori del Giudice ai fatti che costituiscono i presupposti dell'atto¹¹⁴ e l'accentuazione del risvolto "soggettivo" del controllo giudiziale, tale da distinguerlo dal controllo di mera legalità¹¹⁵, è cosa ben diversa da un sindacato di merito, poiché esso non può esprimere un giudizio che si sostituisca a quello compiuto dall'Amministrazione, sulla base di un'autonoma valutazione delle vicende che hanno dato origine al provvedimento¹¹⁶.

¹¹² «L'obbligo di rendere giustizia in situazioni di incertezza [...] amplia i tradizionali spazi del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, valorizzando al contempo gli istituti processuali idonei ad assicurare una tutela rapida ed effettiva»: A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 194.

¹¹³ Così rileva puntualmente M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit., 125.

¹¹⁴ F. Astone, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2018, 17, 12 ss.

F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 376. Il sindacato di ragionevolezza, pur allontanandosi dal mero controllo di legittimità, è cosa ben diversa dal sindacato di merito (che sfocia in un più pregnante controllo di "opportunità" delle scelte amministrative); esso risulta, infatti, sempre ancorato a criteri di valutazione oggettiva della non arbitrarietà delle scelte amministrative.

¹¹⁵ A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. Amm.*, 2008, 547: «[i]l tratto caratteristico e distintivo di questo sindacato [di ragionevolezza], in termini generali, è che il parametro alla cui stregua è effettuata la valutazione non è costituito da disposizioni che prescrivono o vietano un certo contenuto della decisione [...], ma direttamente da uno o più principi».

¹¹⁶ «È forte quel controllo che consente al giudice di sostituire la propria cognizione e volontà a quella dell'amministrazione, cui pure compete, in prima battuta, la titolarità del potere decisionale. È debole quel controllo che lascia invece all'amministrazione le valutazioni finali e che devolve al giudice una cognizione sì piena, ma finalizzata a un vaglio di attendibilità e ragionevolezza della scelta ultima che l'amministrazione abbia fatto, senza un potere-dovere di tipo sostitutivo»: F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica, mercato*, Milano, 2005, 11. Secondo la dottrina, dinanzi al controllo di ragionevolezza «si può parlare [...] di "preferenza" (anziché di "riserva") di amministrazione: nel senso che la decisione ragionevolmente assunta dall'autorità amministrativa va comunque preferita (al di fuori dei casi di sindacato di merito) alle decisioni, anch'esse egualmente ed in pari misura "ragionevoli", suscettibili di essere assunte sulla base delle medesime risultanze procedimentali». Diversamente, con il controllo di merito «il controllore può "disapprovare" la misura disposta dalla decisione della p.a., anche se questa, valutata sulla base delle risultanze della procedura concretamente svolta, appare intrinsecamente ragionevole, e ritenere invece preferibile altra e diversa misura (ancorché questa non risulti oggettivamente prevalente per intrinseca adeguatezza e congruità)». A. Romano Tassone, *ult. op. cit.*, 549-550. Il sindacato di merito, dunque, oltre che eminentemente *soggettivo*, è anche radicalmente *sostitutivo*. Sul finire degli anni '30 del secolo scorso, proprio sulla fondamentale questione dei rapporti tra merito e legittimità si accese, com'è noto, lo storico dibattito tra Massimo Severo Giannini e Costantino Mortati. L'idea del Mortati eliminava ogni distinzione concettuale tra merito e legittimità, tra discrezionalità e interpretazione, riconducendo l'esercizio del potere nell'ambito dell'eteronomia, della controllabilità e della piena sindacabilità giurisdizionale (cfr., C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora anche in Id., *Scritti giuridici. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 997). All'opposto, la dottrina gianniniana considerava le regole che disciplinano la sfera discrezionale come «regole non giuridiche, le quali quindi non possono aver rilievo diretto che in

Certo, la qualificazione di una situazione in termini di “necessità ed urgenza” dev’essere innanzitutto valutata come *ragionevole* e non meramente *condivisibile* e, di conseguenza, in sede di giudizio l’*opinabilità* della scelta tra diverse opzioni valutative non deve essere confusa con l’*opportunità* della medesima¹¹⁷. Ciononostante, l’accertamento giudiziale sull’idoneità dell’evento a giustificare il ricorso a poteri straordinari può sconfinare nel merito amministrativo ogni qual volta il Giudice concluda in senso diverso rispetto all’Amministrazione, sostituendosi sostanzialmente ad essa nella valutazione del fatto. Questa ambiguità, come già rilevato, si manifesta anche nell’atteggiamento della giurisprudenza che, da una parte, afferma espressamente di non poter sindacare in modo pieno tali provvedimenti e, dall’altra, tende ad esercitare nella prassi un controllo pregnante sui relativi presupposti¹¹⁸.

un giudizio di merito. Ove questo non ci sia, la loro osservanza rimane incontrollabile» (M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 83, ora anche in Id., *Scritti*, Vol. I, Milano, 2000). La polemica tra i due autorevoli giuristi si sviluppò sulle pagine della rivista “Stato e diritto”, dove Mortati accusò Giannini di aver elaborato un concetto di merito «arbitrario, ed in ogni caso non utile alla comprensione del diritto positivo» (C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, II, 1941, 135). Giannini, in risposta, imputò a Mortati l’intenzione di voler «considerare giuridiche non solo le norme morali [...], ma ogni regola dell’agire umano di un uomo equilibrato» (M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, II, 1941, 440). Mortati replicò ancora, ribadendo che le regole non giuridiche poste alla base della discrezionalità divengono «imperativo giuridico nel momento stesso in cui l’inosservanza» di queste «venga a ripercuotersi con propri effetti nel mondo del diritto», dunque a seguito dell’accertamento giudiziale (C. Mortati, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, III, 1942, 49). Qualche anno dopo Giannini non esitò a definire «non priva di comicità» l’opinione di chi aveva ritenuto «che nella discrezionalità vi sia un rinvio a norme o regole non giuridiche, la cui osservanza verrebbe imposta all’agente dalla norma» (M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 94-95 e 98). Per un’analisi approfondita, si veda il lavoro di G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989. Sul tema della discrezionalità, si rinvia all’autorevole contributo di F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 1045 ss.

¹¹⁷ Un sindacato di ragionevolezza presuppone sempre l’esistenza di più scelte ragionevoli, tra le quali non risulta possibile imporne una in particolare all’amministrazione; il giudizio di merito, al contrario, ha come parametro di giudizio una sola soluzione opportuna, su cui si incardina la valutazione del Giudice: «[...] una delle specialità di quella competenza [di merito] consisterebbe nella mancanza di una stregua assoluta ed obiettiva cui confrontare il punto controverso, il quale va risolto non in un senso che sia imposto dalla legge o dal rispetto di un diritto subiettivo, ma nel senso reso più consigliabile da motivi di convenienza, di opportunità, di equità»: V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1907, 825.

¹¹⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 20 dicembre 2016, n. 1132, che annulla il provvedimento straordinario poiché «non risulta essere stata effettuata alcuna effettiva ponderazione della concreta situazione di fatto». Sul punto, rilevante è anche T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, m. 1070/2010, confermata da Cons. Stato, Sez. II, 22 gennaio 2020, n. 539, che annulla un’ordinanza contingibile ed urgente sul presupposto che essa non contempli l’esistenza «e l’indicazione di una situazione di concreto pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l’Amministrazione non intervenga prontamente: in altri termini il collegamento con le esigenze di protezione dell’igiene e della salute pubblica, che costituisce presupposto necessario per giustificare il ricorso al potere ordinatorio è condizione necessaria, ma non sufficiente, ove non sussistano gli ulteriori particolari requisiti di urgenza e, quindi, di pericolo per la pubblica incolumità». Ancora, T.A.R. Basilicata n. 557/2012, (tutte in www.giustizia-amministrativa.it), che, sempre in materia di ordinanze contingibili ed urgenti, dispone che «anche sulla scorta di una valutazione di mera legittimità» si possa rilevare il mancato

Escluso che con il giudizio di necessità l'Amministrazione ponga in essere un'attività meramente interpretativa¹¹⁹, il problema, a ben vedere, si lega al fatto che i confini tra legittimità e merito non sono, in questo contesto, sempre definibili in modo netto, poiché le valutazioni oggetto del giudizio di necessità hanno natura ibrida e mutevole. Pertanto, su di esse – pur rimanendo centrale la necessità di un sindacato “forte” del Giudice amministrativo, che sappia far fronte alla particolarità delle vicende sottese all'esercizio del potere straordinario e che consenta di vagliare a fondo la coerenza dell'analisi compiuta dall'Amministrazione – l'estensione del margine di valutazione giudiziale appare strettamente connessa alla specificità del caso concreto e, dunque, al ragionevole *self-restraint* del giudice amministrativo.

rispetto dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere e, in particolare, la mancanza di un «pericolo concreto, attuale ed imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, da non poter essere affrontato con gli ordinari mezzi previsti dalla normativa vigente». In dottrina, si veda sul punto G. Tropea, *Spigolature in tema di sicurezza urbana*, in *Giustamm.it*, 2011, 16.

¹¹⁹ Non appare, infatti, corretto ritenere che, nel caso di norme contenenti clausole generali o disposizioni “in bianco” ed elastiche, sia l'interpretazione (sulla quale il Giudice ha piena cognizione, poiché «essa consente di dedurre dal concetto indefinito un unico specifico significato»: S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 284) e non già l'esecuzione della norma a caratterizzare il giudizio di necessità. Tale giudizio è, infatti, caratterizzato da un'integrazione valutativa realizzata attraverso la tecnica del bilanciamento (cfr. V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 77) ed è, dunque, espressione di discrezionalità. L'attività interpretativa ha, invece, rispetto alla norma un compito di mera integrazione che si realizza laddove l'incertezza non sia voluta dal legislatore, ma emerga comunque dal dettato normativo. In dottrina è stato, infatti, rilevato che quando il legislatore impiega volutamente concetti indeterminati, esso «attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale». In tal senso, S. Perongini, *ult. op. cit.*, 284, che richiama lo studio di W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss. Walter Jellinek fu il primo a distinguere tra concetti attributivi di potere discrezionale (*unbestimmte Begriffe*) e concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (*unbestimmte Rechtsbegriffe*): nel primo caso è richiesto all'interprete un intervento di precisazione soggettiva, che implica un giudizio di valore; nel secondo caso i concetti sono, invece, meramente descrittivi ed immediatamente conoscibili sulla base dell'esperienza. La stessa teoria è stata, poi, ripresa dalla dottrina italiana e, in particolare, da F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 254 ss. L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 172, afferma che «il discrimine, sotto il profilo concettuale, tra interpretazione e discrezionalità, sarebbe costituito dalla presenza, nel secondo caso, di valutazioni in funzione della scelta finale, assente nelle ipotesi di attività meramente interpretative, in cui sussisterebbe un rapporto soggettivo, ma mancherebbe un momento dispositivo in senso proprio». Anche la giurisprudenza, dal canto suo, non ha mancato di evidenziare che la decisione di adottare un provvedimento *extra ordinem* presenta profili di discrezionalità amministrativa in merito alla contingibilità ed urgenza dell'intervento, soprattutto quando si tratti di percepire la lesione di interessi pubblici definiti con clausole generali: «[i]l provvedimento impugnato [...] è frutto di un'autonoma valutazione del Sindaco rispetto alla quale la pretesa insufficienza istruttoria si palesa irrilevante in considerazione del fatto che la decisione di adottare un'ordinanza *extra ordinem* presenta profili di discrezionalità amministrativa che superano gli accertamenti tecnici, soprattutto quando si tratti di percepire la lesione di interessi pubblici definiti con clausole generali quali, nel caso di specie, il degrado urbano o lo scadimento della qualità urbana». Così: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 luglio 2019, n. 1527, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

5. *Un'appendice doverosa: le nuove declinazione del potere straordinario al tempo dell'emergenza sanitaria "Covid-19"*

L'emergenza sanitaria scoppiata nel febbraio 2020, a causa della diffusione del virus SARS-CoV-2, ha avuto un impatto molto forte sul sistema giuridico ed amministrativo del nostro paese. I provvedimenti straordinari si sono susseguiti a grande velocità, a distanza di pochi giorni l'uno dall'altro, rimbalzando tra diversi sistemi normativi e concretizzandosi in atti di natura eterogenea.

Il "meccanismo" è stato attivato dalla deliberazione dello stato di emergenza da parte Consiglio dei Ministri, intervenuta il 31 gennaio 2020. I primi rilevanti provvedimenti¹²⁰ sono stati adottati, però, in un quadro normativo diverso dal d. lgs. n. 1/2018, ovvero ai sensi dell'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, l. 23 dicembre 1978, n. 833, norma che attribuisce al Ministro della salute (nonché al Presidente della giunta regionale ed ai sindaci, nei rispettivi territori di competenza) il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica¹²¹.

Le ordinanze hanno, però, presto ceduto il passo ad una diversa tipologia di provvedimenti straordinari, individuata dal d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020, poi convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13. Il decreto legge conferiva alle autorità competenti una sorta di delega "in bianco", che consentiva di emanare, al di fuori dei provvedimenti espressamente indicati dall'art. 1, anche «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» (art. 2)¹²² ed individuava come stru-

¹²⁰ Ordinanze di Protezione civile sono state emesse a partire dal 3 febbraio 2020 con riguardo all'acquisto straordinario di materiale medico-sanitario in deroga alla normativa in tema di appalti ed all'incremento del personale medico, attraverso la proroga dei contratti in essere e la stipula di nuovi contratti di collaborazione coordinata e continuativa per il periodo dell'emergenza (cfr., in particolare, Ordinanze del 21 e del 22 febbraio 2020).

¹²¹ La norma è stata già richiamata nel paragrafo 2, nota 61. Una prima – più blanda – ordinanza era stata, invero, emanata dal Ministero della salute il 1° febbraio 2020, stabilendo l'interdizione del traffico aereo dalla Cina, area in cui si era sviluppata la prima trasmissione epidemica del virus. L'ordinanza del 21 febbraio, ad efficacia nazionale e con validità di novanta giorni, ha imposto alle autorità sanitarie di applicare la misura della quarantena, con vigilanza attiva e per quattordici giorni, a chiunque avesse avuto contatti con persone infette. Il medesimo provvedimento stabiliva altresì l'obbligo per tutti gli individui che, negli ultimi quattordici giorni, avessero fatto ingresso in Italia da una delle zone della Cina colpite dalla malattia, di segnalare tale circostanza alle autorità sanitarie territorialmente competenti, al fine della messa in atto delle dovute precauzioni. Il 23 febbraio, appena due giorni dopo, venivano emanate ben cinque ordinanze, d'intesa con i Presidenti delle Regioni Lombardia, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Piemonte e Veneto, in cui ricadevano i territori interessati dal focolaio. Con tali provvedimenti si stabiliva la sospensione di tutte le attività educative, culturali, ludiche e sociali, di tutte le procedure concorsuali e la disinfezione giornaliera dei treni regionali e di tutto il trasporto pubblico locale. Il 24 febbraio seguiva analoga ordinanza d'intesa con il Presidente della Regione Liguria.

¹²² L'art. 1 del decreto legge individua una serie di provvedimenti inibitori adottabili, evidentemente non in via tassativa. Tra questi: divieto di accesso e di allontanamento dai comuni; sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche e private; sospensione dei servizi educativi e culturali; applicazione della misura della quarantena ai soggetti provenienti da zone a rischio epidemiologico.

mento attuativo di tali misure il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri¹²³ (art. 3). La norma, in sostanza, ha delegato ad un atto amministrativo (o para-normativo) di natura atipica¹²⁴ – non riconducibile alla normativa in materia di Protezione civile, né in senso stretto alla categoria delle ordinanze contingibili ed urgenti – l’attuazione di una serie di misure indefinite ed indefinibili.

I DD.P.C.M. si sono, peraltro, susseguiti con un crescendo d’intensità delle misure restrittive, tanto con riguardo all’area di applicazione, giungendo ad interessare omogeneamente tutto il territorio nazionale, quanto sotto il profilo contenutistico, spingendosi a disporre la chiusura di tutte le attività produttive e commerciali (ad eccezione di quelle espressamente elencate) ed il divieto per chiunque di muoversi liberamente, se non per comprovate esigenze lavorative, di salute o di assoluta necessità. E non pochi dubbi sono stati sollevati in merito alla legittimità di tali atti.

Il 25 marzo 2020 è stato emanato il Decreto legge n. 19 (convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35), che ha “corretto il tiro”, circoscrivendo in maniera più dettagliata ed opportuna il potere *extra ordinem*. L’art. 1, comma 1 del d.l. n.19/2020 ha, infatti, stabilito che le misure adottabili fossero esclusivamente quelle tassativamente elencate dal comma 2 della medesima norma¹²⁵, rimuovendo la problematica “delega aperta” disposta dal d.l. del 23 febbraio. I provvedimenti straordinari sono stati rinforzati anche sotto il profilo strutturale attraverso l’ampliamento della platea dei soggetti a cui è riconosciuto il potere di impulso ai fini dell’emanazione dei provvedimenti governativi¹²⁶ e la previsione

¹²³ Su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell’interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso di provvedimenti relativi una sola o più regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, nel caso di provvedimenti a valenza nazionale.

¹²⁴ Cfr. B. Mameli, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giur. It.*, 2012, 11; N. Lupo, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 12, 1209.

¹²⁵ Le misure sono state definite anche sotto il profilo temporale, stabilendone la durata per periodi non superiori a trenta giorni, reiterabili fino al 31 luglio 2020 (termine finale dello stato di emergenza, così come individuato dalla Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020).

¹²⁶ Con il nuovo Decreto legge è stata ampliata la platea dei soggetti a cui è riconosciuto il potere di impulso ai fini dell’emanazione dei decreti per Presidente del Consiglio. Il Governo ha, di fatto, “sottratto” alle regioni rilevanti poteri in materie di potestà concorrente, quali la salute, il commercio, l’istruzione, il turismo e le politiche culturali ed il principio di leale collaborazione, a maggior ragione dinanzi ad una chiamata in sussidiarietà di poteri regionali, imponeva allo Stato di coinvolgere il più possibile le regioni. Sul punto, si veda la recente sentenza della Corte costituzionale, 2 dicembre 2019, n. 246, in *www.cortecostituzionale.it*, che – pur riconoscendo che «in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale (in generale, sentenza n. 303 del 2003)» – evidenzia come la Regione non possa comunque considerarsi “estranea” alle relative vicende, «giacché [...] occorre che essa stessa fornisca l’intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016, in *www.cortecostituzionale.it*). Il Decreto n. 19/2020 ha, così, espressamente incluso tra i proponenti i Presidenti delle regioni interessate ed il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome nel caso di

della emanazione preventiva di un parere da parte di un “Comitato tecnico-scientifico”. La presenza del parere tecnico – pur non essendo obbligatoria¹²⁷ – appare rilevante: essa determina, infatti, accanto al netto miglioramento dell’istruttoria (che si riflette, poi, direttamente sull’adeguatezza delle misure adottate), anche un’implementazione dell’eventuale controllo giurisdizionale sui relativi provvedimenti¹²⁸. Il d.l. n. 19/2020 ha poi confermato, quale strumento attuativo delle misure straordinarie da esso disposte, il D.P.C.M. (art. 2, comma 1)¹²⁹, preferendo ancora una volta tale atto atipico alle ordinanze tradizionalmente intese.

Com’è noto, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è stato in passato qualificato dalla giurisprudenza amministrativa come «atto amministrativo generale “con struttura scindibile”»¹³⁰, ma, come i decreti ministeriali, può avere anche contenuto normativo nel dare attuazione a norme o varare i regolamenti di cui all’articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400¹³¹. Nel caso in esame, i DD.P.C.M. non hanno, ovviamente, natura regolamentare e sono dunque emanati senza che sia necessaria una delibera del Consiglio dei ministri e senza il parere del Consiglio di Stato¹³². Si tratta certamente di uno strumento snello e duttile, in ragione della celere ed immediata modalità di approvazione. Il suo inquadramento nel contesto del diritto dell’emergenza rimane, però, complesso. In particolare, con riferimento alla compressione (seppur temporanea) di diritti costituzionalmente tutelati, a differenza di quanto avviene con la decretazione

provvedimenti che interessino l’intero territorio nazionale, soggetti che nella precedente formulazione legislativa potevano soltanto essere “sentiti”. Ad ogni modo, pare corretto ritenere che la proposta non sia vincolante.

¹²⁷ Il decreto legge specifica che il parere tecnico è reso “di norma”, lasciando intendere, invero con una formulazione non pienamente felice, che tale passaggio procedimentale possa essere eluso in virtù di specifiche valutazioni del caso, che si suppone siano legate alla necessità di ridurre i tempi di emanazione del provvedimento.

¹²⁸ Il sindacato del Giudice, infatti, rivolgendosi alla discrezionalità tecnica dell’organismo preposto al suo rilascio, non è limitato al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità, ma si estende alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza.

¹²⁹ Il Decreto legge del 25 marzo ha stabilito, altresì, al comma 2 del medesimo art. 2, che in casi di estrema necessità ed urgenza e nelle more dell’adozione dei Decreti, le misure possono essere adottate con ordinanza del Ministro della salute ai sensi dell’art. 32 della l. n. 833/1978, con efficacia temporale limitata all’entrata in vigore del D.P.C.M.

¹³⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2018, nn. 2201 e 2203, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹³¹ Anche se è relativizzata da una parte della dottrina, la distinzione tra atti amministrativi generali e atti regolamentari è ancora presente a livello giurisprudenziale. In dottrina, sui confini sfumati tra regolamenti e atti amministrativi generali, si vedano: G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Torino, 2000, 172 ss.; G. Morbidelli, *Il Tar del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 405 ss.; G. Clemente di San Luca, *L’atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, 115 ss.; C. Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss., spec. 403 ss.; M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2013, 1-2, spec. 59.

¹³² Sull’utilizzo eccessivo di tale categoria di atti sono state espresse perplessità, tanto da parlare di «*fuga dal Consiglio di Stato*». Cfr. V. Di Porto, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 2. L’A. evidenzia come il Comitato per la legislazione di Montecitorio abbia in passato invitato il legislatore «non assegnare a fonti atipiche compiti di tipo normativo che l’ordinamento riserva alle fonti secondarie del diritto».

d'urgenza, assoggettata ai controlli previsti dalla Costituzione (approvazione delle due Camere, promulgazione del Presidente della Repubblica, eventuale sindacato da parte della Corte Costituzionale), il D.P.C.M. sfugge a qualsiasi controllo da parte del potere pubblico e costituzionale, se non quello del possibile sindacato dinanzi al giudice amministrativo, entro lo stringente termine decadenziale¹³³.

Secondo parte della dottrina, pur non contenendo un esplicito riferimento alla contingibilità ed urgenza delle misure adottate, i DD.P.C.M. potrebbero nel caso di specie essere ricondotti al *genus* delle ordinanze d'urgenza, acquisendo così la capacità derogatoria riconosciuta a tale categoria di provvedimenti¹³⁴. Invero, questo accostamento non appare pienamente convincente, poiché non si comprende per quale motivo sarebbe stato necessario estendere a tali provvedimenti la funzione già riconosciuta dalla legge e dalla giurisprudenza agli atti di ordinanza, pure emanabili ed emanati dal Governo durante gli ultimi due mesi. Sembra forse preferibile ritenere, come pure rilevato¹³⁵, che la scelta del D.P.C.M. come principale strumento attuativo delle misure emergenziali sia stata dettata dalla necessità di accentrare in capo ad un unico soggetto – il Presidente del Consiglio dei ministri – le decisioni e le relative responsabilità, utilizzando con una veste nuova uno strumento dai contenuti evidentemente flessibili ed atipici, nonché di più semplice e veloce emanazione. I DD.P.C.M. sono, infatti, provvedimenti assai meno complessi delle ordinanze di protezione civile, dal momento che prevedono la necessaria intesa soltanto tra il soggetto cui compete l'atto di proposta ed il Presidente del Consiglio che adotta l'atto.

È la sostanza che prevale sulla forma, nel polimorfismo dell'emergenza.

Peraltro, se letti alla stregua di ordinanze contingibili ed urgenti, i DD.P.C.M., in particolare prima dell'entrata in vigore del d.l. 19/2020¹³⁶, avrebbero presentato una assoluta contraddizione con uno dei pilastri più delicati ed importanti su cui poggia il regime giuridico delle ordinanze stesse, ovvero il rispetto della riserva di legge¹³⁷. Ciò perché, come già evidenziato nel corso del

¹³³ Non sono mancate, in dottrina, aspre critiche anche al *quomodo* di attuazione delle recenti misure emergenziali. In particolare, è stato rilevato che il decreto legge è una fonte primaria a cui non si può dare esecuzione con un atto amministrativo, poiché esso stesso, ai sensi dell'art. 15 della l. n. 400/1988, dovrebbe dettare norme di immediata applicazione. Cfr. 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, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 20.

¹³⁴ In tal senso, M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 5. Concorde S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 4.

¹³⁵ M. Cavino, *ult. op. cit.*, 7.

¹³⁶ Il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 non forniva, come già rilevato, una disciplina limitativa del contenuto dei DD.P.C.M. successivamente adottati, conferendo al Governo, di fatto, una delega "in bianco".

¹³⁷ Cfr., *supra*, nota 53. Come puntualmente rilevato, è peraltro dubbio che la sanatoria delle misure adottate in attuazione del d.l. n. 6, operata dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 19, possa mettere al riparo dall'an-

presente studio, mentre nel caso di riserve assolute la Corte costituzionale ha nettamente escluso la possibilità che possa intervenire il potere di ordinanza, in presenza di riserve relative il ricorso a tale potere straordinario è stato ammesso solo a patto che la legge attributiva del potere «indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo al quale il potere è stato attribuito»¹³⁸. Ed in passato, anche quando il Giudice amministrativo ha ritenuto non preclusiva all'esercizio del potere di ordinanza l'assenza di precise delimitazioni legislative alla discrezionalità dell'autorità che lo esercita, la riserva relativa è stata "assorbita" dalla legalità sostanziale: essa ha dismesso le vesti di limite esterno del potere *extra-ordinem*, per assumere quella di limite interno e conformativo del contenuto dell'atto, alla luce degli stessi principi tutelati dalla riserva di legge, nonché delle norme ordinarie che non fossero state dichiarate dal legislatore espressamente cedevoli¹³⁹.

Il problema della riserva di legge si è presentato anche con riguardo alle ordinanze regionali e sindacali, che pure sono state emanate in rapida successione, spesso prevedendo misure più restrittive rispetto a quelle individuate dai decreti legge e dai provvedimenti governativi di attuazione. Come lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare, «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica», messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio¹⁴⁰.

La tensione tra libertà individuali e divieti a tutela della salute pubblica si è manifestata, in particolare, a seguito dell'emanazione dell'ordinanza della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020, con la quale è stato vietato lo svolgimento di qualsivoglia attività sportiva all'aperto. Il provvedimento è stato impugnato dinanzi al T.A.R. Campania, che – pronunciandosi in via cautelare – non ha tuttavia ritenuto illegittima la compressione della situazione azionata, riconoscendo prevalenza, ad una prima analisi, alle misure approntate dalla Regione

nullamento (o disapplicazione) giurisdizionale anche le "ulteriori" misure previste dal già richiamato art. 2: «se e il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo viola), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti» (M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.it, 2020, 3).

¹³⁸ Corte cost., sentenze 20 giugno 1956, n. 8 e 27 maggio 1961, n. 26.

¹³⁹ Cfr. l'analisi compiuta da A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., 306-307 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁴⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it.

per la tutela della salute pubblica¹⁴¹. Di certo, in assenza di ragioni di “specialità” legate al contesto territoriale, un provvedimento che ponga delle limitazioni ulteriori rispetto a quelle già previste a livello nazionale da altro atto non legislativo (nello specifico, il D.P.C.M. dell’11 marzo 2020), a sua volta emesso in vigenza dell’ambiguo d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 e dunque in assenza di una solida base normativa, non può che sollevare dubbi sulla sua legittimità alla luce della riserva di legge prevista dall’art. 16 della nostra Costituzione (sulla quale, ad ogni modo, il Tribunale amministrativo regionale deve ancora definitivamente pronunciarsi in sede di merito). La validità del provvedimento potrebbe, tuttalpiù, essere argomentata facendo riferimento all’art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, che pure assegna un potere straordinario al Presidente della regione in caso di emergenze a carattere sanitario. Il problema, in questo caso, si porrebbe in relazione alla corretta ricostruzione della sussistenza di una effettiva necessità alla luce del principio di proporzionalità, difficilmente giustificabile in presenza di una disciplina amministrativa nazionale meno restrittiva.

Le brevi considerazioni svolte valgono, naturalmente, anche per gli altri, numerosi, provvedimenti che a livello locale sono stati emanati come diretta proiezione e nell’ottica dell’inasprimento delle misure statali¹⁴² prima dell’entrata in vigore del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. L’art. 3, comma 1 del d.l. n. 19 ha, infatti, opportunamente regolamentato anche il potere straordinario regionale, individuando dei vincoli finalistici e contenutistici per i relativi provvedimenti e fornendo agli stessi una più solida base normativa. È stato, infatti, disposto che le regioni, esclusivamente nell’ambito delle loro competenze e nelle more dell’emanazione dei D.P.C.M., possano emanare misure ulteriormente restrittive¹⁴³

¹⁴¹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, Decreto 18 marzo 2020, n. 416, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴² Si pensi, ad esempio, alla discussa ordinanza 20 marzo 2020 del Presidente della Regione Veneto che ha, tra le altre cose, disposto anche la chiusura di tutti gli esercizi commerciali – pure autorizzati all’apertura dai provvedimenti del Governo – nella giornata di domenica. Noto è, poi, il contrasto che si è creato tra la Regione Marche ed il Governo, sfociato nell’impugnativa dell’ordinanza regionale n. 1 del 25 febbraio 2020 che aveva disposto la chiusura delle scuole e dei luoghi della cultura e la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche e dei pubblici concorsi prima che la stessa misura fosse disposta sull’intero territorio nazionale: l’ordinanza, impugnata dal Governo, è stata poi sospesa in via cautelare dal Tar Marche (cfr. ordinanza n. 63 del 5 marzo 2020, in www.giustizia-amministrativa.it), che ha ritenuto assente il presupposto di legge individuato dal d.l. n. 6/2020 (ovvero il riscontro di almeno una persona positiva al coronavirus sul territorio regionale, di cui all’art. 1, comma 1 del medesimo decreto). Invero, in quest’ultimo caso l’accoglimento dell’istanza cautelare sospensiva effettuato dal Tribunale amministrativo regionale mal si concilia con il potere straordinario previsto dall’art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, norma pure richiamata nell’epigrafe del provvedimento, la cui operatività non poteva – in un momento storico in cui non erano ancora operativi provvedimenti estesi a tutto il territorio nazionale – considerarsi limitata.

¹⁴³ Leggendo la norma *a contrario*, è evidente che le regioni non possano emanare provvedimenti meno restrittivi rispetto a quelli statali. Si veda, tra tutti, il caso della Regione Calabria e dell’ordinanza che – in contrasto a quanto disposto dal D.P.C.M. del 26 aprile 2020 (che aveva disposto la sospensione delle attività dei servizi di ristorazione e, in via di eccezione, consentito esclusivamente i servizi con consegna a domicilio e di

rispetto a quelle statali soltanto in caso di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario [...] nel loro territorio»¹⁴⁴. Le misure emanabili sono, poi, state circoscritte a quelle già previste dall'art. 1, comma 2 del medesimo decreto legge con riferimento all'emanazione dei D.P.C.M.

Per quanto riguarda, invece, i provvedimenti straordinari sindacali, è stato posto il divieto di emanazione di misure che risultino contrastanti con quelle statali o che eccedano i limiti posti dal medesimo art. 1, comma 2 (cfr., art. 3, comma 2, d.l. n. 19/2020). Le ordinanze sindacali (a differenza di quelle regionali, che possono inasprire, per comprovate ragioni, le restrizioni già previste dagli atti governativi) devono, dunque, rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale e porsi esclusivamente *secundum legem* (o, meglio, *secundum decretum*¹⁴⁵), non potendo in alcun modo svolgersi a livello locale un bilanciamento degli interessi in gioco diverso da quello indentificato dal legislatore statale. Il decreto ha utilizzato, con riguardo al divieto di contrasto con le misure statali, la locuzione “a pena di inefficacia”, che evoca una sorta di nullità-inesistenza degli atti di ordinanza, al comprensibile fine di delinearne un regime di più semplice eliminazione¹⁴⁶.

Proprio alla luce di quest'ultima previsione, il Governo ha fatto ricorso ad una particolare e poco utilizzata tipologia di provvedimento straordinario, risalente al periodo post-unitario – l'annullamento straordinario degli atti degli enti locali – allo scopo di rimuovere l'ordinanza del sindaco del Comune di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, con la quale, contravvenendo alle disposizioni del d.l. 19/2020, era stato imposto a chiunque intendesse fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima della partenza, su un portale on-line e di attendere il rilascio da parte del Comune del nulla osta allo spostamento¹⁴⁷.

asporto) – aveva autorizzato la ristorazione con servizio al tavolo. Il provvedimento regionale, a seguito dell'impugnazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato annullato dal T.A.R. Calabria, con sentenza breve n. 841 del 9 maggio 2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁴ Tra recentissime pronunce, si segnala T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 aprile 2020, n. 458, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che non può essere sospesa l'ordinanza del Presidente della regione che reitera il divieto «di ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale, comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori, e ciò in quanto l'art. 3, comma 2, d.l. n. 19 del 2020 vieta tassativamente ai soli Sindaci di provvedere “in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1”, mentre analogo, tassativo, divieto non risulta essere sancito per gli organi di livello regionale».

¹⁴⁵ Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 22.

¹⁴⁶ Secondo il Consiglio di Stato, però, la sanzione di inefficacia prevista dal d.l. n. 19/2020 non farebbe venir meno l'interesse dello Stato al tempestivo annullamento dell'ordinanza, viste le esigenze di «chiarezza e univocità dei precetti a cui i cittadini devono attenersi»: cfr. Cons. St., parere 7 aprile 2020, n. 735 in www.giustizia-amministrativa.it, sul quale cfr. *infra*.

¹⁴⁷ L'annullamento straordinario è stato disposto con d.P.R. del 9 aprile 2020, rilevata la «sussistenza di ragioni di estrema urgenza *ad horas*», nonché il superamento «dei chiari limiti entro cui l'articolo 3 del decre-

A livello normativo, l'istituto *de quo* è disciplinato, com'è noto, dall'art. 138 del T.U.E.L. (che, a sua volta, dà attuazione all'art. 2, comma 3, lett. *p*) della l. n. 400 del 1988)¹⁴⁸ ed è strumento volto all'annullamento in via diretta da parte del Governo, in qualunque tempo ed a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti degli enti locali viziati da illegittimità¹⁴⁹. Si tratta, dunque, di un potere straordinario¹⁵⁰, certamente "di chiusura", per l'esercizio del quale devono sussistere due condizioni: l'illegalità dell'atto amministrativo che si intende annullare (da qui l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi, tra le altre cose, sull'illegittimità del provvedimento) e l'esistenza di un interesse generale connesso all'art. 5 della nostra Costituzione da tutelare, evidentemente, nell'immediatezza.

Un ulteriore profilo problematico, emerso dall'applicazione delle disposizioni poste dal d.l. n. 19/2020, è quello relativo alla legittimità delle ordinanze sindacali in contrasto con le misure statali, ma in armonia con quelle regionali che delle prime siano (legittimamente) derogatorie. Secondo parte della dottrina, l'armonia con i provvedimenti regionali sarebbe idonea a sanare il contrasto con

to-legge 25 marzo 2020, n. 19, circoscrive il potere comunale di ordinanza in relazione all'odierna emergenza sanitaria».

¹⁴⁸ Viene adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno e sentito il Consiglio di Stato.

¹⁴⁹ La giurisprudenza è pacifica nell'ammettere la perdurante vigenza dell'istituto, anche a seguito della riforma della Costituzione del 2001, in quanto compatibile con le prerogative riconosciute agli enti locali dal nuovo Titolo V, se applicate nelle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato (si vedano, tra gli altri, i pareri del Consiglio di Stato, Sez. I, n. 1588 del 2010, n. 1675 del 2009, n. 1796 del 2008, n. 1707 del 2007, n. 1481 del 2006, n. 9771 del 2005, n. 1313 del 2003).

¹⁵⁰ In dottrina sono state proposte diverse ricostruzioni giuridiche del potere di annullamento straordinario. Con riferimento alla previgente previsione di cui all'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, tale potere era stato inteso come una speciale forma di autotutela basata sulla «supremazia governativa di un sistema accentrato» e rispondente ad un interesse proprio del Governo: E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. del diritto*, 1958, II, 487; F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. del diritto* 1959, IV, 544. Altri avevano, invece, valorizzato la discrezionalità dell'intervento, riconducendolo all'attività di "alta amministrazione" o di "indirizzo politico" (M. Ali, *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. di dir. pubbl.* 1966, 534). Più di recente l'annullamento straordinario è stato accostato all'art. 120 Cost.: in tal senso, sia pure solo in via assertiva, G. D'Auria, *Appunti sui controlli amministrativi dopo il nuovo titolo V (parte II) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.* (suppl.), 2002, 90, secondo il quale il nuovo titolo V non avrebbe travolto l'annullamento straordinario degli atti illegittimi da parte del Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento ex art. 138 d.lgs. n. 267/2000, che, anzi, troverebbe «specifico fondamento nel nuovo art. 120, comma secondo, Cost.». La Corte costituzionale, dal canto suo, ha in passato evidenziato che l'atto in questione rechi in sé sia elementi e profili propri del controllo di legittimità sugli atti, sia elementi e profili di amministrazione attiva, legati «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» (cfr., sentenza n. 229 del 1989. Sul punto si vedano anche le sentenze n. 24 del 1957, n. 23 del 1959, nn. 73 e 74 del 1960, n. 128 del 1963, n. 4 del 1966, tutte in www.cortecostituzionale.it).

quelli statali¹⁵¹; tuttavia, come pure rilevato¹⁵², il tenore testuale dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 non parrebbe lasciar spazio ad interpretazioni estensive, conducendo all'iniqua circostanza in cui due provvedimenti – uno regionale ed uno sindacale – dall'identico contenuto, sarebbero diversamente valutati con riguardo alla loro legittimità. Certo è, comunque, che in presenza di una disciplina amministrativa regionale, il provvedimento comunale di eguale contenuto risulterebbe superfluo, alimentando anzi quell'ipertrofia amministrativa che, soprattutto in situazioni di emergenza, per nulla giova all'efficacia dell'azione amministrativa.

6. Conclusioni

Come si è avuto modo di evidenziare a più tratti nel corso del presente lavoro, uno dei profili più problematici relativi ai provvedimenti amministrativi straordinari riguarda il controverso rapporto di tali atti con la tipizzazione dell'attività amministrativa richiesta dal principio di legalità¹⁵³. Ciò perché, dinnanzi ad un evento di natura emergenziale, la dialettica tra legittimità e potere segue schemi del tutto particolari: l'emergenza è, infatti, innanzitutto una situazione di fatto anomala ed è dal "fatto" che nasce la norma e non viceversa. Così, da un lato, l'ordinamento deve reagire nel modo più immediato ed efficace possibile, instaurando un diverso regime giuridico capace di gestire l'evento eccezionale, dall'altro, i principi e le disposizioni costituzionali mantengono il compito di *restringere* l'operatività del potere straordinario, incastonandolo in una logica di sistema.

¹⁵¹ A. Ruggeri, *Il Coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto costituzionale e la crisi, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online, Studi*, 2020, 1, 211.

¹⁵² M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 23.

¹⁵³ Cfr., *supra*, quanto rilevato con specifico riguardo al potere di ordinanza, par. 2.2. Sul rapporto fra principio di legalità e potere di ordinanza *extra ordinem*, v. R. Ferrara, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la "storia infinita" delle tutele ambientali "extra ordinem"*, in *Foro Amm. T.a.r.*, 2007, 9, 2910 ss. Secondo parte della dottrina, la legittimazione del potere di ordinanza – fondata «sulla necessità e non sulla legalità» – renderebbe palese il verificarsi «non di una semplice deroga al principio di legalità, ma un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità». In tal senso, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in A.A., *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 735 ss.

Considerando che legalità e tipicità¹⁵⁴ non sono concetti coincidenti¹⁵⁵, si pone in luce la rafforzata necessità per l'Amministrazione che esercita il potere straordinario di osservare la legge «nella sua lettera e nel suo spirito»¹⁵⁶, trovando legittimazione in un principio di legalità che, privo di una forma statica¹⁵⁷, contempla anche una legittimità sostanziale fondata sulle norme di principio sistematicamente connesse alle linee di fondo dell'ordinamento¹⁵⁸. La decisione risulta, così, modellata «sull'impronta della situazione ed in conformità ai valori incorporati nell'ordinamento»¹⁵⁹, garantendo l'ampia flessibilità richiesta dalla fattispecie emergenziale.

Il vero “problema” del potere straordinario emerge, invece, sul versante della proporzionalità, poiché l'Amministrazione manifesta da tempo la tendenza a farvi ricorso non solo in casi di urgenza ed effettività necessità, ma anche al fine

¹⁵⁴ È interessante rilevare come, secondo parte della dottrina, alla visione tradizionale e prevalente – che vede nel sistema delle ordinanze d'urgenza una deroga al principio di tipicità dell'azione amministrativa – può essere affiancata anche una differente prospettiva di analisi. La tipicità non imporrebbe, infatti, uno schema identico per ogni atto amministrativo, poiché non determinerebbe «necessariamente una regolazione assoluta e completa della fattispecie», né «che tutti gli elementi fondamentali di un provvedimento debbano trovare una loro disciplina nella norma». La constatazione della varietà delle norme attributive del potere porterebbe, così, «a concludere che vi siano diverse condizioni di tipicità, poiché il rapporto tra legge-amministrazione si attegga in maniera peculiare in relazione ad ogni specifico potere amministrativo e ad ogni singolo tipo di atto». In tal senso, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, cit., 737. L'A., a sua volta, richiama lo studio di M.S. Giannini, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 319 ss., ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, 453 ss. Sottolinea l'attuazione modulata del principio di legalità rispetto alla tipicità, tra gli altri, A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in Aa.Va., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 68, richiamato da M. Brocca, *L'altra amministrazione*, cit., 36, secondo cui «[l']intento è di superare quella lettura della legalità nel significato di conformità dell'atto alla norma attributiva del potere, che appare insoddisfacente in tutti i casi in cui manca nella norma attributiva una predeterminazione del contenuto e con essa la delimitazione del potere stesso».

¹⁵⁵ Che il principio di tipicità non sia confondibile con quello di legalità emerge anche in relazione alla diversa copertura costituzionale riservata ai due principi: mentre il principio di legalità viene considerato a fondamento costituzionale, si tende a negare la medesima rilevanza al principio di tipicità, sulla base della constatazione che non è rinvenibile nella Costituzione alcuna norma che obblighi il legislatore a predeterminare il contenuto degli atti amministrativi (cfr. M. Brocca, *L'altra amministrazione*, cit., 41).

¹⁵⁶ Cfr. Corte Cost., 7-20 ottobre 1983, n. 319, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵⁷ Cfr. F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ripubblicato in Id. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 236, secondo cui la legalità dell'amministrazione «si articola su di un arco che va dalla semplice attribuzione del potere, senza la disciplina dei presupposti per il suo esercizio, all'analitica disciplina dei presupposti di fatto propria della riserva di legge c.d. assoluta. Lo spazio intermedio può ben essere riempito da principi generali del diritto».

¹⁵⁸ I principi sono proiezione logica ed assiologica del diritto legislativamente posto: G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 249. Così, il principio di legalità risulta rispettato anche quando ad operare siano quei «principi di diritto (ad esempio la logicità, la proporzionalità e la congruità, dell'azione amministrativa, ecc.), che non solo non trovano un espresso fondamento nella legge, ma non sono neanche sanciti da norme positive, perché si traggono dall'ordinamento complessivo». In tal senso, S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Tomo I, Milano, 2000, 204.

¹⁵⁹ F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 243.

di regolare determinati ambiti che di urgente e straordinario hanno ben poco. Nell'opzione legislativa è, infatti, totalmente assente una chiara delimitazione tra ciò che è straordinario e ciò che non lo è¹⁶⁰. L'amplissimo margine di valutazione che, in tale ambito, è conseguentemente riconosciuto all'Amministrazione determina, però, anche conseguenze "patologiche", nella misura in cui tanto la creazione di figure organizzative straordinarie, quali i commissari, quanto l'emana- zione di provvedimenti *extra ordinem*, spesso non discende da un corretto processo decisorio che – secondo lo schema esaminato nel presente lavoro – ne limiti l'utilizzo a situazioni di effettiva necessità. La tendenza, negli ultimi anni, è stata in effetti quella di impiegare strumenti straordinari non solo per affrontare situa- zioni di reale emergenza, ma anche per cercare di risolvere condizioni di pericolo derivanti da un cattivo esercizio dei poteri amministrativi¹⁶¹ o, peggio, per esercitare un peso politico. Si è visto, poi, come un'emergenza di ampia portata, come quella recente dovuta al diffondersi del virus Covid-19, abbia addirittura messo in crisi il sistema, anche e soprattutto in relazione alla validità costituzionale dei provvedimenti straordinari adottati ed al caos normativo scaturito dall'ipertrofia regolamentativa¹⁶². A maggior ragione in questa circostanza, la disinvoltura che alcuni amministratori locali hanno dimostrato nel concreto esercizio del potere di ordinanza, pur in presenza di provvedimenti statali, pare pericolosamente rispon- dere all'ansia dell'autorità di dimostrare la propria "rilevanza" politica, attraverso l'adozione compulsiva di provvedimenti a volte ripetitivi di quelli già emanati da enti di livello superiore, altre volte ben più restrittivi di questi ultimi o comunque in contrasto con quanto consentito¹⁶³.

In quest'ottica, appare fondamentale che all'eterolimito della legge si affianchi l'autolimito¹⁶⁴ della pubblica amministrazione, inteso principalmente come

¹⁶⁰ A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 175.

¹⁶¹ S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"*, a cura di S. Staiano, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 659.

¹⁶² Come rilevato, durante la recente emergenza sanitaria «si è profilata una fattispecie decisoria a for- mazione progressiva, strutturalmente incline alla confusione, nel sovrapporsi di prescrizioni e disposizioni [...] temporalmente circoscritte», che ha imposto un continuo e significativo sforzo di aggiornamento, «anche solo per comprendere, giorno per giorno, di fronte all'abuso della tecnica di rinvio ad altre fonti ed all'ipertrofia dei testi, quali siano entrate in vigore, quali siano ancora vigenti e quali risultino abrogate (esplicitamente o impli- citamente)». Cfr. F. Siciliano, *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 56.

¹⁶³ È stato rilevato che l'indecisione relativa al livello istituzionale (statale, regionale, comunale) sul quale baricentrare l'organizzazione degli strumenti di contenimento dei contagi è, d'altro canto, un riflesso dell'en- demica incertezza del regionalismo italiano, segnato da una confusa commistione di modelli diversi e dalla mar- cata tendenza all'«uso congiunturale dell'autonomia»: A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coro- navirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 2020, 1, 527.

¹⁶⁴ Con l'espressione "autolimito" la dottrina fa riferimento, in generale, a quei limiti che l'Ammini- strazione pone a se stessa nella manifestazione della propria discrezionalità. Sull'argomento si rinvia a P.M.

coerenza e responsabilità¹⁶⁵ nell'esercizio della discrezionalità, attraverso il massimo rispetto degli schemi procedurali e la piena valorizzazione del giudizio di effettiva necessità, al fine di garantire l'equilibrio tra efficacia, adeguatezza e proporzionalità del provvedimento¹⁶⁶.

Quando ciò non avviene, come paventava Beck, lo «stato di emergenza minaccia di diventare normalità»¹⁶⁷ ed i poteri straordinari diventano la risposta più semplice per affrontare i limiti che derivano dalla crisi della decisione, nella logica dell'eccezione che diventa sistema e con il rischio di normalizzazione di quella *deminutio* di libertà che spesso costituisce la fisiologica contropartita dell'esercizio di poteri straordinari.

Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, *passim*.

¹⁶⁵ Come recentemente affermato, doverosità, responsabilità e solidarietà sono dimensioni che – benché poco valorizzate – assumono un ruolo centrale dinanzi all'amministrazione dell'emergenza, «sia dal lato passivo dei destinatari delle misure emergenziali, sia dal lato attivo di coloro sui quali incombe la responsabilità (in primis politica) di adottare siffatte misure». Così, P. Pantalone, M. Denicolò, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'Economia*, 2020, 1, 157.

¹⁶⁶ Sul piano formale, una garanzia che meriterebbe di essere implementata nel procedimento di adozione dei provvedimenti straordinari è il parere obbligatorio di organi tecnici, che ha dato buona prova nell'evitare abusi durante l'esperienza maturata sull'art. 191 del Testo unico ambientale. La presenza del parere tecnico, come già rilevato, determina infatti, oltre al miglioramento dell'istruttoria, anche un'implementazione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica degli organismi preposti al suo rilascio, non limitato al mero controllo formale dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì esteso alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, tramite verificazioni e consulenze tecniche d'ufficio. Come ha, infatti, avuto modo di chiarire il Consiglio di Stato, «il sindacato sulla discrezionalità tecnica è ammesso non soltanto attraverso un controllo estrinseco, attuato mediante massime di esperienza [...] ma anche attraverso un controllo intrinseco che, consentendo al giudice di avvalersi di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati dall'Amministrazione, risulta volto a verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo. Non è, però, ammissibile un controllo definito di "tipo forte", con il quale l'autorità giudiziaria sostituisce "sic et simpliciter", avvalendosi eventualmente di un consulente tecnico, la valutazione tecnica svolta dall'Amministrazione con una propria e diversa determinazione. Questa operazione è impedita dal principio di separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale» (Cons. di Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3445, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁶⁷ U. Beck, *La società del rischio*, Roma, 2002, 31.

Note sui poteri amministrativi straordinari

Il saggio analizza le diverse declinazioni del potere amministrativo straordinario. Partendo dalla mappatura normativa dei poteri commissariali, necessitati ed *extra ordinem* e delle loro principali caratteristiche, il lavoro ricostruisce le fasi del processo decisionale compiuto dall'Amministrazione nell'emanazione dei provvedimenti che da tali poteri discendono e si sofferma su alcuni aspetti inerenti al relativo sindacato giurisdizionale. Un'appendice finale è dedicata all'analisi del modo in cui il potere straordinario è stato plasmato ed esercitato dinanzi alla recente emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del virus SARS-CoV-2.

Notes on special administrative powers

The essay analyses the various declensions of special administrative powers. Starting from the normative mapping of the commissioning powers – both necessary and *extra ordinem* – and their main characteristics, the work reconstructs the phases of the decision-making process carried out by the administration in the issuing of the measures deriving from these powers, and dwells on some of the aspects inherent to the relative judicial review. A final appendix is dedicated to the analysis of the way in which special powers were formed and exerted in the face of the recent health emergency caused by the spread of the SARS-CoV-2 virus.

Seconda parte

Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*

Fabrizio Fracchia, Walter Giulietti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Incrinature nella tradizionale costruzione bifasica dei contratti pubblici: i focolai pubblicistici nella fase dell'esecuzione. – 3. Le modifiche al contratto e la funzione di controllo dell'amministrazione. – 4. I rimedi alle disfunzioni in sede esecutiva ed incidenza unilaterale sul rapporto. – 5. Funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione e principio di concorrenza nello svolgimento del rapporto contrattuale. – 6. Verso un controllo (anche) diffuso (e comunque incidente) sull'esecuzione dei contratti pubblici; il superamento della rigida distinzione bifasica.

1. *Premessa*

In una recente sentenza, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla questione se si possa configurare in capo all'operatore economico utilmente collocato nella graduatoria, come determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata ai sensi della l. 241/1990 e più ampiamente se siffatta pretesa possa essere fondata ai sensi della disciplina sull'accesso civico¹.

L'importanza della pronuncia scaturisce non solo dalla definitiva precisazione dei rapporti tra accesso documentale ed accesso civico² con riguardo alla materia dei contratti pubblici, ma anche dalla chiara affermazione della rilevanza pub-

* Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune degli autori. frutto di una riflessione comune degli autori. Peraltro, i paragrafi 1 e 6 sono stati scritti da Fabrizio Fracchia, i paragrafi 2-5 da Walter Giulietti.

¹ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

² *Ex multis*, v. D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 109 ss.; A.E. Tedeschi, *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 6, 805 ss.; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 5, 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. Foia (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti con-*

blicistica della fase di esecuzione dei contratti pubblici, suscettibile di avere implicazioni ben più ampie della sola accessibilità. Pur riconoscendo che l'esecuzione del rapporto negoziale è tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, nella richiamata pronuncia si afferma chiaramente che «questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio».

La predetta posizione, da cui prende le mosse il presente saggio, anche intercettando il profilo della capacità descrittiva della teoria della c.d. struttura bifasica dei contratti pubblici³, sancisce che l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, non è una «terra di nessuno», né «un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse», ma è sottoposta, oltre che «al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara»⁴.

Si è fatto testé cenno alla cd. struttura bifasica dei contratti di cui la pubblica amministrazione è parte: essa costituisce il quadro teorico in cui tradizionalmente si risolve (invero, forse soprattutto a fini descrittivi) la frattura tra la fase precontrattuale e quella successiva alla conclusione del contratto, con conseguenti rilevanti implicazioni in tema di disciplina e di giurisdizione.

Secondo la teorica in discorso la fase precontrattuale, interamente assorbita nella cd. evidenza pubblica, è sottoposta alle regole ed ai principi pubblicistici. Sino al momento dell'aggiudicazione definitiva l'amministrazione persegue l'interesse pubblico, avendo di mira la massimizzazione dell'utilità in funzione del perseguimento degli scopi istituzionali, in un quadro di regole e principi diretti alla tutela della concorrenza, anch'essa assunta ad interesse pubblico dall'ordinamento europeo e nazionale.

Massimizzazione dell'utilità del contraente pubblico e tutela della concorrenza sono, infatti, aspetti che caratterizzano la fase genetica e che frequentemente entrano tra loro in conflitto, imponendo al diritto positivo di temperarne le

simili, in *Federalismi.it*, 2016; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, 2019.

³ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, 799 ss. Id., *Attività amministrativa*, Milano, 1960, 19, sostenendo che «Ogni azione negoziale dell'amministrazione è doppiata da una azione amministrativa, parte interna parte esterna, che precede e chiude il complesso di attività. Onde si richiede una formale deliberazione di negoziare, sovente accompagnata da un atto di controllo; a quest'atto amministrativo segue la negoziazione interprivata, il procedimento di scelta della controparte – che ha di nuovo carattere amministrativo – la stipulazione del negozio; indi il negozio è sottoposto ad approvazione d'altro organo (altro atto amministrativo); l'esecuzione del negozio è accompagnata da atti (amministrativi) di controllo, e così la cessazione del rapporto. Normalmente gli atti amministrativi che intervengono nelle sequenze fungono da fatti di legittimazione o da fatti di efficacia (*condiciones juris*) per gli atti di diritto privato; ma non sono rare strutture più complesse».

⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

diverse esigenze nella definizione degli istituti di selezione dei contraenti per l'aggiudicazione del contratto. Così, l'amministrazione agisce «secondo predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede»⁵. È nella fase precontrattuale che, inoltre, alla parte pubblica è riconosciuta discrezionalità valutativa, che, secondo la ricostruzione comunemente seguita dalla giurisprudenza, incide sulle situazioni soggettive degli aspiranti contraenti in termini di interesse legittimo, attraendo le relative controversie nella giurisdizione del giudice amministrativo, che, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., è esclusiva⁶.

Viceversa, con la stipula⁷ l'amministrazione diviene parte contrattuale ed in tale veste esercita la propria capacità giuridica, assumendo una posizione di tendenziale parità con la controparte. L'amministrazione in questa fase agisce «non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale»⁸. Ne consegue che, una volta instaurato il rapporto negoziale pri-

⁵ Corte cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401. E. Follieri, *Il rapporto amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, 12/2017, muovendo dalla premessa che «Il rapporto giuridico amministrativo dinamico è teso strutturalmente e funzionalmente a creare un rapporto giuridico amministrativo statico con l'adozione del provvedimento che conclude il procedimento», evidenzia che anche dove intervenga un accordo, una convenzione o un contratto «la fase che precede questi atti è un rapporto giuridico dinamico strutturato nel procedimento amministrativo e funzionalmente volto a determinare il contenuto dell'atto che stabilisce le regole del concreto rapporto giuridico statico». In un contratto «individuati il contraente e l'assetto degli interessi, termina il rapporto dinamico e con il contratto si stabilisce un rapporto giuridico diverso, statico, fonte di diritti ed obblighi tra le parti».

⁶ Sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie: «1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto».

⁷ Il vincolo sinallagmatico nasce soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto quando, essendo stata fino a quel momento irrevocabile soltanto l'offerta dell'aggiudicatario (art. 11, comma 7, secondo periodo), l'amministrazione a sua volta si impegna definitivamente. Così, Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. In generale, si v. S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2008.

⁸ Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 53. Il Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025, ribadisce il netto discrimine «tra la fase della scelta del contraente con la pubblica amministrazione, retta da norme cc.dd. "di azione" che involgono un sindacato proprio della discrezionalità amministrativa devoluto al giudice amministrativo, e la fase dell'esecuzione del contratto conseguente a tale scelta, concettualmente non diverso dai contratti stipulati tra i "soggetti privati" e, pertanto, naturalmente ricadente nella giurisdizione del giudice ordinario. Nell'ambito dell'esecuzione del contratto le uniche ipotesi di devoluzione della materia alla cognizione del giudice amministrativo sono tassativamente individuate dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, cod. proc. amm. [...]». In dottrina, F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1966, ed ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002.

vatico tra la pubblica amministrazione e l'aggiudicatario, tutte le controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto rientrano di regola nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo connotante la posizione di quella privata⁹.

2. *Incrisure nella tradizionale costruzione bifasica dei contratti pubblici: i focolai pubblicistici nella fase dell'esecuzione*

L'assolutezza dell'enunciato paradigma bifasico, che peraltro risulta evocato al c. 8, art. 30, d.lgs. 50/2016¹⁰, va ridimensionata, almeno nella sua configurazione tradizionale, anche alla luce delle stringenti considerazioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020.

Va premesso che, in generale, in dottrina si era già osservato come la tesi del mero assorbimento dell'evidenza pubblica nel successivo contratto si risolvesse in una petizione di principio, peraltro contrastante con lo stesso presupposto teorico dell'autonomia tra la fase dell'evidenza pubblica e quella negoziale¹¹.

Sul versante della fase di formazione del contratto, d'altro canto, è ormai pacifico che il sotteso rapporto tra le parti non è impostato esclusivamente secondo il binomio autorità-soggezione, trovando ampia applicazione la disciplina dei contratti, ad esempio sul piano del rispetto dei principi di buona fede e correttezza¹², con rilevanti implicazioni anche in termini di giurisdizione¹³.

⁹ Cass., SS.UU., sent. 24 aprile 2020, n. 8099; id., ord. 21 maggio 2019, n. 13660; id., ord. 5 ottobre 2018, n. 24411; id., ord. 18 novembre 2016, n. 23468.

¹⁰ Si dispone, al riguardo, che «alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

¹¹ M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, voce "profili sostanziali", in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, secondo cui «L'atto di aggiudicazione non cessa di produrre i propri effetti, consistenti nella individuazione della controparte negoziale della pubblica amministrazione, anche all'indomani della stipula, a nulla rilevando – in senso contrario – il fatto che solo dalla predetta stipula decorrano gli effetti obbligatori del contratto. Lo stesso dicasi per gli atti anteriori all'aggiudicazione, la cui specifica efficacia non è intaccata dalla stipula del contratto, sebbene questa rappresenti la fonte esclusiva e indiscussa delle obbligazioni negoziali». Vds., in particolare, A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, [in part.] 175 ss.; R. Cavallo Perin, M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012.

¹² Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, ove si chiarisce che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

¹³ La domanda risarcitoria proposta in via riconvenzionale dall'Amministrazione, facendo valere la responsabilità precontrattuale del privato per i danni da essa sofferti in conseguenza del coinvolgimento in trattative rivelatesi inutili – avendo partecipato ad una gara senza verificare, alla stregua di elementi che dovevano

Non si vuole certo negare che la teoria bifasica sia suscettibile di adeguatamente descrivere in senso dinamico la contrattualistica pubblica ed anche di ordinarne lo svolgimento (ancorché con soluzioni non sempre appaganti ed univoche, come conferma la disciplina generale la sorte del contratto¹⁴, che pure in qualche modo la presuppone, posto che il giudice amministrativo, anche sulla base dei vizi dell'aggiudicazione può incidere significativamente sul piano dell'esecuzione); tuttavia, per quanto rileva in questo lavoro, essa non ha forse permesso di considerare pienamente l'unitarietà funzionale della vicenda contrattuale e, soprattutto, l'immanenza dei principi pubblicistici nello svolgimento del rapporto. L'esecuzione non sempre si risolve in un piano svolgimento del contratto concluso e l'incidenza nella fase esecutiva di aspetti fortemente autoritativi¹⁵ (veri e propri "focolai pubblicistici") contrasta con la nettezza di una separazione di regimi giuridici corrispondenti a fasi della dinamica del contratto.

Eventi imprevisi, ovvero la condotta delle parti possono incidere in fase esecutiva sull'assetto di interessi originariamente stabilito, combinandosi con regole speciali dirette a stabilire un equilibrio contrattuale a volte derogatorio rispetto a quello del tipo contrattuale codicistico¹⁶. In alcuni casi, peraltro, ciò si sostanzia nell'attribuzione di veri e propri poteri amministrativi (o, comunque, non perfettamente collimanti con le facoltà di un contraente privato)¹⁷ che trova riscontro nel riconoscimento della giurisdizione amministrativa per la risoluzione delle

già essere conosciuti o conoscibili, la propria possibilità di impegnarsi contrattualmente – si collochi al di fuori della giurisdizione del giudice adito, rientrando in quella del giudice ordinario. Si v. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 ottobre 2018, n. 2267.

¹⁴ Corte giust., sez. VI, 28 ottobre 1999, C-81/98. T.P. Caputi Jambrenghi, *Austria (in)felix e giurisdizione di annullamento nel diritto comunitario degli appalti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2000, 233 ss. Sul tema della sorte del contratto, prima del recepimento della direttiva ricorsi, S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, cit. e l'ampia bibliografia ivi citata. Dopo il recepimento della direttiva 2007/66/CE ad opera del d.lgs. 30 marzo 2010 n. 53, la cui disciplina è processuale è stata inserita negli artt. 121 e 122 c.p.a. si veda, in particolare: F. Fracchia, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2010; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 754; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 256 ss.; P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 714.

¹⁵ Ne dà conto V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 251.

¹⁶ E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 592.

¹⁷ Le stesse regole di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, non sempre di facile e chiara applicazione, determinano non di rado incertezze applicative e contrasti di soluzioni giurisprudenziali, che costituiscono fattore di rallentamento dei giudizi. Così, Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

relative controversie¹⁸. Si pensi all'autorizzazione al sub-appalto¹⁹, alla revisione dei prezzi²⁰, ovvero al recesso a seguito di informativa antimafia²¹.

L'amministrazione, in forza di previsioni dirette alla tutela dell'interesse da essa perseguito e dell'assetto concorrenziale, beneficia pertanto di facoltà e poteri²², anche di "autotutela privatistica", che le consentono di incidere in senso modificativo (*infra*, par. 3), ovvero estintivo sul contratto (*infra*, par. 4). Nel primo caso si tratta di facoltà o di poteri che derogano il principio di immodificabilità degli assetti soggettivi o oggettivi del contratto come scaturito dal confronto concorrenziale attribuiti in funzione della cura dinamica dell'interesse pubblico²³. Nel secondo caso si tratta di poteri legali, ma che possono avere origine anche convenzionale, che incidono sulla prosecuzione o sull'equilibrio del rapporto.

¹⁸ Sotto questo profilo è univoca la giurisprudenza nel riconoscere che nelle controversie inerenti l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico occorre verificare se sussista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, «non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto l'amministrazione committente disponga di poteri autoritativi, il cui esercizio si manifesta attraverso atti aventi natura provvedimentale espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo». Così, Cass., SS.UU., ord. 18 novembre 2016, n. 23468.

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713, osservando che «ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo».

²⁰ La revisione dei prezzi e la determinazione dei relativi parametri quali strumenti di tutela dell'originario equilibrio fra le concordate prestazioni contrattuali assolvono alla duplice finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e di evitare, al contempo, che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. Le relative determinazioni sono ritenute espressione di facoltà discrezionale, che sfociano «in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato innanzi al giudice amministrativo»: Tar Campania, Napoli, sez. III, 11 marzo 2017, n. 1414; Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n. 1937. Si evidenzia ulteriormente che, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) n. 2, c.p.a., l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi ha assunto una portata ampia e generale, abbracciando ormai ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur*. Così, Cass., SS.UU., ord. 1° febbraio 2019, n. 3160.

²¹ Il recesso dall'aggiudicazione di un appalto a causa dell'esistenza di un'informativa antimafia è stato configurato come esercizio di un potere pubblico con attrazione della controversia nella giurisdizione amministrativa. In questi termini, Cass., SS.UU., sent. 11 gennaio 2011, n. 391 ha ricondotto la fattispecie alla nozione di autotutela autoritativa (art. 94, commi 2 e 3, d.lgs. 159/2011), in quanto potere «del tutto alternativo a quello generale di cui alla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F».

²² In questo senso, il Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, ha scritto, seppur in un *obiter dictum*, a speciale potere di autotutela privatistica nell'esecuzione dei contratti pubblici le ipotesi di recesso e risoluzione.

²³ A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. ec.*, 2016, 127 ss., in cui l'A. evidenzia la problematicità ed il carattere evolutivo della dialettica tra principio contabilistico e concorrenziale che si sviluppa in sede esecutiva, laddove le vicende «cronologicamente successive alla conclusione della fase di gara corrono il serio rischio di collocarsi in una sorta di zona buia di non conoscibilità e non consumabilità da parte dei terzi» [153].

Gran parte delle previsioni dedicate all'esecuzione dal codice dei contratti pubblici parrebbero dunque porre norme di "diritto privato speciale"²⁴ che, sebbene in linea generale non alterino il quadro teorico in tema di separazione tra fase genetica e svolgimento del rapporto contrattuale, dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive, nonché della giurisdizione, incidono sulla protezione degli interessi in gioco e sull'equilibrio tra i contraenti.

Il punto, invero, non è forse la specialità delle regole, quanto la posizione di eteronomia dell'amministrazione da cui trae origine proprio la specialità posta dall'ordinamento, laddove i principi pubblicistici dell'art. 30²⁵ cod. contr. pubbl. se caratterizzano la fase di aggiudicazione, non possono non trovare garanzia anche nella fase di esecuzione, soprattutto ove elementi imprevisi vanno ad alterare l'equilibrio definito in sede di formazione²⁶. Ciò, anche al di là della criticabile formulazione dell'art. 30 cit., sicuramente superabile in sede interpretativa²⁷, ai sensi della quale, mentre l'affidamento e l'esecuzione sono unitariamente soggette ai principi della economicità, efficacia, tempestività, correttezza e di garanzia della qualità delle prestazioni, il principio concorrenziale non è richiamato espressamente in riferimento alla fase esecutiva.

²⁴ Le questioni si inserisce nel solco della fondamentale distinzione tracciata da Amorth tra attività amministrativa di diritto pubblico, retta da norme di diritto pubblico amministrativo, ovvero specificatamente dettate per gli enti pubblici e l'«attività amministrativa di diritto privato», che, «sebbene venga esplicitata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare la loro destinazione fondamentale e sia quindi attività amministrativa in senso proprio al pari dell'altra, non è però retta da norme esclusive agli enti pubblici, bensì da norme che valgono pure, anzi soprattutto valgono per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati». Così, A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato* (1938), ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 271 ss., con la precisazione che il diritto privato c.d. speciale è considerato diritto pubblico *tout court* [318]

²⁵ Art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni): «1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

²⁶ Si è osservato, infatti, che costituisce principio generale quello secondo cui «la scelta del contraente rigorosamente procedimentalizzata non potrebbe essere disattesa, elusa o aggirata in un qualsiasi momento successivo all'aggiudicazione, senza inficiare quelle regole che avevano garantito, da parte pubblica, l'imparzialità e, per i privati, la libera concorrenza»: così P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2003, 851.

²⁷ A. Crismani, *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 18. L'A. osserva che l'esecuzione «è interessata anche dalla materia della concorrenza e della parità di trattamento sebbene l'attuale art. 30 nel dettare i principi relega, non del tutto correttamente, la libera concorrenza e la non discriminazione alla sola fase di affidamento. Sul punto però soccorre, sebbene in assenza di coordinamento con l'art. 30, l'art. 100 che pone alla base dell'esecuzione i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e innovazione».

La tesi da cui muove e che si prefigge di dimostrare il presente lavoro è pertanto che in generale, l'esercizio o il mancato esercizio da parte del contraente pubblico delle proprie facoltà in sede di esecuzione (ammettendo che siano genuinamente negoziali: in realtà il punto non è dirimente nell'economia dell'argomentazione qui sviluppata) può avere un'incidenza giuridicamente rilevante, non soltanto sulla cura dell'interesse istituzionale dell'ente – i cui effetti sono prevalentemente interni –, ma pure sull'assetto concorrenziale o anche su altri interessi, potendo ciò determinare la produzione di effetti esterni rilevanti per i terzi e per l'ordinamento nel suo complesso.

Si potrebbe a questo punto anche sostenere che la struttura bifasica del contratto pubblico sia tutt'altro che in crisi ed anzi nel tempo si sia rafforzata, divenendo immanente anche nel momento dell'esecuzione in relazione a particolari eventi modificativi di tipo soggettivo o oggettivo, ma ciò costituisce senz'altro una evoluzione – o quantomeno un mutamento – rispetto ai tratti originari della teoria bifasica stessa. Il rilievo conferma quantomeno l'esigenza di rimeditare la tesi di partenza, sotto questo profilo da considerare troppo poco pervasiva.

In questi termini, al di là delle questioni inerenti la patologia della fase di aggiudicazione e l'esercizio dei poteri di autotutela nell'esecuzione, che non costituiscono oggetto di approfondimento del presente saggio, significativa è la possibilità di intervento unilaterale sul contratto contenuta nel d.lgs. 50/2016 – e già nella previgente disciplina sui contratti pubblici – mediante la previsione di veri e propri poteri, ancorché nella maggior parte dei casi di natura privatistica in tema di: recesso legale (art. 109), risoluzione (art. 108) e sospensione (art. 107), modifiche del contratto in corso di efficacia (art. 106), subappalto (art. 105) e di procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione (art. 110).

3. *Le modifiche al contratto e la funzione di controllo dell'amministrazione*

L'affermazione del generale principio di immodificabilità soggettiva e oggettiva²⁸ del contratto una volta aggiudicato costituisce garanzia che la scelta del contraente così come “procedimentalizzata” non sia «disattesa, elusa o aggirata in un qualsiasi momento successivo all'aggiudicazione»²⁹. Più ampiamente costituisce l'architrave su cui poggia la teoria bifasica, consentendo di separare l'attività di formazione del regolamento degli interessi, dalla esecuzione di quanto “cristallizzato”.

²⁸ A. Crismani, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 301 ss.; Id., *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, cit., 17 ss.

²⁹ P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 851.

Tuttavia, per quanto già considerato, un tale principio non può essere assunto troppo rigorosamente, se non al prezzo di minare la funzionalità stessa del sistema delle commesse pubbliche, posto che è esperienza comune come la fase successiva alla conclusione del contratto raramente costituisca piana e meccanica esecuzione di quanto precedentemente stabilito.

In particolare, la cura dell'interesse pubblico può richiedere l'intervento di modifiche che, sulla base del principio di economicità ed efficacia, permettano di ottenere un più adeguato risultato o comunque rimuovere impedimenti sopravvenuti, senza ricorrere ad una nuova e "costosa" aggiudicazione. In considerazione di ciò si pongono norme derogatorie sia rispetto alla disciplina generale in materia di obbligazioni e contratti, sia a quella della tipologia contrattuale di riferimento³⁰.

Il principio di immodificabilità è pertanto temperato, sia dal diritto interno, sia da quello europeo soprattutto dopo la riforma del 2014, con l'ammissione di variazioni in funzione della conservazione del rapporto. Così, nei contratti della pubblica amministrazione, a differenza dei contratti tra privati – ove la modifica è in ultima istanza rimessa alla libertà negoziale delle parti –, la loro ammissibilità è prevista e regolata tassativamente dal diritto positivo, tenendo conto sia del presupposto interesse pubblico da proteggere³¹, sia del minor sacrificio dell'assetto concorrenziale. La tollerabilità rispetto all'assetto concorrenziale costituisce in ogni caso il vero e proprio limite insuperabile di ogni previsione di modifica soggettiva e oggettiva.

In termini di modifiche soggettive vengono così in rilievo le previsioni dell'art. 105 c. 1, d.lgs. 50/2016, secondo cui «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto», nonché le previsioni dell'art. 106 c. 1 lettera d)³². Si tratta, sotto quest'ultimo profilo, dei casi nei quali: 1) una clausola di revisione sia stata inequivocabilmente prevista in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali

³⁰ In tema, si v. G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003. Nel nostro ordinamento previsioni derogatorie di c.d. diritto privato speciale sono riconosciute ispirare la legge 20 marzo 1865, all. F, ove di delinea una posizione privilegiata per il contraente pubblico: A. Pajno, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 64.

³¹ In merito all'interesse pubblico i limiti sono sia negativi, dovendo le modifiche non pregiudicare il sistema delle garanzie già previste in sede di selezione (ad esempio in una modifica soggettiva il subentrante deve possedere i requisiti generali e speciali), sia positivi. La modifica deve cioè essere funzionale a consentire il miglior svolgimento del rapporto, anche eventualmente rimuovendo impedimenti sopravvenuti.

³² Inoltre, ipotesi di modifiche soggettive sono previste all'art. 48 commi 7-bis, 17-19-ter, e per le concessioni all'art. 175 comma 1 lettera d).

al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice³³; 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

L'attività di controllo dell'amministrazione in merito al ricorrere dei presupposti per la modifica del contratto in termini soggettivi, per la quale al di fuori delle ipotesi ammesse ricorre la nullità, è rimessa ad una valutazione costituente esercizio di funzione pubblica.

Ciò emerge sia nell'art. 105 c. 4, prevedendo che può essere dato corso al sub-appalto alle condizioni previste dal codice «previa autorizzazione della stazione appaltante», sia in via generale nell'art. 106 c. 1, prevedendo che «Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende».

Rispetto a tale funzione in alcuni casi, quali il subappalto, la giurisprudenza riconosce specificamente l'esercizio di poteri pubblicistici e la giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie, mentre – non senza una qualche disarmonia – in caso di nulla-osta alla modifica si afferma generalmente una posizione non autoritativa dell'amministrazione³⁴. Secondo la giurisprudenza, attraverso l'autorizzazione la stazione appaltante verifica sia l'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge, sia la sussistenza delle condizioni cui la stessa norma subordina l'ammissibilità del subappalto medesimo, intendendo la disposizione conferire all'amministrazione «un potere di controllo avente finalità di ordine pubblico ed inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nel-

³³ Nella cessione di azienda o di un ramo di essa – fattispecie in cui si verifica una successione a titolo particolare – si realizza, in ogni caso, il passaggio all'avente causa del complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, e ciò rende la vicenda suscettibile di comportare la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale: si v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10.

³⁴ In particolare, l'attivazione del sub-appalto, disciplinata dall'art. 105 cc. 4 e 18, d.lgs. 50/2016 è intesa dalla giurisprudenza come potere pubblicistico di autorizzazione. Si esclude, infatti, che il potere conferito alla stazione appaltante costituisca una *species* di quello, espressione di autonomia negoziale, previsto dall'art. 1656 cod. civ. (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906), laddove quest'ultimo «si collega alla natura fiduciaria del contratto d'appalto, di tal che il committente è chiamato a valutare unicamente (e liberamente) la compatibilità del subappalto con il proprio interesse a veder realizzata l'opera appaltata a regola d'arte», riconoscendo che nella disciplina dei contratti pubblici l'istituto è diretto al perseguimento di interessi pubblici. Così, Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 26 settembre 2019, causa C-63/18, ha ritenuto non conforme al diritto eurounitario la fissazione di una percentuale massima, generale ed astratta, valida per ogni tipo di appalto. Seppur con riferimento alla direttiva del 2004 (e all'art. 118, co. 2 e co. 4, d.lgs. 163/2006), con la sentenza 27 novembre 2019, causa C-402/18 ribadendo il precedente e ha censurato il limite, generale e astratto, alla percentuale di ribasso praticabile sul subappalto. La sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-395/18, ha dettato le condizioni di compatibilità con l'art. 57, par. 4 Dir. 2014/24 per l'automatica esclusione anche del concorrente per una delle cause riferibili al solo subappaltatore. In tema, A. Giusti, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giur. it.*, 1, 2020, 157.

le commesse pubbliche»³⁵. È riconosciuto nella medesima prospettiva quale esercizio di un potere pubblico con attrazione della controversia nella giurisdizione amministrativa il recesso dall'aggiudicazione di un appalto a causa dell'esistenza di un'informativa antimafia³⁶.

Una specifica trattazione deve essere dedicata, inoltre, alla revisione dei prezzi e la determinazione dei relativi parametri quali strumenti di tutela dell'originario equilibrio fra le concordate prestazioni contrattuali. Queste assolvono alla duplice finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e di evitare, al contempo, che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. Queste ultime sono ritenute espressione di facoltà discrezionale, che sfociano «in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato innanzi al giudice amministrativo»³⁷.

Diversamente, come anticipato, il nulla-osta al subentro del cessionario nell'esecuzione dell'appalto non ha natura autoritativa, ma è comunque deputato a verificare, su basi paritetiche, che la vicenda soggettiva del rapporto integri uno dei casi in presenza dei quali la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto³⁸. Nei medesimi termini, la controversia promossa dal cessionario del ramo di azienda in merito alla richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario è stata ritenuta devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto viene in rilievo la «mera verifica, a carattere vincolato e su basi di parità, che la vicenda soggettiva occorsa rientri in una delle fattispecie in presenza delle quali soltanto la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto»³⁹.

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713, osservando che «Ne discende che ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo».

³⁶ Cass., SS.UU., sent. 11 gennaio 2011, n. 391.

³⁷ Tar Campania, Napoli, sez. III, 11 marzo 2017, n. 1414. Sul punto è espressa la previsione di diritto positivo che all'art. 133 comma 1 lett. e) n. 2, c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie «[...] relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto» (Cons. Stato, 1937 del 2019). Si evidenzia ulteriormente che l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi ha assunto una portata ampia e generale, abbracciando ormai ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del quantum *debeat*ur (Cass., SS.UU., ord. 1° febbraio 2019, n. 3160).

³⁸ Cass., SS.UU., 31 luglio, 2018, n. 20347; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 1° marzo 2013, n. 458.

³⁹ Cass., SS.UU., 18 novembre, 2016, n. 23468.

La ricerca di un equilibrio tra immodificabilità del contratto e suo adeguamento successivo allo scopo di soddisfare interessi pubblici (profilo sul quale si tornerà ancora sinteticamente nel corso dell'ultimo paragrafo) è sicuramente alla base della complessa disciplina in materia di varianti dettata dall'art. 106, d.lgs. 50/2016⁴⁰, la cui puntuale analisi esorbita dall'economia del lavoro. Ai fini della presente trattazione ci si limita ad osservare che quando modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di efficacia presentano caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale, violando pertanto le regole che ne ammettono l'utilizzo, costituiscono a tutti gli effetti una nuova aggiudicazione in quanto atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto⁴¹.

Sulla base della giurisprudenza consolidata, vicende modificative del contratto in corso di esecuzione, laddove incidono sull'equilibrio contrattuale tanto da atteggiarsi a nuovo affidamento in elusione delle regole dell'evidenza pubblica, non solo determinano sul piano dell'ordinamento interno la possibilità del sindacato giurisdizionale, ma la stessa affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo. In ordine all'approvazione di varianti⁴², si è ritenuta sussistere la giurisdizione amministrativa quando, sebbene la vicenda sia relativa alla fase esecutiva del contratto, la controversia non riguardi un atto fisiologico del rapporto, ma l'operatore faccia valere «- in relazione alla propria capacità di impresa e quale operatore nel segmento di mercato in cui ricade l'affidamento oggetto di contestazione – l'interesse all'osservanza delle norme di azione che impongono alle amministrazioni aggiudicatrici, quali individuate dall'art. 3, I comma, lett. a), d. lgs. 50/2016, di procedere alla selezione del contraente con procedure aperte e con confronto concorrenziale degli operatori del settore»⁴³. In partico-

⁴⁰ Al di fuori della sopra citata previsione del comma 1 lett. d).

⁴¹ Si v. Corte Giust., 5 ottobre 2000, causa C-337/98. Al riguardo, le direttive del 2014, ponendo disposizioni di disciplina della fase di esecuzione del contratto, hanno avuto lo scopo principale di assicurare il rispetto del principio di concorrenza anche in questa fase. Ciò è avvenuto proprio attraverso la previsione di limiti all'autonomia del legislatore statale e delle parti del contratto, «al fine di evitare che un'eccessiva libertà nella modificazione degli accordi contrattuali "a valle" possa finire per eludere il rispetto delle regole di garanzia "a monte" che presidono allo svolgimento della procedura amministrativa di scelta del contraente». Così Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855. In particolare, al considerando 107 della direttiva appalti del 2014 si evidenzia, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Si v. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁴² In tema, A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, cit., 162, che richiama l'attenzione sulla distinzione posta dal diritto europeo tra modifica essenziale e non essenziale rispetto alle distinzioni del diritto interno.

⁴³ Tar Veneto, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 101.

lare, quelli esaminati costituiscono casi in cui in sede esecutiva diviene rilevante la questione della fondatezza della pretesa ad un nuovo affidamento che, quindi introduce questioni relative all'aggiudicazione che si innestano in seno a decisioni su facoltà negoziali dell'amministrazione facendo (ri)emergere questioni legate alla fase di affidamento⁴⁴.

4. *I rimedi alle disfunzioni in sede esecutiva ed incidenza unilaterale sul rapporto*

Le regole speciali contenute nella disciplina sull'esecuzione dimostrano che la protezione dell'interesse al soddisfacimento delle esigenze dell'amministrazione, unitamente alla garanzia del principio concorrenziale, sono profili che non si esauriscono nella fase della procedura selettiva, ma risultano immanenti allo svolgimento del rapporto⁴⁵.

Nella stessa prospettiva l'amministrazione beneficia in forza di previsioni dirette alla tutela dell'interesse da essa perseguito, di poteri di "autotutela privata" che possono incidere in senso estintivo o sospensivo sul contratto. In questi termini, significativi sono gli interventi unilaterali sul contratto previsti dal d.lgs. 50/2016 – e già nella previgente disciplina – in relazione al recesso legale (art. 109), all'indicazione di fattispecie di risoluzione legale (art. 108) ed alle condizioni per disporre la sospensione dell'esecuzione (art. 107).

In particolare, la risoluzione legale dell'art. 108, d.lgs. 50/2016, consente all'amministrazione di sciogliere il contratto qualora, al di là di cause tipiche, elencate nell'articolo citato, si verifichi un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore. La previsione si configura come rimedio all'inadempimento grave, disponendo che la parte pubblica possa giungere a produrre

⁴⁴ Una pretesa che il contraente pubblico adotti una data decisione in ordine all'esercizio di una facoltà contrattuale è stata, ad esempio, ritenuta meritevole di tutela in merito all'adozione da parte dell'amministrazione di una variante in luogo di procedere all'affidamento dei nuovi lavori mediante autonoma procedura aperta Tar Umbria, sez. I, 28 ottobre 2016, n. 677. Nel caso in discorso, ponendosi in concreto la questione di una variante eccedente il cd. quinto d'obbligo, si è affermato che non è «protetta dall'ordinamento la pretesa dell'appaltatore pubblico a vedersi approvata una variante in aumento di importo superiore al quinto d'obbligo, risultando tale *ius variandi* il risultato di un accordo contrattuale, con piena autonomia negoziale della stazione appaltante nel decidere se prestare o meno il proprio consenso al perfezionamento di un contratto che, per quanto funzionalmente collegato, rappresenta nuovo ed autonomo negozio modificativo di quello originario», riservandosi tuttavia di precisare che ove la modifica fosse stata di più ridotta entità, comunque inferiore al quinto d'obbligo, si sarebbe configurato l'interesse a ricorrere in capo all'originario contraente. In questo senso si afferma che «non può condividersi l'assunto delle ricorrenti circa l'irrelevanza dell'importo ai fini della legittimità della variante». L'appaltatore è tenuto nei limiti del c.d. "quinto d'obbligo" all'esecuzione alle medesime condizioni del contratto dei lavori aggiuntivi, potendo oltre tale importo chiedere la risoluzione del rapporto" e comunque rendendosi necessaria una nuova pattuizione.

⁴⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14.

autonomamente l'effetto della risoluzione seguendo un procedimento articolato in più fasi secondo il metodo del contraddittorio⁴⁶. Inoltre, i cc. 1 e 2 del medesimo art. 108, d.lgs. 50/2016, individuano ipotesi tipizzate in cui la stazione appaltante può (c. 1) o addirittura deve (c. 2) risolvere autoritativamente il contratto. In quanto diritto potestativo riconosciuto dalla legge e subordinato all'osservanza delle scansioni procedurali ed alla sussistenza dei tipizzati presupposti legali, la risoluzione *ex art. 108 cit.*, fermi i rimedi in via giudiziale, consente alla parte pubblica lo scioglimento del contratto attraverso la produzione di un effetto giuridico costitutivo di tipo estintivo sul rapporto. Ciò, nella prospettiva di assicurare una immediata ed efficace protezione dell'interesse perseguito dall'amministrazione.

Medesima natura di diritto potestativo è riconosciuta al recesso legale previsto all'art. 109 che consente lo scioglimento del rapporto per volontà unilaterale dell'amministrazione «senza che assumano rilievo i motivi che lo hanno determinato, richiedendosi soltanto, a tal fine, la corresponsione di un indennizzo in favore dell'appaltatore»⁴⁷. A protezione dell'affidamento del contraente, la facoltà di recesso *ad nutum* è infatti compensata dal riconoscimento di un indennizzo nella misura «del decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite»⁴⁸, oltre al «pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture»⁴⁹.

Facoltà negoziali analoghe a quelle sopra evidenziate, in grado di incidere sullo svolgimento del rapporto nell'interesse della parte pubblica, ma con un impatto sul sistema di equilibrio degli interessi che fungono da “cornice” del contratto, possono avere origine convenzionale. Lo schema contrattuale posto alla base della procedura di gara può, infatti, contenere condizioni, clausole penali, ipotesi di recesso, clausole risolutive espresse ecc.

⁴⁶ Le fasi in cui si articola il procedimento sono: a) contestazione degli addebiti all'appaltatore, con assegnazione di un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento; b) acquisizione e valutazione delle predette controdeduzioni; c) risoluzione del contratto: così ha statuito Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573.

⁴⁸ Ai sensi del c. 2 dell'art. 109, d.lgs. 50/2016, il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

⁴⁹ Si riconosce che la specialità della disciplina del recesso emerge «non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-*sexies*) ma in particolare perché l'art. 134 (d.lgs. 163/2006, ora 109, d.lgs. 50/2016, *ndr*), nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfezzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al “valore dei materiali utili esistenti in cantiere” mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero (“il mancato guadagno”) e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute». Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

Sul punto è bene considerare che, sebbene la fonte sia convenzionale, la dinamica di predisposizione degli schemi contrattuali da parte della sola amministrazione – almeno nella gran parte dei sistemi di selezione –, unitamente all'incidenza su di essa di bandi tipo, linee guida, protocolli ecc., possono rendere siffatte attribuzioni di diritti potestativi un fenomeno solo formalmente negoziato, ma sostanzialmente imposto unilateralmente. È ad esempio pacifico che possano essere previste clausole risolutive espresse ai sensi dell'art. 1456, cod. civ. mediante le quali si assume un determinato inadempimento a condizione risolutiva del contratto. Affinché una clausola contrattuale sia riconducibile al paradigma normativo di quella risolutiva espressa, occorre che la stessa individui l'obbligazione il cui inadempimento può determinare la risoluzione di diritto⁵⁰.

Pure le penali, che possono essere previste a garanzia della permanenza dell'equilibrio contrattuale, pongono in capo al contraente pubblico precisi obblighi di monitoraggio e di contestazione degli inadempimenti per cui sono poste. Si tratta anche in questo caso di rimedi contrattuali – però ad esito non estintivo – che attivano in via negoziale diritti potestativi in capo all'amministrazione.

Ciò che emerge dagli aspetti sinora considerati, ovvero la previsione di norme di diritto privato speciale, potestà negoziali convenzionalmente pattuite, ma unilateralmente poste nello schema di contratto e finanche l'attribuzione di puntuali poteri pubblici, è l'incidenza che anche in sede esecutiva la protezione degli interessi pubblici ha sul rapporto, ancorché nei limiti fissati dall'ordinamento⁵¹.

5. *Funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione e principio di concorrenza nello svolgimento del rapporto contrattuale*

Come si è osservato, incrinature alla nettezza allo schema bifasico dei contratti pubblici si profilano in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico in ogni fase del rapporto, unitamente alla pervasività del principio concorrenziale assunto anch'esso ad interesse pubblico dall'ordinamento.

⁵⁰ Cass., sez. III, 30 maggio 2014, n. 12285. In merito alla natura negoziale e non autoritativa la giurisprudenza è chiarissima affermando che «l'atto col quale la parte si avvale della clausola risolutiva espressa ha natura negoziale e funzione di autotutela, ed è a disposizione del contraente nel cui interesse la clausola è posta. L'operatività della clausola non richiede altro che la constatazione dell'inadempimento così come in essa dedotto, essendo state le parti a collegare la risoluzione a quel determinato inadempimento». La natura convenzionale della risoluzione fa sì che essa costituisca alternativa a quella della disciplina speciale *ex art.* 108, d.lgs. 50/2016, non dovendosi per l'effetto nemmeno applicare la disciplina procedurale ivi prevista inerente la diffida ed il successivo contraddittorio: Cass., sez. I, 27 ottobre 2016, n. 21740.

⁵¹ A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 107 ss.

A fronte di un assetto di interessi cristallizzato dal contratto, come scaturito all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, l'alterazione della stabilità del rapporto sinallagmatico in sede esecutiva può incidere sul primo ed anche a volte sul secondo degli aspetti sopra enunciati. La combinazione di entrambi nello svolgimento del rapporto è suscettibile di mettere quantomeno in discussione la nettezza della teoria bifasica, potendosi parlare in tali casi, come efficacemente è stato proposto, di possibili «epifanie dell'evidenza pubblica nella fase di esecuzione del contratto»⁵².

Muovendo dalla considerazione autoevidente che l'amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse pubblico anche nella fase esecutiva laddove utilizzi facoltà e poteri di diritto privato, anche un recesso, una risoluzione, o l'approvazione di una variante implicano valutazioni che la parte pubblica deve svolgere alla luce dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento. Le regole di azione inerenti lo statuto generale dell'attività amministrativa dovrebbero configurare un dato unificante che passa attraverso le fasi pre-contrattuale e contrattuale e che non può non avere impatto sullo svolgimento del rapporto, anche solo in considerazione dell'incidenza sul piano delle responsabilità dell'organo agente.

La decisione assunta dalla parte pubblica in sede di esecuzione non si troverà in tal modo soltanto limitata dall'applicazione dei generali principi di buona fede e correttezza, ma dovrà trovare obiettivo riscontro nel perseguimento del pubblico interesse, divenendo, lo stesso interesse pubblico parametro di controllo dell'azione, la cui osservanza potrà peraltro superare la rilevanza meramente interna. In questi termini si rende necessario porre una distinzione tra esecuzione e gestione del rapporto contrattuale da cui deriva che, se l'esecuzione segue le regole generali e speciali ponendo facoltà ed obblighi, la gestione costituisce attività amministrativa della parte pubblica e segue le regole ed i principi per essa previsti.

Così, avvalersi della facoltà di recesso, benché *ad nutum* rispetto alla controparte, non esonera l'organo che lo dispone da una congrua motivazione in ordine alla sussistenza di ragioni di pubblico interesse in forza della possibile responsabilità erariale per gli oneri che ne conseguono⁵³. Allo stesso modo può configurare danno erariale la mancata irrogazione delle penali previste⁵⁴.

⁵² P. Malanetto, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 18 aprile 2018.

⁵³ Corte conti, Friuli-Venezia Giulia, sez. giurisd., 16 luglio 2009, n. 225.

⁵⁴ Sul RUP grava il compito di vigilare e verificare il rispetto dei vincoli contrattuali assunti dall'appaltatore; se ciò non avviene egli è responsabile di danno erariale cagionato alla stazione appaltante nella misura pari al risparmio conseguito dall'impresa per prestazioni non svolte. Corte conti, Abruzzo, sent. 3 marzo 2017, n. 24. In materia di mancata applicazione delle penali contrattuali da parte del RUP, Corte conti, Marche, sez. giurisd., 16 dicembre 2013, n. 134. Tale arresto è stato confermato da Corte conti, I sez. centrale appello, sent. 20 luglio 2015, n. 441.

Oltre alla questione tutta interna della responsabilità per l'uso o il mancato impiego di facoltà o poteri contrattuali da parte del contraente pubblico, si aggiunge la questione della tutela di posizioni soggettive che dalle modalità dell'azione o dall'inazione dell'amministrazione possono ricevere un pregiudizio, determinando, ad esempio, la riemersione delle problematiche proprie dell'evidenza pubblica.

Sotto questo profilo l'amministrazione che tollera – magari non solo per colpa, ma con dolo del funzionario – un inadempimento grave del contraente, non solo non persegue l'interesse a cui è istituzionalmente tenuta, ma in sostanza altera l'equilibrio contrattuale che è scaturito dal confronto concorrenziale e che ha determinato la preferenza per l'aggiudicatario. In altri termini, a fronte di una facoltà negoziale, tanto di origine legale che convenzionale, da esercitare in sede esecutiva, la decisione della parte pubblica non può che essere attratta dalla doverosità della massimizzazione del pubblico interesse. La violazione della condotta doverosa determinata dalla corretta cura dell'interesse pubblico avrà conseguenze giuridiche non soltanto in termini di responsabilità erariale – in disparte poi il fatto che essa potrebbe assumere rilevanza penale –, ma potrà divenire comportamento esigibile da parte dei terzi, laddove la medesima doverosità si combini con l'incidenza sull'assetto concorrenziale prodotto in sede di gara e con i correlati interessi degli operatori economici concorrenti.

Al riguardo, in dottrina si osserva che, mentre nei contratti tra privati la rilevanza giuridica della scorrettezza è tradizionalmente circoscritta alle parti contrattuali, con la pubblica amministrazione «l'inadempimento può assumere rilevanza giuridica anche per i terzi in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza»⁵⁵ o di altri valori e interessi (si pensi al buon uso delle risorse pubbliche, che è un interesse non già ascrivibile alla sola amministrazione contraente, bensì riferibile all'intero ordinamento).

Sotto il primo profilo, dirimenti sono le considerazioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, cit., che ha riconosciuto come a fronte della facoltà prevista ai sensi dell'art. 110, c. 1, d.lgs. 50/2016⁵⁶ «di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate – e salva, ovviamente, l'eccezionale facoltà di revocare l'intera procedura di gara stessa, se queste esigenze siano addirittura

⁵⁵ Così, R. Cavallo Perin, M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

⁵⁶ L'Adunanza plenaria afferma come lo scorrimento della graduatoria costituisca esercizio di facoltà, sostenendo che lo scorrimento «nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, laddove menziona "la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1».

venute meno, e di non bandirne più nessuna» sussista «l'interesse dell'operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico)».

Non è dunque priva di rilevanza giuridica la pretesa del secondo in graduatoria, mirata ad ottenere l'aggiudicazione a seguito dello scorrimento della graduatoria medesima o in alternativa la rinnovazione della gara, in ordine all'analisi della sussistenza dell'inadempimento contrattuale dell'aggiudicataria dopo la stipulazione del contratto. La risoluzione, che di per sé è questione inerente la tutela dell'interesse del contraente, in connessione con l'istituto dello scorrimento della graduatoria attiva un interesse del terzo che non può non trovare tutela a fronte della limitazione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione. Secondo la lettura offerta dall'Adunanza plenaria è tale rilevanza giuridica pubblicistica dell'esecuzione, coerente con l'unitarietà funzionale del contratto pubblico, che «schioda la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto». Ciò si pone a fondamento del riconoscimento e della protezione «dell'interesse legittimo "strumentale" non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio, secondo quel "polimorfismo" del bene della vita alla quale tende per gradualità passaggi l'interesse legittimo»⁵⁷.

Già la giurisprudenza precedente alla pronuncia dell'Adunanza plenaria evidenziava che lo scorrimento della graduatoria si pone come una vera e propria procedura di affidamento, «che si svolge a "circolo chiuso" sul piano soggettivo e a condizioni precostituite sul piano oggettivo, in quanto vengono interpellati solo i soggetti già collocati nella graduatoria della precedente gara e non posso-

⁵⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, chiarisce che «Applicando le medesime coordinate anche alla fase privatistica del contratto pubblico, il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una "iperestensione" del loro interesse, con conseguente allargamento "a valle" della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un "solido collegamento" con il bene finale».

no essere formulate nuove offerte, né “ripescate” quelle originariamente presentate dagli interpellati»⁵⁸. Non meno rilevante in termini di incidenza sulla concorrenza sono le questioni legate allo scorrimento delle graduatorie a seguito di risoluzione del rapporto e del configurarsi di una sorta di pretesa alla risoluzione⁵⁹.

Simmetrica tutela è riconosciuta alla pretesa dell'originario contraente che non intenda richiedere l'accertamento della permanente vigenza del contratto risolto, quale posizione di diritto soggettivo di matrice contrattuale, ma ha contestato lo scorrimento della graduatoria. Al riguardo in giurisprudenza si precisa come, trattandosi di una vera e propria procedura di affidamento, la relativa controversia sia rimessa alla cognizione del giudice amministrativo, fermo restando che, «qualora la definizione del giudizio imponesse, per esigenze di priorità logico giuridica, la verifica dei presupposti della risoluzione contrattuale, si trattereb-

⁵⁸ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 26, precisando che lo scorrimento «sul piano funzionale il meccanismo risponde all'esigenza di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, perché consente di affidare il completamento delle prestazioni mediante scorrimento dell'originaria e cristallizzata graduatoria, evitando il più complesso e dispendioso percorso dell'indizione di una nuova gara con prezzi aggiornati, ma al contempo assicura il rispetto dei principi fondamentali della materia, atteso che l'interpello coinvolge imprese già selezionate nella medesima gara già espletata e postula l'avvenuto rispetto in quella sede di tutte le norme che regolamentano l'affidamento dei contratti pubblici dalla fase della progettazione alla stipula del contratto». In linea generale si afferma che la verifica da parte della stazione appaltante circa la riconducibilità della modifica soggettiva tra le fattispecie ai fini della prosecuzione del contratto, «non costituisce esplicazione di un potere e non implica ponderazione di interessi, sicché la posizione giuridica soggettiva in capo all'impresa che si vede negare il subentro nella esecuzione del contratto è di diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla cognizione del giudice ordinario». In questo senso, Cass., SS.UU., ord., 24 aprile 2014, n. 9252; Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3502; Cons. Stato, sez. V, ord., 7 dicembre 2011, n. 5368. Non mancano, peraltro, pronunce in cui, pur ribadendo la giurisdizione del giudice ordinario, si esclude la sussistenza di interesse a fronte di controversie in cui si contesta che l'amministrazione non abbia ravvisato gli estremi per la risoluzione del contratto, «posto che il semplice venir meno del contratto non significa comunque che, automaticamente, il servizio debba venir aggiudicato alla ricorrente, in mancanza di un contestuale annullamento dell'aggiudicazione della gara di cui si controverte, potendo benissimo il Comune, in tal caso, indire una nuova gara»: Tar Sardegna, 13 novembre 2015, n. 1114. Nello stesso senso, Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 14 gennaio 2010, n. 5: «se anche si volesse intendere che il ricorso è volto a contestare il mancato esercizio della facoltà del Comune ex art. 19 del Capitolato di sciogliersi dal contratto per “grave inadempimento” della parte o inosservanza delle condizioni ivi previste, si porrebbe, oltre che la questione della giurisdizione, anche un problema di legittimazione, essendo la ricorrente (in mancanza di contestazione dei risultati della gara) un terzo non qualificato rispetto al rapporto contrattuale che pretenderebbe di veder risolto».

⁵⁹ Il Consiglio di Stato ha ritenuto, nel caso di scorrimento della graduatoria di gara e di assegnazione del servizio alla seconda classificata a seguito dello scioglimento del contratto, che la questione relativa alla risoluzione del contratto sollevata dall'originaria contraente «ha natura meramente incidentale, ponendosi quale presupposto necessario per l'adozione del successivo provvedimento discrezionale di scorrimento della graduatoria, sicché non può dubitarsi della sussistenza della giurisdizione del g.a., poiché lo scorrimento della graduatoria produce l'effetto di affidare l'appalto ad un diverso concorrente in ragione dell'esercizio di un potere discrezionale rispetto al quale il precedente aggiudicatario vanta una posizione giuridica di interesse legittimo oppositivo [...] Rispetto alla detta domanda, l'accertamento dell'intervenuta risoluzione contrattuale viene accertata dal g.a. solo in via incidentale, nella misura in cui il fatto della risoluzione rappresenta un presupposto necessario per l'esercizio del potere di scorrimento della graduatoria»: Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573.

be di una questione pregiudiziale non riservata al giudice ordinario e, pertanto, conoscibile dal giudice *amministrativo incidenter tantum*»⁶⁰.

È evidente, allora, che molte ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, d.lgs. 50/2016 – se non tutte – si traducono in veri e propri doveri di condotta per l'amministrazione contraente, nel senso di rendere doveroso l'esercizio dei diritti potestativi spettanti che massimizzino la cura dell'interesse del contraente e garantiscano il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico determinato dalla gara. Ciò non implica necessariamente un'attrazione pubblicistica in ordine alle situazioni soggettive o alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie, ma indubbiamente, anche in relazione alla cognizione del giudice ordinario, mette in discussione l'idea tradizionale dell'irrelevanza giuridica dei motivi di azione dell'amministrazione nell'esercitare diritti potestativi nell'esecuzione, a fronte dei quali possono configurarsi interessi rilevanti – in disparte il fatto (tema la cui analisi esorbita dai limiti della presente trattazione) che si tratti di interesse legittimi di diritto privato⁶¹ –, non solo del contraente, ma anche dei terzi.

⁶⁰ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 26. Diversamente, Tar Lazio, sez. II ter, ord. 7 febbraio 2018, n. 1499 ha stabilito di sospendere il giudizio *ex art. 79 c.p.a. e 295 c.p.c.*, in attesa della decisione da parte del tribunale civile della pregiudiziale questione circa la legittimità della risoluzione dei contratti quadro stipulati dalla ricorrente, rispetto alla decisione sull'impugnazione del conseguente atto di aggiudicazione alla seconda classificata, nonché delle ulteriori conseguenze in relazione alla sospensione della ricorrente dall'albo dei fornitori. «Si tratta di atti amministrativi la cui cognizione indubbiamente pertiene al giudice amministrativo. Tuttavia essi sono stati impugnati unicamente per un profilo: l'illegittimità del loro presupposto, e cioè l'intervenuta risoluzione. La questione relativa all'accertamento della legittimità del ricorso da parte di ACEA alla clausola risolutiva espressa, dunque, appartiene pacificamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Si tratta di una pregiudizialità necessaria che "sussiste quando una controversia (pregiudiziale) costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata, in ragione del fatto che il rapporto giuridico della prima rappresenta un elemento costitutivo della situazione sostanziale dedotta nella seconda, per cui il relativo accertamento si imponga nei confronti di quest'ultima con efficacia di giudicato, al fine di assicurare l'uniformità di decisioni (*ex multis*: Cass., Sez. un., ord. 27 luglio 2004, n. 14060, sent. 5 giugno 2000, n. 408, 11 aprile 1994, n. 3354; Sez. I, ord. 2 agosto 2007, n. 16995, 27 gennaio 2006, n. 1741; Sez. III, ord. 28 dicembre 2009, n. 27426, 25 maggio 2007, n. 12233, 30 giugno 2005, n. 13950; Sez. lav., 24 gennaio 2006, n. 1285; Sez. VI, ord. 29 luglio 2014, n. 17235, 8 febbraio 2012, n. 1865, 9 dicembre 2011, n. 26469, 18 febbraio 2011, n. 3059; Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5662, 8 gennaio 2013, n. 39; Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 806; Sez. VI, 12 marzo 2012, n. 1386)».

⁶¹ Sulla figura dell'interesse legittimo, anche in ambito privatistico, F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 37 ss.; L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Cass., SS. UU., sentenza 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro It.*, 1979, I, 2548 ss., con nota di Barone, anche su G.I., 1980, I, 440 ss., con nota di A. Di Majo. La storica decisione ha precisato i contorni della figura dell'interesse legittimo nel diritto privato affermando che «[...] emerge a pieno l'ampia operatività del principio di correttezza, in quanto da esso sono desumibili regole di azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere» e ancora «[...] il sindacato del giudice ordinario, quando abbia ad oggetto l'esercizio di un potere discrezionale, non può non atteggiarsi, per ragioni di efficienza, in modo analogo a quello in cui si atteggia il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del poter pubblico e pertanto non può non estendersi anch'esso alla rilevazione di forme di eccesso di potere, come quando ad esempio, si deduca che la sanzione disciplinare è stata inflitta dall'imprenditore allo scopo di raggiungere in tal modo, un risultato che sarebbe stato impossibile o disagevole realizzare per altra via, ovvero si prospettino ipotesi di arbitrarietà o iniquità manifesta».

6. *Verso un controllo (anche) diffuso (e comunque incidente) sull'esecuzione dei contratti pubblici; il superamento della rigida distinzione bifasica*

Anche in forza della pregnanza del quadro sinora descritto, l'Adunanza plenaria n. 10/2020, riconoscendo «la persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, idoneo a sorreggere situazioni sostanziali e strumentali di altri soggetti privati», non solo ha affermato la possibile sussistenza in un concorrente collocato in graduatoria⁶² di un interesse protetto, ai sensi della l. 241/1990, all'accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico, ma, ben più ampiamente, ha sancito la sottoposizione degli atti della fase esecutiva all'accesso civico.

Tale riconoscimento, oltre a rispondere ad una sentita esigenza di controllo diffuso sul buon andamento anche in fase di gestione del rapporto contrattuale, si integra con gli ulteriori rimedi apprestati dall'ordinamento vigente⁶³.

La descritta possibilità di un accesso civico generalizzato, alle «condizioni, contenuti e limiti» dell'art. 53, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5 bis, c. 3, d.lgs. 33/2013, è ritenuta strumentale alla funzione di vigilanza sui contratti pubblici attribuita dall'art. 213 all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac)⁶⁴, laddove la possibilità di un controllo generalizzato sull'aggiudicazione e sull'esecuzione del contratto, assicurata proprio dall'accesso civico generalizzato, è suscettibile di mettere in condizione il cittadino di effettuare segnalazioni documentate all'Anac, che anche nella fase esecutiva, potrebbe esercitare il suo potere di raccomandazione ai sensi dell'art. 213, d.lgs. 50/2016.

⁶² Già il Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115, ha riconosciuto l'accesso documentale, ricorrendo le condizioni previste dagli artt. 22 e ss., l. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva laddove funzionale a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio. Più recentemente sulla configurabilità di un interesse del terzo al corretto svolgimento dell'appalto si pone anche il riconoscimento dell'accessibilità ai relativi documenti, che sebbene non soggette all'accesso civico, sono soggette all'art. 22 ss. della 241 del 1990, assumendo rilevanza la prospettiva di risoluzione del rapporto contrattuale e di un interesse attuale della ricorrente al subentro. Al riguardo, il Tar Toscana, sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, ricercando un punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013, statuendo che per quanto riguarda dati, informazioni e documenti inerenti la fase esecutiva, successiva all'aggiudicazione del contratto di appalto, caratterizzata da rapporti paritari, l'interesse della ex partecipante alla gara può configurarsi solo nel rispetto delle condizioni e dei limiti dell'accesso ordinario. In merito, assume rilevanza la prospettiva di risoluzione del rapporto contrattuale e di un interesse attuale della ricorrente al subentro.

⁶³ Pur nei limiti dell'art. 53, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, d. lgs. 33/2013, l'accesso civico generalizzato, secondo l'Adunanza plenaria, «opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività».

⁶⁴ E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione* «Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra» (Stanislaw J. Lec), in *Dir. amm.*, 2019, 497.

Il c. 3 lett. b), art. 213, d.lgs. 50/2016, dispone, infatti, che l'Autorità «vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario», svolgendo tale funzione attraverso un sistema di azioni amministrative per l'effettività delle quali è essenziale l'apporto informativo che può venire dagli interessati. Oltre, alla generale funzione di vigilanza, specifiche funzioni di controllo e monitoraggio sono attribuite all'Anac in tema di modificazione del contenuto del contratto in sede esecutiva, ad esempio ad opera delle varianti. Sotto altro profilo, la condotta del contraente in sede di esecuzione è soggetta a valutazione potendo diventare causa ostativa di successivi affidamenti, ovvero condizionare nel merito le scelte relative all'affidamento nell'ambito di un sistema premiale di rating istituito e gestito dall'Anac⁶⁵. Anche le eventuali premialità connesse al cd. rating d'impresa sono legate alla condotta complessiva dell'impresa, comprensiva delle modalità di esecuzione di precedenti contratti pubblici⁶⁶.

Trova dunque fondamento e giustificazione sistematica un controllo (anche, ma non solo, svolto in modo) diffuso da parte dei titolari dell'accesso civico che si estenda all'esecuzione dei contratti pubblici e delle concessioni⁶⁷, fase ove «spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai cc.dd. diritti sociali)»⁶⁸.

Se sul fronte della costruzione teorica e della sistematizzazione dei rimedi amministrativi alle patologie della fase esecutiva il contributo della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato appare decisivo, notevoli incertezze e vere e proprie lacune permangono sul piano della tutela giurisdizionale, soprat-

⁶⁵ L'art. 80, al c. 5 lett. c-ter), d.lgs. 50/2016 dispone come causa di esclusione dalle gare di appalto quella nei confronti dell'operatore economico che «abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

⁶⁶ L'art. 83, c. 10, d.lgs. 50/2016 prevede presso l'ANAC, che ne cura la gestione, l'istituzione di un «sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta». I requisiti reputazionali che sono definiti da linee guida dell'ANAC devono tener conto, in particolare, «dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto». Al riguardo, l'Anac ha predisposto e sottoposto a consultazione uno schema per l'«Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità».

⁶⁷ M. Cafagno, *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. coordinate generali*, in *Mumus*, 2016, 24

⁶⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

tutto con riguardo alle posizioni soggettive dei terzi. Le contrastanti pronunce della giurisprudenza, già in merito alla definizione della stessa giurisdizione sulle controversie, nonché il riconoscimento stesso di interessi protetti, non contribuisce certo ad assicurare effettività e omogeneità di tutela, rafforzando i dubbi sulla tenuta e sull'utilità della ricostruzione bifasica. È auspicabile che la posizione del terzo possa essere tutelata in maniera piena ed effettiva in sede giurisdizionale, anche a prescindere dalla spettanza della giurisdizione in controversie in cui questioni civilistiche assumono spesso connotati di evidenza pubblica.

Assicurare che nella fase di esecuzione si possa svolgere un più inteso controllo giudiziale avrebbe il positivo effetto di spingere la parte pubblica ad una maggiore diligenza, laddove, com'è noto, l'interesse pubblico rischia di essere pregiudicato senza che di ciò si abbia facile evidenza e vi sia pronta reazione.

In disparte questo essenziale tema, più in generale, dal punto di vista sistematico, trova conferma il fatto che, nella fase esecutiva, si annidano veri e propri focolai pubblicistici, i quali non sono affatto confinati nella prima fase dell'operazione contrattuale.

Vero è, piuttosto, che la percezione di siffatto profilo risulta in parte intralciata dalla presenza di due giurisdizioni che, tendenzialmente, presidiano territori distinti (formazione della volontà pattizia ed esecuzione del contratto) e che, in qualche modo, inducono a ritenere che ciò corrisponda a un diverso atteggiarsi dell'assetto degli interessi in gioco, posto che solo il giudice amministrativo sarebbe in grado di censire la rilevanza di interessi diversi da quelli del contraente, laddove l'ufficio del giudice ordinario parrebbe unicamente quello di occuparsi degli interessi dei soli contraenti. Per altro verso, è indubbio che la stipula di un contratto con un singolo privato vale a "evidenziarne" e "valorizzarne" la posizione (anche e soprattutto in rapporto a quella dell'amministrazione), conferendo a essa una dignità specifica, che viene a costruire un argine rispetto alle ingerenze esterne (argine che l'adunanza plenaria concorre a indebolire)

Dal primo punto di vista, peraltro, è evidente l'errore di inferire i caratteri della disciplina sostanziale da una presunta vocazione del giudice a tutelare talune posizioni giuridiche. Non solo: è sufficiente allargare un poco lo sguardo per rendersi conto che, nell'ordinamento, non sussiste affatto una correlazione biunivoca tra giurisdizione del giudice amministrativo e (sindacato limitato alla) formazione della volontà pattizia, come dimostra l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase di esecuzione degli accordi ex art. 11, l. 241/1990 (art. 133, comma 1, lett. a, punto 2, d.lgs. 104/2010).

Dal secondo punto di vista, come ampiamente dimostrato nel corso dei paragrafi precedenti, il rafforzamento della posizione del contraente non esclude che permangano, e che siano assai rilevanti, ulteriori interessi meritevoli di tutela anche nella fase dell'esecuzione.

D'altro canto, una corretta esecuzione scaturisce da un "appropriato" confezionamento dell'operazione contrattuale, che va costruita (pensando anche e soprattutto alla fase esecutiva) al momento di esordio della procedura a evidenza pubblica. Non si vede perché quella esigenza, così forte al momento di avvio del percorso negoziale, debba scomparire con la stipula del contratto o restare assorbita all'ombra della relazione giuridica stretta con il contraente, la cui instaurazione avrebbe quasi il significato di introdurre cesure nella cura degli interessi pubblici. Soprattutto i capitolati, non a caso, sono finalizzati a disciplinare la fase dell'esecuzione, confermando l'esigenza di evitare fratture artificiali nella considerazione (anche sistematica) delle parabole dell'esercizio del potere e della realizzazione di operazioni contrattuali delle amministrazioni.

Insomma, l'esecuzione interessa anche altri valori e interessi.

Va piuttosto rimarcato che essi sono gli stessi che rilevano in generale per le operazioni contrattuali dell'amministrazione. L'attenzione dell'ordinamento (che, peraltro, anche sulla base di quanto statuito da Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, cit.⁶⁹, è stata forse sopravvalutata ed enfatizzata dalla dottrina negli ultimi anni, quasi che i contratti debbano servire soltanto a soddisfare le aspirazioni delle imprese a diventare contraenti competendo sul mercato, piuttosto che a garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico⁷⁰) nei confronti del valore della concorrenza porta ovviamente a considerare in prima battuta appunto l'interesse concorrenziale (v. *supra*, par. 5).

Tuttavia, come si crede di avere dimostrato, anche molti altri valori risuonano nell'ordinamento: basti pensare alla lotta alla corruzione, presidiata dall'Anac; per altro verso, in alcuni settori (e, ancora una volta allargando lo sguardo agli affidamenti a favore dei privati), è del tutto evidente come la fase dell'esecuzione di operazioni pattizie intercetti interessi pubblici e privati assai più ampi. Ciò trova plastica conferma nella considerazione dei casi in cui sussiste un'autorità (Arera, ad esempio) chiamata a regolare un mercato, incidendo anche e soprattutto sul momento di esecuzione delle prestazioni. Pure in questo caso, dunque, l'emersione di interessi ultranei e diversi rispetto a quello contrattuale del con-

⁶⁹ Così ha statuito la Consulta: «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. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabile, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale».

⁷⁰ F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013.

traente è sancita, sotto il profilo organizzativo, dalla istituzione di uno specifico soggetto pubblico.

Circa la rilevanza dell'interesse erariale (si ponga mente al miglior uso delle risorse pubbliche), è sufficiente ribadire il ruolo svolto dalla Corte dei conti con riferimento, appunto, alla fase di esecuzione.

Non mancano, poi, ulteriori indizi che dimostrano come l'operazione contrattuale nel suo complesso (e anche a partire dal momento che segna la presunta cesura tra le due fasi, pubblicistica e privatistica) esibisca un'eccedenza di rilevanza rispetto alla platea dei due contraenti. È sufficiente citare la regola giurisprudenziale secondo cui i contratti debbono essere stipulati sempre in forma scritta (*ex multis*, Cass., 19 maggio 2003, n. 7819), anche per agevolare forme di controllo.

La disciplina sulla *spending review*⁷¹, inoltre, evidenzia che la fase esecutiva può essere interessata da valori pubblici assai pregnanti (diversi dalla concorrenza), addirittura in grado di sacrificare sull'altare della convenienza economica la stabilità del rapporto contrattuale⁷². Ricorrendo talune condizioni, infatti, l'amministrazione può recedere dai contratti stipulati precedentemente nel caso in cui i parametri di successive convenzioni stipulate da Consip S.p.A. siano migliorativi e l'appaltatore non acconsenta alla modifica delle condizioni economiche proposta da Consip s.p.a.

Non è infine da escludere che, anche alla luce della drammatica esperienza della diffusione del Coronavirus che stiamo vivendo, con l'obiettivo di agevolare la ripresa economia vengano in futuro ulteriormente alleggerite e snellite le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici⁷³: a fronte della riduzione di regole cogenti nella fase di scelta del contraente (norme, che per loro natura, offrono protezione a interessi pubblici), quasi a mo' di compensazione, apparirà ancora più urgente dare rilievo a quegli stessi interessi nella fase esecutiva.

⁷¹ V. d.l. 95/2012, conv. nella l. 135/2012, nonché d.l. 78/2015, conv. nella l. 125/2015. Facoltà di riduzione degli importi (salva la possibilità dell'altro contraente di recedere) e di rinegoziazione sono previste pure dall'art. 8, d.l. 66/2014, conv. nella l. 89/2014.

⁷² Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, in tema di razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale, come disposto dal d.l. 78/2015, cit., osserva che «l'operatività della rinegoziazione rimane circoscritta alla sola eventualità che i contraenti raggiungano un nuovo accordo attraverso la ridefinizione in concreto delle loro originarie determinazioni. In definitiva, l'offerta di modifica ex art. 9-ter rimane comunque condizionata dalla verifica che il sinallagma del contratto originario non sia dalla stessa inciso fino a pregiudicarne la convenienza per l'amministrazione e la remuneratività per l'esecutore», così «l'alterazione dell'originario sinallagma non viene automaticamente determinata dalla norma, ma esige un esplicito consenso di entrambe le parti. Ove tale consenso non venga raggiunto, soccorrono [...] le ipotesi alternative [...] del recesso, della nuova gara e della adesione transitoria a contratti più vantaggiosi».

⁷³ Al momento, si considerino, in particolare, gli artt. 72, 75, 86, 120, d.l. 18/2020, nonché la Comunicazione della Commissione – Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19, pubblicata sulla GUCE 2020/C 108 I/01 del 1° aprile 2020.

Tutto questo complesso di focolai pubblicitici è dato per presupposto dal passaggio – citato in apertura del presente lavoro – con cui l’Adunanza plenaria n. 10/2020, pur riferendosi, in modo forse troppo “minimalista”, all’interesse pubblico (al singolare) e non agli interessi pubblici, statuisce che la fase esecutiva «rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell’indizione della gara e/o dell’affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell’opera o del servizio».

Barry Sullivan - Abstract

Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico

Il lavoro analizza criticamente il tema della costruzione bifasica dei contratti pubblici alla luce della recente decisione del Cons. Stato, Ad. plen. n. 10/2020, sottolineando la pluralità di interessi pubblici coinvolti nella fase esecutiva del contratto e la necessità di non operare artificiali distinzioni all'interno della complessa e unitaria operazione contrattuale.

Problematic aspects of contractual enforcement in the prism of the new jurisprudence on civic access

The work critically analyses the issue of the biphasic construction of public contracts in the light of the recent decision of the State Council, Plenary Session No. 10/2020, stressing the plurality of public interests involved in the executive phase of the contract and the need not to make artificial distinctions within the complex and unitary contractual operation.

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Un patrimoine intangible. Entre espoir d'éternité et risque de rupture

Jacqueline Morand-Deville

1. *Introduction*

Le sujet est singulier car si la DDHC a suscité et continue de susciter tant de discours et d'écrits il est rare qu'elle soit abordée sous l'angle particulier de la patrimonialité. Il est d'actualité car le concept de patrimoine n'a jamais autant été invoqué en droit public, et son succès n'a d'égal que la confusion qui l'éprouve. Et il répond directement à la réflexion sur l'intangibilité d'un texte sacré dont l'avenir oscille entre risques mais espoir.

Les dispositions de la DDHC prêtent à débats et à interprétations multiples. Il s'agira ici de simplifier, de ramener à l'unité en démontrant que l'intangibilité de la Déclaration, qui n'est pas seulement politique et culturelle mais aussi juridique, est une ardente obligation et que l'une des manières d'y parvenir, peut-être la plus radicale, est de s'appuyer sur sa patrimonialité.

Si la notion d'intangibilité, caractère de ce qui est hors d'atteinte, intouchable, irrévocable, est aisée à définir, celle de patrimonialité ne l'est pas. S'agissant de l'intangibilité on pourrait, certes, s'interroger sur la force de l'engagement du peuple français à l'égard de la Déclaration puisqu'il ne s'agit, selon le Préambule de la Constitution, que d'un « attachement » (expression ambiguë) aux droits de l'homme, mais ce serait ouvrir une querelle sémantique de faible intérêt. Le débat sur l'intangibilité doit se déplacer sur sa portée. Étant entendu que la valeur constitutionnelle du Préambule est désormais acquise, étant entendu que le texte constitutionnel est sujet à révision, laquelle est une pratique récurrente (24 révisions en France depuis 1958), comment justifier l'intangibilité des dispositions figurant dans le Préambule et plus particulièrement la DDHC. Pour le dire autrement, l'intégration de la Déclaration au bloc de constitutionnalité entraînerait-elle sa fragilité?

Après avoir analysé le concept de patrimoine qui, en droit public, est en proie à une grande confusion, on tentera de démontrer comment la patrimonialité est à même de rendre intangible la Déclaration. Il s'agira d'une patrimonialité inconditionnelle rattachée au concept de patrimoine commun dont l'universalisme est une garantie d'éternité (1) et d'une intangibilité seulement conditionnelle car l'imprescriptibilité des droits suppose que des précisions et des adaptations soient apportées pour éviter les risques de rupture (2).

2. *Une patrimonialité inconditionnelle. L'éternité par l'universalisme*

Un amalgame obscurcit actuellement le concept de patrimoine en droit public français. Ce désordre patrimonial, dont on parle encore peu, se manifeste par la tendance récente des rédacteurs de textes, parfois de la doctrine, plus rarement de la jurisprudence, à abuser du terme de patrimoine en l'appliquant largement aux biens publics sans distinction, banalisation et altération pouvant avoir des conséquences sur leur protection¹.

Puisant ses origines dans le droit romain, revivifié par la doctrine allemande au XIX^e siècle et transposée en France par les professeurs Aubry et Raux, le patrimoine est un concept de droit privé, proche de la fiction, qui intègre la personnalité et l'universalité pour dynamiser la notion de bien. En droit public, le terme de patrimoine est réservé à des biens d'une nature particulière, élitisme culturel ou naturel rendant nécessaire leur protection. Prenant en compte cette spécificité, la codification a donné lieu à un « *code du patrimoine* » s'agissant du patrimoine culturel, le patrimoine naturel étant traité par le « *code de l'environnement* ».

Mais on assiste, ces dernières années, à un abus de langage dans l'extension de la qualification de patrimoine à l'ensemble des biens publics sans distinction. La cause première est à rechercher dans l'engouement pour la valorisation économique des biens publics et la volonté de s'inspirer des méthodes prétendument miraculeuses de la « *patrimonialisation* » : d'une globalisation de la gestion, on glisse sans s'en apercevoir vers une globalisation du contenu. Cette banalisation, la conception trop utilitariste de l'intérêt général, le glissement de la patrimonialisation vers la marchandisation risquent d'affaiblir les garanties nécessaires à la protection de biens « pas comme les autres ».

La patrimonialité sera ici dégagée de la patrimonialisation et de la valorisation économique et conçue dans son sens étymologique traditionnel, d'héritage à transmettre de génération en génération. Elle concerne, en droit public, le patri-

¹ J. Morand-Deviller, *Biens publics et droit de propriété*, in Mélanges J.L. Autin, Presses Faculté de droit de Montpellier, 2012 et *Le patrimoine et ses excès*, in Mélanges P. Bon, Dalloz, 2014.

moine culturel et naturel et se manifeste par une obligation de conservation, protection, transmission.

Cette approche rejoint un courant qui gagne du terrain actuellement, celui de l'essor du concept de *patrimoine commun* qui semble convenir parfaitement à la DDHC et à son universalisme.

2.1. *La Déclaration et le patrimoine commun*

La notion de « *patrimoine commun* » connaît depuis quelques années un tel essor qu'elle s'est aussi banalisée. Ce succès repose sans doute, sur de bonnes intentions et de sincères convictions en faveur de la solidarité et de l'universalisme mais la portée juridique de cette proclamation est mince : des orientations, des incitations, peu de réglementation ou de sanction directe, du moins pour l'instant, et les propriétaires : l'*humanité* ou la *nation* restent des abstractions sans personnalité juridique.

Cette absence d'effectivité se vérifie s'agissant du *patrimoine commun de l'humanité* qui concerne les fonds marins, l'espace extra-atmosphérique et les corps célestes. Ces biens ne sont pas convoités par les Etats car ils ne sont ni exploitables, ni rentables, à l'exception du domaine public hertzien récupéré par les Etats qui en tirent de substantiels profits. On peut penser que dès que les progrès techniques permettront leur *exploitabilité*, la non-appropriation cèdera devant les revendications égoïstes des États souverains.

Il n'en demeure pas moins que l'humanité, concept plus que notion juridique, a sur le plan politique et culturel une haute fonction symbolique, une sacralisation, une promesse a-t-on pu dire. S'agissant du *patrimoine commun de la nation* : territoire, eau, espaces, ressources, milieux naturels et autres éléments du fourre-tout de l'article L 110 du code de l'environnement, il s'agit aussi de déclarations sans véritable portée juridique.

La seule réussite quant à l'effectivité de la protection patrimoniale dans un intérêt commun est celle des biens du patrimoine mondial culturel et naturel inscrits sur les listes de l'UNESCO, selon les préceptes de la Convention de 1972. Le choix de l'expression de « *patrimoine mondial* » (et non de patrimoine international) garantit la souveraineté des États. On pourrait apparenter la DDHC au patrimoine culturel immatériel « dans l'intérêt général de l'humanité », tel que conçu par la convention du 17 octobre 2003 mais ces pratiques et savoir-faire traditionnels ont une dimension et une identité communautariste et non universaliste comme la DDHC.

Quant aux interminables et emphatiques débats sur les *global public goods* et les *global commons* menés par les économistes et les politologues et dont les juristes étaient le plus souvent exclus (v. notamment l'ouvrage, au titre évocateur, de G. Harding, paru en 1999, *La tragédie des biens communs*), ils n'ont guère d'intérêt pour notre propos.

Mais voici que le plaidoyer en faveur de la patrimonialité de la DDHC peut puiser désormais dans le Préambule de la Constitution de 1958 lui-même. Le considérant qui annonce les 10 articles de la Charte de l'Environnement, intégrée au Préambule en 2004, fait de l'environnement « le patrimoine commun des êtres humains ». Et si la notion d'« êtres humains », n'a pas plus de personnalité juridique que celle d'humanité, elle est quand même moins abstraite et semble renvoyer directement aux hommes et à leurs droits

La portée symbolique du patrimoine commun convient bien à la DDHC. Comme elle, il concentre toutes les forces du mythe, ce discours de fiction chargé de séduction, détenteur d'une vérité qui au-delà de la raison rend sensible un message avant de le rendre intelligible, le simplifie, le naturalise servant de « modèle et conjointement de justification à tous les actes humains » (Mircea Eliade).

L'arrimage de la DDHC au mythe du patrimoine commun est ainsi chose aisée et ce rapprochement est d'autant plus mobilisateur qu'une évolution-révolution est en train de renouveler l'approche des droits naturels tels qu'ils étaient conçus en 1789.

2.2. *La Déclaration et le renouveau des droits naturels*

Texte inachevé, statut constitutionnel équivoque, ces faiblesses ont été un bienfait pour la longévité et la force de la DDHC. Si on n'a pas manqué de critiquer l'abstraction des droit « à » et l'oubli des « droits de », cette dimension philosophique et éthique a contribué à sa solennité et à son universalité. Quant à l'incertitude sur sa valeur constitutionnelle et son long séjour dans l'ombre avant la pleine lumière, ils ont sans doute servi sa pérennité et sa capacité à être à la fois de son temps et de tous les temps.

Jusnaturaliste ou positiviste? Les débats sur la nature de la DDHC furent une aubaine pour la doctrine mais ils se sont usés au profit d'une conciliation faisant cohabiter harmonieusement droit naturel et droit positif : celui-ci déclare, celui là dispose et un même acte peut en même temps déclarer et disposer, le code civil en est un modèle et la DDHC elle-même n'y échappe pas. La conciliation sera facilitée par le renouveau du droit et des droits naturels. Si le Préambule de la Constitution de 1946 dans une vision positiviste proclamant les principes

politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps la complète, la Charte de l'environnement dans une approche plus naturaliste la transfigure.

La Charte a, elle aussi, le mérite si rare à notre époque d'une belle rédaction simple et épurée. Les droits et les devoirs, moins abstraits que ceux de la DDHC, ont comme elle une ambition d'universalisme, d'imprescriptibilité et d'héritage à transmettre aux générations futures. Mais il s'agit d'une 3^{ème} génération de droits liés à la nature au sens le plus concret du terme dans la logique du vivant et de l'ordre public écologique. Les temps ne sont plus à la confiance faite à l'homme « maître et possesseur de la nature » et à sa toute puissante Raison pour la gérer. Quant à la querelle entre l'anthropocentrisme (seul l'homme a des droits) et l'écocentrisme (la nature, en elle-même, a aussi des droits), elle est en train de s'apaiser car on a pris conscience de l'indissociabilité des droits de la nature et de l'homme : la constitution équatorienne va jusqu'à faire de la nature un sujet de droit et le préjudice écologique pur vient d'être admis par le juge français.

La DDHC n'a certes pas prévu cette approche écologique des droits naturels mais elle ne l'exclut pas, bien au contraire. Ainsi pourrait-on faire une nouvelle lecture de l'article 17 en concevant la notion de « nécessité publique » comme liée aux catastrophes écologiques et climatiques « exigeant évidemment » des aménagements à apporter au droit de propriété. Ainsi pourrait-on donner un sens aux « réclamations » des citoyens de « tourner toujours au bonheur de tous ». Le terme de réclamation pourrait s'interpréter comme le « droit de participer à l'élaboration des décisions publiques » (art. 7 de la Charte), manifestation de démocratie participative moins équivoque et plus constructive que la « résistance à l'oppression » retenue à l'article 2 de la DDHC.

Et on pourrait- enfin- s'occuper du *bonheur*, proclamé dans l'exposé des motifs mais occulté ensuite comme si cette aspiration trop fuyante et trop sensible, faisait peur aux juristes, embarrassés pour la transcrire en droit positif. Des expressions plus neutres comme le « bien-être » lui seront préférées. Semblable timidité s'est exprimée à l'égard de l'esthétique qui, grâce aux préoccupations environnementales est moins occultée. Beau et Bonheur ne sont-ils pas intimement liés ? La DDHC n'a pas été jusqu'à proclamer comme le fit l'article 1^{er} de la Déclaration, précédant l'acte constitutionnel du 24 juin 1793 : « *Le but de la société est le bonheur commun* ». Elle a choisi un mode moins emphatique présentant le bonheur comme un devoir plus que comme un droit et elle ne se préoccupe pas du bonheur individuel mais du « bonheur de tous » et des seuls « malheurs publics ».

Ce « bonheur de tous » et cette protection contre « les malheurs publics » pourraient être revisités selon les engagements de la Charte de l'environnement qui, dans les articles 1 et 2, affirme le droit de chacun « de vivre dans un environ-

nement équilibré et respectueux de la santé » et le devoir de chacun de « prendre part à la préservation et l'amélioration de l'environnement ». Désormais qualité de la vie et qualité de l'environnement sont intimement liées. Le reproche d'abstraction des droits naturels de l'homme tels que proclamés par la DDHC n'a plus lieu d'être et les malheurs publics alors conçus comme le résultats de l'oppression et des inégalités de l'Ancien Régime viennent désormais aussi des atteintes portées à l'ordre écologique et à la santé. En quelque sorte, la Déclaration était d'avant-garde en concevant le bonheur individuel lié au bonheur de tous, ce qui correspond à l'exigence de solidarité, droit humain et universaliste de la 3^{ème} génération

3. *Une intangibilité conditionnelle. La non rupture par l'adaptabilité*

L'intangibilité de la DDHC est menacée par la frénésie des révisions constitutionnelles et le colloque s'interroge sur une contagion qui irait jusqu'à atteindre sa pérennité. On voudrait démontrer que l'imprescriptibilité des droits est une garantie contre les risques de rupture et que l'intangibilité, qui ne serait alors que conditionnelle, ne se conçoit qu'avec des précisions et des interprétations afin d'adapter ces droits aux évolutions des sociétés.

4. *L'imprescriptibilité des droits*

L'art. 2 DDHC ajoute au caractère sacré et inaliénable des droits de l'homme l'imprescriptibilité qui est une garantie de pérennité plus forte sans doute que celle d'inaliénabilité que l'on trouve dans le préambule de la Déclaration. On rappellera que l'inaliénabilité des biens du domaine public est fragile puisque la personne publique propriétaire décide librement de leur désaffectation et de leur déclassement. Le comportement des bourgeois de la Révolution de 1789 en est un bon exemple puisqu'après avoir procédé à la nationalisation massive des biens du roi, du clergé et des féodaux en proclamant leur inaliénabilité, les représentants de la nation souveraine prirent des mesures permettant les déclassements et le rachat de certains de ces biens. L'imprescriptibilité, qui a moins l'occasion d'être mise en œuvre, a des effets plus radicaux pas question de la remettre en cause même si l'Etat en avait perdu la disposition depuis 6 siècles (affaire récente du pleurant n° 7 du tombeau de Philippe le Hardy).

L'imprescriptibilité mêle présent, passé et avenir, le présent étant archivé comme un passé au profit des générations futures. Le temps ne peut atteindre les principes éternels et immuables de la DDHC qui, arrachés à la mutabilité de

l'histoire, n'ont cessé de pénétrer le droit positif. C'est ainsi que dans les deux actes les plus opposés à l'esprit de la Révolution de 1789 : la Charte de 1814 et l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, on les retrouve avec quelques nuances et que si le législateur des débuts de la III^{ème} République rejette la proposition de donner valeur constitutionnelle à la DDHC, il décide de l'afficher dans les écoles. Et n'est-elle pas encore aujourd'hui citée par les étudiants chinois ou brésiliens ?

L'imprescriptibilité des droits, la pérennité et l'exceptionnel rayonnement de la DDHC sont à rechercher principalement dans son écriture. Chacun s'accorde à admirer sa rédaction alors que le projet de texte fut élaboré en quelques semaines par des comités et bureaux n'échappant pas aux discussions brouillonnes, qu'il fut abandonnée, mis en suspens puis adopté sans nouveau débat. La DDHC a été accusée d'être « incomplète et tendancieuse » (Godechot). Tendancieuse car trop embourgeoisée, ce qui ne se vérifie qu'avec la sacralisation de la propriété privée. Quant à son incomplétude elle est sans doute un bienfait si on l'analyse comme une épure, une économie de mots, une conceptualisation, et le souci de renvoyer à d'autres normes le soin de donner des précisions.

Même si la disposition des droits manque de logique et mêle droits des individus et droits de la nation, l'essentiel est là et il est heureux, sans doute, que la rédaction suspendue n'ait pas été reprise car elle risquait de prendre la même tournure trop bavarde des Déclarations des droits qui ont suivi : Projet de déclaration girondine des 15 et 16 février 1793 (33 articles), Déclaration précédant la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 (35 articles), Déclaration thermidorienne précédant la Constitution du 22 août 1795 (31 articles). Autant de textes n'ayant aucune vocation à la patrimonialité.

La DDHC serait en quelque sorte une épure, ce dessin des charpentiers propre à garantir la solidité d'une voûte, d'une charpente, d'une colonne, un achèvement qui, après les croquis, se trouve débarrassé de tout corps étranger. La simplicité et l'élégance de l'écriture n'ont d'égal que la densité des droits proclamés et qui, dégagés de toute surcharge inutile et contraignante, laisse une grande liberté aux compléments et à l'interprétation. La patrimonialité de la DDHC qui a survécu à une constitution éphémère et à deux siècles de non reconnaissance juridique s'explique d'abord par son écriture qu'aucun rédacteur aussi savant soit-il n'a pu égaler.

La réflexion sur l'intangibilité de la DDHC conduit à aborder la question de la supra constitutionnalité qui servit autrefois aux juristes, tels Léon Duguit, pour demander l'incorporation au droit positif des principes de 1789, ce qui n'est plus nécessaire désormais. Elle peut encore se rattacher au débat sur la hiérarchie des normes constitutionnelles et sur les droits de premier et second rang

et sans développer davantage, on rejoindra alors la position dominante qui distingue entre les dispositions de la DDHC et plus généralement du Préambule et celles du texte constitutionnel. Cette transcendance s'explique par l'imprescriptibilité et le caractère immuable des droits et non par une hiérarchie des normes constitutionnelles.

Imprescriptibles, les droits naturels devront être visibles et communiqués à tous en permanence. L'exposé des motifs insiste, presque lourdement, sur la nécessité d'un texte sacré « *constamment* présent à tous les Membres du corps social » pour leur « rappeler *sans cesse* leurs droits et leurs devoirs ». Les autorités publiques verront leur action confrontées « à *chaque instant* » au respect des principes ainsi exposés. Cette permanence et cette immuabilité sont des éléments de patrimonialité. Et si, on quitte le terrain de la Raison et du droit pour aborder le registre des sentiments et de l'émotion on dira que la pérennité de la DDHC repose sur une aspiration universelle à la liberté, l'égalité, la justice et la fraternité, « credo du nouvel âge » au-delà d'un « catéchisme national » disait Michelet.

4.1. *L'adaptabilité de la Déclaration*

La DDHC proclame, déclare mais ne décrète pas, elle pose des droits mais ne prescrit pas. Il revient au législateur de se préoccuper de leur exercice. Ce constat est unanime ou presque et cette analyse se donne plusieurs raisons dont celle de la place de la Déclaration en tête de la constitution et non dans le corps du texte. Ce choix fut précédé de débats longs et difficiles entre Lafayette et Lally-Tollendal le premier souhaitant isoler la Déclaration le second préférant son incorporation, ce qui l'aurait privée de sa pérennité et de sa patrimonialité. Sieyès fit valoir la nécessité et d'exposer dans un « préliminaire indispensable » des « principes ineffaçables » et des vérités premières qui s'imposent avec évidence.

Ce noyau dur, intangible des droits naturels n'a qu'un caractère déclaratif et sera au législateur et au juge de leur donner un contenu positif en les précisant et en les interprétant. Comme il a été dit, l'interprétation sera d'autant plus libre et constructive que les dispositions sont courtes et ouvertes aux problèmes des temps présents et à venir. Avant même que sa valeur constitutionnelle soit reconnue, la DDHC servait implicitement de repère au législateur pour révéler de nouveaux droits, comme ce fut le cas du riche ensemble de lois sur les libertés des débuts de la III^{ème} République où elle servit souvent de référence dans les débats au Parlement. Et tout en prenant garde à ne pas se faire le censeur de la loi souveraine, le Conseil d'Etat, dans sa fonction consultative et contentieuse rappela souvent le respect dû à ses principes et ne manqua pas de s'en inspirer

lorsqu'il combla les vides laissés par le législateur par la révélation des « principes généraux du droit ».

L'interprétation des dispositions de la DDHC a pris une importance nouvelle depuis la reconnaissance de sa pleine valeur constitutionnelle et depuis le développement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par le Conseil constitutionnel. Le juge fera une pesée appréciative des valeurs en présence mais s'il dispose d'une large liberté d'appréciation il n'a pas la possibilité de « réimaginer ou de réécrire la Déclaration des droits » (Georges Vedel) ni de toucher à « des droits pré-politiques qu'aucun gouvernement n'a le droit de modifier » (H. Arendt). Par ailleurs, lorsque des conflits surgissent entre les dispositions de la DDHC et celles de la Constitution, du Préambule de 1946 ou des PFRLR, l'interprétation soit dissiperait l'illusion du conflit et supprimerait le problème, soit userait d'un compromis recherchant la conciliation puisqu'il n'y a pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles, esprit de finesse plus que de géométrie. Il lui faudra, de surcroît, tenir compte de la position des autres juges des droits et libertés, en particulier, la CEDH.

Il sera intéressant par exemple de suivre les allées et venues entre une subjectivisation du droit administratif et un retour généralisé de l'intérêt général objectivé, de voir les liens qui pourraient rattacher à la DDHC de nouveaux principes réservés pour l'instant à la protection de l'environnement et de la santé, celui de précaution (art. 5 de la Charte) et celui de non régression (loi sur la bio diversité du 8 août 2016, art. L110-1 code env), de l'analyser au regard des nouveaux droits dits « humains ». La meilleure réponse aux critiques malveillantes faites par Edmund Burke Outre Manche contre cette « géométrie orgueilleuse édifiée sur une table rase » et ces hommes considérés comme des « souris dans une pompe à air » est cette faculté d'adaptabilité.

En 1789, Emmanuel Kant interrompait sa promenade solitaire quotidienne pour attendre le courrier de France et les nouvelles sur l'avancement de la rédaction de la Déclaration. La patrimonialité de ce texte admirable est la meilleure garantie de son intangibilité qu'il faut défendre vigilement. Ne répond-elle pas au projet de « paix perpétuelle » de l'éminent philosophe, un Grand projet et aussi un patrimoine commun.

Jacqueline Morand-Deville - Abstract

La Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1789.

Un patrimonio intangibile. Tra la speranza dell'eternità e il rischio di una rottura

L'opera, dopo aver analizzato il concetto di patrimonio che, nel diritto pubblico, è in preda a grande confusione, tenta di dimostrare come la patrimonialità sia in grado di rendere intangibile la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

The Declaration of the Rights of Man and the Citizen, 1789.

An intangible heritage. Amid the hope for eternity and the risk of rupture

After analysing the concept of heritage, which is subject to great confusion in public law, the book attempts to demonstrate how its heritage aspect can make the Declaration of the Rights of Man and the Citizen intangible.

Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I *social media* per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?

Paola Piras

SOMMARIO: 1. Premessa. Un'amministrazione al passo con la società dell'informazione. – 2. L'amministrazione tra *comunicare* e *informare*. – 3. L'organizzazione e il suo rilievo per una "buona" comunicazione. – 4. *Change management*, ICT e gestione dei flussi comunicativi. – 5. Innovazione digitale, comunicazione e *social media*. Indicatori di *technology acceptance*. – 6. La comunicazione digitale e la sua efficacia come strumento per il cambiamento dell'amministrazione pubblica. Guardare al futuro.

1. *Premessa. Un'amministrazione al passo con la società dell'informazione*

Gli anni recenti sono stati caratterizzati dalla costante evoluzione dei rapporti cittadino amministrazione, dal superamento di una visione strettamente gerarchica a favore della partecipazione e della condivisione. Riflettere sul cambiamento, sulle dinamiche che ne sono alla base, comporta leggere il processo di modernizzazione dell'amministrazione guardando alla Società dell'Informazione e, dunque, anche all'incidenza che sul cambiamento in atto ha avuto lo sviluppo della funzione di comunicazione delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, suscita interesse il processo di "apertura" delle amministrazioni quale sintomo del cambiamento del rapporto cittadino amministrazione; espressione di quel tassello di affermazione della democrazia già rilevato alla fine degli anni '80 da Bobbio¹ che la qualificava «governo del potere visibile» e Rodotà² che ha analizzato l'interdipendenza tra democrazia e comunicazione sottolineando

¹ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984; Id., *Democrazia e segreto*, Torino, 2011.

² S. Rodotà, *Informazione e rapporti Stato cittadino*, in M. Cammelli, M.P. Guerra (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, 1997; Id., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004.

ando l'incidenza della circolazione delle informazioni rispetto alla prima³. Tema ripreso a seguire, già negli anni '90, da Vignudelli e oramai all'attenzione dell'intera dottrina giuspubblicistica consapevole del fatto che l'attività di comunicazione è «strumento a disposizione del pubblico potere per adempiere la propria funzione in coerenza con il principio democratico»⁴.

Il tema stimola riflessioni sul ruolo assunto dall'innovazione digitale rispetto alla comunicazione, sia attraverso l'analisi dell'evoluzione normativa, che del dibattito multidisciplinare in dottrina, valutato anche il livello di consapevolezza delle amministrazioni in merito alla funzione di comunicazione e la loro capacità di individuare gli aspetti organizzativi interni ottimali e l'utilizzo della tecnologia per contribuire al cambiamento⁵.

Il percorso impone particolare attenzione al Vademecum *Pubblica amministrazione e social media* contenuto nelle *Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni* adottate dal Dipartimento per la funzione pubblica nel dicembre del 2011, primo caso di linee d'indirizzo rivolte a tutte le amministrazioni riguardanti l'utilizzo concreto di una nuova tecnologia: i *social media*.

Suo obiettivo fondamentale era, innanzitutto, spiegare alle amministrazioni la nuova cornice comunicativa creata con l'avvento dei *social media* all'interno della quale le amministrazioni si stavano muovendo con enormi difficoltà di adattamento, in particolare nello svolgimento della funzione di comunicazione istituzionale con questi nuovi strumenti⁶. Il Vademecum ha avuto la positiva intuizione non solo di descrivere l'ambiente nel quale le amministrazioni erano chiamate a svolgere la loro funzione, i nuovi bisogni dei cittadini, ma anche di spiegare le caratteristiche tecniche dei diversi *social media* (in particolare *Twitter*, *Facebook* e *Youtube*), evidenziando vantaggi, rischi e metodi per un corretto approccio delle amministrazioni a questi nuovi strumenti di comunicazione⁷.

³ Tema oggi ripreso con riferimento ai *social media* da Kent, nel loro essere strumento funzionale a favorire l'attuazione dei principi democratici e di partecipazione: M.L. Kent, *Using social media dialogically: Public relations in the reviving democracy*, *Public Relations review* 39, 4, 337-345, DOI: 10.1016/j.pubrev.2013.07.024.

⁴ F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. Merloni (a cura di), *La Trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; nonché M. Castells, *Comunicazione e potere*, Milano, 2014 che, muovendo dall'idea del potere come capacità relazionale, sottolinea come la «costruzione di senso nella società avviene tramite un processo di azione comunicativa» che tende alla ricerca del dialogo e della condivisione attraverso il contenuto della comunicazione, vero e proprio snodo centrale più del messaggio trasmesso in sé.

⁵ In merito al valore aggiunto della tecnologia si rinvia a G. Ducci, *La comunicazione pubblica digitale per la trasparenza, l'accountability e il dialogo con i cittadini: verso una PA open e condivisa*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2013, 461 ss.

⁶ Per un approfondimento su *social* e pubblica amministrazione in Italia si rinvia diffusamente a E. Gola, *La comunicazione social(e) e gli ambienti digitali*, in *Comunicare la salute. Metodi e buone pratiche per le amministrazioni pubbliche*, Roma, 2018, 63 ss.

⁷ Sulla partecipazione interattiva e sulle sue diverse modalità si rinvia a A. Haro de Rosario, A. Saez-Martin, M. Caba Perez, *Using social media to enhance citizen engagement with local government: Twitter or Facebook? New media & Society* 20(1), May 2016 DOI: 10.1177/1461444816645652.

Il contenuto e l'impostazione operativa del Vademecum è finalizzato alla definizione di indirizzi. Individua gli elementi essenziali della tecnologia che devono essere presi in considerazione dalle amministrazioni pubbliche e attorno ai quali deve essere costruita una strategia di inserimento della tecnologia nelle attività amministrative, divenendo oggi, a distanza di qualche anno, spunto per ragionare sui progressi compiuti dall'amministrazione in punto di comunicazione e sulla sua reale capacità di aprirsi, andando oltre l'informazione, e stare al passo con le dinamiche della società dell'informazione⁸.

In particolare, sulla reale capacità delle amministrazioni di transitare, in modo sostanziale e non formale, dalla comunicazione statica per il tramite dei siti istituzionali a quella globale e dinamica attraverso i *social media*. Ciò impone una riflessione sul percorso seguito, sull'esistenza di una buona organizzazione per l'esercizio della funzione, sulla presenza o meno di risorse qualificate con competenze a tal fine mirate e sul grado di accettazione della tecnologia.

2. *L'amministrazione tra comunicare e informare*

L'analisi della via perseguita sul punto dall'amministrazione evidenzia un *gap* tra ambizioni e risultati, la crescente centralità assunta dai dati per favorire le attività, ma la parallela e persistente difficoltà delle amministrazioni nel guidare il cambiamento e l'organizzazione della comunicazione in linea con l'evoluzione di una società moderna e al fine di indurre un circuito virtuoso tra amministrazione e amministrati che fosse portatore di idee e cambiamenti⁹.

Il processo di istituzionalizzazione della comunicazione nelle amministrazioni pubbliche, necessario perché essa assumesse lo *status* di una vera e propria funzione, come quelle tradizionalmente ascritte alle amministrazioni, è stato lento e graduale e oggetto di grande interesse da parte della dottrina¹⁰.

Momento cardine di tale percorso è la legge 7 giugno 2000, n. 150, "Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni" e il relativo regolamento di attuazione¹¹ che ne formalizzano la rilevan-

⁸ Interessanti le riflessioni proposte già agli inizi degli anni 2000, da P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, 241 ss. su amministrazione e comunicazione.

⁹ Sul punto G. Arena, *Comunicare per co-amministrare, Amministrare* 1997, Bologna, 337 ss.

¹⁰ Id., *La funzione pubblica di comunicazione*, in *La Funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004; G. Azzariti, *La comunicazione come funzione*, in G. Arena, *op.cit.*; B.G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, Milano, 2005, Vol. 1.

¹¹ Decreto del Presidente della Repubblica 21 settembre 2001, n. 422 «Regolamento recante norme per l'individuazione dei titoli professionali del personale da utilizzare presso le pubbliche amministrazioni per le attività di informazione e di comunicazione e disciplina degli interventi formativi».

za giuridica in accordo con la costruzione Gianniniana secondo cui la rilevanza giuridica della funzione è da intendersi in senso globale e, considerata la sua essenza di espressione del potere amministrativo, impone che i modi nei quali ne è fissata la rilevanza giuridica siano dettati dall'ordinamento¹².

Può affermarsi che, a partire da quel momento, la comunicazione è al servizio del pubblico e si svolge nell'interesse generale assumendo i connotati di «elemento determinante [...] per il perseguimento del fine dell'amministrazione»¹³. Emergono, dunque, due facce della comunicazione: quella propria, della funzione in sé considerata, autonoma, e quella strumentale, necessaria per l'attuazione di alcuni principi fatti propri dal diritto positivo, come quelli di trasparenza e di partecipazione, che connotano l'amministrazione moderna e che per realizzarsi non possono prescindere dalla comunicazione; anche considerato che qualunque aspetto dell'attività amministrativa ha, se pure in diversa misura, ricadute sul piano comunicativo¹⁴.

Per tale ragione, il tema ha catturato l'interesse non solo della scienza giuridica, ma anche di quella sociologica e psicologica, alla quale si deve la «Teoria della pragmatica della comunicazione»¹⁵ secondo cui non è possibile non comunicare in ragione dell'assunto per il quale, in una situazione di interazione, l'intero comportamento, attivo o omissivo, è comunicazione.

Principio applicabile non solo nei rapporti tra privati, ma anche in quello tra cittadino e Pubblica Amministrazione e confermato dal fatto che, giuridicamente, in questo contesto, anche i silenzi costituiscono una forma di comunicazione.

Questa caratteristica contraddistingue la comunicazione rispetto alle altre funzioni amministrative in rapporto non solo alla sua rilevanza esterna all'amministrazione, in considerazione dell'interesse generale cui è preordinata, ma anche in riferimento al rapporto con l'organizzazione,¹⁶ che, pertanto, ha subito anch'essa una trasformazione per effetto dell'affermarsi delle pratiche comunicative interne.¹⁷

¹² M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo, Dispense anni 64-65*, Milano, 1965, 84.

¹³ Cfr. G. Azzariti, *op. cit.*, 2004, 18: «si vengono a legare strettamente comunicazione, fine dell'amministrazione (perseguimento dello scopo delle pubbliche amministrazioni), pubblico interesse (nella forma dell'interesse generale)».

¹⁴ Ancora P. Marsocci, *Poteri e pubblicità*, cit., 241 ss.

¹⁵ Cfr. P. Watzlawick, J. Helmick Beavin e Don D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication. A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, 1967 trad. it. *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, 1971.

¹⁶ Sul ruolo della comunicazione nell'organizzazione amministrativa, come strumento per realizzare, ad un tempo il principio democratico ed il principio di buon andamento, si veda, A. Vignudelli, *Diritto ad essere informati e comunicazione pubblica*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 621 ss.

¹⁷ «L'organizzazione amministrativa si connota ormai sempre più come un'organizzazione a rete, in cui i vincoli di dipendenza fra le varie parti sono meno rigidi che in quella tradizionale di tipo gerarchico, e soprattutto non sono più direzionati univocamente in senso verticale, dall'alto verso il basso della struttura, ma assumono in modo sempre più evidente le caratteristiche di nesi di mutua interdipendenza, sul piano orizzonta-

La comunicazione interviene, infatti, per migliorare i rapporti e i flussi di lavoro all'interno dell'amministrazione e facilitare il dialogo con le altre amministrazioni, ragione per cui il cambiamento e l'approccio globale alla comunicazione ha indotto l'esigenza di semplificare il linguaggio amministrativo¹⁸.

La funzione di comunicazione e gli assetti organizzativi al suo esercizio preordinati, implicano però l'attenzione anche alla distinzione dei due risvolti nei quali, notoriamente, essa si articola: comunicare e informare.

Infatti, la legge n. 150 del 2000 prevede un'organizzazione del sistema di attività operando una differenziazione concettuale e operativa delle due dimensioni¹⁹ ma, da un punto di vista più strettamente pragmatico, la distinzione tra le due è molto labile in ragione dell'intima connessione dei due tipi di attività, del fatto che le relative competenze sono spesso attribuite agli stessi uffici e dell'indistinto ricorso ai due termini, anche negli stessi regolamenti di organizzazione. È vero, infatti, che sia nel linguaggio comune che in ambito giuridico, l'atto del comunicare, viene inscindibilmente associato all'informare. Le due sfere, infatti, pur rappresentando due momenti differenti della gestione del flusso informativo, con specificità e soggetti distinti, sono legate da una linea comune, che le rende integrate e complementari l'una all'altra: due varianti di uno stesso fenomeno²⁰.

Conseguentemente, nonostante i ripetuti tentativi di fare ordine tra le due attività, la difficoltà permane e la dottrina ha osservato che, preso atto della posizione del legislatore, una separazione netta non è sempre realizzabile, al punto che nella maggior parte dei casi prevale la relazione di continuità tra le due. «Due

le, fra i diversi nodi della rete organizzativa.» M. Bombardelli, *La comunicazione nell'organizzazione amministrativa*, in G. Arena, 2004, *op. cit.*, 89-90. Per un approfondimento sul valore aggiunto della comunicazione rispetto alla buona amministrazione indotta dalla creazione di un clima di partecipazione e collaborazione organizzativa e dunque, al tempo stesso, per cogliere come la comunicazione possa conseguire i risultati voluti solo se esercitata attraverso un'organizzazione efficiente, si rinvia a D. Graber, *The Power of communication: Managing Information in Public Organizations*, Washington, DC, Congressional Quarterly Inc., 2003, DOI: 10.4135/9781483329949.

¹⁸ Si rinvia al *Codice di Stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche* voluto da S. Cassese nel 1993, allora Ministro della Funzione pubblica, Aa.Vv., *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle Amministrazioni pubbliche*, Roma, 1993, nonché al *Manuale di Stile* A. Fioritto (a cura di), Bologna, 1997; P. Tirkkonen, V. Luoma-aho, *Authority Crisis communications vs. Discussion Forums: Swine Flu*, in *Ethical Practice of Social Media in Public Relation* edited by Marcia Di Staso and Denise Bortee, 192-204, N.Y., 2014.

¹⁹ L'art.1, 4° comma, afferma che «sono considerate attività di informazione e di comunicazione istituzionale quelle poste in essere in Italia o all'estero [...] volte a conseguire: a) l'informazione ai mezzi di comunicazione di massa, attraverso stampa, audiovisivi e strumenti telematici; b) la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti attraverso ogni modalità tecnica ed organizzativa; c) la comunicazione interna realizzata nell'ambito di ciascun ente.»

²⁰ Sul punto diffusamente A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1993 e F. Merloni, *L'informazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002.

polarità di un *continuum*»²¹ che si sposta dalla dimensione unilaterale dell'informazione a quella bilaterale della comunicazione.

L'apparente "modernità" del termine comunicazione sembrerebbe, nel suo uso più recente, prevalere sull'informazione, fino a riassorbirla e connotare le attività che, con qualunque mezzo, finalità e destinatari, sono rivolte a trasmettere informazioni pubbliche verso l'esterno dell'amministrazione²².

Interessante al fine delle nostre riflessioni, anche per le implicazioni sui profili organizzativi, la posizione di B.G. Mattarella che distingue la "macro-informazione", riferendola all'attività di informazione, dalla "micro-informazione" ascritta, invece, a quella di comunicazione²³. Alla prima, la dimensione macro, l'Autore ascrive «l'informazione d'interesse generale, rivolta al pubblico e operata dalle amministrazioni di propria iniziativa ricorrendo a mezzi di comunicazione di massa il cui flusso di informazioni è unidirezionale e gestito solo dall'amministrazione. I destinatari rimangono passivi e non hanno rapporti con gli uffici che svolgono queste attività, principalmente il portavoce e l'ufficio stampa. »²⁴ Alla seconda, quella micro, invece, riconduce l'informazione offerta dalle varie amministrazioni agli interessati, avente a oggetto essenzialmente la propria attività e le informazioni in proprio possesso. In questo caso i cittadini hanno un ruolo attivo, il rapporto è bidirezionale.²⁵

La distinzione stimola e favorisce la lettura dello stato dell'arte, ossia l'analisi del se e quanto le amministrazioni siano state capaci di organizzarsi in funzione della micro comunicazione per alimentare il fondamentale filo rosso tra comunicazione e collaborazione con i cittadini, indispensabile per il cambiamento, per la lettura dei bisogni e la personalizzazione dei servizi.

Nonostante l'apparente attenzione agli assetti organizzativi della comunicazione, merita, infatti, un approfondimento, l'approccio critico di quanti, giusta-

²¹ G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in Idem, *La funzione di comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni*, cit., 48-49.

²² Il riferimento anche qui è a Merloni il cui contributo al tentativo di ordinare e separare l'informazione dalla comunicazione è stato tra i più autorevoli. Doveroso richiamare la sottolineatura generalizzata da parte della dottrina, non solo italiana, in merito al valore della comunicazione al fine della collaborazione cittadino amministrazione nel percorso teso alla costruzione di un'amministrazione partecipata. Particolare interesse riveste l'analisi dei 36 casi svolta per suggerire buone pratiche per la creazione di un'organizzazione capace di ascoltare e comunicare in funzione di un vero dialogo con i cittadini da J. Macnamara, *Creating an "architecture of listening" in organizations: The basis of engagement, trust, healthy democracy, social equity, and business sustainability*, N.Y. 2015.

²³ B.G. Mattarella, *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, IV, 3126 ss.

²⁴ B.G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, Giuffrè, Milano, 2005. 1 ss, specie 4, *op. cit.*, 4. Sul ruolo dell'ufficio stampa A. Lovari, A. Mazzei, *When the press office goes social. The role of social media policies for media relations strategies in PSOs*, 22nd International Public Relations Research Symposium Conference Proceedings (90-97), Bled Slovenia, luglio 2015.

²⁵ Id., *op. loc. cit.*

mente, rilevano l'ancora non perfetta dinamica istituzionale nell'organizzazione sostanziale della comunicazione da parte delle amministrazioni pubbliche, tuttora non ancora capaci di adeguarsi al cambiamento, con particolare riferimento all'utilizzo degli strumenti propri dell'innovazione tecnologica e all'uso della comunicazione attraverso i *social*.

La dottrina, infatti, con una posizione alla quale si aderisce, evidenzia come spesso emerga un *gap* tra l'approccio teorico, dunque meramente formale, alla comunicazione e all'uso della tecnologia e quello pratico, sostanziale, che invece, per dirla con Zavattaro e Sementelli, riflette la cosiddetta «retorica dell'innovazione tecnologica»²⁶.

Aspetto questo da non sottovalutare e sul quale interrogarsi, considerato il valore aggiunto rappresentato dalle ICT in tema di comunicazione e il bisogno crescente delle amministrazioni di «aprirsi», collaborare e condividere con i cittadini al fine di acquisire i dati indispensabili per attuare il principio di buona amministrazione.

3. *L'organizzazione e il suo rilievo per una "buona" comunicazione*

Fotografare in premessa lo stato dell'arte in tema di comunicazione pubblica è importante per una riflessione sulla sua dimensione organizzativa, sulle pratiche tese al miglioramento dei flussi comunicativi e sulla valutazione dell'efficacia della comunicazione e/o dei necessari interventi a tal fine.

Se ci soffermiamo, pertanto, sul quadro normativo dell'organizzazione funzionale alla comunicazione, osserviamo che le caratteristiche tipiche della funzione amministrativa trovano riscontro nella funzione di comunicazione anche in rapporto ad altri aspetti, quali la dimensione organizzativa, ossia nella presenza di strutture specializzate, gli Uffici per le relazioni con il pubblico (URP) in cui operano, utilizzando procedure e mezzi dedicati specificamente alla realizzazione di tale funzione, dipendenti pubblici (che «dovrebbero» essere) dotati di una specifica e trasversale qualificazione professionale.

In via preliminare, si ritiene di dover ricordare come, ben prima della legge istitutiva degli URP, l'informazione abbia assunto un ruolo fondamentale per la creazione del consenso popolare (si pensi al controllo dei mezzi di comunicazione durante il Fascismo e all'uso della comunicazione al fine della propaganda). Fin dagli anni '50 De Gasperi ascriveva allo Stato, prima che al diritto, il dovere di informare i cittadini, e rimarcava «la gravità» dell'assenza all'interno degli appa-

²⁶ S.M. Zavattaro, A.J. Sementelli, *A critical examination of social media adoption in government. Introducing omnipresence*, *Government Information Quarterly* 31(2), 2014, 257-264.

rati statali di «strumenti di comunicazione con la pubblica opinione»²⁷. Nonostante ciò, per anni, l'unico presidio della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni è stato costituito dagli addetti stampa, deputati, però, tradizionalmente a gestire principalmente la comunicazione politica.

Solo negli anni 1990, su impulso dell'allora Ministro della funzione pubblica, M.S. Giannini, vennero creati i presupposti per un vero e proprio sistema di comunicazione pubblica, articolato nella comunicazione politica, istituzionale e sociale. Un approccio nuovo, che presupponeva un'organizzazione mirata a rendere note le attività dell'amministrazione pubblica e, nel caso della comunicazione politica²⁸, individuava i destinatari nei cittadini in quanto elettori. Nel caso di quella istituzionale valorizzava le attività poste in essere dall'amministrazione (sia interne, riferite alle relazioni tra le strutture del singolo ente, che esterne, verso i cittadini, o i *mass media*) e disegnava quella sociale come orientata a sensibilizzare l'opinione pubblica su temi di interesse generale al fine di favorire la transizione dalla conoscenza all'adozione di comportamenti virtuosi.

Nel decennio 1990-2000, avviato il complessivo percorso di cambiamento e modernizzazione dell'amministrazione con una particolare attenzione al tema della trasparenza e dell'apertura verso i cittadini, il Parlamento italiano ha varato numerose leggi che, direttamente o indirettamente, si occupano di comunicazione e informazione²⁹.

La legge n. 142/1990, di riordino degli Enti locali, che affermava il diritto/dovere delle istituzioni di comunicare; la legge n. 241/1990, sul procedimento amministrativo, che pone la comunicazione al servizio dei principi di trasparenza e di accesso; il D.lgs. n. 29/1993 con il quale nascono gli Uffici per la trasparenza, gli Urp (già l'art. 6 del DPR n. 352 del 1992 prevedeva che le Amministrazioni potessero istituire URP per garantire la piena attuazione del diritto di accesso); la legge n. 59/1997 che collega comunicazione e processi di semplificazione; la legge n. 127/1997 che nuovamente collega comunicazione e semplificazione amministrativa. Infine, la legge quadro n. 150/2000 (epilogo di un tormentato percorso) che rappresenta il primo tentativo di normativa organizzata e univoca in materia d'informazione e comunicazione della pubblica amministrazione.

²⁷ A. De Gasperi, *Presentazione*, in *Documenti di vita italiana*, n. 1, 1951, 3.

²⁸ Su quest'ultima, per un quadro attuale, si rinvia a F. Donati, *Internet e campagne elettorali*, *Federalismi.it*, 7 agosto 2019.

²⁹ Proprio in ragione della consapevolezza del ruolo strategico assunto nel tempo dalla comunicazione al fine del cambiamento. Sul punto si segnala e si condivide, A. Lovari and C. Valentini (2019), Chap. 4.4: *Public Sector Communication and Social Media: Opportunities and Limits of Current Policies, Activities and Practices*. In V. Luoma-aho & M. José Canel (Eds.), *The Handbook of Public Sector Communication*, MA, Wiley Blackwell, 2019 dove si definisce la comunicazione «cruciale per l'efficienza dell'amministrazione pubblica» in ragione del fatto che contribuisce all'armonizzazione e al coordinamento delle azioni e favorisce azioni sinergiche.

Con essa, accanto agli URP (responsabili delle attività di comunicazione ai cittadini) sono stati istituiti: il Portavoce, che rappresenta direttamente l'organo politico, e l'Ufficio stampa, le cui funzioni, secondo la Corte dei Conti, seconda sezione giurisdizionale centrale, pronuncia n. 641/1996, sono «necessariamente organiche all'ente pubblico». Tale posizione introduce l'idea della necessità della previsione organica di un ufficio stampa in ogni ente pubblico che individui per tale ufficio le funzioni "tipiche". A queste due strutture sono affidati i compiti di informazione (al Portavoce nei confronti degli organi di informazione, all'Ufficio stampa nei confronti dei mezzi di comunicazione di massa).

La filosofia dell'intervento normativo era dare vita ad un vero e proprio assetto organizzativo della comunicazione e garantire un unico interlocutore, un referente istituzionalizzato che rappresenti il *front office* della pubblica amministrazione nella materia informazione, dove gli URP sono disegnati come specialisti della comunicazione da riorganizzare con l'adozione di sistemi telematici. Uffici titolari della «funzione di ascolto per l'innovazione», nel loro essere unità organizzative interne all'amministrazione capaci di cogliere, nell'interazione con il cittadino, l'emersione di bisogni sui quali dimensionare organizzazione e attività dell'amministrazione.

Ecco che, quindi, emerge la fragilità del sistema e delle competenze richieste al personale impegnato all'URP. Teoricamente abilità comunicative, giuridiche, gestionali, digitali. Competenze trasversali, frutto di un percorso formativo mirato; ad oggi non ancora esistente, con ricadute negative sul modello di amministrazione aperta e trasparente da realizzare; dunque sulla "buona" comunicazione che potrebbe conseguirsi se si desse attuazione al principio costituzionale che vede l'organizzazione dei pubblici uffici funzionale all'interesse pubblico che i medesimi devono perseguire.³⁰

4. Change management, ICT e gestione dei flussi comunicativi

Come procedere dunque? È innegabile che nell'ultimo ventennio gli studi sull'Amministrazione e le relative riforme abbiano avuto come obiettivo l'avvio di un processo di modernizzazione teso a conseguire un cambiamento dell'amministrazione adeguato e coerente con quello sociale, del Paese. Un percorso che pro-

³⁰ Interessanti le considerazioni di S.M. Brondoni sulla comunicazione nel suo essere «fattore critico ad altissima sensibilità» e sul paradigma dell'efficacia e dell'efficienza, se pure riferite in particolare alle aziende pubbliche, in Idem (a cura di) *La comunicazione nell'azienda pubblica. I paradigmi di efficienza ed efficacia*, Torino, 1999.

cedeva intorno ad un filo rosso: l'aspirazione all'efficienza e all'economicità anche per il tramite della collaborazione e interazione tra cittadini e amministrazione.

Ciò ha fatto sì che l'attenzione del legislatore si concentrasse sull'amministrazione digitale e sul valore aggiunto costituito dall'utilizzo delle tecnologie al fine di conseguire una modernizzazione dell'apparato amministrativo grazie ad una sua riorganizzazione nella logica del coordinamento collaborativo. In sintesi, si è gradualmente individuata nell'applicazione sistemica delle tecnologie digitali alla pubblica amministrazione la via per comunicare e conseguire semplificazioni, trasparenza, sicurezza, *accountability*³¹.

Ciò, naturalmente, ha avuto ripercussioni anche sulla gestione dei flussi comunicativi considerato che l'attuale assetto, derivante dall'applicazione della legge n. 150/2000, era stato a suo tempo pensato a prescindere dall'web (che ha determinato innovazioni profonde cambiando ogni cosa) e aveva istituito tre uffici distinti che non lavoravano in modo integrato nell'ambito di un unico sistema della comunicazione³².

Parallelamente deve aggiungersi il graduale affermarsi delle logiche di un'amministrazione aperta, nell'ambito della quale la trasparenza amministrativa non si limita a consentire la conoscenza e la conoscibilità delle attività della pubblica amministrazione, ma costituisce strumento vero e proprio di partecipazione dei cittadini alle sue decisioni; utile al controllo e alla valutazione dell'amministrazione, funzionale all'*accountability* del soggetto pubblico³³.

Ecco che, dunque, la comunicazione diviene fondamento per la partecipazione del cittadino al funzionamento delle istituzioni, in una dimensione che va oltre la trasparenza, per arrivare all'*open government*, dove la funzione di comunicazione è essenziale per il perseguimento dell'interesse generale alla conoscenza dell'attività e dell'organizzazione amministrativa³⁴.

Pilastro dell'*open government* le ICT che consentono una trasparenza molto ampia, nella misura in cui permettono al cittadino non solo di partecipare ai processi decisionali, ma anche di fruire di una consistente mole di dati, oggetto

³¹ R. Heeks, *Reinventing Government in the Information Age*, New York, 1999; D. Osborn, T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is transforming the Public Sector*, New York, 1992

³² T. Krasna (a cura di), *Informazione e comunicazione della p.a. dopo la legge n. 150/2000*, IPSZ, Roma, 2003.

³³ D.A. Graber, *The Power of Communications: Managing Information in Public Organizations*, Washington, DC, Congressional Quarterly Inc., 2003; A. Lovari and C. Valentini (2019), cit., chap. 4.4, 6.

³⁴ Diffusamente M.J. Canel, V. Luoma-aho V., *Public sector communication. Closing gaps between citizens and public organizations*, Hooboken, US, 2018 spec. parte I, cap. 1 e 3 e parte II cap. 5 dove approfondiscono i profili legati all'Amministrazione pubblica e a come favorire dialogo e vicinanza tra soggetto pubblico erogatore delle prestazioni e cittadini fruitori dei servizi; B.C. Han, *The transparency Society*, Stanford, CA, 2015; D. Lathrop, L. Ruma, *Open government Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, Sebastopol, CA, 2010.

del patrimonio informativo pubblico, che entrano a pieno titolo nell'attuazione della trasparenza³⁵.

In questo quadro, la funzione di comunicazione ha subito una trasformazione parallela all'innovazione tecnologica alla quale ha contribuito anche l'utilizzo dei *social media* da parte delle amministrazioni³⁶. Le continue e veloci trasformazioni indotte proprio dall'innovazione tecnologica hanno alimentato un percorso costante di adeguamento delle modalità di comunicazione dell'amministrazione digitale, sia a livello di comunicazione esterna, che interna³⁷. Funzionale, quest'ultima, al miglioramento dell'apparato organizzativo, a coinvolgere e motivare le persone, a promuovere atteggiamenti propositivi e costruttivi e mitigare la resistenza al cambiamento.

Anche in punto di comunicazione, però, si osserva come l'amministrazione non sia stata proattiva nell'uso del digitale, non abbia saputo cogliere il valore della relazione dinamica e, invece, abbia in qualche modo rincorso la tecnologia, quasi subendola e, conseguentemente, non utilizzandola sapientemente al pieno delle sue potenzialità.

Nell'attuale fase di riforma dell'amministrazione, incentrata sul *digital first* di cui all'art. 1 della legge n. 124/2015, si palesano, infatti, le criticità conseguenti alla diversa velocità tra l'innovazione tecnologica, il disegno normativo e la gestione del cambiamento della struttura organizzativa dell'amministrazione. Percorso rallentato anche per l'insufficiente presenza di figure in possesso delle nuove competenze richieste per migliorare i flussi comunicativi, predisporre un piano strategico della comunicazione attraverso piani di comunicazione interna ed esterna, valorizzare le attività e i servizi attraverso il web, definire le strategie della comunicazione attraverso i *social network*, effettuare attività di analisi e monitoraggio del web e dei *social media*, gestire le piattaforme online per la diffusione delle notizie, attuare la rendicontazione sociale.

Figure che siano in grado di plasmare la funzione di comunicazione non solo sull'interesse generale alla conoscenza, ma anche, e soprattutto, in modo mirato sulla partecipazione, sulla collaborazione, sulla qualità del servizio e sulla responsabilità istituzionale. Elementi tutti imprescindibili se il risultato al quale si tende è la comprensione dei bisogni e l'adozione di azioni conseguenti.

³⁵ G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2018

³⁶ I. Mergel, *Social Media in the Public Sector: A Guide to Participation, Collaboration, and Transparency in the Networked World*, San Francisco, CA, 2012; C. Valentini, *Social media*, *International Encyclopedia of Strategic communication*, 1378-1390, Boston, MA.

³⁷ I. Mergel, *A framework for interpreting social media interactions in the public sector*, *Government Information Quarterly* 30, 2013, 4, 327-334, DOI: 10.1016/j.giq.2013.05.015; T.A. Bryer, S.M. Zavattaro, *Social media and Public Administration: Theoretical dimension and introduction to the Symposium, Administration Theory and Praxis*, 33(3), 2011, 325-340.

5. *Innovazione digitale, comunicazione e social media. Indicatori di technology acceptance*

Se fotografiamo l'evoluzione recente dell'amministrazione pubblica, osserviamo come negli ultimi anni, grazie alle tecnologie digitali e alle potenzialità della rete, essa abbia avuto la possibilità di utilizzare diversi canali di informazione diretta, non mediata. Un ruolo particolare è stato assunto dai siti istituzionali, progettati in linea con quanto disposto dal CAD all'art. 54 e confluiti nell'art. 34 del codice della trasparenza (D.lgs n. 33/2013), oltre che disciplinati nella Direttiva EU 2016/ 2102 relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici; nelle Linee guida per l'amministrazione digitale, riprese, poi, nelle Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni e nelle Linee guida di *design* per i siti web delle pubbliche amministrazioni. Documento, quest'ultimo, che interviene prevalentemente sull'architettura funzionale e sulle esigenze di omogeneizzazione grafica dei siti.

In ragione degli adempimenti di pubblicazione obbligatori nei portali istituzionali disposti dalla normativa, i siti web sono gradualmente divenuti strumenti strategici di comunicazione, come anche i *social network*, ad oggi, gestiti sulla base di Linee guida dettate nel vademecum pubblica amministrazione e *social media* del Dipartimento per la Funzione Pubblica, ma, purtroppo, raramente oggetto di un'esplicita *social media policy*, nonostante l'indirizzo in tal senso nel vademecum.

Anche se deve considerarsi che la comunicazione tramite *social network*, pur coerente con le finalità della legge n. 150/2000, art. 1, comma 4, nonché con i principi di cui all'art. 3 del CAD, non può essere sostitutiva di quella contenuta nel sito istituzionale.

In sintesi, la valutazione complessiva dei nuovi sistemi di comunicazione e informazione mediante le tecnologie digitali evidenzia il loro ruolo fondamentale a supporto della trasparenza e la loro piena integrazione nel processo di digitalizzazione dell'amministrazione; ma, al tempo stesso, ci riporta alle valutazioni critiche già formulate in precedenza e stimola un interrogativo sull'evoluzione della funzione di comunicazione rispetto a quanto disposto nella legge n. 150/2000.

È vero, infatti, che la dimensione organizzativa della comunicazione manifesta ancora alcune criticità, legate sia alle professionalità impiegate, che alla capacità di governare il cambiamento, o meglio di organizzarsi per modificare o riformare le strutture organizzative deputate all'informazione e alla comunicazione, in particolare, in linea con l'innovazione tecnologica³⁸ attraverso scelte sapienti frutto di politiche di comunicazione mirate.

³⁸ S. M. Zavattaro, A.J. Sementelli, *A critical examination of social media adoption in government*, cit.

La premessa essenziale per comprendere a pieno gli usi e le conseguenze dei sistemi di informazione nelle amministrazioni pubbliche è l'analisi delle interazioni dinamiche tra i funzionari e le organizzazioni e le tecnologie che questi utilizzano. Utile a tal fine il ricorso a modelli di *technology acceptance* (TAM), in uso fin dagli anni '80, quale metodologia per comprendere accettazione e utilizzo delle ICT³⁹. Negli anni più recenti utilizzato al fine di conoscere il livello di utilizzo dell'web e dei *social media* anche da parte delle Amministrazioni pubbliche.

Il modello è basato prevalentemente sul monitoraggio di indicatori quali la percezione di utilità delle ICT e la semplicità del loro utilizzo: due fattori che spingono normalmente l'utente verso le tecnologie.

Nel caso della Pubblica amministrazione non può non rilevarsi, però, il forte ruolo svolto dalla mediazione del legislatore che impone alle amministrazioni il ricorso all'uso della tecnologia a prescindere dalle scelte personali dei dipendenti. Pertanto l'indicatore di riferimento potrebbe essere quello dell'impulso interno verso l'informatizzazione, delle scelte strategiche innovative a prescindere dal mero adempimento e non invece dell'utilizzo obbligato quale adempimento normativo, non scelta.

Da non trascurare, in proposito, il disposto di cui all'art. 17 del Codice dell'Amministrazione Digitale e il ruolo del Responsabile della Transizione Digitale, nonché lo sguardo a molteplici indicatori, quali ad esempio le diverse tipologie di attività per le quali si fa ricorso al web.

La letteratura⁴⁰ ha suggerito un utilizzo prudente e realistico del modello di accettazione tecnologica con riferimento alle pubbliche amministrazioni, rispetto al quale si evidenzia come l'analisi degli indicatori non rifletta pienamente l'accettazione convinta del nuovo paradigma che deve caratterizzare l'amministrazione digitale, anche in ragione del fatto che l'informatizzazione è in qualche modo "subita", piuttosto che conseguenza del ruolo proattivo della medesima amministrazione.

Change management e *technology acceptance* rappresentano, dunque, due fenomeni speculari. Entrambi riguardano l'aspetto organizzativo delle amministrazioni pubbliche, l'influenza che l'innovazione tecnologica può avere sull'agire

³⁹ F.D. Davis, *A technology acceptance model for empirically testing new-end user information systems: Theory and results*, MA Massachusetts Institute of Technology, <https://dispace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/15192/14927.137> MIT pdf sequence 2; N. Marangunic, A. Granic, *Technology acceptance model: a literature review from 1986 to 2013*, *Universal Access in the Information Society*, 14 (1), 81-95, <https://doi.org/10.1007/s10209-014-0348-1>; J. Schepers, M. Wetzels, *A meta-analysis of the technology acceptance model: Investigating subjective norm and moderation effects*, *Information and Management*, 44 (1), 90-103 <https://doi.org/10.11016/j.im.2006.10.007>.

⁴⁰ Diffusamente, V. Venkatesh, *Determinants of perceived ease of use: Integrating control, intrinsic motivation and emotion into the technology acceptance model*, *Information systems research*, 11, 2000, 4; J. Moon and Y. Kim, *Extending the TAM for the world wide web context*, *Information and Management*, 2001, 38, 217-230; G. Hackbarth V. Grover and M.Y. Yi, *Computer playfulness and anxiety: positive and negative mediators of the system experience effect on perceived ease of use*, *Information and Management*, 2003, 40, 221-232.

delle amministrazioni, la duttilità delle medesime a recepire l'innovazione, facendola propria per esaltare le funzioni assegnate. In particolare, la capacità di vedere la digitalizzazione come un punto di forza della comunicazione esterna, utile alla trasformazione del rapporto amministrazione e cittadini; e di quella interna, finalizzata a favorire processi interni di semplificazione delle procedure e di modernizzazione degli apparati (art. 1, c. 4, lett. c L. n. 150/2000) e a incidere sul benessere organizzativo.

Aspetto, quest'ultimo della comunicazione interna, profondamente disatteso; *vulnus* del cambiamento. Come anche, da un punto di vista sostanziale, quello della comunicazione esterna per il tramite dei *social*, utilizzati prevalentemente in assenza di *policy* di comunicazione, a prescindere, pertanto, da obiettivi mirati, strategici, per via del nuovo rapporto che si intende instaurare con i cittadini, funzionali realmente a comunicare nel loro essere strumento bidirezionale e, invece, impropriamente devianti verso l'unidirezionalità⁴¹. Sviliti rispetto al loro essere strumento cardine per la vera trasparenza, l'incentivazione alla partecipazione, la creazione di un clima collaborativo e democratico, l'instaurazione di un rapporto di fiducia con l'amministrazione, utili a comunicare bisogni e soluzioni per soddisfarli. Vera innovazione.

6. *La comunicazione digitale e la sua efficacia come strumento per il cambiamento dell'amministrazione pubblica. Guardare al futuro*

Il nuovo approccio alla funzione di comunicazione pubblica va letto, dunque, nella sua corretta dimensione: nell'ottica dell'amministrazione aperta, che coniuga la trasparenza alla partecipazione e alla collaborazione, in funzione della piena disponibilità delle informazioni ai cittadini per un'amministrazione condivisa. Dove i dati costituiscono elemento centrale per argomentare le scelte e favorire le attività. Comunicazione da intendersi non come mero adempimento formale alla pubblicità degli atti, bensì come espressione consapevole del nuovo rapporto cittadino amministrazione in un quadro di *open government*, dove il cittadino è partecipe delle scelte di governo e al tempo stesso monitora l'operato dell'Amministrazione⁴².

⁴¹ Sulla *social media policy* interna ed esterna, quale strumento «fondamentale e strategico per rafforzare il patto con i cittadini, fissare e illustrare quali sono le condizioni e le regole per partecipare all'agorà pubblica», diffusamente M. Alovisio, C. Borciu, *I social media e le nuove opportunità per una pubblica amministrazione al servizio del cittadino: lo strumento delle social media policy*, in *Informatica e diritto*, 2017, 1-2, 293 ss.

⁴² D. Linders, *From e-government to we government: defying a typology for citizen coproduction in the age of social media*, *Government Information Quarterly* 29,4:446-454, 2012 DOI:10.1016.j.giq.2012.06.003.

Quadro, naturalmente, mutato in ragione dell'innovazione tecnologica e della sua influenza anche sulla comunicazione, sulle modalità e sugli strumenti; che vede il cittadino *dominus* rispetto ai vincoli di spazio e tempo e in posizione di indipendenza dagli apparati burocratici.

Innovazione che ha indotto l'applicazione delle ICT a sostegno della partecipazione dei cittadini ai processi democratici attraverso il principio dell'*e-democracy*, di cui all'art. 9 del CAD (principio della partecipazione democratica elettronica) teso in qualche misura al superamento del modello informativo pubblico centralizzato. Ma la trasformazione continua, indotta dal progresso tecnologico, ha imposto alle Amministrazioni di essere al passo con quella sociale in essere e adeguarsi alle nuove tecniche per interagire con i cittadini, rendere conto delle proprie politiche, delle azioni e dei risultati⁴³.

Per tale ragione, il contributo delle tecnologie alla rappresentazione esterna degli esiti delle scelte e delle azioni dell'amministrazione, ha contribuito al miglioramento della *performance* amministrativa e all'avvio di una fase di recupero della fiducia tra le istituzioni e i cittadini e le dinamiche informative e comunicative sono divenute motore della partecipazione rinsaldando il rapporto fiduciario tra l'amministrazione e gli amministrati.

Nel 2005, con il D.lgs n. 82, si approvava il Codice dell'amministrazione digitale per mettere a sistema le regole⁴⁴; testo successivamente più volte modificato. Com'è noto, però, la legge, di per sé, non determina l'applicazione dei precetti in essa contenuti. È necessario il protagonismo dell'uomo che deve farla propria e rispettarla, facendo proprio il cambiamento. Pianificando strategicamente le azioni necessarie.

Ecco, dunque, il valore, della social media policy, interna ed esterna, prevista dalle Linee guida per i siti web delle amministrazioni, ancora assente o "inadeguata" nella maggior parte dei casi, da un lato, per far conoscere ai cittadini il ruolo e le regole dei social al fine del trasferimento ai servizi delle informazioni per il loro tramite acquisite⁴⁵; dall'altro per rendere lo stesso ente consapevole sia dell'importanza della comunicazione attraverso i social che delle sue regole.

⁴³ J.C. Bertot, P.T. Jaeger, D. Hansen, *The impact of policies on government social media usage: Issues, challenges, and recommendations*, *Government Information Quarterly* 29, 2012, I, DOI10.1016/j.giq.2011.04.004. Curiosa e controtendenza la posizione del filosofo B.B. Han, *The Transparency Society*, Stanford, CA, 2015, che considera la trasparenza un falso mito, evidenziando la pericolosità del controllo favorito nel merito dalla tecnologia che assimila ad un panopticon digitale (J. Bentham, *Panopticon, ovvero La casa d'ispezione*, a cura di M. Foucault e M. Perrot, Venezia, 1983).

⁴⁴ F. Caio, in *Lo Stato del digitale, Come l'Italia può recuperare la leadership in Europa*, Venezia, 2014, 41 ha definito il CAD «una sorta di Costituzione di come si digitalizza la pubblica amministrazione, ben strutturato, ma spesso ignorato dallo stesso legislatore».

⁴⁵ Quale esempio virtuoso si segnala il Ministero dell'economia e delle finanze <http://www.mef.gov.it/policy/index.html>, il cui documento, partecipato con i cittadini, esprime la consapevolezza del nuovo rapporto cittadini amministrazione.

In questo modo i social diventano reale strumento di cambiamento del rapporto con i cittadini, imponendo sia un cambiamento organizzativo che di “mentalità” delle amministrazioni. Ciò presuppone, però, la presenza di figure appositamente formate anche in punto di comunicazione e in grado di svolgere un vero e proprio ruolo di social media manager⁴⁶.

Invece, sotto il profilo dell’attuazione si è creduto che sovrapporre nuovi strumenti a vecchi modelli potesse essere sufficiente per indurre la modernizzazione aprendo a nuovi processi⁴⁷ e a nuovi strumenti. Non si è riflettuto sul fatto che il futuro desiderato presuppone competenze e conoscenze, abilità della dirigenza nel leggere i bisogni, pianificare le attività utili al cambiamento e monitorare il conseguimento a breve periodo degli obiettivi funzionali al raggiungimento di quelli di lungo periodo. Sostanzialmente un protagonismo consapevole con un ruolo attivo e propulsivo che, però, ad oggi non si rileva; che presuppone politiche di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico e di strategia della comunicazione. Al contrario, si rileva che la distanza tra obiettivi e risultati è ancora considerevole anche in punto di comunicazione.

Oggi ripercorrere l’evoluzione e leggere lo stato dell’arte può indurci a sostenere che, da un punto di vista sostanziale, siamo davanti ad un nulla di fatto e che dobbiamo guardare avanti per costruire e far sì che l’innovazione pervada da un punto di vista sostanziale la funzione di comunicazione dell’amministrazione contribuendo, in tal modo, al cambiamento in senso positivo e orientato concretamente all’amministrazione condivisa. A un’amministrazione capace di pianificare strategie e politiche della comunicazione, di disseminare informazioni in senso costruttivo e comunicare per raggiungere le diverse categorie di utenti delle sue prestazioni, consapevole delle diversità e dei divari, anche digitali, ma non solo; capace di usare i dati per dimensionare i servizi⁴⁸, ma nel rispetto della riservatezza e di fornirli, costruttivamente, non solo massivamente quasi a voler creare un velo che ne offuschi la comprensione.

A tal fine, anche alla luce dell’evoluzione normativa e della dimensione di *open government*, appare necessario un intervento del legislatore che vada oltre la l.n.150/2000 per favorire un nuovo modello di comunicazione (con nuovi ruoli

⁴⁶ A. Moretti & A. Tuan, *The social media manager as a reputation’s gatekeeper: an analysis from the new institutional theory perspective*, *International Journal of sales, Retailing and marketing*, vol. 4, 2015, 4. Un recente studio del Formez su *Social media e pa, dalla formazione ai consigli per l’uso* (in collaborazione con PA social) a cura di S. Talamo, F. Di Costanzo, R. Crudele, Roma, 2017, parla di una vera e propria riconversione professionale in alcuni casi.

⁴⁷ In linea con tale considerazione e con l’approccio critico conseguente, si veda W. Linnefell., A. Hallin e M. Lagergren, *E-government Policy Formation – Understanding the roles of change drivers, veto players and advocacy coalitions*, *Electronic Journal of e-Government*, 2014, Volume 12, Issue 2, 131-141.

⁴⁸ Sulla buona amministrazione e la qualità dell’azione dei pubblici poteri si veda M. Nunziata, *Buon andamento e danno da disservizio*, Torino, 2018, specie 10-19 e 293-325.

dei comunicatori e definizione delle competenze) coerente con il più ampio e trasversale contesto dell'amministrazione digitale disegnato dal Codice delle Amministrazioni Digitali e, al tempo stesso, con le aspettative riposte dai cittadini nella funzione di comunicazione, quale canale d'ascolto e rappresentazione dei bisogni funzionale all'erogazione di prestazioni espressione di una buona amministrazione⁴⁹ e forse, anch'essa, potenziale «antidoto alla cattiva amministrazione»⁵⁰.

Bibliografia

- M. Alovisio, C. Borciu, *I social media e le nuove opportunità per una pubblica amministrazione al servizio del cittadino: lo strumento delle social media policy*, in *Informatica e diritto*, 2017, 1-2, 293 ss.
- G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in Arena G., *La Funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2001.
- G. Azzariti, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, in Arena G., *La Funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2001.
- J. Bentham, *Panopticon, ovvero La casa d'ispezione*, a cura di Michel Foucault e Michelle Perrot, Marsilio, Venezia, 1983.
- J.C. Bertot, P.T. Jaeger, D. Hansen, *The impact of policies on government social media usage: Issues, challenges and recommendations*, *Government Information Quarterly* 29, I, 2012 DOI10.1016/j.giq.2011.04.004.
- N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- N. Bobbio, *Democrazia e segreto*, Einaudi, Torino, 2011.
- S.M. Brondoni (a cura di) *La comunicazione nell'azienda pubblica. I paradigmi di efficienza ed efficacia*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁴⁹ Sul punto diffusamente, R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi della buona amministrazione*, Rimini 2016, in particolare 100 ss. e 163 ss. Significativo il richiamo alla definizione di norme di buona amministrazione proposto da U. Forti *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1931, 84-85 che le definiva come «quelle regole pratiche di condotta, alle quali si può fare ricorso per accertare la rispondenza dell'attività amministrativa ai fini cui deve corrispondere, agli scopi che si propone di raggiungere» e all'onere di buona amministrazione di cui parla R. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, 105 ss. specie 128-130, secondo il quale essa «esprime un concetto finale: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, al fine da raggiungere». Sulla buona amministrazione doveroso il richiamo a S. Cassese, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno annuale*, Napoli, 2017 tessera del mosaico che disegna la buona amministrazione, dove considera l'alternativa tra buona e cattiva amministrazione «pericolosa e generica» ma precisa che «tuttavia il principio di buona amministrazione è fissato nell'articolo 41 della Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea» e che «quello di buona amministrazione da principio è diventato diritto: non è una norma programmatica, ma disposizione che crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo della pubblica amministrazione», dai contenuti e dalle declinazioni diverse.

⁵⁰ Si mutua l'espressione di F. Merusi, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme, Atti del Convegno annuale*, Napoli, 2017.

- T.A. Bryer, S.M. Zavattaro, *Social media and Public Administration: Theoretical dimension and introduction to the Symposium, Administration Theory & Praxis*, 33(3), 325-340, 2011.
- F. Caio, *Lo Stato del digitale, Come l'Italia può recuperare la leadership in Europa*, Marsilio, Venezia, 2014.
- M.J. Canel, V. Luoma-aho, *Public sector communication. Closing gaps between citizens and public organizations*, Wiley and Sons, Hoboken, US, 2018.
- G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Collana Procedimenti europei, Giappichelli, Torino, 2017.
- S. Cassese, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno annuale*, ESI, Napoli, 2017.
- M. Castells, *Comunicazione e potere*, Egea editore, Milano, 2014.
- P. Citarella, *Social media e Pubblica Amministrazione. La comunicazione istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2017.
- F. Civelli, V. Piccinni, *Il comunicatore pubblico*, Guerini e Associati, Milano, 2002.
- F.D. Davis, *A technology acceptance model for empirically testing new -end user information systems: Theory and results*, Cambridge, MIT, <https://dispace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/15192/14927/1.137-MIT.pdf>.
- M. De Benedetto, *Comunicazione pubblica*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2001.
- A. De Gasperi, *Presentazione*, in *Documenti di vita italiana*, n. 1, 1951, Centro di documentazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 3.
- P. Desideri, *La comunicazione politica: dinamiche linguistiche e processi discorsivi*, in S. Gensini, *Fare comunicazione*, parte II, 6, Carocci, Roma, 2011.
- F. De Visentini, *Innovazione e comunicazione nell'amministrazione pubblica*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- A. De Vivo, A. Pangallo (a cura di), *Una amministrazione che pensa. Fare comunicazione e informazione istituzionale*, Editore Lupetti, Milano, 2004.
- G. Ducci, *Prove tecniche di interazione. Comunicazione pubblica e contesto organizzativo*, Franco Angeli, Milano, 2001.
- G. Ducci, *Pubblica Amministrazione e cittadini una relazionalità consapevole. Gli sviluppi di una comunicazione pubblica integrata*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- G. Ducci, *La comunicazione pubblica digitale per la trasparenza, l'accountability e il dialogo con I cittadini: verso una PA open e condivisa*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, il Mulino, Bologna, 461 ss.
- G. Ducci, *Relazionalità consapevole. La comunicazione pubblica nella società connessa*, Franco Angeli, Milano, 2017.
- A. Elia, *Tecnologie dell'informazione e della comunicazione*, in S. Gensini, *Manuale della comunicazione*, Carocci, Roma, 2006.
- F. Faccioli, *Comunicazione pubblica e cultura del servizio*, Carocci, Roma, 1999.
- F. Faccioli, *Comunicazione pubblica e media digitali: la prospettiva del public engagement*, *Problemi dell'informazione*, il Mulino, Bologna, n. 1, 2016.

- E. Gola, F. Meloni, R. Porcu, *Social media and health communication: the future of public services*, <http://www.tiikmpublishing.com/data/conferences/doi/medcom/medcom.2018.4106.pdf>, DOI: <https://doi.org/10.17501/medcom.2018.4106>.
- E. Gola, F. Meloni, R. Porcu, *Comunicare la salute, Metodi e buone pratiche per le amministrazioni pubbliche*, Carocci, Roma, 2018.
- S. Gensini, *Manuale di comunicazione*, Carocci, Roma, 2006.
- S. Gensini, *Fare comunicazione*, Carocci, Roma, 2011.
- D. Graber, *The Power of communication: Managing Information in Public Organizations*, Washington, DC: Congressional Quarterly Inc., 2003, DOI: 10.4135/9781483329949.
- G. Hackbarth, V. Grover and M.Y. Yi, *Computer playfulness and anxiety: positive and negative mediators of the system experience effect on perceived ease of use*, *Information and Management*, 40, 2003, 221-232.2003.
- B.C. Han, *The transparency Society*, Stanford University Press, Stanford, CA, 2015.
- A. Haro de Rosario, A. Saez-Martin, M. Caba Perez, *Using social media to enhance citizen engagement with local government: Twitter or Facebook? New media & Society* 20(1), May 2016, DOI: 10.1177/1461444816645652.
- R. Heeks, *Reinventing Government in the Information Age*, Routledge, New York, NY, 1999.
- M.L. Kent, *Using social media dialogically: Public relations in the reviving democracy*, *Public Relations review* 39,4: 337-345, DOI: 10.1016/j.pubrev.2013.07.024.
- T. Krasna (a cura di), *Informazione e comunicazione della p.a. dopo la legge n.150/2000*, IPSZ, Roma, 2003.
- D. Lathrop, L. Ruma, *Open government Collaboration, Transparency and Partecipation in Practice*, O'Reilly Media, Sebastopol, CA, 2010.
- D. Linders, *From e-government to we government: defying a typology for citizen coproduction in the age of social media*, *Government Information Quarterly* 29, 4, 446-454, 2012 DOI:10.1016/j.giq.2012.06.003.
- W. Linnefell, A. Hallin e M. Lagergren, *E-government Policy Formation – Understanding the roles of change drivers, veto players and advocacy coalitions*, *Electronic Journal of e-Government*, 2014, Volume 12, Issue 2, 131-141.
- L. Lorenzetti, G. Schirru, *La lingua italiana nei nuovi mezzi di comunicazione: SMS, posta elettronica e Internet*, in S. Gensini, *Fare comunicazione*, parte I,3, Carocci, Roma, 2011.
- A. Lovari, A. Piredda, *Comunicazione pubblica digitale*, in *Marketing e comunicazione. Strategie, strumenti casi pratici*, a cura di M. Masini, J. Pasquini, G. Segreto, Hoepli, Milano, 2017, 369-391.
- A. Lovari, *Networked citizens. Comunicazione pubblica e amministrazioni digitali*, Franco Angeli, Milano, 2013.
- A. Lovari, *Social media e comunicazione della salute*, Guerini Scientifica, Milano, 2017.
- A. Lovari, C. Valentini, Chap. 4.4, *Public Sector Communication and Social Meida: Opportunities and Limits of Current Policies, Activities and Practices.*, in V. Luoma-

- aho & M. José Canel (Eds.), *The Handbook of Public Sector Communication*, Wiley Blackwell, MA, 2019.
- J. Macnamara, 'Creating an "architecture of listening" in organizations: The basis of engagement, trust, healthy democracy, social equity, and business sustainability', University of Technology Sydney, N.Y., 2015.
- F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- N. Marangunic, A. Granic, *Tecnology acceptance model: a literature review from 1986 to 2013. Universal Access in the Information Society*, 14 (1), 81-95, <https://doi.org/10.1007/s10209-014-0348-1>.
- P. Marsocci, *Informazione e comunicazione istituzionale: la legge n. 150 del 2000 come un nuovo passo della riforma amministrativa*, in *Giurisprudenza di merito*, 2000, 1133 ss.
- P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Cedam, Padova, 2002.
- M. Masini, A. Lovari A. e S. Bennati, *Dal digital divide ai media sociali. Le nuove sfide della comunicazione pubblica*, Bonanno Editore, Roma, 2012.
- B.G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, Giuffrè, Milano, 2005.
- B.G. Mattarella, *L'informazione amministrativa: profili generali*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- B.G. Mattarella, *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, IV, 3126 ss.
- A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1983.
- I. Mergel, *Social Media in the Public Sector: A Guide to Participation, Collaboration, and Transparency in the Networked World*, San Francisco, CA: John Wiley and Sons, 2012.
- I. Mergel, *A framework for interpreting social media interactions in the public sector*, *Government Information Quarterly* 30,4: 327-334, 2013, DOI:10.1016/j.giq.2013.05.015.
- F. Merloni (a cura), *L'informazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2002.
- F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. Merloni, a cura di, *La Trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008.
- F. Merusi, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Atti del Convegno annuale, ESI, Napoli, 2017.
- J. Moon, Y. Kim, *Extending the TAM for the world wide web context*, *Information and Management*, 38, 2001, 217-230.
- A. Moretti & A. Tuan, *The social media manager as a reputation's gatekeeper: an analysis from the new institutional theory perspective*, *International Journal of sales, Retailing and marketing*, vol. 4., n. 4, 2015.

- M. Nunziata, *Buon andamento e danno da disservizio*, Giappichelli, Torino, 2018.
- D. Osborn, T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is transforming the Public Sector*, NY: Penguin Group, New York, 1992.
- M.E. Piemontese, *La comunicazione pubblica e istituzionale. Il punto di vista linguistico*, in S. Gensini, *Manuale della comunicazione*, Carocci, Roma, 2006.
- R. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940.
- S. Rodotà, *Informazione e rapporti Stato cittadino*, in Cammelli M.-Guerra M.P., a cura di, *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1997.
- S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Bari, 2004.
- S. Rolando, *Comunicazione, poteri e cittadini. Tra propaganda e partecipazione*, Egea Editore, Milano, 2014.
- S. Rolando, *Economia e gestione della Comunicazione nelle organizzazioni complesse*, Cedam, Padova, 2010.
- S. Rolando (a cura di), *La comunicazione di pubblica utilità. Identità, politica, istituzioni, pubblica amministrazione*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- S. Rolando (a cura di), *La comunicazione pubblica in Italia: realtà e prospettive di un settore strategico*, Editrice Bibliografica, Milano, 1995.
- A. Rovinetti, *Fare Comunicazione Pubblica*, Comunicazione Italiana, Roma, 2006.
- A. Rovinetti, *La comunicazione online. Urp e uffici stampa in rete*, Editrice Moderna, Bologna, 2005.
- J. Schepers, M. Wetzels, *A meta-analysis of the technology acceptance model: Investigating subjective norm and moderation effects*, *Information & Management*, 44(1), 90-103
<https://doi.org/10.1016/j.im.2006.10.007>.
- P. Tirkkonen, V. Luoma-aho, *Authority Crisis communications vs. Discussion Forums: Swine Flu*, in *Ethical Practice of Social Media in Public Relation* edited by Marcia Di Staso and Denise Bortee, 192-204, Routledge, N.Y., 2014.
- R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi della buona amministrazione*, Maggioli, Rimini 2016.
- C. Valentini, *Social media*, *International Encyclopedia of Strategic communication*, R.L. Heath-W.johnsen, 1378-1390, Boston, MA: Wiley-Blackwell.
- V. Venkatesh, *Determinants of perceived ease of use: Integrating control, intrinsic motivation and emotion into the technology acceptance model*, *Information systems research*, 11,4, 2000.
- A. Vignudelli, *Diritto ad essere informati e comunicazione pubblica*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffrè, Milano, 1996.
- A. Vignudelli, *La comunicazione pubblica*, Maggioli, Rimini, 1992.
- S.M. Zavattaro, A.J. Sementelli, *A critical examination of social media adoption in government: Introducing omnipresence*, *Government Information Quarterly* 31(2): 257-264, 2014.
- G. Ziccardi, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era della tecnologia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2015.

- P. Zocchi, *Internet - La democrazia possibile - Come vincere la sfida del digital divide*, Guerini editore, Milano, 2003.
- P. Watzlawick, J. Helmick Beavin e D.D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication. A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, 1967 trad. it. *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, 1971.

Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?

Il lavoro propone una riflessione sul rapporto tra comunicazione e innovazione digitale per interrogarsi sulla concreta capacità dell'amministrazione pubblica di essere protagonista del cambiamento e stare al passo con la società dell'informazione, anche attraverso un uso sapiente dei *social media*. In particolare, si esamina lo stato dell'arte del cambiamento prestando attenzione anche agli indicatori di accettazione della tecnologia e al loro uso in funzione della buona comunicazione. La valutazione critica alla quale si perviene, pur nella consapevolezza che le nuove leggi non sono strumento sufficiente al cambiamento, induce a sollecitare un intervento del legislatore che favorisca un nuovo modello di comunicazione, coerente con il quadro normativo che governa l'amministrazione digitale e utile a far maturare il nuovo rapporto pa-cittadino, improntato sul dialogo propositivo, sull'ascolto e sulla conseguente collaborazione funzionale all'erogazione di prestazioni che riflettano il principio buona amministrazione.

Communication and innovation in 'luddite' administrations. Social media used for a new citizen-public administration relationship: no chance?

The work proposes a reflection on the relationship between communication and digital innovation to question the concrete capacity of the public administration to be a protagonist of change and to keep up with the information society, also through a skilful use of social media. In particular, it examines the state of the art of change, while also paying attention to indicators of acceptance of technology and their role in good communication. The critical assessment made, while mindful that the new laws are not a sufficient tool for change, leads us to call for an intervention by the legislator that favours a new model of communication, in line with the regulatory framework that governs the digital administration and useful for the development of the new citizen–public administration relationship, based on proactive dialogue, listening and consequent functional collaboration for the provision of services, reflecting the principle of good administration

Facebook è gratis? “Mercato” dei dati personali e giudice amministrativo*

Antonio Leo Tarasco, Michele Giaccaglia

SOMMARIO: 1. *Social network* e pratiche commerciali ingannevoli o aggressive. – 1.1. Il caso *Facebook*. – 1.2. Il caso *WhatsApp*. – 2. I dati personali: attributi della personalità *vs.* beni di scambio. – 2.1. Patrimonialità e liceità della prestazione avente ad oggetto dati personali. – 3. L'utilizzo di *Facebook* è gratuito? – 3.1. Sulla nozione di onerosità dei contratti di iscrizione ai *social network*. – 4. Dati personali e Codice del consumo. – 5. Pratiche commerciali scorrette. – 5.1. Pratiche commerciali ingannevoli. – 5.2. Pratiche commerciali aggressive. – 6. Pratiche commerciali scorrette e riparto di competenza tra Autorità indipendenti. – 7. Verso un “mercato” dei dati personali?

1. *Social network* e pratiche commerciali scorrette

L'acquisizione (con inganno) dei dati personali degli utenti delle piattaforme *social* e la successiva profilazione a scopi commerciali, dietro la falsa rappresentazione della completa gratuità dell'utilizzo della piattaforma, rappresenta una prassi che si ripete costantemente, qualunque sia il *social network* e la sua area di origine. A ben guardare, dietro l'apparente gratuità di utilizzo delle piattaforme di interconnessione (cd. *social networks*) si nasconde una strategia commerciale di acquisizione e successiva utilizzazione a fini di *marketing* dei dati personali degli utenti il cui volume d'affari può raggiungere finanche (come nel caso di *Facebook*) il 90% del fatturato commerciale dell'azienda.

Di qui l'interesse per la tematica che consente di riflettere criticamente su una serie di aspetti tra cui: 1) trattamento ed utilizzazione commerciale dei dati personali degli utenti dei *social network*; 2) concetto di gratuità di utilizzo di tali

* Lo scritto è frutto di una comune riflessione sulle tematiche dei rapporti tra diritto e nuove tecnologie, condotta sia sul versante pubblicistico che civilistico. Pur nella impossibilità di distinguere in maniera netta i contributi forniti dagli Autori, si precisa, a meri fini concorsuali, che Antonio Leo Tarasco è autore dei paragrafi 1.1, 1.2, 5, 5.1, 5.2, 6, 7, mentre i paragrafi 1, 2, 2.1, 3, 3.1, 4, sono opera di Michele Giaccaglia.

piattaforme e, dunque, ampiezza della nozione di onerosità dei negozi; 3) nozione delle pratiche commerciali scorrette (tanto ingannevoli quanto aggressive)¹.

1.1. *Il caso Facebook*

Di recente, la problematica è emersa nelle sentenze di Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 e 261², che hanno avuto modo di esaminare fatti risalenti al 2008 quando l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di *Facebook Inc.* e *Facebook Ireland Limited* in relazione a pratiche commerciali ritenute scorrette. L'attività censurata è quella di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti, effettuata dalla società americana (con sede anche in Irlanda) senza la necessaria informativa agli utenti stessi e, per di più, con il falso messaggio della gratuità completa dell'utilizzo della piattaforma («*Facebook è gratis e lo sarà sempre*», poi mutato, a seguito di tali vicende giudiziarie, in un più piatto ed anodino «*Iscriviti. È veloce e semplice*»).

In particolare, la prima pratica (raccolta e utilizzo dei dati personali degli utenti), ritenuta “ingannevole”, consisteva nell'aver adottato, nella fase di pri-

¹ Un'ulteriore problematica è rappresentata dalla responsabilità della società capo-gruppo per la violazione della normativa *antitrust* integrata da società del gruppo (cd. *parental liability*) su cui si rimanda, per tutti, a F. Cannizzaro, M. Siragusa, *Selection of recent developments in EU competition law*, in *Conc. merc.*, 2013, 339 ss.; M. Casoria, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato conc. reg.*, 2, 2014, 365 ss.; P. Manzini, *Rethinking the parental liability for antitrust infringements*, in *Dir. un. eur.*, 4, 2016, 709 ss.; M. Siragusa, *Recent trends in antitrust enforcement*, in *Riv. it. Antitrust*, 2, 2015, 7 ss. La tematica è accennata nelle sentenze del Tar Lazio n. 260 e n. 261 del 2020 che hanno sanzionato l'attività materialmente realizzata da *Facebook Ireland* riconducendola alla statunitense *Facebook Inc.* in virtù dei legami strettissimi tra di esse. Come noto, il diritto della concorrenza dell'Unione europea (art. 101 TFUE, che vieta gli accordi anticoncorrenziali, e art. 102 TFUE, che vieta l'abuso di posizione dominante) hanno come riferimento soggettivo l'impresa. Quest'ultima, al fine di garantire la più ampia applicazione della normativa anticoncorrenziale, viene individuata dai giudici dell'Unione europea in qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico; in tal modo, la normativa comunitaria conferisce rilievo unicamente all'aspetto economico, trascurando, intenzionalmente, il profilo giuridico della soggettività e della personalità (*ex multibus* Corte. giust. UE, sentenza 08.05.2013, causa C-508/13). La conseguenza applicativa di tale interpretazione sta nel fatto che, nel caso di infrazioni commesse da imprese che fanno parte di gruppi di società, e a prescindere dal fatto che ci si trovi di fronte a una serie distinta di persone giuridiche, l'unità economica da esse rappresentata è tale da fondare la responsabilità solidale della controllante per l'attività esercitata dalla/e controllata/e in violazione delle norme *antitrust*.

² Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 è pubblicata in *Diritto & Giustizia*, 2020, 13 gennaio; la n. 261 risulta, invece, inedita. Entrambi i provvedimenti sono comunque esaminati da M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020, 209 ss. nella più ampia analisi comparatistica delle decisioni assunte dal *Bundeskartellamt* nei confronti di *Facebook*. Le due sentenze sono di identico contenuto motivazionale; identico è il provvedimento impugnato (provvedimento n. 27432 reso nel procedimento PS/11112 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato deliberato nella adunanza del 29 novembre 2018, notificato in data 7 dicembre 2018; esso è pubblicato in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 205) mentre si differenziano unicamente per la parte ricorrente: nella sentenza n. 260 la ricorrente non è la statunitense *Facebook Inc.* (come nella n. 261) ma la sua società «figlia», con sede irlandese, cioè *Facebook Ireland Limited*.

ma registrazione dell'utente nella Piattaforma *Facebook*, un'informativa giudicata (dall'Autorità prima e dal Tar Lazio poi) non chiara e non completa. L'incompletezza delle informazioni fornite consisteva nel fatto che, a fronte dello *slogan* di pretesa "gratuità" del servizio, il consumatore non era posto in grado di comprendere che il professionista (cioè la statunitense *Facebook Inc.* e la sua società "figlia", con sede irlandese) avrebbe poi utilizzato i dati dell'utente a fini remunerativi, così perseguendo un intento commerciale (di qui anche l'indagine del Tar Lazio intorno alla cd. *parental liability*³). L'inganno consisteva proprio – secondo Agcm e Tar Lazio – nella ritenuta idoneità della pratica a trarre in inganno il consumatore e a impedire la formazione di una scelta consapevole, omettendo di informarlo del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della sua registrazione al *social network*.

La seconda pratica, ritenuta "aggressiva", consisteva in un meccanismo che, tramite vari passaggi, secondo la ricostruzione dell'Agcm poi smentita dal Tar Lazio, consentiva la trasmissione dei dati degli utenti dalla piattaforma del *social network* ai terzi (siti *web* e *app*) e viceversa, senza preventivo consenso espresso dell'interessato. Secondo l'Agcm, la trasmissione di dati avveniva con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore che poteva solo effettuare una autorizzazione di carattere generale, secondo un modello binario (sì/no), al massimo residuando una mera facoltà di *opt-out*.

L'Autorità ha rilevato che la piattaforma era «automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da *FB*, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di *opt-out*»; l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le conseguenze per lui penalizzanti, sia nella fruizione del *social network*, sia nella accessibilità e utilizzo dei siti *web* e *app* di terzi, sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario.

In pratica, secondo l'Autorità, sussisteva una pratica commerciale aggressiva in quanto *Facebook* continuava nella condotta di «preflaggare le opzioni a disposizione dell'utente e di disincentivarne la deselezionazione ricorrendo all'uso di espressioni atte a condizionare l'utente sulla reale portata delle conseguenze derivanti dalla deselezionazione medesima».

L'Autorità ha contestato, quindi, alla parte ricorrente l'esistenza di una «pre-attivazione» della piattaforma che, in ragione del meccanismo di *opt-in* preimpostato, non consentirebbe agli utenti di comprendere la modalità e finalità di utilizzo, sia da parte dei terzi che da parte di *Facebook*, dei dati raccolti a seguito dell'integrazione tra piattaforme.

³ V. *retro*, *sub* nota n. 1.

In definitiva, *Facebook* (senza consenso e informazione) avrebbe prima ottenuto e poi utilizzato a fini commerciali i dati personali e le preferenze dei suoi utenti, nonostante lo *slogan* della gratuità dell'utilizzo della piattaforma. Il procedimento avviato dall'Agcm si è concluso con il divieto di continuazione delle pratiche scorrette e l'irrogazione di due sanzioni amministrative pari a € 5.000.000,00 per ciascuna delle due pratiche, oltre ad una dichiarazione rettificativa.

Il Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 261, accogliendo parzialmente il ricorso proposto da *Facebook Inc.* ha annullato il provvedimento dell'Agcm, limitatamente alle pratiche commerciali aggressive (di cui agli artt. 24 e 25, Codice del Consumo) e non anche per le pratiche commerciali di cui agli artt. 21 e 22, Codice del Consumo (azioni od omissioni ingannevoli), confermando conseguenzialmente la legittimità della sola sanzione di 5 milioni di euro inerente a queste ultime. In sostanza, il Tar Lazio ha giudicato scorretta l'informazione del consumatore in ordine allo scambio di prestazioni sotteso all'adesione al contratto per la fruizione del servizio di *social network* (l'informativa, dunque, è stata giudicata incompleta e oscura); mentre non è stato ritenuto sussistente da parte dei giudici amministrativi di *prime cure* il presunto meccanismo di trasmissione dei dati personali dei propri utenti da parte di Facebook ai siti di terze parti e viceversa, senza preventivo consenso, contrariamente a quanto ritenuto dall'Agcm.

Dunque, solo la sanzione relativa alla pratica sub *b*) originariamente irrogata da Agcm è stata annullata dal Tar Lazio, essendo stata confermata la legittimità della sanzione di 5 milioni di euro irrogata a Facebook da Agcm per la pratica commerciale ingannevole (pratica ingannevole sub *a*)).

Impugnata la sentenza del Tar Lazio n. 2620/2020 davanti al Consiglio di Stato, con ord. 8 giugno 2020, n. 3285 i giudici d'appello hanno accolto la richiesta cautelare mediante fissazione dell'udienza per la discussione di merito "in modo sollecito", cioè dopo soli 3 mesi, dopo aver «riconosciuto [...] la complessità delle questioni sottoposte allo scrutinio [...] e tenuto conto del bilanciamento di tutti gli interessi in gioco»⁴.

1.2. Il caso WhatsApp

Il tema del rilievo economico dei dati personali è nel recente passato venuto in rilievo anche su un notissimo sistema di comunicazione istantanea che utilizza la connessione internet più utilizzato nel mondo, *WhatsApp*, a sua volta di proprietà della società *Facebook Inc.* a partire dal febbraio 2014.

⁴ Identico è il contenuto e il dispositivo dell'ordinanza n. 3309 pubblicata il 9 giugno 2020 dal Consiglio di Stato e resa su ricorso non di *Facebook Ireland Limited* ma di *Facebook incorporation* ed avente ad oggetto la sentenza del Tar Lazio n. 2621/2021, di cui si è dato conto *retro* e, specificamente, *sub* nota n. 2.

Con due provvedimenti dell'11 maggio 2017, non impugnati, l'Agcm (pres. Pitruzzella, est. Ainis), dopo aver analizzato i rapporti intercorrenti tra il *provider WhatsApp* (professionista *ex art. 3 c. cons.*) e gli utenti/consumatori del servizio, ha concluso per la vessatorietà di alcune clausole contenute nei termini d'uso e la illiceità delle modalità di acquisizione del consenso sulla modifica di una specifica clausola, che autorizzava la condivisione da parte di *Facebook* di alcuni dati personali degli utenti *WhatsApp*⁵.

In particolare, nel primo procedimento istruttorio⁶, l'Agcm ha analizzato le procedure di modifica dei termini d'uso sulla condivisione dei dati degli utenti *WhatsApp* da parte di *Facebook* per fini pubblicitari, con specifico riferimento alla trasparenza e correttezza delle informazioni rese nonché al connesso effetto di condizionamento dei consumatori. In sostanza, gli utenti trovavano le opzioni di gestione del proprio profilo già preimpostate sulla condivisione di alcuni dati personali con il *social network* (c.d. *prespuntatura*). Contestualmente, la mancata accettazione di tali modifiche veniva prospettata come causa di interruzione nell'erogazione del servizio. Per gli utenti registrati, il passaggio al trattamento multiplo ed interoperabile tra le due piattaforme dei dati personali era invece proposto in via facoltativa, lasciando libera la possibilità di continuare a fruire dei servizi anche in mancanza di accettazione delle nuove condizioni generali. Tale opportunità non veniva però indicata in maniera chiara ed immediata, ma era visualizzabile soltanto a seguito dell'accesso alla pagina in cui erano riportati in versione integrale i termini d'uso e la normativa sulla *privacy*.

Nel secondo procedimento istruttorio⁷, l'Agcm ha accertato la vessatorietà di un gruppo di clausole inserite nei termini d'uso di *WhatsApp* (e per la verità comuni a molte altre *App*) in quanto esse venivano sottoposte all'attenzione dell'utente in blocco e senza prevedere la possibilità di farne oggetto di trattativa individuale; inoltre, le clausole di salvaguardia con cui venivano limitati i diritti legali spettanti ai consumatori in alcune giurisdizioni sono apparse generiche e foriere di incertezza; analogamente è stata giudicata indeterminata la pratica del prestatore/professionista di imporre condizioni uniformi per tutti i paesi in cui viene offerto il servizio, senza apprestare un qualsivoglia adattamento alle specificità dei singoli ordinamenti.

I casi "*Facebook*" e "*WhatsApp*" esaminati dalle Autorità per la concorrenza e dalla giurisprudenza italiana appaiono complementari a quanto di recente affrontato dalla Autorità tedesca per la concorrenza, la *Bundeskartellamt* (BKartA) nel-

⁵ I provvedimenti dell'Agcm sono commentati da G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Dir. inf.*, 2, 2017, 418 ss.

⁶ CV154.

⁷ PS/10601.

la decisione 6 febbraio 2019, B6-22/16⁸, con cui *Facebook* era stata condannata a modificare le proprie condizioni di servizio laddove condizionava la fornitura dello stesso alla circostanza che gli utenti a loro volta fornissero non solo i dati necessari per l'accesso al *social network* ma anche quelli prodotti dall'utilizzo di *WhatsApp* e *Instagram*. Secondo l'Autorità tedesca, infatti, tale comportamento poteva essere ricondotto ad un abuso di posizione dominante mediante il quale si frustrava il diritto all'autodeterminazione degli utenti. Tale pronuncia è stata poi sospesa, in via cautelare, dall'*Oberlandesgericht*, con decisione del 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19(V), nella quale la Corte d'Appello tedesca smentisce la ricostruzione del *Bundeskartellamt*, contestando al BKartA di non avere svolto sufficienti indagini nella prospettiva della *Als-ob Wettbewerb* e di non aver fornito sufficienti elementi sulle condizioni di garanzia della concorrenza⁹. Successivamente, in data 23 giugno 2020, la legittimità della decisione del *Bundeskartellamt* B6-22/16 è stata confermata dalla Corte federale di giustizia tedesca (decisione KVR 69/19): secondo il *Bundesgerichtshof*, non sussisterebbero seri dubbi sulla posizione dominante che ricopre *Facebook* nel mercato tedesco dei *social network*, né che la Piattaforma abbia abusato di tale posizione dominante secondo i termini già sanzionati dal *Bundeskartellamt*.

Sebbene si tratti di questione parzialmente diversa rispetto a quella esaminata in questa sede, e relativa, come detto, all'ipotesi di condotta anticoncorrenziale piuttosto che anti-consumeristica, è utile osservare che il giudice tedesco ha considerato in primo luogo come i dati raccolti dalla piattaforma *social* siano duplicabili, nonché come non sia in alcun modo riscontrabile una perdita di controllo degli stessi per gli utenti, in quanto l'attività di trattamento posta in essere da *Facebook* rispetta i termini di utilizzo e richiede il consenso. In secondo luogo, l'*Oberlandesgericht* ha sostenuto la natura essenzialmente gratuita della piattaforma, altresì sottolineando come il fatto che l'utilizzo della stessa sia subordinato al consenso al trattamento dei dati rappresenti un necessario bilanciamento dei vantaggi derivati dall'utilizzo di un *social network* supportato da pubblicità (e quindi gratuito). In sostanza, ha affermato la Corte d'Appello tedesca, è assolutamente legittimo un modello di *business* che preveda l'offerta di servizi gratuiti ma finanziati tramite pubblicità targettizzata per utenti che accettano i termini del servizio offerto¹⁰. D'altro canto, è notorio, proprio in Germania, come il valore medio di

⁸ Consultabile, anche in inglese, in www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.htm

⁹ Va notato che l'appello è stato proposto da Facebook nonostante la condanna della BKartA tedesca contenesse solo un ordine di *facere* (divieto di prosecuzione della prassi aziendale censurata) e non di pagamento di una sanzione pecuniaria.

¹⁰ Per un esame approfondito della pronuncia, si vedano M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, cit., 220 ss. e, nella letteratura tedesca T. Körber, *Die Facebook - Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?*, in *NZKart*, 4, 2019, 187 ss.

un account *Facebook* sia stimabile nell'ordine di circa 88 euro, proprio in ragione dell'utilizzabilità, a fini pubblicitari e commerciali, dei dati personali forniti dagli utenti¹¹. L'assunzione della consapevolezza del valore economico dei dati personali degli utenti, però, non può che rifluire anche sulla disciplina giuridica applicabile nei rapporti con questi e, dunque, sulla qualificazione della natura giuridica delle relazioni tra utenti e piattaforme *social*. Sono questi gli aspetti che si intendono approfondire nel presente studio.

2. I dati personali: attributi della personalità vs. beni di scambio

Lo sviluppo e l'innovazione tecnologica¹², che costantemente conforma il nostro modo di vivere (e non solo)¹³, ha determinato trasformazioni epocali anche per quanto concerne i diritti della personalità¹⁴, sia che ci si riferisca a quel-

¹¹ Questa la stima di Deutsche Bank Research, *Bid data. Die ungezähmte Macht*, 2014, 20.

¹² Come osserva correttamente S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto. Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2018, 45, «[t]radizionalmente lo sfruttamento degli attributi immateriali della persona ha riguardato prevalentemente il nome, l'immagine e altri elementi evocativi dell'identità, utilizzati per il loro valore notorio o in ragione di altre qualità della persona [...], l'evoluzione tecnologica [...] ha determinato un cambiamento qualitativo del valore da attribuirsi alle estrinsezioni immateriali della persona e delle possibilità del loro sfruttamento».

¹³ Si pensi, ad esempio, all'invenzione della fotografia, alla avvenuta diffusione della stampa, all'evoluzione delle tecnologie di elaborazione dei dati, agli sviluppi in ambito medico e scientifico che hanno condotto alla procreazione medicalmente assistita e alla nutrizione artificiale, ai contratti informatici, alle decisioni algoritmiche. Tali fenomeni sociali, resi possibili proprio grazie alla tecnologia, hanno stimolato le riflessioni dei giuristi, a partire da F. Carnelutti, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 921 ss.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; Id., *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, in *Dir. questioni pubb.*, 2005; P.M. Putti, *Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale*, in *Contr. impr.*, 6, 2014, 1229 ss.; G. Resta, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 6, 2014, 891 ss., e di A. Alpini, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, reperibile in *comparazionedirittocivile.it*. Più recentemente, inoltre, sebbene si tratti di un *software* creato nel 2009, ha assunto particolare rilevanza nel panorama internazionale, tanto che il legislatore italiano ne ha recentemente fornito una definizione normativa all'art. 8ter del d.l. 135/2018, conv. in l. 12/2019, la tecnologia *blockchain*. Sul tema si vedano, per tutti, M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. inf.*, 6, 2018, 989 ss.; S. Capaccioli, *La blockchain*, in *Tecnologia e diritto*, II, a cura di S. Ziccardi, P. Perri, Milano, 2019; M. Giaccaglia, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, 3, 941 ss.

¹⁴ Come noto ai civilisti, la nozione dei diritti della personalità è conquista giuridica relativamente recente. Basti considerare che, generalmente, la loro nascita come categoria viene fatta risalire all'opera di O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, la quale contiene un capitolo dedicato ai «*persönlichkeitsrechte*». Le motivazioni che sono alla base di siffatto «ritardo», in quello che potrebbe definirsi come «processo di valorizzazione» della persona umana, vanno ricercate prevalentemente nella visione che il Codice civile italiano del 1942 ci consegnava dell'uomo, ovvero sia quella di un soggetto il cui obiettivo principale consisteva nella accumulazione della ricchezza e nello scambio di beni e servizi, e la cui protezione era bensì garantita, ma affidata a complessi normativi altri rispetto al diritto civile, primo tra tutti quello del diritto penale. Si deve, quindi, agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza, prima, e all'intervento del legislatore nazionale e sovranazionale, poi, il pieno sviluppo di un impianto giuridico, costituito da una unica, o da una pluralità, a seconda che si acceda alla tesi monista o a quella pluralista, di situazioni giuridiche soggettive, aventi ad oggetto (gli attributi del)la persona, anche giuridica, in tutte le sue manifestazioni e sviluppi, passati, presenti, e futuri. Alla base del sistema dei

li attinenti alla persona intesa nella sua dimensione corporea (si pensi al materiale biologico umano, intorno alle quali esiste una fitta serie di norme nazionali e sovranazionali, finalizzate alla sua tutela e che ne regolano la circolazione)¹⁵, sia che ci si riferisca a quelli attinenti alla dimensione immateriale della persona (si pensi all'identità digitale¹⁶ e, prima ancora, alla reputazione, all'onore, all'immagine). A tale sviluppo tecnologico va ricondotto non solo l'avvenuto riconoscimento di un nuovo diritto della personalità, quello alla protezione dei propri dati

diritti della personalità vi è, dunque, l'esigenza, avvertita sempre più fortemente con l'evoluzione della società, di proteggere tutti quegli interessi della persona ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Le forme di protezione più rilevanti che circondano tali situazioni giuridiche possono facilmente essere individuate nel diritto penale, da una parte, e nel diritto civile, dall'altra. In questa sede, non ci si soffermerà oltre sul tema brevemente accennato: si rimanda a A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1959; A. Di Majo, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1962, 69 ss.; D. Messinetti, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983; O.T. Scozzafava, *Nuovi e vecchi problemi in tema di diritti della personalità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 207 ss.; A. Gambaro, *I diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 421 ss.; P. Rescigno, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; V. Zeno-Zencovich, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1996; Id., *I diritti della personalità*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, Milano, 2009; G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006. Nella letteratura straniera, si veda, in generale, R. Savatier, *Le métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Troisième série, Approfondissement d'un droit revouvé*, Parigi, 1959, 5 ss.; P. Tiercer, *Der Entwicklungsstand des Persönlichkeitsschutzes in Kontinentaleuropa*, in Aa.Vv., *Das Persönlichkeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Informationsauftrag und Menschenwürde: Vortragsveranstaltung*, München, 1989, 71 ss.; Karl-Nikolaus Peifer, *Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen*, Tubinga, 2001; N. Witzleb, *Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien*, Tubinga, 2002. Per importanti spunti comparatistici Stig Strömholm, *Right of Privacy and Rights of the Personality: A Comparative Survey*, Stoccolma, 1967, in particolare 25 ss.

¹⁵ È, questo, l'ambito di elezione della bioetica che si è sviluppato, sul piano filosofico, etico e giuridico, a partire dalla possibilità medica di addvenire alla procreazione medicalmente assistita (l. 40/2004) e che a sua volta ha posto ulteriori e delicati problemi di trattamento di dati personali sanitari (disciplinati dal d.m. 336/2004) che hanno reso necessario l'intervento autorizzatorio del Garante per la *privacy* (Autorizzazione n. 8/2016 al trattamento dei dati genetici). In dottrina si veda, per tutti, A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici cui adde A.L. Tarasco, *Etica e diritto nella sentenza costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Queste istituzioni*, 30 aprile 2014, in *questeistituzioni.it/fecondazione-artificiale-ruolo-paralegislativo-corte-constituzionale-ragioni-riforma-1787*, nonché in precedenza *Valori e diritto nel contratto di maternità surrogata*, in *Bioética y Ciencias de la Salud*, 2002, 22 ss. L'utilizzazione di parti del proprio corpo, scarsamente disciplinata dall'art. 5 c.c. (su cui si veda A. Galasso, *Biotechnologia e atti di disposizione del corpo*, in *Familia*, 2001, 911 ss.), è stata inaugurata dalla l. 458/1967, sul trapianto di rene; poi seguita dalla l. 483/1999 sul trapianto parziale di fegato; nonché dalla ancor più recente l. 167/2012 sul trapianto parziale di polmone, pancreas ed intestino. A livello europeo, invece, basti il riferimento alla direttiva 2010/45/UE del 13 luglio, del Parlamento e del Consiglio europeo, che stabilisce le procedure informative per lo scambio tra Stati membri di organi umani destinati ai trapianti. Sul tema dell'ingresso della logica mercantile nella sfera della persona, nella letteratura straniera, si vedano, per tutti, D. Nelkin L. Andrews, *Homo economicus: commercialization of body tissue in the age of biotechnology*, in *Hasting center report*, 1998, spec. 30 ss.; R.N. Nwabueze, *Biotechnology and the Challenge of Property: Property Rights in Dead Bodies, Body Parts, and Genetic Information*, Farnham, 2007.

¹⁶ Sul tema G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 511 ss.; e M.F. Cocuccio, *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 949 ss.; e G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 3, 2017, 723 ss.

personali¹⁷, ma anche l'affermarsi di un fenomeno inverso rispetto a quello, precedente, di «valorizzazione della persona» e che, con felice espressione, può essere definito di «reificazione»¹⁸. Quale che sia la giustificabilità morale¹⁹, e l'ammissibilità giuridica (sulla quale poi si ritornerà brevemente), di fatto non si può contestare l'esistenza del fenomeno del farsi *res* degli attributi della persona, sempre

¹⁷ Che può essere considerato come il risultato di una evoluzione della realtà fattuale, prima, e giurisprudenziale e normativa, poi, durato più di un secolo. Si deve necessariamente prendere l'abbrivio dal noto contributo di S. Warren, L. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard L. Rev.*, 1890, nel quale veniva concettualizzato per la prima volta il diritto a non subire ingiustificate intrusioni nell'ambito della propria vita privata, un diritto ad essere lasciati soli, e in pace, denominato *right to privacy*. Questo si è poi sviluppato nel nostro ordinamento, per via esclusivamente giurisprudenziale (riconosciuto per la prima volta da Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giust. civ.*, 1975, p. 1686 ss.; in *Dir. aut.*, 1975, p. 351 ss., con commento di G. Barbieri, *Approdo giudiziario della riservatezza*; in *Foro it.*, 1976, p. 2895, con nota di M. Monteleone; in *Dir. fam.*, 1976, p. 611 ss.; in *Giur. it.*, 1976, p. 970 ss.; in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 294 ss.), sotto la forma di diritto alla riservatezza, inteso come diritto al rispetto della propria vita privata. Si è giunti, infine, stante la consapevolezza che la crescita esponenziale delle modalità di conservazione e raccolta di informazioni è direttamente proporzionale alle possibili modalità di aggressione delle stesse, a un diritto alla protezione dei propri dati personali, e cioè di tutte quelle informazioni che identificano o rendono identificabile, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica e via dicendo. Si è passati, quindi, da una prospettiva negativa, escludente, adeguata ai rischi e alle aggressioni di fine XIX secolo, ad una positiva, dinamica, che assegna al soggetto il potere di controllare le informazioni che lo riguardano, pur muovendosi nell'ottica della libera circolazione delle stesse. In generale, sul tema della protezione dei dati personali, la dottrina è vastissima, pertanto ci si limiterà a rimandare a S. Rodotà, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 721 ss.; Id., *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 2 ss.; S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 563 ss.; V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, cit.; Id., *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, cit.; più recentemente, con riferimento alla nuova normativa, E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 113 ss. Per la lettura del diritto alla protezione dei dati personali come nuovo diritto della personalità, si vedano G. Alpa, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, 703 ss.; V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, 466 ss.; Id., *Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 733 ss.; S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, cit., 2 ss. Uno dei più grandi studiosi della materia, S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 589, ha brillantemente osservato come si sia passati «dal diritto d'essere lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni; dalla *privacy* al diritto all'autodeterminazione informativa; dalla *privacy* alla non discriminazione; dalla segretezza al controllo».

¹⁸ Vedi V. Cuffaro, *A proposito del ruolo del consenso*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich Milano, 1988, cit., 121; e G. Resta, *L'appropriazione dell'im-materiale*, cit., 41.

¹⁹ Per un interessante studio di tali problematiche, si rimanda al bel contributo di G. Pino, *Diritto e morale*, in *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, a cura di G. Bongiovanni, G. Pino, C. Rover-si, Torino, 2016, 3 ss., spec. § 3.

più inseriti nel mercato²⁰ e nei tradizionali circuiti di scambio²¹, nonostante le resistenze della massima parte della dottrina ferma nella tesi della incomunicabilità tra ciò che attiene strettamente alla persona e ciò che attiene invece ai traffici commerciali²².

Le sentenze n. 260/2020 e 261/2020 del Tar Lazio (caso *Facebook*), così come gli inimpugnati provvedimenti Agcm dell'11 maggio 2017 (caso *WhatsApp*), mostrano di tesaurizzare quella letteratura²³ che da tempo si è interessata del fenomeno della patrimonializzazione dei diritti della personalità²⁴, con particolare riguardo a quelli inerenti agli attributi immateriali della persona, suggerendo di superare una visione esclusivamente difensiva degli stessi, che non sia legata a doppio filo al requisito della non patrimonialità e all'unico rimedio della responsabilità extracontrattuale²⁵.

²⁰ È chiaro che anche il legislatore, in alcuni casi, si sia occupato di costruire un sistema di norme atte a regolare in maniera più chiara l'attività negoziale che può interessare i diritti inerenti alla persona. Basti pensare alla l. 633/1941 sul diritto d'autore. Sul piano empirico, invece, in assenza di regole scritte, importanti sono le riflessioni della dottrina: si vedano V. Zeno-Zencovich, voce *Personalità (diritti della)*, cit., 440 ss.; Id., *Profili negoziali*, cit., *passim.*, e G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 113 ss.; Id., *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 5 ss.

²¹ Di recente, il tema della utilizzabilità dei dati personali è venuto alla ribalta a causa dello scoppio della pandemia da Covid-19 che ha imposto di ripensare il tema della tradizionale massima riservatezza con cui i dati personali di origine sanitaria venivano trattati. Sul punto, si veda la *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19* del Comitato europeo per la protezione dei dati adottata il 19 marzo 2020 dal *Comitato europeo per la protezione dei dati*. Intorno all'utilità di tali dati, si veda ad esempio, S. Iaconesi, *Dati usati per ricostruire le relazioni sociali*, in *Sole 24 ore*, 5 aprile 2020, pag. 15

²² Preme precisare, comunque, che il riferimento che qui si fa al «mercato» è atto ad individuare quelle situazioni in cui sono i soggetti interessati al trattamento a mettere in circolazione i propri dati nei circuiti di scambio esistenti, e non quelle in cui sono i titolari del trattamento a disporre a favore di soggetti terzi.

²³ Oltre alla dottrina citata nella nota n. 15, sul tema della patrimonializzazione dei diritti della personalità, con particolare riferimento ai dati personali e ai rapporti di scambio, si vedano D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.; F. Olivero, *Dati personali*, cit., 157 ss.; A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano, 2011, 133 ss., spec. 135 ss.; F. Agnino, *Disponibilità dei diritti nei social network: fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, in *Giur. mer.*, 2555 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 689 ss.; Id., *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi-Galgano, Padova, 96 ss.; S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 513 ss.; Id., *Diritti della personalità*, cit., *passim*.

²⁴ Sottolineando, altresì, e a ragione, come il «tema dell'operazione economica e della sua disciplina in termini di fenomeno negoziale-contrattuale e di definizione e di regolazione di un mercato è rimasto assente o sullo sfondo nelle riflessioni della dottrina italiana, che ha continuato ad interrogarsi sul nuovo fenomeno dei dati personali ancora – e solo – in termini di diritti soggettivi assoluti [...]». Si veda, in tal senso, V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 96.

²⁵ Che, rispetto alla contrattuale, oltre, ovviamente, alle differenze strutturali, funzionali e disciplinari proprie del diritto interno, presenta delle rilevanti differenze anche per quanto attiene all'aspetto internazional-privatistico. Sebbene non debba dimenticarsi che, come osserva C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 101, «l'inserimento della persona nel circuito del diritto privato patrimoniale [...], per quanto possa apparire paradossale, è accaduto sul terreno del diritto positivo quando è stato

Come visto, anche nel recente passato, con riguardo al servizio di messaggistica *WhatsApp*, ai dati personali è stato condivisibilmente riconosciuto rilievo economico; e di tal guisa si è pervenuto ad una tutela dell'utente nella logica consumeristica, nonostante l'assenza di un formale corrispettivo in denaro da parte dell'utente (il che lascerebbe deporre, ad un primo e superficiale approccio, per la gratuità del rapporto contrattuale)²⁶.

Proprio il rilievo economico dei dati personali garantisce «in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiplo idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l'accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della *privacy* digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principî di trattamento lecito e prevenzione del rischio introdotti dall'art. 6, n. 4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016»²⁷.

La base teorica di tale condivisibile impostazione non può che ricondursi agli studi che sostenevano l'opportunità di un superamento della teoria generale dei beni²⁸, tutta incentrata (allora) sul requisito, ancorché non scritto, della mate-

previsto [...] il risarcimento del danno non patrimoniale e la lesione della vita [...] è assurda a fatto illecito civile», non si comprende per quale ragione anche nel caso in cui un soggetto compia degli atti negoziali aventi ad oggetto un proprio diritto della personalità la sua tutela dovrebbe rinvenirsi nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. e non, invece, come sarebbe consono, nella disciplina propria dell'atto giuridico posto in essere. Ecco perché sembra opportuno separare nettamente, quando ci si occupa di diritti della personalità, l'aspetto negativo e di tutela, attinente alla sfera morale di tali diritti, da quello positivo, e negoziale, attinente alla sfera patrimoniale, che ci fornisce lo studio delle nuove forme di circolazione di alcuni di tali beni.

²⁶ Secondo G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo*, cit., 420, «l'elemento della mancata gratuità del servizio reso dai *social network* permette così di guardare al rapporto tra utente e prestatore in un'ottica consumeristica, in special misura orientata alla garanzia della libertà di scelta nel mercato dei *consumer communication services* e, quindi, diretta al contrasto di concentrazioni e posizioni dominanti».

²⁷ G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo*, cit., 424.

²⁸ La letteratura sul tema dei beni, materiali e immateriali, è sterminata, per cui si è costretti a limitare i richiami a P. Greco, voce *Beni immateriali*, in *Noviss. dig.*, Torino, 1958; M. Are, voce *Beni. IV. - Beni immateriali. a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959; G. Pugliese, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1135 ss.; C. Maiorca, voce *Cose*, in *Enc. giur.*, Roma, 1986; D. Messinetti, voce *Beni immateriali I)*, *Diritto privato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; Id., *Circolazione dei dati personali*, cit., 339 ss. Più di recente G. Resta, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 21 ss.; A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 2012. Sulla tematica dei dati personali come beni aventi un rilievo economico ed la conseguente qualificazione onerosa dei relativi contratti, si vedano S. Rodotà, *Tecnopolitica*, Roma-Bari, 2004, 155 ss.; F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, 114 ss.; R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, ivi, 96 ss.; S. Sica-G. Giannone Codiglione, *I social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, 2717 ss.; F. Olivo, *Dati personali*, cit., 157 ss.; P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, 353 ss.; V. Zeno-Zencovich, F. Mezzanotte, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. inf.*, 2008, 148 ss. In letteratura straniera si vedano, invece, N. Purtova, *Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation*, in *Eur. J. Legal Studies*, 2010, 193 ss.; J. Litman, *Information Privacy/Information Property*, in *Stan. L. Rev.*, 2000, 1283 ss.; L. Lessig, *Privacy as Property*, in *Social Research: An International Quarterly of Social Sciences*, 2002, 247 ss.; P.M. Schwartz, *Property, Privacy and Personal Data*, in *Harv. L. Rev.*, 2004, 2056 ss.; B.A. Huberman, E. Adar, L.R. Fine, *Valuating*

rialità. Al diritto non è certo ignoto il generale fenomeno per cui alcune *res qui tangi non possunt* hanno assunto nel tempo la qualità di «bene» in senso giuridico²⁹, suscettibile di valutazione economica e, dunque, commerciabile³⁰: basti pensare ai beni culturali immateriali, dal 2003 oggetto di protezione quantomeno in ambito internazionale grazie alla Convenzione stipulata in sede Unesco³¹

Per i beni immateriali, però, il principio della tipicità e del numero chiuso caratteristico delle *res qui tangi possunt* è stato modulato diversamente rispetto ai beni materiali. Esso, infatti, «viene enunciato unicamente in relazione ai diritti “primari” su entità incorporeali e non anche in relazione ai diritti “derivati” di sfruttamento. Riguardo a questi ultimi prevale l’idea che l’autonomia negoziale possa liberamente creare posizioni soggettive atipiche aventi contenuto reale»³². Ciò significa sostanzialmente concepire come ripartito lo stesso diritto che insiste sul bene immateriale (come ad esempio il dato personale). Da una parte, la situazione giuridica oggetto di protezione in quanto diritto della personalità e dall’altra la situazione giuridica liberamente disponibile in quanto diritto (a contenuto economico) derivato dal primario diritto della personalità³³. Tale schema gene-

privacy, in *IEEE Security and Privacy Magazine*, 2005, 5, 22 ss.; A. Acquisti, L.K. John, G. Loewenstein, *What Is Privacy Worth?*, in *The Journal of Legal Studies*, 2013, 2, 249 ss.; R.S. Heimes, *Privacy and Innovation: Information as Property and the Impact on Data Subject*, in *New Eng. L. Rev.*, 2015, 649 ss.; G. Malgieri, B. Custers, *Pricing privacy. The right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2017, 294 ss.; A.G. Winegar, C.R. Sunstein, *How Much Is Data Privacy Worth? A Preliminary Investigation*, in *Journal of Consumer Policy*, 2019, 1 ss.

²⁹ È certamente a tutti noto come, difatti, oggi una parte assolutamente rilevante della ricchezza odierna sia costituita da beni immateriali. Tra questi, oltre al diritto d’autore, le invenzioni, i brevetti, i segni distintivi delle imprese, anche, si è correttamente sostenuto, la reputazione digitale (M. Zarro, *La tutela della reputazione digitale quale «intangibile asset» dell’impresa*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, 1507 ss.).

³⁰ Nel senso del necessario riconoscimento legislativo di diritti su entità incorporeali, v. V. Zeno-Zencovich, *Cosa*, in *Dig. civ.*, Torino, 1989, 438 ss., spec. 460. Il principio della tipicità, insieme a quello del *numerus clausus* dei diritti reali, è fortemente consolidato nella dottrina, soprattutto in quella meno recente.

³¹ La traduzione nell’ordinamento giuridico nazionale non è priva di difficoltà e resistenze, come è ricostruito in A.L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più) solo italiana*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2261 ss., ed ora in A.L. Tarasco, *Il patrimonio culturale. Concetto, problemi, confini*, Napoli, 2019, 93 ss., ed ivi ulteriori richiami bibliografici.

³² G. Resta, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. Resta, Torino, 2010, 24-25. In questo senso anche V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., spec. 574; e V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 100, secondo cui si può cogliere «una certa ritrosia a prendere atto che sull’attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero [...] due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità».

³³ Sulla natura non esclusivamente personale (ma anche patrimoniale) dei dati sembra trovarsi indiretta conferma anche nella complessa e interessante vicenda che ha riguardato il tema della morte e dell’eredità digitale, affrontato di recente dalla giurisprudenza tedesca (citare visto che viene richiamata; ma citare qui, non dopo). Il giudizio riguardava la richiesta, avanzata dai genitori di una minorene deceduta a seguito di un incidente in metropolitana, di poter accedere ai contenuti dell’*account Facebook* della figlia. A seguito di una prima pronuncia favorevole agli attori, e di un successivo ribaltamento in grado di appello, la Corte di Cassazione Federale, annullando la sentenza di appello, ha affermato la sussistenza del diritto di accesso in capo ai genitori della defunta facendo applicazione dei principi di diritto successorio, ai sensi dei quali i beni (anche imma-

rale appare pienamente applicabile ai dati personali per i quali è stato affermato che «sull'attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insist[ono], per la natura così speciale del bene, due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative e assolute, un diritto delle obbligazioni e un diritto assoluto della personalità»³⁴. Così ragionando, riconoscendo l'esistenza di un elemento separato rispetto alla persona che ne è titolare, sebbene riferibile a questa, si giunge a giustificare il potere di disporre per contratto di quegli stessi diritti immateriali della personalità³⁵.

Partendo dal diritto alla protezione dei propri dati, regolato per la prima volta nella legge 31 dicembre 1995, n. 675 (che sembrava tralasciare quasi del tutto l'aspetto circolatorio per privilegiare quello di tutela), e passando per il Codice della *privacy* (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) si è giunti ad una regolazione che sembra prendere in considerazione l'esistenza di un mercato di dati personali e la possibilità che di essi si possa disporre mediante contratto. È, infatti, proprio nel regolamento (UE) n. 2016/679 (cd. GDPR)³⁶, che è stata scorta la «possibilità di costruire e definire il fenomeno trattamento dati anche in chiave economica e di mercato»³⁷.

Naturalmente tale lettura non è priva di ostacoli giuridico-fattuali.

2.1. *Patrimonialità e liceità della prestazione avente ad oggetto dati personali*

Oltre al profilo “dinamico” della personalità, con conseguente difficoltà di individuare il carattere della vincolatività proprio del diritto dei contratti e delle obbligazioni, va evidenziato che se si volesse sostenere la libera disponibilità degli attributi

(materiali) che formano parte del patrimonio del defunto entrano a far parte del patrimonio ereditario. Si vedano Landgericht Berlin, Urteil vom 17.12.2015, Az. 20 O 172/15; Kammergericht, Urteil vom 31.05.2017, Az. 21 U 9/16; Bundesgerichtshof, BGH, Urteil vom 12. Juli 2018, Az. III ZR 183/17). Per quanto concerne la letteratura, invece, trattandosi di temi che sono stati assai approfonditi soprattutto negli ultimi anni, è obbligatorio il rimando a G. Resta, *La morte digitale*, cit., 891 ss.; Id., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, 1, 2019, 85 ss.; G. Camardi, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 65 ss.

³⁴ Così V. Ricciuto, *op. ult. cit.*, 100. Il corsivo è nostro.

³⁵ Questa è l'opinione espressa da V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 690 ss.; e Id., *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 96 ss.

³⁶ Recante il «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE». Per l'ordinamento italiano, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della *privacy*), dal ultimo modificato con d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

³⁷ Così V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 691, il quale (*op. ult. cit.*, 711 ss.) indica quale elemento che fa propendere per l'avvenuto riconoscimento dell'esistenza di un mercato dei dati nel menzionato regolamento il fatto che l'art. 20 regolamento (UE) n. 2016/679 (cd. GDPR) attribuisce al soggetto interessato al trattamento dei dati il diritto di ottenere il trasferimento dei propri dati dall'originario titolare (con un vero e proprio dovere giuridico in capo a questi) ad un altro.

ti della personalità mediante contratto, dovrebbe essere verificata la sussistenza del requisito della patrimonialità richiesto sia come prestazione oggetto dell'obbligazione (art. 1174 c.c.) che come natura del rapporto contrattuale (art. 1321 c.c.)³⁸.

Tuttavia, il concetto di patrimonialità della prestazione non è nozione univoca in dottrina. Infatti, ai fautori di una teoria soggettiva, che consegnano alla volontà delle parti la valutazione circa la patrimonialità della prestazione, si oppongono i sostenitori della teoria oggettiva (oggi prevalente) che, consapevoli del rischio di confondere patrimonialità della prestazione e giuridicità del vincolo, sostengono la necessità di valutare la prima in base al contesto ordinamentale o sociale in cui questa viene pattuita³⁹. Nel primo caso, la patrimonialità sussisterebbe purché la prestazione non si ponga in contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume, risolvendosi quindi la valutazione della prestazione nella verifica della liceità della stessa; nel secondo caso, invece, la patrimonialità della prestazione sarebbe rinvenibile nel fatto stesso che di quel determinato bene si dispone sul mercato. Di quest'ultima circostanza non è dato dubitare, sebbene nella maggior parte dei casi gli atti dispositivi inerenti agli attributi immateriali della persona non siano ancora passati dallo stadio della tipicità sociale a quello della tipicità legale⁴⁰. Tale patrimonialità, dunque, potrebbe essere implicitamente riconoscibile nella rilevanza economica del dato personale e dall'esistenza di un «mercato» in cui tali dati personali vengono obiettivamente «commerciati».

Più complesso, invece, il discorso relativo alla liceità⁴¹ del contratto che abbia ad oggetto diritti della personalità. Questa, difatti, va esclusa solamente per quegli atti dispositivi a titolo oneroso che riguardano la persona intesa nella sua corporeità, stante l'esistenza di un articolato impianto normativo⁴², generale e

³⁸ Su tali temi, ampiamente, S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 66 ss. Attenta dottrina (F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente*, cit., 112) ha invece ritenuto del tutto superflua la necessità di chiarire la sussistenza di tali requisiti così come quella di risolvere il problema «onerosità-gratuità» del rapporto che si instaura tra singolo utente e *social network* escludendo alla radice che possa discorrersi di contratto. Secondo il medesimo Autore, si potrebbe fare ricorso per inquadrare tale rapporto alla categoria del contratto di rete, figura contrattuale caratterizzata «da singoli contratti bilaterali idonei ad assumere un significato pratico apprezzabile, e quindi una precisa rilevanza giuridica, solo qualora si trovino inseriti nel contesto di altre relazioni bilaterali della medesima natura».

³⁹ Maggior fautore della teoria oggettiva è stato M. Giorgianni, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, 38 ss. Dello stesso avviso la dottrina pressoché maggioritaria, v., *ex multis*, P. Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 185 ss., F. Carresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1987, 17; A. Palazzo, *Le donazioni*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991; e G. Amadio, *La condizione di inadempimento. Contributo allo studio del negozio condizionato*, Padova, 1996.

⁴⁰ Per alcuni esempi di contratti socialmente tipici con i quali si dispone di attributi della persona si pensi al contratto di sponsorizzazione o a quello di *testimonial*.

⁴¹ Nozione che, come correttamente osserva S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 78, spesso è stata erroneamente sovrapposta a quella della indisponibilità con riguardo ai diritti della personalità.

⁴² Vedi per tutti G. Resta, *Autonomia contrattuale*, cit., che al § 4 ne offre una interessante panoramica.

speciale, che regola la materia degli atti dispositivi del corpo⁴³ e li relega esclusivamente nell'alveo della gratuità.

Discorso diverso, invece, va fatto per quel che concerne gli attributi immateriali (o astratti) della persona e, cioè, tutti quei caratteri che non rientrano nella sua sfera corporea, come l'immagine, il nome, la voce o i dati personali, appunto. In queste ipotesi, infatti, non rinvenendosi alcuna normativa da cui poter dedurre il divieto di porre in essere atti di disposizione a titolo oneroso da parte del titolare⁴⁴, non sembrano sussistere quei «limiti imposti dalla legge» all'autonomia privata, di cui all'art. 1322, comma 1 c.c. Sotto tale profilo, lo scambio di dati personali come controprestazione (sempre, beninteso, dietro adeguato consenso ed informativa e non con le modalità adottate da *Facebook* o *WhatsApp* e poi sanzionate dall'Agcm) sarebbe pienamente lecita⁴⁵. Tale scambio, che tuttavia non integra una compravendita *stricto sensu*, difettando il trasferimento della proprietà tipico di tale contratto, non esclude la necessità di un controllo su tali eventuali pattuizioni ai sensi dell'art. 1343 c.c. In sostanza, se si concorda con l'affermazione secondo cui «l'art. 1322 c.c. svolge una funzione di filtro, impedendo l'ingresso nell'ordinamento giuridico di schemi negoziali inidonei [...], mentre l'articolo 1343 c.c. ha il compito [...] di valutare la conformità del concreto regolamento di interessi all'ordinamento giuridico»⁴⁶, ne consegue che sono ammessi atti dispositivi aventi ad oggetto gli attributi immateriali della persona, non essendo vietati esplicitamente nel nostro ordinamento, ma questi non possono in ogni caso porsi in contrasto con le norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume.

Da quanto appena detto deriva poi la necessità di verificare alcune questioni assai rilevanti che sono ricollegabili all'avvenuto riconoscimento della possibilità della commercializzazione dei dati personali. Basti pensare a quella relativa alla loro appartenenza⁴⁷: sebbene i dati personali possano essere considerati beni

⁴³ Approfonditamente G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 4-8; Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, cit., 808.

⁴⁴ Come correttamente osserva V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità*, cit., 510.

⁴⁵ Per un riconoscimento giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi sottesi ad un contratto che abbia ad oggetto attributi immateriali della persona, si veda Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, in tema di contratto di sponsorizzazione.

⁴⁶ Così A. Astone, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, 259.

⁴⁷ Sul tema della proprietà e della circolazione dei dati personali, si vedano, per tutti, P. Rescigno, *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit.; V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., 562 ss.; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.; F. Olivo, *Dati personali*, cit., 157 ss.; A. Nicolussi, voce *Autonomia privata*, cit., 144 ss.; S. Thobani, *La libertà del consenso*, cit., 513 ss.; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., 689 ss.; G. Alpa, *La "proprietà" dei dati personali*, cit., 13 ss. Con riguardo alla letteratura straniera, in generale, e con posizioni differenti, M. Dorner, *Big Data und "Dateneigentum"*, *Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels*, in *Computer und Recht*, 2015, 617 ss.; H. Zech, *Daten als*

immateriali⁴⁸, la dottrina maggioritaria è orientata in senso sfavorevole alla sussistenza di un diritto di proprietà (intellettuale) sugli stessi⁴⁹. Da ciò deriva pure l'impossibilità – tranne isolate, seppur autorevoli opinioni⁵⁰ – di discorrere di atto dispositivo, in quanto mai il soggetto potrebbe definitivamente trasferire la proprietà dei dati a terzi, potendosi unicamente sussistere facoltà e poteri dell'interessato, ma non già un supposto diritto a cederli liberamente a terzi⁵¹. Anche chi sostiene la necessità di ammettere l'esistenza di un mercato di circolazione dei dati personali, comunque riconosce che «[n]el modello della *privacy* gli attributi individuali sono configurati come costitutivi dell'identità ed al pari di questa insuscettibili di dismissione definitiva per atto del suo titolare»⁵². Appare, quindi, assai complicato poter sostenere che mediante l'atto dispositivo concernente i propri dati personali questi fuoriescano dalla sfera giuridica di appartenenza del disponente in maniera completa e definitiva. In tal senso, non di compravendita vera e propria dovrebbe parlarsi, ma più correttamente di utilizzazione dei dati personali che sempre restano nella sfera dominicale del suo originario titolare⁵³.

Wirtschaftsgut - Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers", ivi, 2015, 137 ss.; Id., *Data as a tradeable commodity*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, 2017, 51 ss.; J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 5 ss.; Aa.Vv., *Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-10*, 2017, 1 ss.

⁴⁸ E ciò accade anche e nonostante l'assenza di una corrispondente situazione giuridica soggettiva sugli stessi collocabile nell'alveo dello schema proprietario, in quanto l'art. 810 c.c. del 1942, diversamente rispetto al codice precedente del 1865 (che all'art. 406 definiva beni tutte le cose che possono essere oggetto di proprietà), fa riferimento a beni che possono formare oggetto di diritti, senza alcuna ulteriore specificazione.

⁴⁹ Se ciò è sicuramente vero in senso giuridico, è altrettanto vero che, in virtù del fatto che le grandi società tecnologiche detengono la quasi totalità dei dati personali, queste possono essere definite come proprietarie quantomeno in senso economico. Questo è il ragionamento di N. Duch-Brown, B. Martens, F. Mueller-Langer, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, in *Digital Economy Working Paper 2017-01; JRC Technical Reports*, 23-24. Sembra potersi affermare come l'evoluzione tecnologica stia (tra le altre cose, anche) provocando una perdita di centralità del diritto di proprietà nel nostro ordinamento, sempre più sostituito dallo "stratagemma giuridico" delle licenze e delle forniture di servizi. Basti pensare al fenomeno degli *e-books* i quali, sebbene il congegno giuridico creato dai contraenti assuma la forma di una classica vendita, questi non possono essere donati o prestati ad altri. Per questo ed altri interessanti esempi sul tema, si rimanda a A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore e connessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 471 ss., qui 480 ss. Analizza brevemente alcune ipotesi anche M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, cit., 209-211.

⁵⁰ G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 124 ss.

⁵¹ Si veda, per tutti, A. Orestano, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 119 ss., ma spec. § 9.

⁵² Così G. Resta, *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Dir. inf.*, 2004, 45. Preme comunque sottolineare come autorevole dottrina ha ritenuto potersi includere nell'alveo del fenomeno dispositivo non solo «ogni atto giuridico che importi diminuzione del patrimonio [...] ossia importi perdita», ma anche l'atto dal quale derivi una «limitazione di diritti patrimoniali»: così E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 292.

⁵³ Va comunque rilevato che, come rilevano P. Jurcys, C. Donewald, J. Globocnik, M. Lampinen, *My Data, My Terms: A Proposal for Personal Data Use Licenses*, cit., 3, nel *California Consumer Privacy Act* del 2018,

Sulla scorta di tali riflessioni, è stato affermato che la suddivisione, all'interno del diritto della personalità alla protezione dei propri dati personali, tra diritto assoluto e diritto relativo potrebbe non essere calzante⁵⁴, perché non potendosi, appunto, dismettere tale diritto, l'unica possibilità sarebbe quella di permettere l'utilizzo o lo sfruttamento mediante un atto unilaterale come il consenso o mediante la conclusione di un contratto o l'assunzione di una obbligazione.

Vi è, poi, una serie di altre (rilevanti) problematiche come quella relativa alla natura negoziale o meno del consenso al trattamento dei dati personali⁵⁵, oppure quella relativa alla disciplina applicabile in caso di vizi dello stesso. Pur ammesso che si possa discorrere di contratto (sebbene non traslativo) avente ad oggetto dati personali, sia come prestazione principale sia come prestazione accessoria, appare problematica l'individuazione del tipo contrattuale e, di conseguenza, della disciplina in concreto applicabile⁵⁶.

3. *L'utilizzo di Facebook è gratuito?*

Oltre ai profili giuridici sopra segnalati, certamente l'argomento centrale attorno a cui ruotano le pronunce del Tar Lazio n. 260 e 261 del 2020 è rappresentato dalla configurabilità o meno come contratto gratuito dell'iscrizione alla piattaforma *Facebook*; in sostanza, il Tar è stato chiamato ad affrontare il tema della qualificabilità (gratuita o onerosa?) dell'uso della piattaforma pur in presenza di una sistematica attività (peraltro non adeguatamente evidenziata dalla socie-

è espressamente prevista l'ipotesi della vendita di dati personali e che «consumers have the right to require companies to disclose what information about a particular consumer they are collecting for sales and business purposes (§ 1798.115) and can even opt-out of sales of their personal data (§ 1798.120)».

⁵⁴ Vedi S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 63 ss.

⁵⁵ Il *punctum dolens* sta tutto nella concezione di consenso "libero" che viene fatta propria dal GDPR. Da una lettura del combinato disposto di cui agli artt. 4, n. 10 e 7, comma 4 si potrebbe sostenere che, tutte le volte che sia rispettato il diritto dell'interessato a ricevere informazioni ampie e chiare sulla natura dell'atto che sta per compiere (cosa che *Facebook* non sembra aver fatto), sarebbe ammissibile concepire il consenso al trattamento dei dati come controprestazione al servizio fornito dal *social network*: v. G. Resta, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di G. Resta, F. Caggia, Roma, 2019, 128 ss. Sul tema del consenso, oltre alla dottrina citata, che comunque si occupa (anche) di tale tematica, si vedano S. Patti, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 4, 455 ss.; S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 6, 621 ss.; e, più recentemente, I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 1, 67 ss. La questione che qui maggiormente interessa, però, è quella del consenso inteso come elemento che concorre alla formazione della fattispecie contrattuale (scambio di dati contro servizio di *social networking*).

⁵⁶ Su tutti questi temi vedi le approfondite riflessioni di V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., 553 ss.; G. Resta, *Autonomia privata*, cit., 250 ss.; Id., *Autonomia contrattuale*, cit., 99 ss., e spec. § 5; V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 121 ss.; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., *passim*; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 436 ss.

tà e, dunque, autonomamente censurabile) di raccolta e utilizzo dei dati personali degli stessi utenti della piattaforma. Se l'uso del *social* è condizionato (e senza possibilità di alternative) all'utilizzo di tali dati personali (identità personale, contatti, fotografie, localizzazioni geografiche e preferenze desunte dalla navigazione)⁵⁷, si pone il problema giuridico della configurazione dell'iscrizione a *Facebook* come gratuita, secondo quanto recitava lo *slogan* (poi edulcorato) della sua schermata iniziale («*Facebook è gratis e lo sarà sempre*»): se l'utilizzo di quei dati da parte del colosso americano sono le condizioni per la fruizione del servizio, si può in termini astratti definire l'iscrizione e l'uso di *Facebook* come «gratuita»?

La tesi della società *Facebook* è nel senso che il servizio sarebbe fornito agli utenti gratuitamente; la nozione di gratuità eccepita è evidentemente tecnico-oggettiva: nessun corrispettivo patrimoniale (nemmeno indiretto) è richiesto.

Opposta la ricostruzione dell'Antitrust, accolta dal G.A. nel giudizio sfociato nelle sentenze n. 260 e 261 del 2020: «Sino al 15 aprile 2018, l'utente che accedeva alla homepage di *Facebook* per registrarsi sulla Piattaforma (sito *web* e *app*), a fronte di un *claim* sulla gratuità del servizio offerto «*Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre*», non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di *FB*»⁵⁸. L'informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come contro-prestazione del servizio offerto dal *social network*, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, osservava Agcm, «i ricavi provenienti dalla pubblicità *on line*, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di *Facebook Ireland Ltd.* e il 98% del fatturato di *Facebook Inc.*».

Le notazioni dell'Antitrust sono coerenti con la strategia commerciale di *Facebook* che è essenzialmente focalizzata sulla conclusione di accordi con terze parti per monetizzare il valore dei dati personali trattati. In pratica, come si evince anche dalle sentenze del Tar Lazio n. 2620 e 2621 del 2020 in merito alle valutazioni dell'Agcm, *Facebook* non trasferisce i dati personali degli utenti a terzi ma li elabora per fini di pubblicità “targettizzata”, ossia calibrata sulla profilazione dei propri utenti, dopo che di questi sono stati analizzati, tra l'altro, tendenze e preferenze di consumo. In pratica, *Facebook* – più che cedere a terzi i dati personali dei propri utenti – li rielabora onde comprendere le preferenze commerciali di questi così da proporre i “consigli per gli acquisti” più adatti; ed in tal modo esso realizza la quasi totalità dei propri ricavi. Detto altrimenti, i dati personali degli

⁵⁷ Una precisazione è, però, dovuta. Difatti, alcuni dati sono naturalmente necessari ai fini dell'erogazione del servizio (basti pensare a quelli della carta di credito per il pagamento del bene acquistato online, o l'indirizzo di consegna), e la loro “cessione” è inevitabile. È con riguardo, invece, a tutti gli altri dati richiesti ai fini di compiere attività di profilazione e di *marketing* che si può parlare di corrispettivo in senso giuridico.

⁵⁸ Cfr. § 18 del provvedimento.

utenti vengono utilizzati da Facebook per fornire a terzi la possibilità di creare una pubblicità (c.d. *advertising*) sempre più calibrata sulle esigenze in qualunque modo espresse dal singolo utente.

Come si è accennato sopra (v. § 1.1, in fine), l'Agcm sosteneva (v. provvedimento PS11112, n. 27432, § 5 e 23, pratica *sub b*) che Facebook avesse previsto un meccanismo che, tramite vari passaggi, comportava la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito web/app) del social network ai siti web/app di terzi e viceversa, senza preventivo consenso. Ma il Tar Lazio ha ritenuto tale pretesa trasmissione automatica frutto di un evidente travisamento dei fatti da parte dell'Autorità ed ha accolto il ricorso della società irlandese, annullando, *in parte qua*, il provvedimento Agcm (pratica *sub b*).

Può dirsi, dunque, acclarato che il trasferimento dei dati personali non avviene in alcuna direzione: né da parte dell'utente verso Facebook né da parte di questi verso terze imprese commerciali, anche se sono queste ultime a remunerare la piattaforma *social* proprio in ragione del fatto che Facebook offre la pubblicità di prodotti sulla base di analisi mirate dei dati personali degli utenti⁵⁹.

Nondimeno, il rilievo economico dei dati personali trattati da Facebook, ancorché non ceduti a terzi, impone una tutela non limitata alla sfera della *privacy* (come ad esempio: revoca del consenso, accesso, rettifica, oblio); infatti, come condivisibilmente ritenuto dal Tar Lazio, la tesi fatta valere in giudizio da Facebook «sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un “*asset*” disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di “controprestazione” in senso tecnico di un contratto»⁶⁰.

3.1. Sulla nozione di onerosità dei contratti di iscrizione ai social network

Contrariamente all'impostazione difensiva di parte ricorrente ed in linea con quanto ritenuto dal Tar Lazio, è indubbio che il contratto sia qualificabile a titolo oneroso tutte le volte in cui i contraenti ricevono una controprestazione, qualunque essa sia, ancorché non identificabile con un flusso monetario, mentre si configura a titolo gratuito quando solo uno dei contraenti riceve dall'altro una prestazione che gli arreca un vantaggio⁶¹.

⁵⁹ Dati personali che, comunque, mantengono un valore economico *ex se*, e sono inquadrabili come controprestazione del rapporto utente-piattaforma, a prescindere dall'utilizzo che questa ne faccia con i terzi.

⁶⁰ Tar Lazio, n. 261/2020, cit., § 6.

⁶¹ Di questo avviso è la dottrina maggioritaria: si vedano, per tutti, A. Cataudella, *Bilateralità, corrispettività e onerosità*, in *Studi senesi*, 1968, 98; O.T. Scozzafava, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 71; E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 722; P. Morozzo Della Rocca, voce *Negozi a titolo gratuito*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, 2002, 1-2.

Si tratta di una distinzione apparentemente semplice ed intuitiva, ma che in realtà merita di essere approfondita⁶². In primo luogo, va evidenziato come il contratto oneroso non sempre è caratterizzato dalla corrispettività, intesa come collegamento tra le due prestazioni, che trovano dunque reciproca giustificazione, con la conseguenza che il contratto può, sì, essere a titolo oneroso, ma potrebbe non sussistere quel nesso tra prestazioni che lo rende «a prestazioni corrispettive»⁶³. In conclusione «[t]utti i contratti con prestazioni corrispettive sono onerosi, ma non tutti i contratti onerosi sono con prestazioni corrispettive»⁶⁴.

In secondo luogo, a partire dalla differenza tra liberalità e gratuità⁶⁵, se è vero che nel contratto gratuito manca un corrispettivo, ciò non esclude che sussista un interesse, anche patrimonialmente valutabile, in capo a chi effettua la prestazione, pur se questi non ricava direttamente una prestazione in senso stretto dalla controparte⁶⁶.

Ebbene, se è vero che il fenomeno della gratuità del contratto ha ormai acquisito una posizione di grande rilevanza⁶⁷, ciò non può condurre a confutare che «la logica dello scambio [*continua a*] prevale[re] sulla logica del dono» e, dunque, che «la prima e più elementare ragione giustificativa degli spostamenti di ricchezza [...] è la reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici»⁶⁸. In fondo, è l'egoismo che ispira ogni atto giuridico (e non); e di ciò non può che risentire anche la fenomenologia contrattuale, sia privata che pubblica.

Ecco perché, in linea con quanto ritenuto dal Tar Lazio nelle sentenze 260 e 261 del 2020, è da respingere l'idea che la gratuità di rapporti vada configurata tutte le volte in cui manca un corrispettivo monetario immediato. Infatti, atte-

⁶² Innanzitutto, per distinguere quelle ipotesi in cui a tale terminologia il legislatore fa riferimento in senso atecnico rispetto a quelle in, invece, è «più pregnante, quanto meno, da un punto di vista giuridico». V. O.T. Scozzafava, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, cit., 68.

⁶³ Purché, quindi, pur non essendoci sinallagma, la parte che effettua l'attribuzione patrimoniale riceva un vantaggio dall'altra.

⁶⁴ V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2011, 440. Dottrina minoritaria, seppur autorevole, ha criticato in passato la riconduzione della *species* della corrispettività al *genus* della onerosità: si v. U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 142 ss.; *contra, ex multis*, P. Morozzo Della Rocca, voce *Negozi a titolo gratuito*, cit., 2.

⁶⁵ Anche in questo caso vale infatti un principio simile a quello su accennato e, cioè, che «se è vero che tutti gli atti di liberalità sono gratuiti, non è vero il contrario». Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 839.

⁶⁶ Situazione che potrebbe essere definita come di gratuità interessata. Nella giurisprudenza di legittimità si veda come esempio paradigmatico quello dell'avallo di cambiali compiuto da una società a favore di altra, giuridicamente autonoma dalla prima: Cass., 14 settembre 1976, n. 3150.

⁶⁷ Difatti, come efficacemente affermato da autorevole dottrina, ci troviamo ormai «lontani dalla concezione ispiratrice del Codice civile del '42 che – nell'ottica del diritto privato patrimoniale – relega il contratto “gratuito” a mera eccezione del “corrispettivo”, guardandolo addirittura con sospetto». Così A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo-S. Mazzaresse, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2008, 5.

⁶⁸ Così V. Roppo, *Il contratto*, cit., 369. Il corsivo è mio.

so che il nucleo fondante dell'attività di *Facebook* consiste nella raccolta e trattamento di dati personali messi a disposizione degli utenti (che pur non erogano un corrispettivo economico), e che proprio tali dati vengono utilizzati per la profilazione degli utenti medesimi e per finalità di analisi del mercato (*marketing*)⁶⁹, appare ingenuo sostenere che «Facebook è gratis. E lo sarà sempre», in quanto sono i dati stessi a rappresentare il compenso per il *social network*, ovvero la contropartita immediata e diretta⁷⁰ del servizio di *networking*. In sostanza, nonostante la mancanza di un prezzo stabilito per poter accedere a *Facebook*, la piattaforma genera un valore economico sfruttando, su larga scala, proprio i dati personali ceduti dagli utenti⁷¹.

Si pensi che nella proposta di direttiva COM/2015/0634, presentata nel dicembre del 2015 dalla Commissione Europea, «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale»: l'art. 3, comma 1, prevedeva espressamente che questa si applicasse «ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato». Inoltre, il «Considerando» n. 13, riconosce al di là di qualsiasi ragionevole dubbio che «nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato». Partendo da tale consapevolezza, la Commissione ritiene irragionevole «introdurre una differenziazione a seconda della natura della «controprestazione» poiché ciò «significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati»; ne deriva l'applicabilità delle disposizioni della pre-

⁶⁹ Tutti i dati personali di cui disponiamo a favore, tra gli altri, di *Facebook* vengono utilizzati, dopo essere stati rielaborati, per fornire a soggetti terzi la possibilità di creare un *advertising* sempre più mirato al singolo utente. Sulla rilevanza, ai fini della sussistenza del carattere oneroso del contratto, dell'intera operazione economica considerata nel suo complesso, si veda E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 722.

Resta chiaro che i dati personali assumono un valore ove trattati in grandi quantità, così come accade nel caso di specie mentre, presi in relazione ad un singolo individuo perdono parte della loro appetibilità. Privilegiando un approccio squisitamente economico, il *Financial Times* ha creato un algoritmo per calcolare il valore dei dati personali. Reperibile in ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/#axzz2WDzN1Z8V.

⁷⁰ In assenza di tali caratteristiche della controprestazione, secondo G. Scalfi, *Corrispettività e alea nei contratti*, Varese, 1963, 105, non si potrebbe discutere di onerosità.

⁷¹ Sulla ammissibilità, nonostante le modifiche alla menzionata direttiva e il parere espresso dal GEPD, dello scambio tra dati personali e altre prestazioni sulla scorta di una interpretazione sistematica e testuale dell'art. 7, comma 4 GDPR, v. G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 426 ss.

sente direttiva» a prescindere dal fatto che la fornitura del servizio dipenda «dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione».

È noto, altresì, che a tale proposta seguì l'intervento, mediante parere n. 4 del 2017, del Garante Europeo della protezione dei dati (GEPD), nel quale veniva fortemente stigmatizzato l'utilizzo del termine "controprestazione" in riferimento ai dati personali, i quali, in virtù della natura di diritto fondamentale che deve essere attribuita al diritto alla loro protezione, non possono essere considerati alla stregua di una merce. Anche se può ripugnare alla coscienza dei più, la visione "mercantilistica" dei dati personali è comunque nella sostanza prevalsa, come si ricava dal fatto che nella Direttiva 2019/770/UE, l'art. 3, comma 1 se è vero che non fa (più) riferimento alla controprestazione, è pur vero che parla del «caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico». Nonostante la diversa terminologia utilizzata rispetto all'originaria proposta del Parlamento e del Consiglio COM(2015) 634, non può negarsi che la Direttiva del Parlamento e del Consiglio mostra chiara consapevolezza della rilevanza economica dei dati personali immessi dagli utenti dei servizi a contenuto digitale e che questi, anche se non qualificati espressamente come una "controprestazione", rappresentano obiettivamente quel che «il consumatore fornisce o si impegna a fornire» all'operatore economico in cambio del «contenuto digitale o un servizio digitale» ricevuto.

E poco importa che il dato personale non possa essere considerato oggetto di un diritto di proprietà, perché se l'utente, al fine di perseguire il proprio interesse (fruizione del servizio⁷²) rinuncia ad un bene che ha un rilievo economico a favore di chi tale interesse può soddisfare, a sua volta soddisfacendo il proprio, non vi è chi non veda come questo congegno giuridico possa essere ricondotto nell'alveo della (corrispettività e, quindi, anche della) onerosità. A meno di non voler concordare con quanto capziosamente sostenuto in giudizio da *Facebook Ireland Ltd.*, secondo la quale «se anche si accettasse che la fornitura di dati personali possa costituire una forma di corrispettivo per l'uso del servizio, i consumatori non sarebbero comunque ingannati dalla condotta della società giacché l'utente medio comprende il termine 'gratuito' secondo il significato tipico e ordinario del termine stesso, e quindi secondo il senso con cui questo è utilizzato – vale a dire, che non vi è alcun costo finanziario»⁷³.

⁷² Non patrimoniale, seppur sempre suscettibile di valutazione economica (v. art. 1174 c.c.), giacché l'utente-consumatore, mediante l'accesso al *social network*, persegue obiettivi che ineriscono strettamente allo sviluppo della persona umana (sviluppo che ciascuno è libero di perseguire e raggiungere come meglio crede, ovviamente).

⁷³ Vedi Provvedimento Agcm PS11112, n. 27432, p. 36.

In sintesi, «[l]a qualificazione dell'atto come oneroso dipende dal verificarsi in capo a tutti i soggetti del rapporto giuridico da esso scaturente di un sacrificio»⁷⁴. E nel caso di specie quest'ultimo corrisponde, valutando il rapporto, ovviamente, dalla prospettiva di entrambe le parti, da un lato all'interesse della piattaforma *social* ad ottenere il diritto al trattamento dei dati degli utenti, e dall'altro, invece, all'interesse di questi ultimi ad utilizzare i servizi offerti dalla piattaforma⁷⁵. Negare la qualificazione giuridica in termini onerosi al rapporto in esame, per come si delinea obiettivamente, significherebbe, ad avviso di chi scrive, anche sottovalutare l'utente e disconoscere la sua capacità di percepire il rilievo patrimoniale delle proprie condotte nei rapporti con i terzi⁷⁶.

Sotto altra angolazione, chi nega la tesi dell'onerosità dovrebbe pure spiegare quale sarebbe il vantaggio economico delle società del gruppo *Facebook* in assenza del trattamento (interessato) dei dati personali degli utenti: come farebbero, queste, a ricercare e conseguire quel lucro che è elemento teleologico-costitutivo della società? È piuttosto nello scambio (*lato sensu*) tra dati personali e possibilità di accesso alla piattaforma che va individuato il nesso di corrispettività; è nello "scambio" tra la "fornitura di dati" e "fornitura del servizio" che si caratterizza la normale onerosità del contratto. Tale moderna forma della onerosità caratterizza, a ben vedere, tutte le modalità di accesso ai servizi digitali che pur si presentano come apparentemente gratuiti: da *Facebook* a *WhatsApp*, da *YouTube* a *Instagram* fino al colosso di *Google* con tutte le sue articolazioni che si pretende siano ostentatamente filantropiche, come *Google Arts & Culture* (che, infatti, lucra a scapito dei diritti di proprietà delle diverse Amministrazioni pubbliche sulle relative collezioni). Basti pensare che secondo le stime fatte dal Garante europeo per la pro-

⁷⁴ Così P. Morozzo Della Rocca, voce *Negozi a titolo gratuito*, cit., 1.

⁷⁵ Si pensi che, secondo G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 417, addirittura «sorge il dubbio che la situazione si possa rovesciare: sono gli utenti che forniscono un servizio (di dati) a determinate imprese e vengono da questi remunerati con dei servizi digitali». Ciò si afferma (anche) in virtù del fatto che l'utente consumatore continua a fornire i propri dati anche quando non utilizza il servizio, poiché interagendo con funzionalità e pubblicità della piattaforma, vengono aggiunte ulteriori informazioni al profilo mediante *cookies*.

⁷⁶ D'altronde, questa scarsa (o inesistente) consapevolezza che sovente accompagna l'utente nella conclusione di rapporti con piattaforme *online* "gratuite" non sembra possa escludere l'esistenza di tale accordo mediante il riferimento alla totale assenza di volontà giacché qui in questi casi non vi è bensì alcun trasferimento definitivo di un bene da un patrimonio ad un altro, ma si tratta di un servizio che funziona in maniera ininterrotta (a meno che, come già osservato, non si cancellino tutti i *cookies* o, più drasticamente, si decida di rompere il proprio dispositivo). Si veda, al riguardo, B. Custers, *Click here to consent forever: Expiry dates for informed consent*, in *Big Data & Society*, 2016, 1 ss. Non è un caso, infatti, che sia stato correttamente sostenuto come, al fine di creare un sistema di licenze per dati personali che aiuterà le persone a determinare le condizioni per concedere a terzi l'accesso agli stessi, «individuals must understand that their personal data is valuable and should be armed with tools that enable them to manage data relationships with third parties». Così P. Jurczyk, C. Donewald, J. Globocnik, M. Lampinen, *My Data, My Terms: A Proposal for Personal Data Use Licenses*, in *Harvard J. L. & Technology, Digest Spring 2020*, 33, 2.

tezione dei dati personali (GEPD), il “mercato” europeo dei dati personali nell’economia digitale vale ben 300 miliardi di euro⁷⁷.

Se la ricostruzione fosse errata, gli enti privati gestori di quei servizi sarebbero da qualificarsi non come società ma come multinazionali della carità universale. Il che è falso.

D’altro canto, è la corrispettività la norma di qualsiasi umana operazione negoziale. Ce lo insegnava già Adam Smith che, proprio nel teorizzare la logica dello scambio, ne *La ricchezza delle nazioni* riconosceva con franchezza da pochi altri ammessa che «l’uomo ha un bisogno quasi costante dell’aiuto dei suoi simili, ed invano se l’aspetterebbe soltanto dalla loro benevolenza. Potrà più probabilmente se può indirizzare il loro egoismo a suo favore, e mostrare che per loro è vantaggioso fare ciò che egli richiede (...). Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro desinare, ma dalla considerazione del loro interesse personale. Non ci rivolgiamo alla loro umanità ma al loro egoismo»⁷⁸. Declinati tali principi nella fattispecie in esame, può affermarsi che, *Facebook* ambisce alle informazioni personali e il consumatore desidera ottenere determinati prodotti o servizi. In questa dialettica, anche nel caso di Facebook possono rinvenirsi gli elementi tipici del commercio che, come noto, si configura non solo quando ad essere scambiato è il denaro ma anche quando si cedono altre utilità.

L’egoismo, dunque, lungi dal dover essere avversato, rappresenta il motore potente di ogni attività umana e non va mascherato ipocritamente dietro insistenti operazioni gratuite che non reggono a confronto né della comune morale societaria né dei fatturati delle relative società. Se, dunque, il contratto corrispettivo è perciò stesso oneroso, ben si può aderire all’impostazione del Tar Lazio che ha giudicato poco persuasiva⁷⁹ la concezione del dato personale fatta valere in giudizio da *Facebook Inc.* È, invece, nel processo di patrimonializzazione dei dati personali che va individuata l’onerosità corrispettiva del contratto di iscrizione alla piattaforma *social*.

⁷⁷ GEPD, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*, Bruxelles, 2014. Sulla circostanza che le piattaforme online siano adeguatamente remunerate in dati personali, oltre alla dottrina italiana citata in precedenza, si veda anche A. Metzger, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2016, 817 ss.; Id., *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, 1 ss.; e M. Bisges, *Personendaten, Wertzuordnung und Ökonomie*, in *Multimedia und Recht*, 2017, qui 301.

⁷⁸ A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, a cura di Anna e Tullio Biagiotti, Milano, (1776) 2013, 30-31 (corsivi nostri).

⁷⁹ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 414 invece, in riferimento alle teorie che sostengono, appunto, la gratuità di tali servizi, hanno detto che esse sono frutto di una «profonda misconoscenza (per dirla eufemisticamente) sia del diritto che dell’economia».

Tale considerazione può giudicarsi non solo ragionevole sulla base dei veduti principi (logici e giuridici) di carattere generale, ma anche pacifica presso le istituzioni comunitarie e diverse Autorità indipendenti⁸⁰.

La Commissione Europea, ad esempio, negli “Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE” relativa alle pratiche commerciali sleali del 2016⁸¹, sostiene che «[i] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi»; anche la Consumer Protection Cooperation Network, nel 2019 ha ritenuto che «*Facebook failed to clarify that their business model and main source of revenue are based on the commercial use of data and generated content that users give in exchange of using Facebook’s services*»⁸²; analogamente, l’Agcm, nel procedimento istruttorio attivato a carico di *WhatsApp* e, dunque, diverso da quello poi sfociato nelle sentenze n. 260 e 261 del 2020, ha riconosciuto che «la rilevanza economica dei dati degli utenti [...] per la stessa *WhatsApp* che ha, infatti, dichiarato la possibilità di utilizzarli direttamente per ottenerne un ricavo tramite, ad esempio, un servizio di messaggistica relativa a notifiche e aggiornamenti per conto di altri operatori economici»⁸³. Di tal guisa, «[i] dati degli utenti di *WhatsApp* assumerebbero [...] rilevanza economica in quanto la loro condivisione consentirebbe a *Facebook* di migliorare la propria attività di *advertising* e a *WhatsApp* di prevedere che su servizi fondati sui dati potrebbe ricevere un compenso economico»⁸⁴. A ciò si aggiunga che l’art. 3 della direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali stabilisce che la normativa si applica, oltre che naturalmente ai contratti in cui il contenuto o servizio digitale è servito dietro corrispettivo di un prezzo, «altresì nel caso in cui l’operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico».

⁸⁰ Preme ricordare, oltre a quanto si dirà subito appresso, che la natura di prestazione corrispettiva dei dati personali degli utenti *social* è riconosciuta anche nell’ambito delle valutazioni delle concentrazioni tra imprese. Si veda quanto affermato dalla Commissione europea nel caso *Comp/M.7217– Facebook/Whatsapp*: «[t]he vast majority of social networking services are provided free of monetary charges. They can however be monetized through other means, such as advertising or charges for premium services».

⁸¹ Commissione europea, *Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016, 28, reperibile in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN.

⁸² Consumer Protection Cooperation Network, *Consumer Protection Cooperation Action on Facebook’s Terms of Service*, Bruxelles, Aprile 2019, reperibile in ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu_consumers/documents/factsheets_on_the_changes_implemented_by_facebook.pdf.

⁸³ Agcm, procedimento istruttorio 11 maggio 2017, n. PS/10601 (Pres. Pitruzzella, rel. Muscolo), punto 28, in Agcm.it/doccms/DOC/allegati-news/PS10601_scorrsanz_omi.pdf, annotata da G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo*, cit., 418 ss.

⁸⁴ Agcm, procedimento istruttorio 11 maggio 2017, n. PS/10601, cit., punto 29.

Sulla base di tali evidenze, appare scarsamente contestabile che i dati personali ben «possono costituire un *asset* disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di controprestazione in senso tecnico di un contratto»⁸⁵; e ciò anche a prescindere dall'alienazione definitiva degli stessi dati, evidentemente non configurabile per la natura personalissima degli stessi, come già rilevato *retro*.

Ad ulteriore conferma di tale tesi si pensi che una delle novità introdotte dalla Direttiva 2019/770/UE consiste proprio (art. 13, 14 e 16) nell'attribuzione al consumatore-utente della possibilità di esperire una serie di rimedi «contrattuali» (*id est* riduzione in pristino del servizio e diritto di recesso) anche quando il servizio non è prestato dietro pagamento di un prezzo⁸⁶. Dal che si desume come sia pienamente assentita anche la fornitura dei propri dati personali dietro corrispettivo (ovvero, se si preferisce, l'utilizzazione di servizi digitali dietro fornitura dei dati), a prescindere dalla espressa qualificazione di tale fornitura quale controprestazione in senso stretto.

Tale impostazione, concettuale e giuridica, comunque pienamente aderente all'ordinamento vigente, anche europeo, comporta la riconduzione dell'atto di iscrizione nella piattaforma *social* di *Facebook* (ma lo stesso dicasi per ogni altro *social network*) nell'alveo contrattuale⁸⁷, prima, e sinallagmatico-oneroso, poi⁸⁸. Il superamento della tesi che rinviene in tali rapporti un contratto di tipo gratuito

⁸⁵ Tar Lazio, sez. I, n. 260 e 261 del 2020, cit., § 6. Così ragionando il Tar Lazio mostra di avvalorare la tesi secondo cui possono presentarsi aspetti diversi di uno stesso diritto della personalità: l'uno avente carattere assoluto e contenuto non patrimoniale e l'altro avente carattere relativo e contenuto patrimoniale. Sul tema si vedano, per tutti, V. Zeno-Zencovich, *Profili negoziali*, cit., spec. 574, che individua l'oggetto del negozio nella prestazione più che nell'attributo; e V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 100, secondo il quale si può cogliere «una certa ritrosia a prendere atto che sull'attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero [...] due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità». *Contra*, però D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali*, cit., 339 ss.; e A. Orestano, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 161 ss. Contraria alla necessità di ricorrere a tale ricostruzione dogmatica anche S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 63, la quale sottolinea come «non sia necessario tentare di individuare un bene esterno al soggetto da poter trasferire», poiché con l'attività contrattuale relativa ai diritti della personalità non vi è nulla da trasferire, non essendo possibile, ma, bensì, si assume una obbligazione di *patti, facere* o non fare.

⁸⁶ Sul tema qui solamente accennato si veda, in generale, A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali nella proposta di Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018.

⁸⁷ Poiché la manifestazione per eccellenza dell'autonomia privata è il contratto, il problema per gli studiosi è stato principalmente quello di interrogarsi sulla ammissibilità e i limiti di commistione tra autonomia privata e diritti della personalità. Per tutti, vedi G. Resta, *Contratto e persona*, cit., 3 ss.

⁸⁸ Molto spesso, invece, come è stato correttamente osservato (vedi G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 414 e 422 ss.; V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica*, cit., 121 ss.), si è fatto addirittura ricorso a categorie giuridiche diverse rispetto a quella del contratto, come quella delle obbligazioni naturali o a quella dei rapporti di mero fatto o a categorie che nemmeno accedono all'area del giuridicamente rilevante, come quella dei rapporti di cortesia.

costituisce non una impotente accettazione, per il giurista, di logiche mercantili-stiche ma, al contrario, consente all'interprete di estendere ogni possibile garanzia giuridica all'utente (anche prevista dal Codice del consumatore) ben oltre la stretta normativa sulla protezione dei dati personali.

Ne deriva, pertanto, l'opportunità (e la necessità) di indagare intorno alle conseguenze che comporta il riconoscimento di un rapporto di tipo oneroso e a prestazione corrispettive tra il soggetto che fornisce un servizio digitale e quello che tale fornitura remunera mediante i propri dati personali. Infatti, è noto che solo nel contratto gratuito il contraente che deve effettuare la prestazione potrà rivestire una posizione più vantaggiosa sia, ad esempio, nella fase fisiologica⁸⁹ dello stesso che in quella patologica⁹⁰; regole diverse sono stabilite anche per la fase costitutiva⁹¹. Viceversa, solo nel contratto a prestazioni corrispettive, quale quello di iscrizione a *Facebook*, è applicabile il rimedio funzionale della risoluzione⁹², in quanto la prestazione dell'un contraente trova giustificazione in quella dell'altro. Il che comporterebbe la possibilità, in questo caso, anche per il *social* che fornisce il servizio di risolvere il contratto nel caso in cui, in ipotesi, i dati dell'utente si scoprissero incompleti o non veritieri.

4. *Trattamento dei dati personali e applicabilità del Codice del consumo*

L'importanza della ricostruzione del rapporto utente-*social network* in termini di contratto a titolo oneroso si riverbera nell'applicabilità della normativa consumeristica in tema di tutela del contraente (debole) rispetto alle pratiche commerciali scorrette eventualmente realizzate dal professionista-imprenditore. Infatti, è noto il *favor* con cui il legislatore (generalmente) circonda gli atti caratterizzati dalla onerosità giacché maggiore è la protezione assicurata all'acquirente a titolo oneroso quando si tratti di risolvere conflitti, individuare una discipli-

⁸⁹ Si pensi al *favor* che il legislatore manifesta con la previsione di cui all'art. 1371 c.c., ai sensi del quale, nell'ipotesi in cui «il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito».

⁹⁰ Come nell'ipotesi di inadempimento, laddove: i) è prevista, dall'art. 1468 c.c. una disciplina *sui generis* di risoluzione; e ii) la responsabilità del contraente che avvantaggio l'altro a titolo gratuito è valutata con maggiore indulgenza, rilevando molto spesso solo il dolo o la colpa grave (v., ad esempio, artt. 1710, comma 1 e 1821, comma 2).

⁹¹ Difatti, l'art. 1333 c.c. prevede che il contratto si debba ritenere concluso nel caso in cui il contraente che riceve la proposta non provveda a rifiutarla il che, evidentemente, differisce dalle modalità di conclusione del contratto, per così dire, tipiche, di cui all'art. 1326 c.c. Sulla *vexata quaestio* relativa alla natura uni/bilaterale della situazione giuridica scaturente dalla proposta di cui al menzionato art. 1333 c.c. si rimanda, per tutti, a E. Damiani, *Sulla inutilità del negozio unilaterale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 599 ss.

⁹² È chiaro in tal senso l'art. 1453 c.c., laddove limita chiaramente il rimedio risolutorio ai contratti con prestazioni corrispettive.

na o garantire tutela (si pensi, rispettivamente, a quanto stabilito dagli artt. 534, 1054 e. 2901 c.c.). Ecco che, allora, se ci si muove nell'ottica secondo cui l'utente del *social network* è (anche) consumatore, e vanta un diritto (della personalità) alla protezione dei propri dati, le conseguenze derivanti dall'inquadramento del rapporto che si instaura con la piattaforma sembrano essere (soprattutto) positive.

Nella vicenda che ha interessato il Tar Lazio nel 2020, la ricostruzione intorno alla qualificabilità a titolo oneroso (e non gratuito) del contratto di iscrizione alla piattaforma *Facebook* rappresenta la premessa per poter giungere all'affermazione di responsabilità in ordine alle condotte tenute dal colosso americano come pratiche commerciali scorrette⁹³, disciplinate, come noto, dal d.lgs. 146/2007, emanato in attuazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali.

Infatti, solamente dopo aver qualificato il rapporto *Facebook*-utente come contratto a titolo oneroso appare poi applicabile la normativa contenuta nel Codice del consumo; diversamente, se fossero state ritenute fondate le censure di *Facebook* relative all'assenza di qualsivoglia corrispettivo a carico dell'utente per l'utilizzo del servizio, l'unica disciplina applicabile sarebbe stata quella sulla *pri-*

⁹³ La dottrina sul tema è sterminata il che impone di limitare i rimandi. Si vedano M. Clarich, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, 688 ss.; F. Ghezzi, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, 680 ss.; M. Libertini, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 147 ss.; R. Garofoli, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra autorità*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2013; F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.; P. Magnani, *Attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati*, in *Riv. soc.*, 2014, 1195 ss.; M.R. Raspanti, *Il nuovo assetto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette: "reddite quae sunt auctoritatis auctoritati"*, in *Conc. merc.*, 2015, 155 ss.; G. Barozzi Reggiani, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2016, 683 ss.; A. Fachechi, *Gli orientamenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (anni 2014-2015)*, in *Conc. merc.*, 2016, 497; M. S. Bonomi, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, fasc. 6, 793; M. Cappai, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, 879 ss.; E. M. Barbieri, *Pratiche commerciali scorrette o ingannevoli e quantificazione delle relative sanzioni*, in *Nuovo not. giur.*, 2018, 8 ss.; I. Garaci, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 61 ss.; A. Gagliardi, *Pratiche commerciali scorrette*, Milano, 2018; C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *I Contratti*, 2019, 493; F. Bernardi, *Il diritto "generale" delle pratiche commerciali scorrette e le discipline "settoriali"*, in *Pers. merc.*, 2019, 2, 23 ss.; A. Aiello, *Nozioni di professionista e di pratiche commerciali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. media*, 2019, 282 ss.; B. Rabai, *Ancora sul riparto di competenze tra autorità antitrust e autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 366 ss.; A. Verdesca, *Pratiche commerciali scorrette e tutela dei consumatori: tra conformazione del contratto e poteri delle authorities*, in *Corriere giur.*, 2019, 943 ss.; O. Pini, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o «consumatore di servizi finanziari» - Un focus sul riparto fra Consob e Agcm in materia di pratiche commerciali sleali*, in *www.rivistaaic.it*, 2019; I. Speciale, *Le discipline sulle pratiche commerciali scorrette al vaglio della corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2019, 2595 ss.

privacy e, conseguenzialmente, le relative sanzioni avrebbero potuto essere irrogate dal relativo Garante.

Orbene, nel caso “Facebook” i giudici amministrativi hanno ritenuto ingannevole il fatto che la società abbia adottato, nella fase di prima registrazione dell’utente nella piattaforma *social*, «un’informativa ritenuta da Agcm priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti».

5. *Pratiche commerciali scorrette*

Come noto, le pratiche commerciali scorrette sono disciplinate dalla direttiva 2005/29/CE che è stata attuata nell’ordinamento nazionale dagli artt. 18 - 27-*quater*, d. lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo)⁹⁴. La *ratio* giustificativa della norma è stata individuata nella compensazione «della debolezza contrattuale – derivante dallo squilibrio informativo nei rapporti con il professionista – del soggetto che pone in essere atti negoziali per scopi oggettivi di consumo»⁹⁵. Ma non solo: indirettamente ad esser tutelato è il corretto funzionamento del mercato concorrenziale per il tramite della garanzia della libertà di scelta del consumatore⁹⁶.

In relazione all’ambito applicativo oggettivo, la nozione di “pratica” commerciale scorretta evoca il concetto di “attività”, e non di “atto” negoziale, che pone in essere l’imprenditore o il professionista. Si tratta, pertanto, di un comportamento che ha valenza generale e che si inserisce, in quanto tale, nell’ambito di una strategia di impresa o professionale finalizzata a trarre illeciti vantaggi economici con pregiudizio delle parti contrattuali deboli.

Secondo l’art. 20 cod. cons., comma 1, una pratica è scorretta se ricorrono due condizioni: *i*) la sua contrarietà alla «diligenza professionale»; *ii*) la sua idoneità «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o

⁹⁴ Sulla rilevanza, anche ai fini della valutazione sulla correttezza delle pratiche commerciali, del mancato rispetto del dovere di fornire un’informazione completa e trasparente in merito al trattamento dei dati personali, v. Tar Lazio, sez. I, 11 aprile 2018, n. 5043, in *Diritto & Giustizia*, 17 maggio 2018 (con nota di G. Milizia, *Consumatore correttamente informato, produttore non multato*), che ha dichiarato lecito in linea di principio l’uso dei suoi dati per fini commerciali ove ciò sia esplicitato nell’informativa della *privacy* accettato dall’utente.

⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, § 9, in *Riv. regolazione mercati*, 2019, 366, con nota di B. Rabai, *Ancora sul riparto di competenze tra autorità antitrust e autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 366 ss.

⁹⁶ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378. Sull’inottemperanza delle sanzioni dell’Agcm e la conseguente applicabilità dell’art. 27, comma 1, cod. cons., cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5912.

del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»⁹⁷.

La scorrettezza prescinde dalla concreta lesione, ma sussiste anche quando la pratica commerciale è pur solo «idonea» a falsare il comportamento del consumatore⁹⁸; quest'ultimo, però, è stato definito senza indulgere ad atteggiamenti paternalistici, come comportamento proprio di un consumatore «medio», ovvero sia un soggetto normalmente informato, con un buon livello di istruzione, ragionevolmente attento ed avveduto⁹⁹.

Al fine di qualificare una pratica commerciale come scorretta è sufficiente dimostrare la loro potenzialità lesiva per le scelte che i consumatori desiderino di effettuare, al di fuori da condizionamenti decettivi.

5.1. *Pratiche commerciali ingannevoli*

Nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, il Codice del consumo distingue quelle ingannevoli e quelle aggressive.

Mentre le pratiche commerciali scorrette sono generalmente vietate, quelle aggressive e quelle ingannevoli si trovano, tra di loro, in un rapporto di *species a genus* rispetto alla prima, rappresentando due divieti specifici¹⁰⁰ per i quali il legislatore ha già compiuto una valutazione di scorrettezza.

Quanto alle pratiche commerciali ingannevoli, il Codice del consumo differenzia due fattispecie. La lesione della corretta formazione della volontà del consumatore può derivare, infatti, sia da una attività positiva del professionista (e l'art. 21 Codice del consumo discorre di azioni ingannevoli) che da una attività negativa, consistente nella omissione di informazioni importanti per il consumatore (come nel caso delle omissioni ingannevoli di cui all'art. 22 Codice del consumo)¹⁰¹.

⁹⁷ Il riferimento alla diligenza professionale deve essere inteso non come richiamo alla colpa ma alla buona fede quale regola di condotta oggettiva alla quale la parte forte deve conformare la propria attività concreta. L'art. 18, lettera h), cod. cons. definisce, infatti, la «diligenza professionale» come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista». La giurisprudenza è assai ricca di spunti: si vedano, tra le altre, Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 3347 e Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976.

⁹⁸ Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3353; Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5000 e, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2019, n. 2814.

⁹⁹ V., *ex multis*, C. giust., 16 luglio 1998, C-210/96 e C. giust., 27.11.2008, C-252/07. Per la giurisprudenza amministrativa, v. Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1259, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, p. 1959, con nota di Zampano.

¹⁰⁰ Sulla distinzione tra la pratica commerciale aggressiva e quella ingannevole, si veda Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3904, in *Foro amm.*, 2012, 7-8, 2046.

¹⁰¹ L'art. 21 Cod. cons. stabilisce che «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua pre-

L'azione ingannevole si sostanzia generalmente nella comunicazione di informazioni non veritiere o di informazioni comunque idonee ad indurre in errore il consumatore¹⁰²; secondo la giurisprudenza amministrativa, il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica. Ove ricorrano cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata¹⁰³.

Più complessa è l'individuazione delle omissioni ingannevoli, stante la difficoltà di delineare quali informazioni non fornite siano state idonee ad indurre in inganno il consumatore¹⁰⁴.

5.2. *Pratiche commerciali aggressive*

Per quanto concerne le pratiche commerciali aggressive, queste sono definite dall'art. 24 Codice del consumo secondo cui «è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

sentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

¹⁰² Secondo Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2019, n. 8227, il carattere della pratica commerciale deve essere valutato *ex ante* dal momento che la ratio della disciplina in materia di pratiche scorrette è quella di «salvaguardare la libertà di autodeterminazione del destinatario di un messaggio promozionale da ogni erronea interferenza che possa, anche solo in via teorica, incidere sulle sue scelte e sui riflessi economici delle stesse fin dal primo contatto pubblicitario».

Sul significato del requisito dell'ingannevolezza della pratica commerciale, v. Cons. St., sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378, in *Foro amm.*, 2017, 9, p. 1840.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. VI, n. 4378/2017, cit.

¹⁰⁴ Secondo Cons. Stato, sez. VI, n. 4378/2017, cit., la condotta omissiva – per essere considerata ingannevole – deve avere ad oggetto «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno» per prendere una decisione consapevole (art. 22 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE). Pertanto, in tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un «invito all'acquisto» – locuzione che comprende le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque «rilevanti» le informazioni relative alle «caratteristiche principali del prodotto» (art. 22, comma 4 e art. 7, par. 4, della direttiva cit.). In assenza di tali informazioni, un invito all'acquisto si considera quindi ingannevole.

Le pratiche commerciali aggressive potrebbero essere paragonate a quelle alterazioni e condizionamenti del processo volitivo, in questo caso del consumatore, che nel rapporto tra pari rientrerebbe nell'alveo di due vizi del consenso disciplinati nel Codice civile, e cioè la violenza e il dolo: infatti, la struttura fondante della pratica aggressiva è qualsiasi atto che rappresenti una molestia, una coercizione, un condizionamento indebito del consumatore tali da indurre quest'ultimo ad effettuare una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso¹⁰⁵.

La giurisprudenza ha qualificato le pratiche commerciali aggressive come "illeciti di pericolo", dal momento che deve essere effettuato un giudizio pronostico *ex ante*, avendo riguardo alla «potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari, indotti ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso»¹⁰⁶.

6. *Pratiche commerciali scorrette e riparto di competenza tra Autorità indipendenti*

Un punto problematico classico dell'intervento sanzionatorio dell'*Antitrust* è rappresentato dai rapporti con le altre Autorità indipendenti: in relazione alla stessa o a plurime condotte realizzate dai professionisti, infatti, una o più Autorità indipendenti di settore potrebbero ritenere di dover avviare istruttorie nei loro confronti al termine delle quali irrogare altrettante sanzioni a carico dell'impresa. In questi casi, indipendentemente dalla specifica competenza territoriale (che per il Garante nazionale della *privacy* è determinata dal combinato disposto degli articoli 3 e 55 Regolamento GDPR 27 aprile 2016 n. 679¹⁰⁷), come si regola la

¹⁰⁵ Sulle pratiche commerciali aggressive, v. Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763, in *Foro amm.*, 2011, 6, 2087.

¹⁰⁶ Cons. Stato sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2019, n.3347; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3095.

¹⁰⁷ In linea di principio, il Regolamento UE assegna la competenza all'Autorità indipendente «nel territorio del rispettivo Stato membro» (art. 55, comma 1); tuttavia, ai sensi dell'art. 3, comma 1, la competenza territoriale del Garante nazionale si radica altresì allorquando il trattamento dei dati personali sia «effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione». Ciò che rileva, in pratica, è la sede dello stabilimento aziendale nell'ambito del quale avviene il trattamento che, materialmente, può anche avvenire fuori dai confini nazionali o addirittura europei. Se non soccorresse tale criterio, atteso il "mercato transfrontaliero" dei dati personali e la sede legale straniera di molte multinazionali, raramente potrebbe essere individuata la competenza territoriale del Garante italiano per la *privacy*. Pertanto, nonostante la sede statunitense di *Facebook Inc.* (in California) e quella irlandese di *Facebook Ireland Ltd.* (a Dublino), la sede aziendale operativa di *Facebook Italy S.r.l.* in Italia (a Milano) consente di radicare presso il Garante italiano per la *privacy* la competenza a conoscere eventuali illeciti trattamenti pur effettuati materialmente all'estero dalla stessa multinazionale avente sede legale oltre confini.

competenza tra le Autorità di settore e quali sono le condizioni in presenza delle quali può dirsi non integrato il divieto (di origine penalistico) del *ne bis in idem*?

Ricostruendo la condotta rilevante come condotta storica e non come bene giuridico protetto, nel caso giurisprudenziale sfociato nelle sentenze del Tar Lazio n. 260 e 261 del 2020 un problema di conflitto tra Autorità e di plurime sanzioni per la stessa fattispecie non sembra porsi; e ciò proprio in quanto è unico il fatto contestato e, dunque, la condotta giuridicamente rilevante. Correttamente, infatti, il Tar Lazio lo ha escluso ritenendo che la condotta tenuta da *Facebook* sia riconducibile in modo esclusivo alle pratiche commerciali scorrette disciplinate nel Codice del consumo e non anche, invece, agli illeciti trattamenti dei dati personali contemplati nel Codice della *privacy* (art. 167). Di tal guisa, non si è posto un problema di applicabilità di più discipline alla pluralità di fattispecie concrete quanto di sussunzione dell'unica fattispecie concreta nella fattispecie astratta riconducibile all'una o all'altra normativa di settore (tutela della concorrenza o protezione dei dati personali); e nella specie, l'unica contestazione concretamente mossa a *Facebook* è stata riconducibile alle pratiche commerciali scorrette.

Così ragionando, si fuga *in nuce* il pericolo di un effetto plurisanzionatorio della medesima condotta storica posta in essere dal professionista che gestisce il *social network*, mentre si pongono le premesse giuridiche per l'astratta applicazione di più sanzioni in corrispondenza delle plurime condotte che lo stesso professionista potrebbe realizzare nello svolgimento della propria attività (come nel caso di acquisizione ingannevole dei dati personali, prima, e di loro illecito trattamento, poi)¹⁰⁸.

Se, astrattamente, è ben possibile l'intervento di più Autorità indipendenti e, dunque, l'applicazione di più sanzioni in correlazione a plurime violazioni di discipline di settore tra di loro antinomiche, tale possibilità genera un ulteriore problema rappresentato dalla possibile violazione del principio (di origine penalistico) del *ne bis in idem*, applicabile anche alla materia in discorso.

Tuttavia, a ben vedersi, conformemente al più recente e prevalente orientamento giurisprudenziale¹⁰⁹, il divieto del *ne bis in idem* può essere integrato solo allorquando lo stesso fatto storico-naturalistico venga «punito» doppiamente (secondo l'insegnamento risalente a Corte cost. n. 43/2018) e non quando si

¹⁰⁸ Si vedano, *ex multis*, V. Mosca, *Il riparto di competenza sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 519 ss.; G.M. Barsi, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, 1, 151 ss.; M. Cappai, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 879 ss.; Id., *Quando l'erosione dei limiti costituzionali avviene dall'interno: il caso dell'art. 27, comma 1-bis del codice del consumo e della sua (presunta) natura interpretativa*, in *Riv. trim. AIC*, 2018, 1 ss.; M Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, 926 ss.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 7699/2019, cit., part. § 13.

realizzino più condotte ciascuna delle quali sia separatamente sanzionabile in base a distinti plessi normativi che tutelano differenti beni giuridici.

In particolare, poiché l'intervento di distinte Autorità indipendenti presuppone l'incompatibilità delle discipline che ciascuna di queste applica, il rischio della violazione del *ne bis in idem* viene scongiurato dalla giurisprudenza comunitaria¹¹⁰ ed amministrativa¹¹¹ dal momento che se sussiste incompatibilità ciò significa che, per definizione, non può venire in rilievo il "medesimo fatto" e, quindi, «si è fuori dal perimetro delle questioni problematiche poste dal concorso di norme e conseguentemente anche dal *ne bis in idem*»¹¹². Nel caso di specie trattato nelle sentenze

¹¹⁰ Corte di giust., sez. II, 13 settembre 2018.

¹¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, in *Riv. regolazione mercati*, 2019, 366 (s.m.)

¹¹² Secondo quanto stabilito da Cons. Stato, sez. VI, n. 7699/2019, cit., part. § 13. I rapporti di competenza tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che opera nel mercato generale con funzioni di vigilanza, e l'Autorità di regolazione, che opera nel settore particolare, sono oggi disciplinati dall'art. 19, comma 3, Codice del consumo: «in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni di disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si applicano a tali aspetti specifici». Tale formulazione rappresenta il punto di arrivo di una lunga evoluzione che parte dalle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 11-13 e nn. 15-16 dell'11 maggio 2012 che si sono occupate del rapporto tra la normativa generale relativa alle pratiche commerciali scorrette e la normativa di settore relativa alle comunicazioni elettroniche. Sul conflitto di competenza tra Autorità preposta alla concorrenza (Agcm) e quella che presidia alle comunicazioni (Agcom), Cons. St., Ad. Pl., 11.05.2012, n. 11 (in *Foro amm. CDS* 2012, 5, 1094; in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 953, con nota di L. Torchia; in *Giurisdiz. amm.*, 2012, 58) aveva affermato la competenza dell'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom), e non dell'Autorità antitrust (Agcm) a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni, attesa la presenza di requisiti di specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza. L'Adunanza plenaria ha escluso, conseguenzialmente, la contemporanea applicazione di due diverse norme disciplinanti la medesima fattispecie e, dunque, la competenza concorrente di entrambe le Autorità indipendenti. In senso analogo anche Cons. Stato, Ad. Plen., 11.05.2012, n. 12 (in *Corr. giur.*, 2012, 1363, con nota di I. Nasti, *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l'actio finium regundorum del Consiglio di Stato*, ivi, 1367 ss.), secondo cui in caso di contrasto tra la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina di settore, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali, alla luce del principio di specialità, ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti plessi normativi che disciplinano la stessa fattispecie, ove uno di essi presenti tutti gli elementi dell'altro e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione), qualora la normativa di settore sia caratterizzata da esaustività e completezza di regolazione. Stesso principio viene affermato anche in Cons. Stato, Ad. Plen., 11.05.2012, n. 13, 15 e 16 (in *Foro it.*, 3, 2012, 481, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi). Nel dettaglio, nel 2012 l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'espressione «contrasto» tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella di settore, contenuta nel riportato art. 19 del Codice consumo, non deve essere intesa come «vera e propria antinomia normativa», ma come «diversità di disciplina». Ne è derivata l'individuazione del criterio di specialità di cui all'art. 15 del Codice penale utilizzabile in caso di concorso apparente di norme e non di concorso di più reati («quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito»). Conseguenzialmente, la competenza a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni veniva individuata dall'Adunanza plenaria nell'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom), e non nell'Autorità antitrust (Agcm), attesa la presenza di requisiti di specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza. L'Adunanza plenaria ha escluso, conseguenzialmente, la contempo-

reana applicazione di due diverse norme disciplinanti la medesima fattispecie e, dunque, la competenza concorrente di entrambe le Autorità indipendenti. In senso analogo anche Cons. Stato, ad. plen., 11 maggio 2012, n. 12, secondo cui in caso di contrasto tra la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina di settore, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali, alla luce del principio di specialità, ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti plessi normativi che disciplinano la stessa fattispecie, ove uno di essi presenti tutti gli elementi dell'altro e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione), qualora la normativa di settore sia caratterizzata da esaustività e completezza di regolazione. Successivamente, la Commissione europea, a seguito delle richiamate pronunce dell'Adunanza plenaria, ha attivato una procedura di infrazione (la n. 2013-2169) contestando la tesi per cui l'esistenza di una disciplina specifica settoriale, in quanto considerata esaustiva, avrebbe sempre comportato la prevalenza di tale disciplina su quella generale in materia di pratiche commerciali scorrette. Per tale ragione il legislatore ha introdotto, con il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, nell'art. 27 del Codice del consumo, il comma 1-bis, secondo cui: a) «anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [...], acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente»; b) «resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta»; c) «le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze». Successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 21/2014, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta con sentenza 9 febbraio 2016, n. 3 che ha, stavolta, applicato i criteri (sempre di derivazione penalistica) dell'assorbimento o consunzione. Applicando questo criterio penalistico, diversamente dai precedenti arresti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il concorso di norme dovesse essere risolto in favore della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette, con conseguente radicamento della competenza in favore dell'Agcm e non dell'Agcom. In particolare, si è affermato che il raffronto debba essere effettuato non tra interi settori o tra fattispecie astratte prefigurate dalle norme, ma tra le fattispecie concrete valutando se le condotte contestate si pongano in una relazione di progressione illecita. In questa prospettiva, la specificità degli aspetti delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 19, comma 3, cod. cons., deve essere riferita non alla fattispecie astratta ma alla fattispecie concreta disciplinata dalla normativa di settore, con conseguente necessità di svolgere un'analisi concreta per ciascun caso. In definitiva, l'Adunanza plenaria del 2016, applicando il criterio di specialità per fattispecie concrete e non per settori, è giunta ad un risultato opposto a quello cui erano pervenute le sentenze del 2012, ritenendo che la competenza debba essere riconosciuta all'Autorità antitrust e non all'Autorità di garanzia nelle comunicazioni. Ancora successivamente, la Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. II, 13 settembre 2018, C-54/17 e C-55/17, ha affermato che la nozione di "contrasto" denota «un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle». Ne consegue che il «contrasto» sussisterebbe solo quando «disposizioni estranee» alla direttiva n. 29 del 2005, disciplinanti «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali», impongono «ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili» con quelli stabiliti dalla suddetta direttiva. In tal modo, al «criterio di specialità» si sostituisce quello di «incompatibilità»: mentre il primo criterio presuppone che le due discipline presentino alcuni aspetti comuni e ed altri differenti, il secondo presuppone che tra le due discipline sussista una complessiva divergenza di contenuti che non ne consenta neanche l'astratta coesistenza. In questa prospettiva, l'espressione «aspetti specifici» della pratica commerciale scorretta impone un confronto non tra interi settori (Ad. Plen. n. 11-16/2012) o tra fattispecie concrete (Ad. Plen. n. 3/2016), ma tra singole norme generali e di settore, con applicazione di queste ultime soltanto qualora esse contengano profili di disciplina incompatibili e contrastanti con quelle generali di disciplina delle pratiche commerciali scorrette (Corte di giust., sez. II, 13 settembre 2018). Ne consegue che la normativa di settore non disciplinerà pratiche commerciali scorrette, ma condotte che presentano aspetti di divergenza radicale con tali pratiche. In conclusione, alla luce del recente arresto della Corte di giustizia UE, il principio generale è nel senso che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, mentre le altre Autorità di settore intervengono solo in via residuale e allorquando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili. Il tema dei rapporti tra imprese regolate e Autorità indipendenti, meno dibattuto rispetto a quello della tutela degli utenti, può svilupparsi – secondo G. Barozzi

del Tar Lazio n. 260 e 261 del 2020, non emergono condotte rilevanti anche ai sensi della normativa sulla *privacy* e tali da attivare l'autonomo intervento del Garante, venendo in rilievo solo il problema della chiarezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento del dato ai fini commerciali e non il corretto trattamento del dato personale ai fini dell'utilizzo della piattaforma informatica.

In questo senso, non si può che aderire alle considerazioni svolte dal giudice amministrativo di prime cure che ha concluso per la «non sovrapponibilità dei piani relativi alla tutela della “*privacy*” e alla protezione del consumatore»; infatti, la normativa contenuta nel Regolamento GDPR e quella a protezione del consumatore «si pongono in termini di complementarità, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole»¹¹³.

7. *Verso un mercato dei dati personali?*

Pur nella rarità dei casi giurisprudenziali e amministrativi che si sono specificamente occupati del tema, l'analisi condotta consente di concludere per il superamento della tesi (puritana) del rilievo unicamente individualistico e, per così dire, spirituale, dei dati personali.

Ammettere che i dati personali possono svolgere un servizio, posseggono una utilità, anche economica, non significa né concludere per l'alienabilità né necessariamente reificare la persona umana ma, semmai, ampliarne le potenzialità di sviluppo nel senso della creazione di utilità e valori diversi ed ulteriori, per certi aspetti inimmaginabili¹¹⁴. Permettere alle persone di definire i termini e le modalità di accesso, da parte di terzi, ai loro dati personali potrebbe avere un enorme potenziale nell'approccio a un mercato dei dati e potrebbe risolvere alcuni dei ricorrenti problemi concernenti il trattamento dei dati personali.

Reggiani, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 683 ss. e, part., 695 ss. – sui seguenti livelli: 1) condotte poste in essere da un'impresa che risultino, da un lato, non vietate dal quadro regolatorio ma che integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta; 2) comportamenti “facoltizzati” dalla regolazione di settore ma suscettibili di configurare gli estremi di una pratica sleale/aggressiva; 3) condotta imposta dalla regolazione di settore che può determinare danno ai consumatori.

¹¹³ Tar Lazio, sez. I, n. 260/2020, cit., § 8.

¹¹⁴ È noto che nell'ambito della elaborazione dei dati sono stati da tempo ideati modelli decentralizzati che consentono una qualità e una velocità di aggiornamento degli stessi senza precedenti (si pensi ai nostri *smartphones* o ai c.d. *clouds*). Tali caratteristiche li rendono assai utili al fine dello scambio di informazioni, nell'ottica di garantire ai soggetti una miglior protezione e una migliore personalizzazione dei servizi.

Per fare un esempio, si pensi all'utilizzo dei dati personali per finalità di tutela della salute, affrontato nel parere reso il 19 marzo 2020 dal Comitato europeo per la protezione dei dati sul tema del Trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di Covid-19. L'affermazione della liceità dell'uso dei dati super-sensibili della salute (§ 1.3) «se resi anonimi o con il consenso dei singoli», esclusivamente «per salvaguardare la sicurezza pubblica», ed in modo «rigorosamente limitat[o] alla durata dell'emergenza» epidemiologica Covid-19, ha consentito al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, pur in assenza di qualsiasi parere del Garante nazionale per la *privacy*¹¹⁵, di procedere il 16 aprile 2020, ed a titolo gratuito, alla stipula del contratto di concessione della licenza d'uso sul *software* di *contact tracing* denominato "Immuni"¹¹⁶; analogamente, l'art. 6, d.l. 30 aprile 2020¹¹⁷, ha previsto l'istituzione di «una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta dei soggetti che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, un'apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile», anche se al limitato fine di «allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione nell'ambito delle misure di sanità pubblica legate all'emergenza Covid-19».

¹¹⁵ L'unico parere ufficialmente reso dal Garante per la *privacy* riguarda la «Bozza di ordinanza recante disposizioni urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», ed è datato 2 febbraio 2020. Con esso il Garante ha esaminato la bozza di ordinanza contenente i primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza da Covid-19. Nel parere, il Garante per la *privacy* ha concluso nel senso che «le disposizioni contenute nell'ordinanza risultano idonee a rispettare le garanzie previste dalla normativa in materia di protezione dei dati personali nel contesto di una situazione di emergenza». Allo stesso tempo ha dichiarato la «necessità che, alla scadenza del termine dello stato di emergenza, siano adottate da parte di tutte le Amministrazioni coinvolte negli interventi di protezione civile di cui all'ordinanza, misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza, all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i trattamenti di dati personali in capo a tali soggetti».

¹¹⁶ A parte le dichiarazioni rese a seguito di interviste sulla stampa da parte del Garante della *privacy*, Antonello Soro, non risultano altri pronunciamenti ufficiali che, infatti, non sono citati tra le premesse del provvedimento del 16 aprile 2020 di stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul *software* di *contact tracing* denominato "Immuni". Risultano invece pareri su aspetti decisamente secondari quale quello riguardante le «Modalità di consegna della ricetta medica elettronica», reso il 19 marzo 2020.

Nella stampa quotidiana, v. M. Lombardi, *L'app che ci aiuterà a essere Immuni* nonché *Nani della politica e giganti del web*, entrambi in *Il Giornale*, 18 aprile 2020, p. 15 nonché, in precedenza, B. Simonetta, *La privacy ai tempi del coronavirus*, in *Il Sole 24 ore*, 15 marzo 2020, p. 15 e, ivi, V. Tiani, *Ma la tutela dei dati non è diritto assoluto*.

Nella letteratura giuridica coreana, si veda per tutti G. Lee, *Legislative and Administrative Responses to COVID-19 Virus in the Republic of Korea*, in *www.srm.com*.

¹¹⁷ Recante «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».

La premessa giuridico-culturale di tali sistemi di tracciamento (c.d. *contact tracing*) è certamente rappresentata da una nuova visione dei dati personali¹¹⁸ visti non più in un'ottica individualistica ma pubblicistica, quali strumenti attraverso cui possono realizzarsi importanti programmi di protezione della collettività. In questa visione, i dati personali perdono la originaria connotazione individualistica (di matrice anglosassone) per contribuire a divenire *big data* necessari a tutelare, quanto meno in condizione di emergenza straordinaria, la salute pubblica. Ne consegue la necessità che l'Amministrazione pubblica assuma nei confronti del tema una posizione non più meramente difensiva ma dinamico-proattiva; e ciò non può che essere fatto a partire da una visione dei dati personali come "utilità", qualunque ne sia la dimensione (economica o sanitaria).

Se ciò, tra mille resistenze, viene appena percepito dai poteri pubblici grazie all'emergenza da Covid-19, in tempo di pace le piccole imprese o le grandi multinazionali lo hanno scoperto da molto, come si deduce dal fatto che servizi di messaggistica istantanea e piattaforme comunicative possono sopravvivere solo grazie al trattamento dei dati personali a fini commerciali, ancorchè non integrante una loro vendita in senso stretto; esistono finanche studi sulla quantificazione del valore economico dei dati personali (cd. *pricing*)¹¹⁹ stimati come oscillanti intorno ai 300 miliardi, almeno in area europea¹²⁰. Tale posizione è pienamente in linea con quanto rilevato da autorevole dottrina secondo cui «la tutela degli interessi fondamentali della persona non deve necessariamente essere perseguita attraverso un'irrealistica de-patrimonializzazione dei dati (e degli atti giuridici che ne determinano la circolazione), bensì attraverso un attento controllo dell'atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei valori incompressibili della persona»¹²¹.

Se questa è la realtà del mercato, peraltro non sanzionabile, *ex se*, dall'ordinamento¹²², negare la natura contrattuale ed onerosa di tali scambi significa negare al cittadino la tutela tipica del rapporto di consumo, accettando solo la tutela – eminentemente passiva – prevista dalla regolamentazione della *privacy*.

¹¹⁸ Così G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 435-436.

¹¹⁹ In merito alle tecniche di quantificazione del valore economico dei dati personali si rimanda a G. Malgieri, B. Custers, *Pricing privacy. The right to know the value*, cit., 294 ss.

¹²⁰ Si ricordi, poi, che come ricordato retro, *sub* nota n. 11, la Deutsch Bank ha stimato un *account Facebook* come avente un valore di euro 88.

¹²¹ Così G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso*, cit., 435-436.

¹²² Cfr. Tar Lazio, sez. I, 5043/2018, cit., relativa al caso "*Samsung people*".

Facebook è gratis? “Mercato” dei dati personali e giudice amministrativo

Il saggio affronta il problema della configurabilità delle pratiche commerciali scorrette nelle relazioni giuridiche che si instaurano tra utenti e piattaforme di comunicazione sociale (c.d. *social network*, come *Facebook*) e di messaggistica istantanea (come *WhatsApp*) in cui i dati personali vengono trattati per finalità commerciali dalle stesse piattaforme. Il tema viene trattato nella più ampia cornice delle utilizzazioni dei “derivati” dei diritti della personalità, oggetto di opposte tendenze verso la loro reificazione e l’affermazione dell’assoluta intangibilità. Prendendo le mosse da alcuni (e rari) precedenti giurisprudenziali, il saggio affronta il problema dell’utilizzabilità dei dati personali guardando all’obiettivo realtà sociale, riconoscendo ai dati personali una utilità economica (come tale non demonizzabile) e di carattere meta-individuale: è questo il caso tipico dei dati personali sanitari, la cui cessione si è rivelata di grande utilità nel monitoraggio e contenimento della pandemia da Covid-19, quantomeno all’estero (Corea del Sud).

Is Facebook free? The personal data ‘market’ and the administrative judge

The essay addresses the problem of the configurability of unfair commercial practices in the legal relationships that are established between users and social communication platforms (so-called social networks, such as Facebook) and instant messaging (such as WhatsApp) where personal data are processed for commercial purposes by the platforms. The topic is dealt with in the broader context of the use of ‘derivatives’ of personality rights, the object of opposing tendencies towards their reification and the affirmation of absolute intangibility. Starting from a number of (rare) jurisprudential precedents, the essay tackles the problem of the usability of personal data by looking at the objective social reality, acknowledging personal data as an economic utility (as such, it cannot be demonised) and of a meta-individual nature: this is the typical case of personal health data, the transfer of which has proved to be of great usefulness in the monitoring and containment of the Covid-19 pandemic, at least abroad (South Korea).

Pianificazione portuale in Italia alla luce dei riflessi della politica europea dei porti*

Mariaconcetta D'Arienzo, Sara Pugliese

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Parte I. La pianificazione portuale nell'ordinamento italiano: 2.1. Pianificazione portuale e pianificazione territoriale tra autonomia, interazione funzionale e dei processi decisionali. – 2.2. La riforma portuale: problemi e prospettive. – 2.3. I riflessi dell'assetto dei porti sul riparto delle attribuzioni tra enti portuali e enti territoriali. – 3. Parte II. L'incidenza del processo di integrazione europea sulla pianificazione portuale: 3.1. L'incidenza del processo di integrazione europea attraverso strumenti regolativi: la progressiva estensione della disciplina del mercato. – 3.2. *Segue*: il progressivo inserimento dei porti nelle reti TEN-T. – 3.3 *Segue*: la disciplina dei servizi portuali. – 3.4. L'incidenza del processo di integrazione europea attraverso il controllo sulle risorse finanziarie destinate ai porti. – 3.5. L'incidenza del processo di integrazione europea attraverso il coinvolgimento di nuovi attori: agenzie, stakeholders privati, investitori internazionali. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le riforme che hanno interessato il sistema portuale italiano negli ultimi anni hanno determinato una sua progressiva evoluzione da una logica prettamente “pubblicistica” ad una progressiva apertura verso i privati, alla settorializzazione e al decentramento di funzioni amministrative e legislative. Il coinvolgimento di un numero sempre più elevato di attori, la proliferazione di strumenti, l'aumento delle fonti finanziarie finalizzate a garantire efficienza ed operatività hanno via via modificato il metodo di individuazione degli obiettivi strategici e delle relative scelte (cioè la pianificazione) e reso sempre più complessa la *governance* del sistema portuale italiano.

* La Parte I è stata elaborata da Mariaconcetta D'Arienzo, la Parte II è stata elaborata da Sara Pugliese. Introduzione e Conclusioni sono frutto di riflessioni comuni.

Il processo in parola è stato influenzato anche dalle iniziative adottate in ambito europeo. Infatti, se in un primo momento la CEE ha inizialmente avuto un atteggiamento di “*self restraint*” in materia portuale, dovuto soprattutto alle differenze dei modelli regolativi ed organizzativi adottati dagli Stati membri (totalmente pubblicistici, completamente privatistici, o “misti”), col tempo essa ha finito con il riconoscere la rilevanza dei porti all’interno della politica comune dei trasporti ed esercitare una sempre maggiore influenza su di essi.

Infatti, a partire dalla fine degli anni '70, come è stato evidenziato¹, le preoccupazioni energetiche e ambientali, lo sviluppo dell’intermodalità e l’adesione dei Paesi del bacino del Mediterraneo hanno messo il luce «il rilievo che avrebbero assunto i trasporti marittimi [...] l’importanza di una loro strutturazione adatta alla loro crescita da una dimensione nazionale alla dimensione europea [...]» e di «[...] una revisione sostanziale del modo in cui erano usate strutture e infrastrutture [...]» [...] «In questa logica si imponeva una trasformazione profonda del concetto di “porto”, inteso come una serie di spazi non necessariamente contigui, sia costieri che interni, in cui si dispongono le attività di manipolazione delle merci, di servizi alle navi, di mercati. Una simile interpretazione comportava necessariamente l’inclusione degli impianti portuali nell’azione comunitaria in materia di infrastrutture di trasporto»². Di conseguenza, la Comunità ha progressivamente rafforzato la propria incidenza sulla gestione dei porti e ha cercato di acquisire un ruolo di coordinamento delle scelte gestionali, finanziarie e talvolta finanche localizzative.

Il presente lavoro si pone l’obiettivo di analizzare il processo evolutivo del sistema portuale italiano e il contributo dell’UE nell’innescare meccanismi di riforma al fine di individuare potenzialità e limiti dell’attuale sistema di pianificazione.

2. *Parte I. La pianificazione portuale nell’ordinamento italiano*

2.1. *Pianificazione portuale e pianificazione territoriale tra autonomia, interazione funzionale e dei processi decisionali*

Il rapporto tra “pianificazione portuale” e “pianificazione territoriale” e tra “diritto” e “disciplina” dei porti è suscettibile di essere analizzato da più punti di vista e a più voci³.

¹ Cfr. M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, Milano, 1990, 191 ss.

² *Ibidem*, 193, nota 180.

³ M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, 2017, 9, il quale – citando il titolo di un saggio di E. Van Hooydonk, *The Law Ends Where the Port Area Begins: On the Anomalies of Port Law*, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, 2010 – ha osservato che «il porto è un complesso d’esperienza trasversale a una moltitudine di branche del diritto e, indipendentemente da quale angolatura si adot-

L'analisi si concentrerà sull'attuale funzione dei porti italiani che, da semplici infrastrutture di trasporti, sono evoluti in «anelli di congiunzione tra modi di trasporto differenti e snodi essenziali del sistema logistico ed economico del Paese [...] elementi strategici di collegamento»⁴ nonché sui riflessi di tale evoluzione sul riparto delle competenze in materia portuale tra Stato e Regioni e delle relative funzioni amministrative tra amministrazioni statali e territoriali. Lo studio porrà, poi, l'attenzione sulla riclassificazione dei porti e sull'attuale sistema di *governance* pubblica della portualità, verificandone la compatibilità con la perdurante e indiscussa natura demaniale del bene. Infine, la riflessione si focalizzerà sul rafforzamento dei poteri conferiti ai Presidenti dell'Autorità dei Sistemi Portuali (AdSP) nel quadro del rinnovato approccio alla pianificazione strategica integrata con il territorio inaugurato dal D.Lgs. n. 169/2016⁵.

È noto, infatti, che l'intreccio dei livelli di pianificazione nel corso degli anni ha dato vita a un fenomeno dall'architettura complessa e piuttosto variegata, come evidenzia la casistica delle città di mare italiane che rispecchia la varietà dei rapporti del territorio con la realtà portuale, in cui convivono attori, regole e interessi che stentano a trovare un equilibrio essendo espressione di differenti esigenze e competenze⁶.

Diversi sono i profili di attualità ed interesse del tema indagato che inter-cetta, altresì, le problematiche connesse alla natura, ai ruoli e alle attività svolte in ambito portuale dall'Adsp⁷ confrontate con i compiti e le funzioni degli enti territoriali che gestiscono i procedimenti amministrativi per la realizzazione delle opere portuali, i cui esiti possono interferire con la pianificazione e programmazione degli interventi. Più in generale, essi hanno effetti sull'espletamento delle funzioni e dei compiti dell'Autorità, condizionando l'offerta delle attività e dei

ti per esaminarne la fisionomia giuridica, esso si rivela comunque un oggetto di analisi eccezionalmente speciale e deviante». D'altra parte, la peculiarità e la complessità della realtà portuale derivano dalla difficoltà di coesistenza e di coordinamento delle attività, delle funzioni e dei servizi portuali.

⁴ S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa. Un'analisi delle regole, della giurisprudenza e della prassi amministrativa per operatori pubblici e privati*, Milano, 2019, 81.

⁵ Cfr. *infra*, Parte II.

⁶ Cfr. G. D'Aniello, *Porti*, in *Enc. Giur.*, XXIII, 1990; S.M. Carbone, *La cd. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. unione europea*, 2000, 1 ss.; M. Maresca, *La regolazione dei porti tra diritto interno e comunitario*, Torino, 2001, 97 ss.; G. Vezzoso, *I porti italiani e l'Europa*, in G. Sciutto (a cura di), *I porti italiani e la sfida dei mercati*, Genova, 2002, 240 ss.; F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006; F. Ferrari, *Genova, città a due volti*, in *Mediterranée* [Online], 2008, 111. M. Clemente, *Identità marittima e rigenerazione urbana per lo sviluppo sostenibile delle città di mare*, in *BCD* vol. 13, n. 1/2013, *Towards a Circular Regenerative Urban Model*, 181 ss., analizza il problema da una diversa prospettiva, non dalla terraferma, bensì «guarda(ndo) le città "dal mare" per rinnovare culturalmente e metodologicamente la pianificazione e la progettazione urbana nelle aree urbane costiere [...] (allo scopo di) definire metodologie e strategie innovative per valorizzare l'identità marittima come strumento chiave per la rigenerazione urbana sostenibile delle città di mare».

⁷ All'esito del processo di riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina imposta dall'art. 8, comma 1, lett. f) della legge 7 agosto 2015, n. 124.

servizi portuali, con evidenti riflessi sotto il profilo organizzativo e della semplificazione amministrativa, nonché sui risultati attesi dalla pianificazione dello sviluppo portuale e della logistica.

Per tale motivo, può risultare quanto mai opportuna una (ri)definizione puntuale del campo di azione strategica dell'Adsp in materia di pianificazione portuale in funzione degli obiettivi della Riforma che punta sull'offerta di beni e servizi qualificati e diversificati al fine di raggiungere livelli ottimali di efficienza in un contesto tutt'ora caratterizzato da diffuse carenze e storture sistemiche che producono rilevanti impatti sul territorio. Ciò ha reso necessaria l'introduzione di una disciplina più rigorosa, in un'ottica di razionalizzazione, trasparenza, efficienza ed efficacia della spesa necessaria alla realizzazione delle opere portuali.

L'indagine deve necessariamente prendere le mosse da alcuni punti fermi che costituiscono la base per svolgere alcune considerazioni critiche sull'assetto attuale dei rapporti e della *governance* portuale e sui possibili sviluppi futuri.

Innanzitutto, la constatazione oggettiva di fondo per cui in Italia, più che in altri Paesi europei, la relazione tra la città e il porto è stata vissuta in maniera piuttosto conflittuale e ha dato vita a notevoli dissensi sulla destinazione d'uso delle aree, la localizzazione delle infrastrutture, l'appropriazione degli spazi, ecc., tutti fattori strettamente connessi al governo del territorio ed alle decisioni degli enti preposti alla gestione⁸.

⁸ Pianificazione urbanistica e pianificazione territoriale sono espressione di culture diverse che si prestano ad una conoscenza e ad un'analisi multidisciplinare delle città di mare e delle aree urbane e costiere. A partire dagli anni '50 del secolo scorso, l'interesse della dottrina si è appuntato sul recupero e il riuso delle strutture, degli spazi e delle aree portuali dismesse coinciso con l'avvento e la diffusione dei *containers* che, modificando profondamente il modo di intendere il commercio e il trasporto marittimo, ha imposto l'adeguamento, la riorganizzazione e lo sviluppo delle strutture portuali. Laddove, anche successivamente, con la globalizzazione dei mercati e lo sviluppo delle grandi navi ciò non è stato possibile per oggettivi vincoli fisici dimensionali o culturali di tutela delle architetture portuali, gli spazi e le aree inutilizzate hanno rappresentato al contempo un problema da risolvere e una risorsa da recuperare, riqualificare e riutilizzare. La crisi della relazione città - porto ha delle origini piuttosto risalenti: in Europa essa si è manifestata negli anni '60-70, periodo in cui si è registrata una sensibile inflessione dei traffici dei passeggeri in concomitanza con l'introduzione dei collegamenti aerei, la sostituzione dei depositi con i container per lo stoccaggio delle merci e la delocalizzazione delle attività portuali in sedi più appropriate, generalmente decentrate rispetto ai centri urbani o comunque da questi nettamente separati. In Italia, a differenza di altri Paesi come la Spagna, ove si è assistito alla «dismissione» di estese aree del porto ad altri usi (residenziale, commerciale e ricreativo) annesse alla città e gestite prevalentemente da soggetti privati, le regioni non disponevano di aree libere nelle quali localizzare attività portuali, né condividevano la gestione degli spazi con soggetti terzi. Nelle città portuali italiane, quindi, la riconversione funzionale e spaziale interessa più le aree interne all'ambito portuale che parti di territorio lasciate libere dalla delocalizzazione delle attività portuali, tenuto conto delle caratteristiche intrinseche dell'area, oltre che del contesto politico ed economico delle singole realtà territoriali. Il fenomeno ha raggiunto il culmine negli anni '80, in concomitanza con la crisi industriale, dando vita a veri e propri "vuoti urbani" da recuperare e trasformare al fine di riconvertire ampie zone portuali in disuso rappresentando, al contempo, anche un'occasione di riflessione sul territorio circostante delle città di mare alla ricerca di nuove identità e centralità alternative e riconoscendo nel porto il fulcro del processo di rinnovamento che coinvolge e si espande sul contesto urbano. L'esperienza delle città italiane svela numerosi limiti (di approccio e delle metodologie) di varia natura (culturali, politici, amministrativi e finanziari) che ostacolano la realizzabilità dei progetti anche a causa della difficoltà di coordinazione ed integra-

La legge n. 84/1994⁹ ha delineato, in luogo del precedente modello orga-

zione tra gli enti coinvolti. Su questi temi, prima dell'avvento della legge n. 84/1994, cfr., G. Sirianni, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981 e G. Pericu, *Porto*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 424 ss.; L. Acquarone, P.M. Vipiana, *Porti turistici*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., 1995, 184 ss.

⁹ Legge n. 84/1994, in *GU* n. 28 del 4 febbraio 1994, recante «Riordino della legislazione in materia portuale». La legge, nonostante limitati e sporadici richiami al PGT, ai sistemi portuali e alla pianificazione funzionale, ha affrontato il problema risalente e quanto mai attuale della classificazione dei porti e della riforma degli enti portuali su cui da ultimo è intervenuto il d.lgs. n. 169/2016 recante «Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124», in *GU* 203 del 31 agosto 2016., ss.mm.ii. Essa ha avuto indiscutibilmente il pregio di aver avviato lo sviluppo infrastrutturale e il conseguente sviluppo dei traffici in un momento in cui il settore della portualità italiana stava attraversando una profonda crisi dovuta alla carenza di competitività dei porti italiani e delle imprese penalizzate dall'inefficienza del sistema logistico, ma anche una *governance* istituzionale (ex artt. 7, 8, 9, 10 e 11) che ha consentito uno sviluppo positivo delle relazioni con gli altri livelli istituzionali deputati alla programmazione economica e alla pianificazione territoriale, in *primis* Comuni e Regioni. La legge ha stravolto la disciplina dettata dal codice della navigazione del 1942, dal Regolamento per la navigazione marittima e dalle leggi speciali che accentravano le funzioni portuali nelle mani dello Stato in ragione della natura demaniale dei porti ricorrendo agli enti locali limitati poteri di finanziamento e di realizzazione delle opere nei porti minori. Gli interventi legislativi successivi hanno confermato tale impostazione trasferendo alle regioni la competenza in materia di opere relative ai porti minori, in base ad una classificazione che teneva conto delle destinazioni d'uso (art. 59 del d.lgs. n. 616/1977, in *GU* 234 del 29 agosto 1977). La stessa legge, superando le prassi consolidate nei porti nazionali, ha introdotto una regolamentazione omogenea ed uniforme degli aspetti inerenti la *governance*, l'ambito "imprenditoriale" e la "pianificazione" con regole certe per tutte le realtà portuali italiane, vincolante per Autorità Portuale o Autorità Marittima – cui la legge ha attribuito titolarità esclusiva dei compiti amministrativi del porto e non anche delle funzioni inerenti la gestione delle attività di erogazione dei servizi e delle operazioni portuali ora affidate a soggetti privati – fino ad allora interpretate ed applicate in maniera differente dagli organi preposti, in ossequio alle consuetudini, agli usi ed alla prassi marittima internazionale e locale. Il modello di Autorità portuale adottato dalla legge n. 84/1994 assume competenze specifiche di pianificazione degli spazi portuali, di programmazione delle attività da svolgere in tale ambito e di regolazione dei relativi servizi. In proposito, F. Cintioli, *Problemi e prospettive della disciplina dei porti. I profili di diritto comunitario "oltre la concorrenza"*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. I, Napoli, 2012, 213, appuntando l'attenzione sugli obiettivi considerati prioritari, in primo luogo «la concorrenza tra i porti e la competitività del sistema portuale italiano», rileva che «pur dopo l'ingresso del mercato nelle relazioni economiche del porto, il sistema portuale rimane una realtà complessa. In tale realtà gravitano più interessi pubblici, con i quali i principi della libera concorrenza devono essere temperati, mediante decisioni e attività che non possono che competere all'Amministrazione, intesa nella sua accezione tradizionale di ente pubblico chiamato alla cura di interessi pubblici». Con l'avvento della legge n. 84/94, l'attività portuale ed il Piano Generale dei Trasporti e della Logistica si fondono in un sistema integrato di cui fanno parte le modalità di trasporto ed i relativi nodi logistici. Gli strumenti di pianificazione previsti, quali il Piano Regolatore Portuale (PRP) ed il Programma Operativo Triennale (POT), l'uno generale di programmazione a livello strategico delle opere da realizzare, l'altro attuativo e definitorio delle priorità di intervento, difettavano tuttavia di adeguato coordinamento «anche sotto il profilo della loro durata [...] breve per il POT (tre anni) e [...] lunga (decennale) per il piano regolatore portuale» (M. Casanova, M. Brignardello, *Diritto dei trasporti (infrastrutture e accesso al mercato*, Milano 2004, 69 ss. In argomento, cfr. C. Angelone, *La delega alle Regioni delle funzioni amministrative sul demanio marittimo: profili problematici attuativi*, in *Dir. trap.* 1997, 747; G. Acquarone, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle autorità portuali*, in *Dir. mar.* 2008, 703; G.M. Boi, *L'Autorità marittima e l'Autorità portuale*, in *Riv. dir. econ., trasp. e amb.*, 2009, vol. VII, 19 ss.; G. Vermiglio, *La disciplina dell'ordinamento e delle attività portuali tra diritto della navigazione e diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. dir. econ., trasp. e amb.*, III/2005 e G. Sirianni, *I porti marittimi*, in S. Casese, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2545 ss.; A. Romagnoli, *Autorità portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, 2003; A.M. Citrigno, *Autorità portuale: profili organizzativi e gestionali*, Milano, 2003; M. Maresca, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001; G. Taccogna, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000;

nizzativo basato su porti interamente pubblici¹⁰, gestiti da Enti Pubblici Portuali o, in mancanza, dall'Autorità Marittima, riformando anche il codice della navigazione, un nuovo modello caratterizzato dalla separazione tra le funzioni di programmazione e controllo del territorio e delle infrastrutture portuali esercitate dalle Autorità portuali e le funzioni di gestione del traffico e dei terminali, affidate a privati, salva la proprietà pubblica dei suoli e delle infrastrutture. Sotto altro profilo, essa ha disciplinato l'attività portuale secondo il criterio dell'integrazione e della differenziazione tra le fonti del diritto statale e regionale temperando, secondo il criterio di ragionevolezza, l'esigenza dell'unitarietà con le ragioni della territorialità, bilanciandole con il principio del libero esercizio di imprese portuali e di attività all'interno dei porti e del demanio marittimo e della sua derogabilità da parte delle Regioni al fine di migliorare la funzionalità del porto. Ma soprattutto ha operato una prima ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni in base ad una distinzione tra i porti che tiene conto delle loro caratteristiche dimensionali, tipologiche e funzionali, secondo uno schema confermato dal d.lgs. n. 112/98¹¹ in attuazione di quanto previsto dalla legge n. 59/1997¹².

Il Piano Regolatore Portuale (PRP) era «elaborato» dal Segretario Generale dell'Autorità Portuale avvalendosi della «segreteria tecnico-operativa» e «adottato dal Comitato Portuale previa intesa con il Comune o i Comuni interessati», in assenza di qualsiasi forma partecipativa attiva, positiva e propositiva e di coordinamento tra professionisti ed esperti dei settori interessati dalla pianificazione. Ciò ha condizionato l'*iter* progettuale dall'approvazione alla gestione del PRP, che ha assunto natura e funzione simile al Piano Regolatore Generale (PRG)¹³.

G. Falzea, *Porto e funzione portuale*, Milano, 1998. Dal '94 in poi, il legislatore ha manifestato un interesse via via crescente nei confronti della pianificazione portuale avviando con la legge n. 413 del 1998, in *GU* n. 283 del 3 dicembre 1998 un'organica politica di investimento in infrastrutture portuali, rifinanziando gli interventi con le leggi nn. 488 del 1999, *GU* n. 302 del 27 dicembre 1999, 388 del 2000, in *GU* n. 302 del 29 dicembre 2000, e legge 166 del 2002, *G.U.* n. 181 del 3 agosto 2002.

¹⁰ Cfr., *amplius*, S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 101 ss.

¹¹ Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59, in *GU* n. 92 del 21 aprile 1998.

¹² Legge 15 marzo 1997, n. 59 recante «Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa», in *GU* n. 63 del 17 marzo 1997.

¹³ Sia pure limitatamente alla pianificazione delle aree e della attività portuali, istituendo il "sistema" dei porti e di interporto integrato tra porti geograficamente vicini ed aventi le medesime caratteristiche che, lungi dall'essere in concorrenza tra loro, sono parte integrante dei processi di pianificazione e gestione. Tale strumento è stato introdotto dalla legge n. 84/1994 in sostituzione del Piano del Porto. Com'è noto, la legge n. 84/1994 ha introdotto l'obbligo di redazione del piano specificandone nel dettaglio i contenuti. Successivamente le «Linee-Guida per la redazione dei piani regolatori portuali» emanate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (circolare n. 7778 del 15 ottobre 2004) hanno arricchito il quadro normativo e disciplinare di riferimento che è rimasto tale per oltre vent'anni. In precedenza, il Piano del Porto, reso esecutivo per lotti successivi, definiva quasi esclusivamente le opere marittime, i piazzali, le principali attrezzature, l'accessibilità veicolare e talvolta ferroviaria. F. Munari, *I primi quindici anni della l. 84/1994: esperienze, valutazioni e alcuni suggerimenti di riforma*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingeri*, Genova, 2010. F. Monceri, *La classificazione dei porti*, in *Federa-*

assurgendo a strumento di pianificazione vero e proprio, al contempo “strategico” e “strutturale”.

Da questo momento in poi le Regioni hanno cominciato a reclamare un ruolo significativo nella pianificazione strategica della portualità, evidenziando che il radicamento a terra delle attività portuali comportava una loro necessaria confluenza nel PTR, considerato la sede più opportuna per il confronto e la valutazione dei piani di porti limitrofi alla luce dell'evoluzione del sistema trasportistico nazionale ed europeo.

In sostanza, le Regioni rivendicavano il compito di elaborare un piano strategico precedente all'elaborazione del PRP, finalizzato a fornire ai porti linee guida (previamente concertate) per lo sviluppo dei porti, manifestando così l'esigenza di “concorrere” alla determinazione dei programmi di sviluppo dei porti che impattano sul territorio¹⁴.

E in effetti, l'art. 117 Cost. (come modificato da ultimo dalla legge n. 1/2012), si potrebbe interpretare nel senso che, fatta salva l'applicazione dei principi generali del codice della navigazione e delle leggi speciali in materia, la normativa di dettaglio statale continuerebbe a trovare applicazione per poi cedere il passo alla successiva normativa legislativa e regolamentare regionale.

Diversamente, si è sostenuto che le materie che interferiscono ed integrano la disciplina portuale appartengono alla legislazione esclusiva dello Stato, coerentemente con la natura e la funzione delle Autorità portuali, asserendo che i principi fondamentali in materia portuale potevano desumersi dalla legge n. 84/1994, con la conseguenza che lo Stato avrebbe potuto procedere alla «classificazione dei porti, ai sensi dell'art. 4 della citata legge, attribuendo rilevanza nazionale a tutti i porti sede di Autorità portuale», ed avocando a sé sia il potere legislativo, sia quello regolamentare, sia l'esercizio delle correlative funzioni amministrative¹⁵.

Le Regioni, però, hanno rivendicato un ruolo nell'elaborazione della disciplina portuale, così come avvenuto per materie indicate all'art. 117 Cost. di com-

lismi.it, n. 1/2019, 9 ha individuato i principali punti deboli della legge che con il tempo ne hanno indebolito l'impianto e la tenuta del sistema. In particolare, l'A. ha stigmatizzato «l'eccesso di localismo che non consente, all'interno di un'ottica che rimane mono-scalo (lo si vince ad esempio dal fatto che i porti della seconda categoria di prima e seconda classe divengono tutti sede di Autorità Portuale), di pervenire a forme di pianificazione coerenti con le nuove esigenze dello sviluppo delle realtà portuali».

¹⁴ Ciò, invero, già all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, in virtù dei maggiori poteri e strumenti ad esse attribuiti, tra cui la possibilità di interventi *ad hoc*, pur in assenza di un piano generale dei porti, in un'ottica di razionalizzazione del sistema portuale coerente con l'affermazione di un modello di *governance* regionale che, sulla scorta dell'esperienza di altri Paesi (Inghilterra e Stati Uniti), vede le Regioni investite della responsabilità delle realizzazioni infrastrutturali sul territorio sul quale impattano, a ciò spinte da una forte e diffusa esigenza di decentramento produttivo.

¹⁵ E.O. Querci, *Globalizzazione e nuove forme giuridiche di cooperazione e di integrazione marittimo-portuali*, in *Trasporti, Diritto, Economia, Politica* n. 86, 2002, spec. 74-76.

petenza esclusiva statale, come la tutela della concorrenza, nella misura in cui avevano incidenza sull'elaborazione dei piani regolatori portuali¹⁶.

Mosse dall'esigenza di procedere alla razionale riorganizzazione dei porti, quanto meno a livello locale, alcune di esse (ad esempio la Puglia) hanno posto in essere interventi mirati, pur in assenza di un piano generale dei porti, prevedendo in alcune leggi uno strumento generale di classificazione dei porti di rilevanza "regionale" e di pianificazione delle attività e degli interventi a farsi di competenza prevalentemente comunale.

In tale contesto si è aperta una fase di riscrittura e correzione della legge 84/94 ponendosi il problema di una sua rivisitazione sia per quanto concerne la classificazione degli scali, sia con riguardo alla ripartizione delle competenze.

Il sempre più marcato interesse delle Regioni ad acquisire la competenza in materia di pianificazione portuale trovava origine non solo in un'esigenza di coerenza tra i vari strumenti di pianificazione territoriale, ma anche nella necessità di rispondere ad un impulso che si faceva sempre più pressante a livello europeo con l'introduzione di obiettivi di razionalizzazione delle strutture portuali nel quadro strategico della politica di coesione¹⁷. Le Regioni, quindi, hanno cominciato a considerare gli interventi in materia di pianificazione portuale come un'opportunità di incremento delle risorse finanziarie messe a loro disposizione dall'UE.

Il passaggio da una fase di totale separazione o autonomia della pianificazione portuale alla progressiva interazione – coincisa con la istituzione del comitato portuale e l'intesa tra Amministrazione locale e Autorità portuale – ha rivelato ben presto tutti i suoi limiti per l'assenza di programmazione e di un'azione congiunta finalizzata al raggiungimento di obiettivi comuni. In questa fase, infatti, come evidenziato da attenta dottrina, «(m)entre i comuni richiedono il recupero e la valorizzazione urbana di porzioni consistenti di aree portuali adiacenti alla città, le autorità portuali sono impegnate, in un'ottica competitiva, a riorganizzare complessivamente la logistica e il funzionamento del porto»¹⁸. Di qui

¹⁶ Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, specificamente in materia portuale, «non è ammesso concepire un rigido riparto di competenza legislativa, tale da impedire il dialogo tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, in attuazione del vigente fondamentale principio costituzionale della "leale collaborazione"». In tale contesto, quindi, «lo Stato, non più assoluto protagonista come un tempo, viene a svolgere, in via precipua, funzioni di rinegoziatore a livello internazionale ed europeo, e di tutore a livello nazionale». Così, E.O. Querci, *L'esperienza applicativa della riforma portuale (L. 28 gennaio 1994 n.84) nel porto di Salerno*, in www.openstarts.units.it.

¹⁷ Cfr., *amplius, infra*, Parte II.

¹⁸ R. Pavia, *La pianificazione delle aree portuali italiane. Problemi e prospettive*, in www.reteonline.org «[...] da un lato l'azione urbanistica tenta di entrare all'interno dei confini portuali, dall'altra è il porto che si spinge verso il territorio, richiedendo reti infrastrutturali e servizi più efficienti. Queste due tendenze si pongono in modo ancora settoriale, al di fuori di una strategia complessiva, in grado di cogliere il nuovo nesso tra l'economia portuale e quella urbana, tra l'identità del porto e quella della città». La problematica ha delle origini piuttosto remote. Nel 1983 A. D'Amico Cervetti, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano, 24 con una formula sintetica, ma allo stesso tempo efficace, all'esito della riflessione sul legame tra conformazione portuale

è emersa la necessità di istituire una *leadership* forte con autonomia decisionale e un organismo autonomo, avente forme giuridiche differenti a seconda dei casi, incaricato di gestire il processo di riqualificazione in tutte le sue fasi. Si è manifestata, altresì, l'importanza ed essenzialità della capacità di coinvolgere le diverse parti sociali nel processo di riqualificazione, del contenimento dei tempi di realizzazione dei progetti, della volontà di impegnare risorse economiche pubbliche sul progetto soprattutto nella fase iniziale, della capacità di trovare risorse finanziarie necessarie all'avvio del progetto, della creazione di partenariati istituzionali tra soggetti pubblici e privati e, infine, della convergenza di obiettivi tra le amministrazioni coinvolte (in particolare, per quanto qui interessa, tra il Comune e l'Autorità Portuale) che partecipano al progetto e cooperano per la realizzazione degli obiettivi prefissati, superando quegli ostacoli che diversamente potrebbero rallentare il processo evolutivo.

Il d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169¹⁹, giunto all'esito di un *iter* parlamentare particolarmente lungo e complesso (integrato e modificato dal d.l. 13 dicembre 2017, n. 232²⁰), si propone di superare "l'individualismo portuale", ottimizzando la *governance* del settore attraverso il coordinamento del sistema portuale e l'analisi rigorosa delle priorità di investimento, allineandosi ai principi dell'ordina-

e territoriale ha rilevato come «le due vicende [...] siano complementari e subiscano un processo di uguale tipo, anche se di segno contrario». Mentre, infatti, nell'epoca postunitaria, la pianificazione portuale, demandata agli enti portuali, era considerata coesistente e consustanziale a quella territoriale conformandosi spontaneamente ad essa, nel secondo dopoguerra la relazione si è invertita per la tendenza della pianificazione portuale, la cui attuazione era per lo più demandata agli enti portuali, ad invadere il territorio circostante stabilendo destinazioni e vincoli forieri di conflitti con le previsioni del PRG che tuttavia esso non era in grado di comporre per l'estraneità del demanio e delle opere ivi realizzate alla pianificazione territoriale. La situazione è rimasta sostanzialmente invariata anche quando con la legge Ponte del 1967 il demanio è entrato a far parte della pianificazione urbanistica e nonostante l'imposizione dell'obbligo di conformità delle opere con gli strumenti urbanistici, atteso che l'eventuale contrasto accertato a livello ministeriale poteva essere superato dal giudizio di prevalenza del «lo specifico interesse pubblico demaniale a mezzo della variante al piano con la modifica d'ufficio» (A. D'Amico Cervetti, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, cit., 264). La proliferazione degli usi (pubblici, privati, generali o particolari, industriali, commerciali, petroliferi, turistici o ricreativi) e delle funzioni del demanio marittimo e di quello portuale, la cui individuazione e classificazione è affidata a un criterio «troppo elastico e, per conseguenza di dubbia utilità, giacché, a tal punto, ogni contenuto è possibile: l'interesse pubblico è la formula, teoricamente giustificata, che ricorre per ogni tipo di operazione», costituisce il principale limite della legislazione che infatti svela a monte un problema irrisolto, e cioè «l'assenza di un momento di individuazione delle funzioni del demanio marittimo che consenta, a valle, una loro selezione: a un apprezzamento concreto degli interessi a cui ciascuna di esse è strumentale, perché possa misurarsene il peso con quello degli interessi perseguiti in sede di pianificazione urbanistica, non giova certo la frammentazione dei poteri tra una molteplicità di centri decisionali» (M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, cit., 124). Il Cons. Stato, Sez. VI, 2 giugno 1987, n. 358 e n. 359 ha giudicato l'individuazione dei poteri e delle aree di interesse nazionale preliminare indispensabile ai fini della operabilità della delega di cui all'art. 59 1° comma d. p. r. 24 luglio 1977, n. 616, perdurante nel tempo in assenza di programmazione.

¹⁹ Cfr. *supra*.

²⁰ Pubblicato in *G.U.* 9 febbraio 2018, n. 33.

mento europeo e adeguandosi alle mutate esigenze di mercato²¹. A tal fine, esso ha introdotto importanti novità che dovrebbero costituire la risposta più efficace alla marginalizzazione dei porti italiani rispetto agli scali europei (in particolare, i porti di Anversa, Rotterdam e Amburgo, il c.d. Northern Range, ma anche i porti degli Stati meridionali, in particolare Barcellona, Lisbona, Marsiglia, Atene) e alle conseguenze negative che tale situazione aveva prodotto non soltanto sul comparto portuale, ma anche sulla complessiva filiera dei trasporti e sull'economia nazionale, mettendo le infrastrutture italiane in competizione con le altre infrastrutture europee e acuendo gli squilibri regionali.

È, quindi, opportuno analizzare le peculiarità della Riforma, tracciandone un bilancio *ex post* teso ad evidenziare punti di forza e/o debolezza delle scelte operate tra cui si segnalano, in particolare, il rafforzamento dei poteri d'indirizzo e coordinamento nonché dell'autonomia finanziaria delle Autorità portuali²², che ha accentuato il carattere manageriale della gestione; semplificazione ed accelerazione delle procedure per l'approvazione del piano regolatore portuale, al fine di rendere più attrattive le condizioni per gli investimenti dei privati in banchina; costituzione di sistemi logistico-portuali ed istituzione di un fondo di finanziamento dei sistemi e delle connessioni intermodali²³.

Rilevante e significativa ma, allo stesso tempo, problematica in quanto densa di conseguenze pratiche, è stata la classificazione dei porti di II e III categoria assoggettati alla medesima disciplina portuale e giuridica, ed in cui rientrano, rispettivamente, i «porti di rilevanza nazionale e internazionale, o specifiche aree portuali, costituenti nodi delle grandi reti di trasporto e di navigazione di rilevanza transeuropea ai sensi del regolamento (UE) 11 dicembre 2013 n. 1315 del Parlamento europeo e del Consiglio, e comunque rientranti nelle DSP di cui all'art.6», a «conferma (de)l superamento di una logica parcellizzata e quantitativa, che si basava su un approccio localistico alle realtà portuali, per transitare ver-

²¹ Ciò si evince chiaramente dall'oggetto della delega limitata «al numero, all'individuazione delle Autorità di sistema nonché alla *governance*, tenendo conto del ruolo delle regioni e degli enti locali e alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti» e dagli obiettivi della riforma da perseguire nel breve e nel lungo periodo, tra cui spicca la non meglio specificata capacità di «esprimere maggiore capacità di coordinamento» tra le neoistituite Autorità di Sistema Portuale alle quali, tra l'altro, la riforma ha conferito anche funzioni di raccordo nei confronti di tutte le amministrazioni competenti nel settore portuale, sollecitando una più attenta riflessione sulla natura, le funzioni e i compiti di tali enti.

²² M. Calabrò, *La riforma dell'ordinamento portuale. L'autonomia finanziaria delle Autorità portuali*, in *www.treccani.it*, 2013.

²³ Cfr. Regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (GUUE L 348/2013, 1) e Regolamento (UE) n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa e che modifica il regolamento (UE) n. 913/2010 (GUUE L 348/2013, 129). Sul punto cfr., *amplius, infra*, Parte II. Cfr. anche il piano di azione per i trasporti per la regione del Mediterraneo (*Regional Transport Action Plan for the Mediterranean Region*, RTAP 2007-2013 e 2014-2020).

so un approccio qualitativo che privilegia l'aspetto sistemico della rete portuale»²⁴ e i «porti di rilevanza interregionale e regionale, o specifiche aree portuali, nei quali le regioni esercitano funzioni relative al rilascio di concessioni demaniali marittime per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di energia e di realizzazione di opere infrastrutturali» (art. 4, lett. c)²⁵.

Residuano, inoltre, alcuni aspetti problematici e conseguenze che non possono essere ignorate: innanzitutto, la difficoltà di conciliare l'attuale classificazione portuale con il regime amministrativo dei beni demaniali e con le funzioni e i compiti dello Stato che involgono anche il rapporto tra distribuzione delle competenze e oneri di spesa²⁶, con tutto ciò che ne consegue sul piano dei rapporti e dei possibili conflitti tra AdSP e il Governo. L'attribuzione della materia alla competenza concorrente Stato-Regioni (ad eccezione dei porti turistici devoluti alla competenza esclusiva regionale) – spesso anche a prescindere dalla classificazione e dall'importanza degli scali nei quali operano una moltitudine di AdSP – ha generato un notevole contenzioso anche con riguardo all'esercizio delle funzioni amministrative portuali, facendo propendere per una redistribuzione delle competenze (e delle relative funzioni) per lo più attratte nella sfera esclusiva statale. Né vanno sottaciute le ripercussioni sulla già critica e criticata procedura di adozione del PRP nel rispetto del PRSP (ai sensi dell'art.5, comma 1, n. 84/1994 ss.mm.ii.) che coinvolge interessi di più regioni richiedendosi l'intesa tra di esse e con lo Stato, nonché l'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti²⁷ nella pianificazione di area vasta dei complessi portuali e logistici, specie di

²⁴ F. Monceri, *La classificazione dei porti*, cit., 20.

²⁵ Ai sensi dell'art. 13 del citato Decreto (art. 13), le Adsp redigono il Documento di pianificazione strategica di sistema (DPSS) coerente con il Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) e con gli orientamenti europei in materia di portualità, logistica e reti infrastrutturali nonché con il Piano strategico nazionale della portualità e della logistica. Il Decreto ne ha specificato le funzioni introducendo importanti novità concernenti la procedura di approvazione del documento che si focalizza sull'assetto e le funzioni delle aree destinate alle diverse attività ivi indicate in base alle caratteristiche e alla destinazione d'uso delle stesse come stabilite nel PRP, individuando così le aree con funzione di interazione porto-città. Si segnalano, inoltre, le modifiche alle modalità di redazione dei PRG portuali, la disciplina delle Varianti al PRP e degli adeguamenti tecnico funzionali al PRP nonché le varianti.

²⁶ Ciò era stato evidenziato dalla Consulta fin dalla sentenza 7 luglio 1994, n. 317, in *GU* 10 agosto 1994, n. 33, e si evince chiaramente dall'attuale formulazione dell'art. 5, comma 8, della legge n. 84/1994 secondo cui «spetta allo Stato l'onere per la realizzazione delle opere nei porti di cui alla categoria I e per la realizzazione delle opere di grande infrastrutturazione nei porti di cui alla categoria II, classi I e II. Le regioni, il comune interessato o l'autorità di sistema portuale possono comunque intervenire con proprie risorse, in concorso o in sostituzione dello Stato, per la realizzazione delle opere di grande infrastrutturazione nei porti di cui alla categoria II, classi I e II». Mentre «spetta alla regione o alle regioni interessate l'onere per la realizzazione delle opere di grande infrastrutturazione nei porti di cui alla categoria II, classe III».

²⁷ L'intesa stabilisce: «Nei porti ricompresi nelle circoscrizioni territoriali di cui all'articolo 6, comma 1, l'ambito e l'assetto complessivo dei porti costituenti il sistema, ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all'attività cantieristica e alle infrastrutture stradali e ferroviarie, sono delimitati e disegnati dal piano regolatore di sistema portuale, che individua, altresì, le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pub-

quelli economicamente più rilevanti²⁸. Ciò ha condizionato i reciproci rapporti tra Amministrazioni e Istituzioni, già in passato caratterizzati da interrelazioni e sovrapposizioni di competenze tali da aggravare la crisi del sistema portuale italiano, in assenza di una strategia marittima integrata in grado di favorire uno sviluppo comune, sia economico che commerciale, del settore portuale nazionale.

2.2. *La riforma portuale problemi e prospettive*

La tanto attesa riforma portuale, a maggior ragione dopo il fallimento del recente tentativo di riforma costituzionale, avrebbe potuto e dovuto costituire l'occasione per mettere a sistema i flussi della pianificazione con l'effetto di responsabilizzare maggiormente gli attori locali, *in primis*, le Regioni che legiferano in materia portuale e sono responsabili della pianificazione territoriale regionale e della programmazione operativa della politica di coesione.

Questo ruolo rischia di essere ridimensionato nel confronto con le scelte demandate allo Stato relative alle infrastrutture strategiche in materia di porti marittimi e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale, grandi reti di trasporto e di navigazione, dovendo le Regioni nelle loro attività di pianificazione e programmazione tener conto non solo degli obiettivi che esse perseguono in quanto enti di governo del territorio, ma anche delle scelte strategiche di sviluppo economico e di infrastrutturazione del territorio operate a livello centrale.

Per quanto il problema abbia indiscutibilmente radici piuttosto risalenti e profonde, è indubbiamente questo il *vulnus* principale che svela un vizio di impostazione della Riforma, focalizzata per lo più sui profili e sulle misure di carattere organizzativo, di razionalizzazione, di semplificazione procedurale e sulla riduzione degli oneri amministrativi, piuttosto che sulla programmazione e pianificazione portuale²⁹. Di conseguenza, il decreto non affronta adeguatamente né risolve l'annoso problema della classificazione dei porti prevista dalla legge n. 84/1994, ma rimasta da lungo tempo inattuata, come evidenziato dal PSNPL. Essa, tutta-

blici, entro il 30 novembre 2016, predisporre apposite linee guida per la redazione dei piani regolatori di sistema portuale, delle varianti stralcio e degli adeguamenti tecnico funzionali».

²⁸ G. Acquarone, *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano, 2009; A. Romagnoli, *Il piano regolatore portuale*, in *Dir. trasp.*, 2003, 61 ss.

²⁹ Fatta eccezione per alcuni sporadici richiami al PGT, il decreto in commento non aggiunge nulla di nuovo rispetto a quanto già previsto dal Piano strategico della portualità italiana dal punto di vista della *governance*, degli strumenti e dei metodi della pianificazione, *bypassando* del tutto il PSNL, nonostante quest'ultimo connoti la realtà portuale italiana, essendo tra l'altro un indicatore imprescindibile per valutare l'efficacia della riforma rispetto agli obiettivi ed ai risultati attesi in termini valorizzazione e di miglioramento della performance delle infrastrutture portuali nonché ridimensionando il Piano generale dei trasporti e della logistica come modificato dall'art. 201 del Codice dei contratti.

via, è diventata ormai indispensabile e non più procrastinabile per superare i problemi gestionali e i loro effetti sulle infrastrutture portuali e di conflittualità tra gli interessi coinvolti nel procedimento di adozione del provvedimento di cui agli artt. 4 e 5 della legge n. 84/94, in assenza di criteri più analitici rispetto a quelli già previsti e applicati discrezionalmente dal Ministero, come ad esempio quello funzionale previsto dal PGT³⁰.

Ciò a maggior ragione se si tiene in conto che la scelta normativa del “sistema portuale” attuata dal d.lgs. n. 169/2016 ha comportato l’attribuzione alle AdSP di competenze su un numero di porti più elevato rispetto al passato in cui rientrano o potrebbero rientrare porti di competenza regionale. Ciò di per sé è fonte di conflitti di attribuzione a causa della proliferazione delle competenze e degli scali, che per la loro connotazione dinamica non si prestano ad essere rigidamente catalogati, mutando di continuo la loro rilevanza, consistenza e appartenenza. Di conseguenza, ora come allora, il mancato coinvolgimento delle Regioni nell’adozione di un atto di rilievo nazionale concreta la violazione del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione e, quindi, la lesione delle prerogative regionali. Ciò a maggior ragione, nelle materie trasversali o che incidono su più interessi, alcuni dei quali “sensibili” (ambiente, paesaggio) o più settori affidati alla competenza esclusiva statale o regionale, tra cui il settore portuale.

A tale principio sembrerebbe ispirarsi l’istituzione della Conferenza nazionale di coordinamento delle AdSP, composta da «cinque rappresentanti designati dalla Conferenza Unificata, di cui tre delle regioni, uno delle città metropolitane e uno dei comuni» al fine di «coordinare e armonizzare, a livello nazionale, le scelte strategiche che attengono i grandi investimenti infrastrutturali, le scelte di pianificazione urbanistica in ambito portuale, le strategie di attuazione delle politiche concessorie del demanio marittimo, nonché le strategie di marketing e promozione sui mercati internazionali del sistema portuale nazionale, operando, altresì, la verifica dei piani di sviluppo portuale» (art. 11-ter della legge n. 84/1994). La disposizione in parola è finalizzata ad evitare squilibri e/o sperequazioni tra istanze ed esigenze di competenza statale o regionale, in considerazione del rilevante contributo della Regione nella definizione dell’assetto territoriale del sistema portuale e dei singoli piani regolatori portuali.

Sull’operatività e reale efficacia di tale strumento, tuttavia, e a ragione, la dottrina di recente ha espresso più di una perplessità osservando che esso «potreb-

³⁰ Le modifiche apportate all’art. 4 della legge n. 84/1994, di fatto, non innovano l’articolazione e la classificazione categoriale e funzionale in classi del porto – che infatti sopravvive alla costituzione del sistema portuale – assumendo valore dirimente la rilevanza economica del singolo scalo e la relativa inclusione in una classe in base a determinate caratteristiche dimensionali e funzionali. Se ne deduce, quindi, che la classificazione del porto era e resta il criterio di riferimento ai fini del riparto tra Stato e Regioni degli oneri e delle funzioni amministrative concernenti l’infrastrutturazione portuale.

be assumere maggiore incisività qualora fosse definito in seno alla Conferenza unificata Stato-Regioni-Autonomie locali, in conformità a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 11-ter, un Accordo quadro nazionale volto a integrare l'esercizio delle rispettive competenze e sostenere attività di interesse comune in materia di sviluppo logistico di area vasta a supporto del sistema delle AdSP, in ambienti territoriali omogenei, anche interregionali, per il coordinamento delle politiche di sviluppo della portualità in connessione con le altre reti di trasporto su ferro, su gomma e aeree, anche ai fini delle loro integrazioni ai Corridoi europei e alle rotte del commercio internazionale»³¹.

A ben vedere, infatti, il difettoso coordinamento tra piani e programmi è alla base dei conflitti e delle contrapposizioni che nascono tra esigenze portuali e comunali, soprattutto per quanto concerne le destinazioni del territorio e la protezione dell'ambiente urbano. Tuttavia, in mancanza di esso, risulta sostanzialmente impraticabile risolvere i contrasti alla luce dello stesso principio che porta a valorizzare funzioni e finalità "urbane" di aree portuali meno appetibili o sottoutilizzate e, in ogni caso, a verificare la compatibilità ambientale e paesaggistica delle attività portuali. E ciò di fatto osta al raggiungimento del giusto equilibrio tra le esigenze sottese agli interessi locali e portuali, che soltanto il coordinamento tra i rispettivi strumenti di pianificazione potrebbe garantire.

Rebus sic stantibus, restano ferme le ragioni per cui nell'attività di pianificazione portuale le Adsp si devono attenere alle prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti, confermandosi la regola per cui le previsioni del PRP non possono contrastare con esse e che permea di sé la previsione di un procedimento di adeguamento alle varianti nel rispetto della «sostanziale [...] struttura del piano regolatore portuale in termini di obiettivi, scelte strategiche e caratterizzazione funzionale delle aree portuali» (art. 5.5, legge n. 84/94 ss.mm.ii.), ma in conformità degli strumenti urbanistici vigenti in base ad un parere espresso dal Comune.

Né va sottovalutato l'intervento del Comune nel procedimento di adozione del PRP che si esprime attraverso un'intesa con l'AdSP, sia pure con esclusivo riferimento alla pianificazione delle aree destinate a funzioni di interazione porto-città, ferme restando le competenze sulle costruzioni in ambito portuale, la cui realizzazione è subordinata al possesso di idoneo titolo edilizio.

Senza considerare i disagi che derivano dai tempi troppo lunghi di approvazione dei PRP (redatti dopo l'approvazione del Documento di Pianificazione Strategica di Sistema dei porti (DPSS) e a contenuto vincolato dal medesimo DPSS, dal PSNPL e dalle Linee guida 2017), dai ritardi tra esigenze di efficienza

³¹ M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit., 212, ma «in ogni caso, a fronte della conclusione di un sifatto Accordo quadro e dell'effettiva idoneità delle sue previsioni a costituire un concreto indirizzo e un limite all'azione atomistica delle AdSP, resterebbero da chiarire, anche per tale strumento, le modalità di raccordo con il PSNPL e il PGTL».

e di funzionamento dei porti e l'incapacità delle AdSP di farvi fronte nel confronto con gli altri protagonisti dei due livelli di pianificazione sistemica previsti dalla Riforma e ai fini dell'adozione dei relativi atti (Comune, Comitato di gestione dell'AdSP, Regione/i interessata/e) rispetto ai quali anche il tentativo di delimitazione dei rispettivi ambiti territoriali rischia di rivelarsi uno sforzo inutile, in mancanza di verifica a monte della corrispondenza (*rectius*: congruenza, coerenza e proporzionalità) dei mezzi rispetto agli obiettivi³².

È innegabile che molte delle criticità ed ambiguità della legge n. 84/94 sono sopravvissute alla riforma: basti pensare al POT e alla sua funzione programmatica non avendo la novella chiarito il rapporto con altri gli strumenti di pianificazione, vale a dire il PrdSP e il PRP che dovrebbero «delimitare» e «disegnare» l'ambito e l'assetto complessivo dei porti, individuando, «altresì, le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate» in assenza della previa individuazione di una non meglio specificata «circostrizione territoriale» dell'Autorità portuale e provvedere alla delimitazione/estensione del cd. «ambito portuale» in mancanza del d.m. di cui all'art. 4, comma 4 della legge n. 84/94. Complice anche l'inconsistenza della pianificazione nazionale dei trasporti e della logistica, essa aveva determinato la conquista di sempre maggiori spazi di autonomia e di decisione nell'esercizio del potere di pianificazione delle sopresse Autorità portuali, sostanzialmente privo di limiti funzionali e svincolato da indirizzi formali, nonché tra il PRS e il PSNPL o il PGTL. Non c'è da meravigliarsi, dunque, che «il d.lgs. n. 169 del 2016 non abbia imposto ai nuovi enti il rispetto di alcuna formale metodologia di pianificazione, capace di garantire l'effettiva rispondenza delle scelte, adottate presso ciascun ente 'di sistema', alle finalità che, tramite il cambiamento di *governance*, lo stesso PSNPL intende perseguire (innanzitutto, il traghettamento dall'assetto attuale, rappresentato dalla tendenziale vocazione *multipurpose* degli scali, verso un modello imperniato sulla specializzazione dei singoli porti afferenti a un sistema)»³³.

Parallelamente, in un'ottica di semplificazione e di efficienza dei processi decisionali, la pluralità dei centri deliberativi e l'ingerenza del Comune nella pianificazione portuale di fatto può costituire un ostacolo all'esercizio delle competenze delle AdSP in qualità di responsabili del coordinamento e di raccordo – in funzione dell'efficientamento del sistema portuale-logistico e dei risultati attesi in

³² Tali obiettivi consistono nel favorire la leale cooperazione e l'interazione tra città e il porto «supera(ndo, altresì) gli attuali e spesso obsoleti confini amministrativi dei Comuni, degli enti intermedi e delle città metropolitane, sviluppando una portualità di sistema anche in sede locale, che, pur tenendo conto della varietà e della fragilità dei contesti, delle loro tendenze territoriali, urbane, socio-economiche, si apra al superamento dei tradizionali confini amministrativi di piano» in base a un diverso e più maturo approccio sistemico e funzionale al governo del territorio. Il virgolettato è tratto dalle Linee guida 2017.

³³ M. Ragusa, Porto e poteri pubblici, cit., 285, spec. nota 183.

base alla specifica *mission* ad essa affidata – delle proprie competenze con quelle delle altre istituzioni che operano all'interno del proprio sistema portuale e lungo l'intera filiera logistica che collega i diversi porti. Ciò è reso ancora più problematico dalla contiguità e complementarietà di funzioni eterogenee e in considerazione dell'esistenza di altre infrastrutture, materialmente non contigue al mare, idonee a servire a funzioni omogenee a quelle portuali.

L'attuale modello organizzativo del porto e la regolazione (finalistica e condizionale) delle attività che ivi si svolgono evidenziano la natura "intrinsecamente" imprenditoriale dell'AdSP e della funzione essenzialmente aziendale delle infrastrutture da questa gestite. Il che è indubbiamente più coerente con il rinnovato concetto di demanialità strutturale e funzionale del porto moderno, focalizzandosi pertanto e soprattutto sui limiti che discendono dalla gestione economica del bene e delle attività.

Dalla natura ibrida dell'Autorità discende quale inevitabile corollario la peculiare e distinta qualità pubblica del bene e l'opportunità della distinzione del porto dai beni appartenenti al demanio marittimo. Di qui la necessità di assoggettamento a un regime giuridico differenziato in base agli interessi pubblici istituzionalmente attribuiti alla gestione del porto e a quelli che la fruizione dei beni costieri mira a soddisfare, in considerazione della funzione delle componenti del porto e dell'uso del demanio marittimo e alle "nuove destinazioni" dello stesso.

2.3. *I riflessi dell'assetto dei porti sul riparto delle attribuzioni tra enti portuali e enti territoriali*

Quanto appena riferito trova preciso riscontro sul piano del riparto di attribuzioni tra enti territoriali, «in forza del quale la rivalità tra le destinazioni del demanio si traduce in una rivalità tra lo statuto giuridico delle sue componenti – ora affidate alla gestione di differenti amministrazioni – e si proietta direttamente sulla dialettica [...] tra pianificazione del porto e pianificazione urbanistica»³⁴. Fin dall'inizio, la disciplina ha evidenziato problemi di coordinamento, di cui si è detto, cui il legislatore ha ritenuto di porre rimedio subordinando l'adozione del PRP redatto dalle segreterie tecniche delle Autorità portuali al raggiungimento dell'intesa con il Comune – invero difficile da acquisire. Ciò ha generato una situazione di stallo decisionale cui neanche la Riforma è stata in grado di ovviare mantenendo la necessità di un'intesa con il comune o i comuni interessati in fase anteriore all'adozione del PRdSP (art. 5, comma 3) e del PRP (art. 5, comma 3-bis).

³⁴ *Ibidem*, 390.

Di conseguenza, a meno che non si decida di «valorizzare la fase preparatoria dell'intesa, allo scopo di trasformare in discrezionalità – tramite la procedimentalizzazione e la formalizzazione delle trattative – la sostanziale autonomia negoziale riconosciuta dall'art. 5 della legge n. 84/1994 a entrambe le amministrazioni»³⁵, deve escludersi in radice che l'AdSP in considerazione della intrinseca imprenditorialità che la connota e della natura dell'attività esercitata possa superare il dissenso opposto dal Comune non potendo far altro che conformarsi alle prescrizioni del PRG concernenti la gestione e l'uso del demanio marittimo.

E proprio al fine di superare l'impasse procedimentale, si è ipotizzata l'introduzione di meccanismi di superamento del dissenso mutuando la disciplina di cui all'art. 17-bis della legge n. 241/90³⁶, qualificando l'intesa in senso debole e auspicandone il recepimento nell'art. 5 della legge porti. In alternativa, la dottrina ha sottolineato la necessità quanto meno «di restringere in via interpretativa l'oggetto [dell'intesa], reputandone necessario il raggiungimento solo in relazione a una parte delle prescrizioni dettate dal PRP, e di valorizzare gli strumenti – come quelli offerti dalla legge obiettivo – capaci di consentire la localizzazione e la realizzazione delle opere portuali anche in difetto di intesa»³⁷. Entrambe le soluzioni, tuttavia, non soddisfano in quanto postulano il sacrificio degli interessi perseguiti dall'Autorità portuale e dal Comune che invece, proprio in quanto equiordinati, non lasciano ipotizzare soluzioni alternative.

Né d'altra parte, ad avviso di chi scrive, *rebus sic stantibus*, sussistono le condizioni per comporre il conflitto «nella fase istruttoria prodromica all'approvazione degli strumenti di pianificazione trasportistica generale (sul presupposto che) se questi assolvessero alla funzione solo propria, il problema non sarebbe più quello di assicurare razionalità al dialogo che intrattengono in sede periferica, il Comune e l'amministrazione portuale, ma quello di garantire un adeguato spazio partecipativo a entrambi gli enti, insieme a tutti gli altri soggetti istituzionali interessati alla programmazione, in sede di definizione degli obiettivi logistici generali e dei mezzi impiegabili al loro perseguimento»³⁸.

A ben vedere, infatti, l'equiordinazione degli interessi sfuma nella prassi a fronte di procedimenti gestiti per lo più esclusivamente dal Comune ed in cui gli interessi sottesi al demanio marittimo facilmente passano in secondo piano, perpetrandosi così il *trend* negativo che affonda le sue radici nell'assenza di coordinamento tra pianificazione portuale e urbanistica. Non c'è da meravigliarsi, dunque, di scelte di pianificazione comunali che, in maniera del tutto svincolata dal-

³⁵ *Ibidem*, 395.

³⁶ L. 241 del 7 agosto 1990 recante «Nuove norme sul procedimento amministrativo», in *GU* n. 192 del 18 agosto 1990.

³⁷ *Ibidem*, 394, spec. nota 298.

³⁸ *Ibidem*, 394.

la pianificazione generale dei trasposti e da quella integrata del territorio costiero, in luogo dell'uso particolare e imprenditoriale proposto dal piano portuale o dal piano di sistema, prediligano un altro uso probabilmente non conforme all'interesse generale, in base ad una visione parcellizzata, non integrata né strategica della pianificazione e del governo del territorio. Anche da questo punto di vista si appalesa il fallimento della Riforma, che non è stata in grado di creare le basi per la creazione di canali di comunicazione e prassi di collegamento tra le amministrazioni indispensabili per affrontare i cambiamenti e saper cogliere le opportunità di sviluppo.

3. *Parte II. L'incidenza del processo di integrazione europea sulla pianificazione portuale*

3.1. *L'incidenza del processo di integrazione europea attraverso strumenti regolativi: la progressiva estensione della disciplina del mercato*

Il sistema regolativo nazionale illustrato nella precedente Parte, che sta progressivamente creando – seppur con significative difficoltà – un quadro multilivello (Stato, Regioni, enti territoriali e settoriali), improntato ad una logica *top-down*, tende ad inserirsi ed integrarsi, in un'ottica *bottom-up*, con le norme europee e internazionali che incidono sui porti.

Invero, nel diritto internazionale i porti hanno avuto sempre una funzione centrale, essendo considerati come “rifugio” secondo il diritto del mare e come sbocco di merci nel diritto del commercio internazionale. Per assicurare queste due funzioni fondamentali dei porti, la Convenzione di Ginevra del 9 dicembre 1923 sul regime internazionale dei porti marittimi ha stabilito il diritto di accesso alle navi in condizioni non discriminatorie. Alla Convenzione in parola si affiancano, da un lato, la disciplina dei c.d. porti franchi³⁹, stabiliti in genere con accordi internazionali, dall'altro, le norme tecniche e di sicurezza adottate nell'ambito della Convenzione per la salvaguardia della vita in mare (SOLAS) del 1° novembre 1974⁴⁰.

³⁹ Le zone franche consistono in aree portuali sottoposte ad un regime doganale e fiscale speciale. In Italia, un regime di tale tipo era previsto, ad esempio, per il porto di Trieste. Oggi il regime dei porti franchi negli Stati membri dell'UE è dettato dal Regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione (GUUE L 269/2013, 1), artt. 243 ss. Per un'analisi dell'evoluzione dei porti franchi dapprima in zone franche e più di recente in zone economiche speciali, cfr. S. Pugliese, *Special Economic Zones (SEZs) in EU Port Infrastructures as a Means of Attracting Foreign Investment. How to Manage Risks to EU Strategic Interests?*, in *Transnational Dispute Management*, 1 ss.

⁴⁰ Nell'ambito della Convenzione in parola sono stati adottati, su impulso dell'Organizzazione Marittima Internazionale, l'*International Ship and Port Facility Security Code* (ISPS), l'*International Safety Management Code* (ISM) e numerose norme settoriali quali quelle relative allo stoccaggio di merci pericolose e alla pesatura dei carichi. Si ricordi che, mentre la *secutity* indica protezione da minacce e attacchi deliberati a cose o persone

A dispetto del marcato interesse registrato in riferimento ai porti nel diritto internazionale, il Trattato istitutivo della CEE, nell'ambito del Titolo IV, relativo ai «Trasporti», non faceva alcun riferimento ai porti. In base all'art. 84 TCEE le disposizioni del titolo IV si applicavano soltanto ai trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili⁴¹. Spettava al «Consiglio, con deliberazione unanime, [...] decidere se, in quale misura e con quale procedura, (avrebbero potuto essere) prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea»⁴². Nondimeno, la Corte ha chiarito che anche a tali tipologie di trasporto dovevano applicarsi i principi generali del trattato⁴³.

A partire dalla fine degli anni '70, la progressiva attenzione ai trasporti combinati⁴⁴ ha fatto emergere il carattere riduttivo di un approccio concentrato sui trasporti terrestri, in cui le interconnessioni tra questi ultimi e gli altri modi di trasporto erano ignorate⁴⁵. In questa chiave, si è assistito, come già evidenziato⁴⁶, ad una progressiva rivalutazione del concetto di porto, che andava inteso come luogo di interconnessione tra i vari modi di trasporto e come fulcro del flusso logistico delle merci⁴⁷.

(provenienti da azioni di criminalità o terrorismo), la *safety* consiste nella prevenzione e gestione di rischi o eventi fortuiti. Cfr., *amplius*, A. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law (Volume 2). Managing Risks and Liabilities*, London, 2013; S.M. Carbone, L. Schiano di Pepe, *Competition, safety, security and environmental concerns in the emerging ports policy of the European Union*, in *Dir. Comm. Int.*, 2014, 839 ss.

⁴¹ Per un'ampia analisi della disciplina dei trasporti terrestri, cfr. M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, Milano, 1990.

⁴² Art. 84, n. 2, TCEE.

⁴³ Corte di giust. del 4 aprile 1974, causa 167/73, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.*, 359 s. Intanto, la Commissione ha avviato una riflessione sull'importanza dei porti istituendo, nel 1974, il *Community Port Working Group*, costituito dai rappresentanti dei porti europei, con il compito di identificare azioni per il rafforzamento della competitività delle imprese portuali. Cfr. *Report into the Current Situation in the major Community seaports drawn up by the Port Working group* (CB-22-77-863).

⁴⁴ Ci si riferisce alla Decisione 78/174/CEE del Consiglio, del 20 febbraio 1978, che istituisce una procedura di consultazione e crea un comitato in materia di infrastrutture dei trasporti (*GUCE L 154/1978*, 16) e al Regolamento (CEE) n. 1658/82 del Consiglio, del 10 giugno 1982, che completa con l'inserzione di disposizioni riguardanti il trasporto combinato il regolamento (CEE) n. 1107/70 relativo agli aiuti accordati nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile (*GUUE L 184/1982*, 1 ss.). Cfr. M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 179 ss.

⁴⁵ Cfr. M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 193, nota 181 «Si è considerato il mercato dei trasporti non come un insieme organico, ma come giustapposizione di mercati propri a ciascun modo e funzionanti ciascuno in maniera pressoché autonoma».

⁴⁶ Cfr. *supra*, §1.

⁴⁷ Cfr. M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 193, nota 180. Il 15 novembre 1982 la Commissione trasporti del Parlamento europeo ha presentato una proposta di risoluzione in cui «invita la Commissione a dedicare ai porti maggiore attenzione che in passato, e, segnatamente, in tutte le proposte che essa presenterà in ordine alla politica comune dei trasporti, alle incidenze che ne deriveranno alla concorrenza reciproca fra i porti [...]». Cfr. anche Comunicazione dell'1° febbraio 1983 «Evoluzione verso una politica comune dei trasporti (trasporti terrestri)»; il c.d. Rapporto «Carossino» del Parlamento europeo, dell'11 marzo 1983, sul ruolo dei porti nella politica comune dei trasporti, e COM (84) 709 del 14 dicembre 1984, *Orientamenti di politica a medio termine in materia di infrastrutture di trasporto*, 8.

In seguito alla sentenza del 1985 con cui la Corte di giustizia ha riconosciuto che il Consiglio aveva ommesso, in violazione del trattato, di garantire la libera prestazione dei servizi in materia di trasporti⁴⁸, e dopo l'adozione del Libro bianco sul completamento del mercato interno⁴⁹, si è avvertita la necessità di dare alla politica comune dei trasporti un'impronta strategica ben definita, valorizzando il ruolo dei trasporti nel mercato interno, l'integrazione fra le infrastrutture disponibili⁵⁰, la creazione di nuove infrastrutture⁵¹ e soprattutto riconoscendo la rilevanza – ai fini di facilitare la circolazione delle merci – dei modi di trasporti marittimi e delle relative infrastrutture. Peraltro, in dottrina è stato evidenziato che una pianificazione comune nel settore delle infrastrutture avrebbe giovato anche ad altri progetti comunitari (energia, politica regionale, protezione dell'ambiente)⁵².

La progressiva integrazione delle infrastrutture portuali nella Politica Comune di Trasporti si è rafforzata in seguito alla sentenza "Siderurgica Gabrielli c. Merci Convenzionali Porto di Genova"⁵³ del 1991, in cui la Corte ha affermato che la gestione delle operazioni portuali doveva rispettare le norme del Trattato, ed in particolare le norme in materia di concorrenza e le disposizioni relative alle imprese titolari di diritti esclusivi ed imprese erogatrici di Servizi di interesse economico generale (SIEG) di cui all'art. 90 TCEE⁵⁴.

⁴⁸ Corte giust. del 22 maggio 1985, causa 13/83, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Racc.*, 1513. M.L. Tufano, *Sui ritardi del Consiglio in materia di politica comunitaria dei trasporti*, in *Il Foro Italiano*, 1986, 3 ss. *Amplius*, sugli effetti di tale sentenza sull'evoluzione della disciplina di settore, cfr. M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 237 ss.

⁴⁹ COM (1985) 310 del 28-29 giugno 1985, 6.

⁵⁰ M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 251.

⁵¹ Cfr. in tal senso Regolamento (CEE) n. 4059/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativo ad un sostegno finanziario per progetti di infrastrutture di trasporto (*GUCE L 378/1986*, 24), Allegato «Obiettivi e criteri di una politica comunitaria di infrastrutture nell'ambito di un programma a medio termine», paragrafo i) «fatta salva l'opportunità o meno di includere nel programma a medio termine i porti e gli aeroporti, le azioni della Comunità mirano ai seguenti obiettivi: soppressione dei punti di strozzatura [...], miglioramento dei collegamenti nei corridoi terrestri-marittimi». Cfr. anche Regolamento (CEE) n. 4070/87 del Consiglio del 22 dicembre 1987 relativo alla concessione di un sostegno per progetti di infrastrutture di trasporto (*GUCE L 380/1987*, 33).

⁵² M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 307.

⁵³ Corte giust. del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merici Convenzionali Porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, in *Racc.*, I-05889.

⁵⁴ In primo luogo, la Corte ha affermato che «il combinato disposto dell'art. 90, n. 1, e degli arti. 30, 48 e 86 del Trattato CEE osta alla normativa di uno Stato membro che conferisca ad un'impresa stabilita in questo Stato il diritto esclusivo d'esercizio delle operazioni portuali e le imponga di servirsi, per l'esecuzione di dette operazioni, di una compagnia portuale composta esclusivamente di maestranze nazionali» e che gli articoli in parola attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare. In secondo luogo, la Corte ha affermato che «le operazioni portuali non presentano, in linea di principio, un interesse economico generale che abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica e che possa farle rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato. In ogni caso il fatto che i pubblici poteri abbiano affidato ad un'impresa la gestione di un servizio economico di interesse generale può, in forza della summenzionata disposizione, permetterle di sottrarsi al rispetto delle norme del Trattato solo se l'applicazione di queste norme è tale da ostare all'adempimento della specifica missione affidatale e se l'interesse della Comunità non viene

In base all'impostazione della Corte, ciascun porto andava considerato come un «mercato», inteso come arena competitiva geograficamente circoscritta all'area portuale in cui operavano gli erogatori di servizi portuali relativi a quel porto⁵⁵.

Sulla scorta della giurisprudenza della Corte, la Commissione si è attivata per verificare che si procedesse ad una graduale separazione tra gestione degli spazi portuali, che poteva essere improntata ad una logica marcatamente pubblicitistica, e gestione dei servizi portuali, che doveva essere orientata alla liberalizzazione e al rispetto delle norme in materia di concorrenza⁵⁶.

3.2. *Segue: il progressivo inserimento dei porti nelle reti TEN-T*

Nel tempo l'idea del porto come mercato a sé stante è risultata riduttiva. In primo luogo, i meccanismi di competizione tra operatori all'interno di ciascun porto hanno progressivamente lasciato il passo ad una competizione fra i porti. Peraltro, poiché spesso porti contigui presentano specializzazioni differenziate (ad esempio commerciale/ industriale/turistica), possono innestarsi tra loro meccanismi che, lungi dallo stimolare la competizione, hanno stimolato forme di cooperazione che hanno determinato una progressiva integrazione di infrastrutture contigue in sistemi portuali unitari.

In secondo luogo, la diversificazione delle attività svolte nei porti soprattutto in termini di logistica, nonché la loro progressiva apertura verso le città e i ter-

compromesso». Quest'interpretazione dell'art. 90 TCEE era già contenuta nella sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM*, in *Racc.*, 3261, punto 17, e nella sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, in *Racc.*, I-1979, punto 24. La sentenza *Gabrielli* ha comportato nel nostro ordinamento l'eliminazione del monopolio legale sui servizi portuali e la separazione tra svolgimento delle operazioni portuali (affidate ai privati) ed indirizzo e controllo degli spazi e delle attività portuali (affidato agli enti di gestione pubblici, le Autorità Portuali, istituite con la l. 84/94. Cfr. *amplius, supra*, Parte I). Sull'influenza del diritto comunitario sulla riforma del sistema portuale italiano, cfr. S.M. Carbone, *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia*, cit., 1 ss.

⁵⁵ Sul concetto di "mercato rilevante" nei porti e sulla sua evoluzione, cfr. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 31 ss.

⁵⁶ Cfr. Decisione 94/19/CE, *Sea Containers/Stena Sealink* (GUCE L 15/1994, 8); Decisione 94/119/CE, *Porto di Rodby* (GUCE L 55/1994, 52); Decisione 97/744/CE del 21 ottobre 1997 in forza dell'articolo 90, paragrafo 3 del trattato CE relativa alle disposizioni in materia di lavoro della legislazione portuale italiana (GUCE L 301/1997, 17); Decisione 97/745/CE del 21 ottobre 1997 in forza dell'articolo 90, paragrafo 3 del trattato CE relativo alle tariffe di pilotaggio nel porto di Genova (GUCE L 301/1997, 27). In riferimento al rispetto delle regole di concorrenza da parte degli operatori portuali, cfr. Corte giust. del 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl c. Corpo dei piloti del porto di Genova*, in *Racc.*, p. I-01783 ss.; Corte giust. del 12 febbraio 1998, causa C-163/96, *Silvano Raso e altri*, in *Racc.*, I-00533 ss.; Corte giust. del 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France SA contro Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. srl e Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, in *Racc.*, I-03949 ss.; Corte giust. del 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, in *Racc.*, I-01547 ss.

ritori di riferimento⁵⁷, hanno sempre più connotato il porto non come un mercato ma come una “comunità” composta da vari *stakeholders*, tra cui le amministrazioni pubbliche incaricate della gestione dell'infrastruttura, gli erogatori di servizi portuali e retroportuali, le imprese di logistica, gli operatori del settore nautico, come armatori o equipaggi, ma anche i gestori di reti stradali e ferroviarie che collegano i porti alle zone industriali e alle città, nonché le imprese che si servono del porto per l'approvvigionamento e la vendita dei propri prodotti e servizi.

In terzo luogo, le attività dei porti hanno subito nel tempo una standardizzazione in termini di attrezzature e pratiche tali da ridurre i costi e spostare la competizione tra le varie infrastrutture su fattori di efficienza, quali la rapidità di entrata e uscita delle merci dal porto (che dipende a sua volta dalla rapidità degli adempimenti e pratiche amministrative di scarico), il buon funzionamento delle infrastrutture retroportuali, il *network* di collegamenti tra il porto e i centri di origine e destinazione finale delle merci⁵⁸.

Nonostante queste evoluzioni abbiano progressivamente trasformato i porti nel vero e proprio fulcro logistico ed organizzativo della circolazione delle merci, i processi che negli anni '90 hanno condotto all'elaborazione di un sistema di infrastrutture unitario per il collegamento del continente (in ambito internazionale, i c.d. “corridoi europei”⁵⁹ ed, in ambito europeo, le *Trans European Network* o “TEN-T”⁶⁰), focalizzandosi inizialmente sul trasporto su strada, hanno sostanzialmente ignorato i porti.

⁵⁷ Sull'esempio italiano, cfr. *amplius, supra*, Parte I.

⁵⁸ Le trasformazioni in parola sono state messe in evidenza anche dalla Commissione. Cfr., ad esempio, Decisione 2003/625/CE, del 3 luglio 2001, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso COMP/JV.55 — *Hutchison/RCPM/ECT*) (GUL 223/2003, 1 ss.). Sul processo di graduale evoluzione dei porti da “mercati” a “comunità”, cfr. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, 31 ss.

⁵⁹ I corridoi europei erano infrastrutture di trasporto che avrebbero dovuto assicurare il rapido collegamento in tutto il continente, la cui realizzazione è stata prevista nell'ambito delle c.d. “Conferenze paneuropee di trasporto”, organizzate su impulso della Commissione europea e della Conferenza Europea dei Ministri dei Trasporti (CEMT) presso l'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica (OCSE). In particolare, sulla base delle conclusioni della Conferenza di Praga del 1991, la Conferenza di Creta del 1994 ha delineato i primi nove corridoi paneuropei, che avrebbero dovuto costituire le principali arterie che collegano i versanti nord-sud est-ovest del continente europeo. Con le successive Conferenze di Helsinki del 1997 e di Rotterdam del 2001 si è proceduto ad alcune modifiche dei corridoi delineati a Creta e all'individuazione di un decimo corridoio passante per i Balcani.

⁶⁰ In base agli artt. 129 B- D del Trattato di Maastricht, «[...] per consentire ai cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, la Comunità concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia [...] l'azione della Comunità mira a favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali, nonché l'accesso a tali reti [...]. la Comunità: stabilisce un insieme di orientamenti che contemplino gli obiettivi, le priorità e le linee principali delle azioni previste nel settore delle reti transeuropee; in detti orientamenti sono individuati progetti di interesse comune; intraprende ogni azione che si riveli necessaria per garantire l'interoperabilità delle reti, in

A partire dal Libro Verde sui porti e le infrastrutture marittime del 1997⁶¹, però, la Commissione ha evidenziato la rilevanza dei porti nel quadro della Politica Comune dei Trasporti, che andava sempre più improntandosi alla liberalizzazione, all'intermodalità, alla sostenibilità ambientale, alla gestione delle infrastrutture come leva di coesione territoriale.

Il pieno riconoscimento della rilevanza dei porti è avvenuto con l'elaborazione della Prospettiva Europea di Sviluppo Spaziale⁶² (ESDP), con cui si è proceduto ad una sorta di "zonizzazione" dello spazio europeo, cioè di conferimento a ciascuna area di una specifica funzione in vista del rafforzamento dello sviluppo e della coesione dell'UE. Nell'ottica di puntare al «policentrismo», le città con grandi porti marittimi, insieme alle città dotate di aeroporti intercontinentali, ai grandi snodi commerciali e di esposizione e ai centri culturali, avrebbero dovuto assumere la funzione di «gateway cities»⁶³, veri e propri nodi di una rete di trasporti europei e intercontinentali. Promuovendo l'efficienza dei porti – attraverso l'incremento dei collegamenti ferroviari e fluviali che vi confluiscono, il miglioramento della qualità dei servizi, il rafforzamento dell'intermodalità e la specializzazione e diversificazione di funzioni tra le infrastrutture esistenti⁶⁴ –, tali infrastrut-

particolare nel campo dell'armonizzazione delle norme tecniche; può appoggiare gli sforzi finanziari degli Stati membri per progetti d'interesse comune finanziati dagli Stati membri».

⁶¹ COM (97) 678 del 10 dicembre 1997. Riconoscendo l'ampia diversificazione delle modalità di gestione dei porti in Europa, la Commissione ha evidenziato la necessità di integrare i porti con le altre infrastrutture nella politica comunitaria in materia di trasporti, in una logica di intermodalità e sostenibilità ambientale, e di realizzare la piena liberalizzazione dei servizi portuali, anche attraverso la semplificazione e standardizzazione delle procedure e dell'erogazione dei servizi nonché lo stimolo di una politica di prezzi basata sul rientro dei costi. Consapevole della capacità dei porti di contribuire non solo alla crescita del sistema europeo, ma anche alla coesione delle regioni meno sviluppate, la Commissione ha espresso l'intenzione di finanziare le azioni in parola sia con i fondi delle Reti TEN, sia con i Fondi strutturali.

⁶² *Informal Council of Ministers responsible for Spatial Planning, ESDP European Spatial Development Perspective, Towards Balanced and Sustainable Development of the Territory of the European Union*, Potsdam, May 1999 (Published by the European Commission). Si tratta di un atto di *soft law* di natura intergovernativa. Cfr. S. Pugliese, *Towards more democratic land-use decision making in cultural sector: has the European Cultural policy a "territorial dimension"?*, in *Il Dir. Un. Eur.*, 2017, 605 ss., 611 ss. Come è noto, la Prospettiva in parola partiva dall'assunto che lo sviluppo spaziale europeo si era fino ad allora mosso in una dinamica di concentrazione dei fattori produttivi, dei collegamenti e degli investimenti nel c.d. «pentagono», cioè dell'area compresa fra Londra, Parigi, Milano, Monaco e Amburgo, che costituiva la zona di più forte integrazione economica. La Prospettiva tendeva, invece, a favorire una più ampia ripartizione e specializzazione delle funzioni nello spazio europeo, valorizzando anche le aree fino ad allora rimaste periferiche.

⁶³ ESDP, 22. Sulla necessità di connettere le grandi città portuali con le città interne piccole e medie, cfr. ESDP, 69.

⁶⁴ ESDP, p. 27. Nella strategia si metteva in evidenza l'esistenza di fenomeni di concentrazione, competizione eccessiva e duplicazione di funzioni soprattutto nei porti dei Paesi dell'Europa del Nord, che vantavano maggiori collegamenti intercontinentali al punto che «the functional hinterlands of these ports cover practically the whole of the European territory and overlap considerably». Una maggiore cooperazione e ripartizione di funzioni tra tali infrastrutture, invece, avrebbe portato vantaggi non solo in termini di efficienza dei trasporti e dei collegamenti, ma anche sotto il profilo ambientale. Si auspicava, a tal fine, la costruzione di «development corridors», infrastrutture che collegassero i nodi delle reti di trasporto intermodale a livello intercontinentale. Anche in riferimento ai porti delle coste atlantica e mediterranea, si auspicava lo sviluppo dei «development cor-

ture sarebbero divenute catalizzatori di sviluppo per le aree interne, strumenti di decongestionamento del traffico statale europeo⁶⁵ e porte di accesso da e verso l'esterno.

Il riconoscimento del ruolo strategico dei porti nella Prospettiva Spaziale Europea ha incentivato il loro inserimento, nel 2001, nelle Reti TEN⁶⁶. Nel contempo, la Commissione ha presentato il c.d. «pacchetto porti», che includeva, in particolare, una proposta di direttiva sui servizi portuali, finalizzata alla liberalizzazione di tali servizi attraverso la creazione di un sistema di autorizzazioni e di norme relative alla trasparenza delle relazioni finanziarie. La proposta, però, ha suscitato una marcata opposizione soprattutto a causa della forte ingerenza sull'autonomia statale nell'individuazione di alcune attività portuali come SIEG⁶⁷. Sostituita nel 2004, la proposta è stata definitivamente ritirata nel 2006⁶⁸.

Se sul fronte della disciplina del mercato dei servizi portuali si è registrato un fallimento, passi avanti sono stati compiuti in termini di rafforzamento della sicurezza dei trasporti marittimi⁶⁹. Gli atti adottati in merito hanno inciso significativamente sull'organizzazione degli spazi portuali nonché dei servizi e delle attività di controllo al loro interno, determinando innovazioni organizzative e procedurali che hanno eroso significativamente l'autonomia decisionale e gestionale degli Stati in materia.

ridors», che, pur non avendo spesso la dimensione intercontinentale, avrebbero rappresentato un volano significativo di sviluppo per le proprie regioni.

⁶⁵ ESDP, 71.

⁶⁶ Decisione n. 1346/2001/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, che modifica la decisione n. 1692/96/CE relativamente ai porti marittimi, ai porti di navigazione interna ed ai terminali intermodali, nonché al progetto n. 8 dell'allegato III (GUUE L 185/2001, 1).

⁶⁷ S.M. Carbone, F. Munari, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastrutture del trasporto*, in *Il Dir. Un. Eur.*, 2002, 425 ss., 439 ss.

⁶⁸ W. Elsner, *Reinforcing Quality Service in Sea Ports: A Key for European Transport – The European Commission's so called Ports Package*, in E. Van Hooydonk (edit.), *European Seaports Law. The Regime of Port Services under European Law and the Ports Package*, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, 9 ss.; E. Van Hooydonk, *The Regime of Port Authorities under European Law (including an Analysis of the Port Service Directive)*, *Ibidem*, 79 ss.; C.L. Chlomodis, A.A. Pallis, *The EU port policy in a historical perspective*, in *European Research Studies*, 2005, 2 ss., 18 ss.; E. van Hooydonk, *The European Port Service Directive: the Good or the Last Try*, in *Journal of International Maritime Law*, 2005, 188 ss.; A. Pallis, G.-S.P. Tsiotsis, *Maritime interests and the EU port services directive*, in *European transport/Trasporti europei*, 2008, 17 ss. Per rilanciare la politica europea dei porti, nel 2007 la Commissione ha adottato la COM (2006) 616, *Comunicazione su una politica europea dei porti*. Per un'analisi della nuova strategia proposta dalla Commissione, cfr. P. VERHOEVEN, *European Ports Policy: Meeting Contemporary Governance Challenges*, in *Maritime Policy & Management*, 2009, 79 ss.

⁶⁹ Cfr. Regolamento (CE) n. 725/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativo al miglioramento della sicurezza delle navi e degli impianti portuali (GUUE L 129/2004, 6); Direttiva 2005/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa al miglioramento della sicurezza dei porti (GUUE L 310/2005, 28) e Direttiva 2009/16/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa al controllo da parte dello Stato di approdo (GUUE L 131/2009, 1).

3.3. Segue: la disciplina dei servizi portuali

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha inserito i trasporti tra le materie concorrenti di cui all'art. 4 TFUE, è emersa la necessità di improntare ad un'ottica di sussidiarietà la disciplina dei servizi portuali, delineando un set di regole comuni che garantisca l'accesso agli operatori in tutti i porti europei, pur nel rispetto delle differenze sussistenti tra i loro modelli proprietari, manageriali, organizzativi e gestionali adottati dai vari Stati⁷⁰. In questa prospettiva, le Istituzioni europee si sono mosse su tre fronti: la valorizzazione dei porti all'interno delle reti TEN; il rafforzamento della sostenibilità ambientale ed energetica delle infrastrutture portuali; l'elaborazione di regole di accesso e trasparenza finanziaria per il mercato dei servizi portuali.

Sotto il profilo del collegamento dei porti alle reti TEN, è stato adottato il Regolamento 1315/2013 sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti⁷¹, finalizzato a conferire alla pianificazione delle Reti TEN una più marcata efficacia strategica. Nell'ambito del disegno del Regolamento, improntato, come è noto, a sviluppare una rete di infrastrutture di trasporti «a doppio strato»⁷², i porti costituiscono i nodi delle reti di vie navigabili interne e le infrastrutture chiave per lo sviluppo delle c.d. «autostrade del mare».

Sotto il profilo dell'efficienza ambientale ed energetica, è stata adottata la direttiva 2014/94 sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi⁷³, che prevede punti di rifornimento di gas naturale presso i porti marittimi della rete centrale.

Sotto il profilo della liberalizzazione dei servizi portuali, il Regolamento 352/2017⁷⁴, applicabile dal 24 marzo 2019, si pone l'obiettivo di facilitare l'accesso al mercato dei servizi portuali e introdurre la trasparenza finanziaria e l'autonomia dei porti marittimi, in modo da migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi forniti agli utenti dei porti e creare un clima più favorevole agli investi-

⁷⁰ COM (2013) 295 del 23 maggio 2013, *Porti: un motore per la crescita*.

⁷¹ Regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (*GUUE* L 348/2013, 1).

⁷² Cfr. Regolamento 1315/2013, art. 6 «Lo sviluppo graduale della rete transeuropea dei trasporti è conseguito in particolare realizzando una struttura a doppio strato [...] comprendente una rete globale e una rete centrale. La rete globale è costituita da tutte le infrastrutture di trasporto, esistenti e pianificate, della rete transeuropea dei trasporti, nonché da misure che ne promuovono l'uso efficiente e sostenibile sul piano sociale e ambientale [...] La rete centrale consiste di quelle parti della rete globale che rivestono la più alta importanza strategica ai fini del conseguimento degli obiettivi per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti».

⁷³ Direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi (*GUUE* L 307/2014, 1).

⁷⁴ Regolamento (UE) 2017/352 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 febbraio 2017, che istituisce un quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e norme comuni in materia di trasparenza finanziaria dei porti (*GUUE* L 57/2017, 1)

menti nei porti inclusi nelle reti TEN⁷⁵. In un'ottica di sussidiarietà, pur riconoscendo che l'intervento dell'Unione è giustificato dalla necessità di assicurare condizioni eque di concorrenza in Europa⁷⁶, come specificato espressamente al considerando 10, il Regolamento non intende imporre un modello specifico di gestione dei porti marittimi né incidere sulla competenza degli Stati membri a fornire, nel rispetto del diritto dell'Unione, SIEG⁷⁷ e a imporre obblighi di servizio pubblico in relazione ai servizi portuali⁷⁸.

Dopo aver delineato la disciplina di accesso al mercato⁷⁹, il Regolamento detta le norme finalizzate ad assicurare la trasparenza, nel sistema di contabilità,

⁷⁵ Gli Stati possono decidere di applicare il Regolamento anche ai porti non inclusi nelle Reti TEN. I servizi cui si applica il Regolamento sono elencati all'art. 1, §2: «a) rifornimento di carburante; b) movimentazione merci; c) ormeggio; d) servizi passeggeri; e) raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del carico; f) pilotaggio; e g) servizi di rimorchio». L'articolo 11, paragrafo 2, si applica anche al dragaggio. In base all'art. 10, invece, le norme di accesso al mercato non si applicano alla movimentazione merci, ai servizi passeggeri o al pilotaggio ma gli Stati membri possono decidere di applicarle al pilotaggio, informando la Commissione di una siffatta decisione.

⁷⁶ Considerando n. 55.

⁷⁷ Analogamente, in base al considerando 12, il Regolamento non impone limitazioni all'ente di gestione del porto, o all'autorità competente, nel predisporre il proprio sistema di tariffazione, purché i diritti d'uso dell'infrastruttura portuale pagati dagli operatori di navi o dai proprietari dei carichi siano trasparenti, in particolare, chiaramente identificabili e non discriminatori.

⁷⁸ Cfr. considerando 23. Cfr., però, anche considerando n. 31 «Fermo restando che gli obblighi di servizio pubblico sono stabiliti e imposti dalle autorità nazionali, un obbligo generale stabilito dalla legislazione dell'Unione o nazionale per un porto di accettare qualsiasi nave fisicamente in grado di entrare e di ormeggiare senza discriminazione né ostacolo non dovrebbe essere inteso come un obbligo di servizio pubblico ai sensi del presente regolamento».

⁷⁹ In base all'art. 3 del Regolamento, l'accesso al mercato per la fornitura di servizi portuali nei porti marittimi può essere soggetto, conformemente al presente regolamento, alle seguenti condizioni: a) requisiti minimi per la fornitura di servizi portuali, stabiliti dall'ente di gestione del porto, purché siano «trasparenti, obiettivi, non discriminatori, proporzionati e pertinenti alla categoria e natura del servizio portuale interessato»; b) limitazioni al numero di prestatori, decise dall'ente di gestione del porto, o all'autorità competente, se giustificate da una serie di condizioni specifiche e purché i prestatori ammessi siano individuati attraverso una procedura di selezione aperta a tutte le parti interessate, non discriminatoria e trasparente; c) obblighi di servizio pubblico imposti dagli Stati o dall'ente di gestione del porto/autorità competente per garantire la disponibilità dei servizi portuali per tutti gli utenti del porto in maniera non discriminatoria, l'accessibilità economica del servizio per determinate categorie di utenti, obiettivi più generali (sicurezza, sostenibilità ambientale, adeguatezza dei servizi di trasporto, coesione territoriale). Gli obblighi in parola devono essere chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili, devono garantire parità di accesso a tutti i prestatori di servizi portuali stabiliti nell'Unione e devono essere notificati alla Commissione; d) restrizioni applicabili ai c.d. «operatori interni». Questi ultimi consistono negli enti di gestione/autorità competenti – qualora esercitino un servizio portuale in proprio – o in organismi su cui l'ente di gestione/autorità competente esercita un livello di «controllo analogo a quello che ha sulla propria struttura interna» (c.d. organismi *in house*). Il regolamento fa salve le disposizioni applicabili ai porti della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici (*GUUE L 94/2014*, 65) e della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (*GUUE L 94/2014*, 1). Cfr. in particolare Direttiva 2014/23, considerando 15, in base al quale «taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni [...], mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva».

delle relazioni finanziarie tra autorità pubbliche ed enti di gestione dei porti, o altri enti che forniscono servizi portuali per conto degli stessi, beneficiari di finanziamenti pubblici. Le disposizioni in parola sono finalizzate a garantire che nei bilanci siano chiaramente evidenziati fondi pubblici assegnati dalle autorità pubbliche agli enti di gestione dei porti interessati direttamente tramite imprese pubbliche o istituzioni finanziarie pubbliche⁸⁰. Il Regolamento stabilisce, infine, norme finalizzate ad evitare la sovra-compensazione delle imprese portuali che operino in regime di obbligo di servizio pubblico⁸¹.

Seppur non esplicitamente relativi al tema della pianificazione, i tre interventi normativi descritti finiscono con l'incidere significativamente sulle scelte strategiche operate dagli Stati relativamente ai porti. Infatti, in termini di diversificazione e specializzazione funzionale fra le infrastrutture, gli Stati dovranno tenere in considerazione il ruolo di ciascun porto non solo nella rete nazionale, ma anche in quella europea. In termini di interventi di ammodernamento ed efficienza, gli Stati non potranno prescindere dal tenere in considerazione gli obiettivi di sostenibilità ambientale ed energetica posti dall'UE e a questi condizionare anche le scelte in termini di gestione degli spazi e organizzazione dei servizi. In termini di scelte degli operatori cui affidare la gestione dei servizi portuali, gli Stati dovranno rispettare i criteri di apertura del mercato, non discriminazione e trasparenza imposti dal Regolamento 352/2017.

Appare evidente che, attraverso interventi regolativi settoriali e pur nel rispetto dei diversi assetti proprietari, amministrativi e gestionali adottati dagli Stati membri, l'Unione è riuscita ad "insinuarsi carsicamente" nelle scelte di pianificazione delle infrastrutture portuali, in vista della progressiva acquisizione di un ruolo di coordinamento delle infrastrutture di trasporto di rilevanza europea.

3.4. *L'incidenza del processo di integrazione europea attraverso il controllo sulle risorse finanziarie destinate ai porti*

Il tentativo di incidenza sulle scelte degli Stati in termini di pianificazione portuale si è tradotto, a partire dalla fine degli anni '90, anche in un progressivo controllo sempre più serrato sulle risorse che gli Stati investono a supporto delle

⁸⁰ Cfr. art. 11. Al principio di trasparenza delle relazioni finanziarie è improntata la disciplina dell'UE del rapporto tra gli Stati e le imprese pubbliche fin dalla Direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980 (GUCE L 195/1980, 35) sostituita oggi dalla direttiva 2006/111/CE (GUUE L 318/2006, 17).

⁸¹ Art. 12. Il Regolamento stabilisce, in particolare, che i diritti per i servizi forniti da un operatore interno in regime di obbligo di servizio pubblico, i diritti per servizi di pilotaggio non esposti a un'effettiva concorrenza e i diritti riscossi dai prestatori di servizi portuali devono essere fissati in modo trasparente, obiettivo e non discriminatorio, e devono essere proporzionali al costo del servizio fornito. Cfr. anche art. 13, relativo ai diritti d'uso dell'infrastruttura portuale.

attività portuali. In particolare, la Commissione si è concentrata, da un lato, sugli interventi a favore dell'efficienza ed ammodernamento infrastrutturale nonché degli investimenti per il collegamento dei porti con altre infrastrutture di trasporto⁸², dall'altro, sugli aiuti statali agli operatori portuali in difficoltà⁸³.

⁸² La Commissione tendenzialmente considera compatibili gli aiuti finalizzati ad investimenti nel miglioramento infrastrutturale in quanto funzionali agli obiettivi dell'UE di ammodernamento e rafforzamento dell'efficienza del sistema europeo di trasporti. Cfr., tra gli altri, N 567/99 del 22 settembre 1999 *Belgique - 2ème plan wallon d'aide au transport par voies navigables*; N520/2003 del 20 ottobre 2004 *Financial Support for Infrastructure Works in Flemish ports*; SA. 34940 del 19 dicembre 2012, *Italia - Porto di Augusta*; SA. 38302 del 27 marzo 2014, *Italia - Aiuto all'investimento a favore del Porto di Salerno*; SA. 39542 del 19 giugno 2015, *Italia - Dragaggio e smaltimento del materiale di dragaggio nel porto di Taranto*; SA. 39232 del 2 dicembre 2015 *Greece Upgrading of the Port of Mykonos*; SA. 41927 dell'11 febbraio 2016 *Investment aid in Cuxhaven Seaport*; SA. 228876 del 7 aprile 2016 *Container terminal Port Piraeus & Cosco Pacific Limited*; SA. 45521 del 6 dicembre 2016, *France - Projet de développement des infrastructures du port de Brest*; SA. 46749 del 2 novembre 2016, *Aid for investment in logistics centre in the Port of Pitea*; SA. 51158 del 28 marzo 2019, *Lithuania - Planne d'acquisition of a dredger by the port of Klaipeda*. Per un'analisi di tale tipologia di aiuti, cfr. N. Farantouris, *Port Infrastructure and State Aids: in search of a Coherent EU Policy*, in *EStAL*, 2012, 85 ss.; W. Mellwig, *Piraeus, Venetspils and Krievu Sala. A New Era in Port Financing and State Aid*, in *EStAL*, 2014, 295 ss.; G. Potvorzki, *Port Investment and State Aid with Special Regard to the Hungarian Ports*, in *EStAL*, 2017, 617 ss.; M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 66 ss. Analogamente, la Commissione considera tendenzialmente compatibili gli aiuti alla costruzione di infrastrutture di collegamento dei porti con altre infrastrutture di trasporto, in un'ottica di intermodalità, soprattutto nell'ambito delle Reti TEN. Cfr., tra gli altri, N 551/2003, *Italia - Provvedimenti per favorire in Sicilia il trasporto combinato «strada-mare» delle merci*; SA. 41651 del 17 settembre 2015, *Aide pour la mise en service et l'exploitation de l'autoroute de la mer entre le ports d'Algésiras et Vigo en Espagne et les ports du Havre et Nantes - Saint Nazaire in France*; SA. 46644 *Germany - Aid for the construction of railway tracks in the port of Lübeck*; SA. 4779 del 14 giugno 2017, *Italia - Friuli Venezia Giulia - Interventi per lo sviluppo del trasporto combinato*; SA. 52828 del 4 febbraio 2019, *Croatia - Incentive scheme for combined cargo transport*; SA. 46341, *Germany - Scheme on funding for transshipment facilities for combined transport of non-federal companies*. Talvolta l'aiuto è a favore non di imprese portuali ma di imprese di logistica che intendono collegare interporti con un porto. Cfr. C (2009) 4508 def. del 17 giugno del 2009 (*GUUE C 196/ 2009*, 1). Cfr. S. Pugliese, *Trasporti e logistica: il nuovo ruolo degli aiuti di Stato*, in *Il Dir. dell'Un. Eur.*, 2010, 109 ss.

⁸³ In merito a tale tipologia di aiuti, la Commissione tende soprattutto a verificare che essi servano a ridurre i "costi sociali" prodotti delle crisi aziendali degli operatori portuali. Cfr. C27/1993 del 18 luglio 2001, *Italia - Aiuti erogati al settore portuale*, in cui la Commissione ha dichiarato incompatibili con il mercato gli aiuti erogati a favore delle imprese, compagnie e gruppi portuali, sotto forma di sovvenzioni dirette a cancellare i loro debiti e ripianare i loro deficit, mentre ha affermato che non costituiscono aiuti le somme erogate per la corresponsione del trattamento di fine servizio e dei contributi per il prepensionamento dei lavoratori portuali né le misure relative alla Cassa Integrazione Guadagni, all'indennità *una tantum* a favore dei lavoratori inidonei e alla Cassa di soggiorno di Docadola, adottate per salvaguardare il trattamento assicurativo e previdenziale spettante ai lavoratori portuali. Cfr. anche SA. 16681 del 13 maggio 2004, *Régime de reduction des contributions sociales des marins employés dans le transport maritime et dans le secteur du dragage*. Atteggiamento altrettanto restrittivo si riscontra in riferimento alle esenzioni fiscali, soprattutto nei confronti di quelle finalizzate a favorire enti di gestione cui sono affidati sia gli spazi sia i servizi portuali. Cfr. N 504/2002 dell'11 dicembre 2002, *Ireland - Introduction of a tonnage tax*; N 572/2002 del 13 maggio 2004, *España. Introducción de un régimen de impuesto sobre el tonelajeen Vizcaya (Diputación Foral de Bizkaia)*; C34/2007, *Polish tonnage tax scheme in favour of maritime transport*; SA. 43376 del 16 dicembre 2015, *Extension of the Port of Rostock*; SA. 44846 del 20 aprile 2016, *Investment aid for Berth 9 in Cuxhaven Port*; SA. 38398 del 27 luglio 2017, *Ports taxation in France*; SA. 38393 del 27 luglio 2017, *Port taxation in Belgium*. Su tale tipologia di aiuti, cfr. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 75 ss.

Nel contempo, la Commissione ha rafforzato il controllo sugli aiuti derivanti da sovra-compensazioni da SIEG⁸⁴. In questa prospettiva, è interessante notare che la Commissione esercita il proprio controllo non solo sui trasferimenti degli Stati a favore di imprese erogatrici di servizi portuali, ma anche su quelli a favore degli enti di gestione, che devono essere considerati imprese secondo il diritto comunitario quando svolgono attività di scambio di servizi sul mercato. Ad esempio, le Autorità portuali italiane⁸⁵ sono tendenzialmente considerate imprese dalla Commissione in quanto, conformemente all'art. 18 della legge n. 84/94, hanno il potere di concludere contratti di concessione degli spazi e delle infrastrutture del porto a società che esercitano attività commerciali e/o industriali dell'uso⁸⁶. Due recenti decisioni contestuali della Commissione relative all'Autorità portuale di Napoli (APN), però, hanno nuovamente aperto il dibattito sulla natura delle AP e sulla possibilità di configurare come aiuti i trasferimenti ad esse concessi. Infatti, se, in una decisione⁸⁷, la Commissione, considerando l'APN come un'impresa, ha escluso che i servizi affidatili dallo Stato possano configurarsi come SIEG, nella seconda decisione⁸⁸, la Commissione, invece, considerando l'APN come un'articolazione amministrativa attraverso la quale lo Stato può erogare aiuti ad imprese concessionarie, ha verificato se essa avesse agito come un creditore privato diligente.

Le due decisioni hanno messo ancora più in evidenza il carattere ambivalente delle Autorità portuali italiane, che, pur essendo enti pubblici incaricati della

⁸⁴ Cfr. N 438/2002 del 16 ottobre 2002, *Belgio – Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique*; SA. 48120 del 17 luglio 2018 *SGEI – scheduled coastal maritime public transport on the shipping route Preko - Ošljak - Zadar*.

⁸⁵ Sulla natura e sulle funzioni di tali enti, cfr. *amplius supra*, Parte I.

⁸⁶ Cfr. SA. 34940 del 19 dicembre 2012, *Porto di Augusta*, punti 41 ss., 45 «[...] queste spese, che l'Italia ritiene facciano parte dell'esercizio di pubblici poteri, [...] sono intrinsecamente collegate alla parte del progetto che sarà sfruttata commercialmente dall'autorità portuale di Augusta, ed effettivamente, senza di esse, la costruzione dell'infrastruttura, che sarà sfruttata commercialmente, non sarebbe realizzabile». Cfr. anche SA. 38302 del 2014, cit., *Porto di Salerno*, punti 32 ss., punto 34 «Il progetto notificato riguarda l'efficientamento delle infrastrutture del porto di Salerno, che saranno sfruttate commercialmente dall'APS attraverso la loro concessione a terminalisti contro remunerazione. I concessionari offriranno poi i servizi portuali sul mercato dietro retribuzione [...] la Commissione ritiene che nella misura in cui l'escavo e l'ampliamento dell'imboccatura portuale sono direttamente legati allo sviluppo del [...] Molo Trapezio, che è sfruttabile commercialmente, non si può considerare che l'esecuzione di tali lavori rientri chiaramente nella sfera delle funzioni pubbliche. Come confermato dalle autorità italiane [...], non tutti gli operatori portuali trarranno vantaggio da questi lavori. Di conseguenza, la Commissione può concludere che il finanziamento pubblico in questione può conferire un vantaggio all'autorità portuale. Pertanto, l'APS intraprende un'attività economica ed è quindi considerata come un'impresa ai fini della presente decisione». Le due decisioni si basano sulla giurisprudenza Trib. del 24 marzo 2011, causa T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle GmbH e Mitteldeutsche Flughafen AG*, in base alla quale «[...] il carattere economico o non del successivo utilizzo dell'infrastruttura costruita determina necessariamente il carattere dell'attività di ampliamento». Per un'analisi di tale giurisprudenza, cfr. T. WILSON, *Infrastructure Financing and State Aid Post Leipzig – Halle*, in *EStAL*, 2014, 24 ss.

⁸⁷ SA. 36112 del 20 settembre 2018.

⁸⁸ SA. 37389 del 20 settembre 2018.

gestione di beni demaniali, operano sul mercato e possono essere, quindi, contestualmente erogatori e destinatari di aiuti⁸⁹. Più in generale, le decisioni in parola fanno emergere la difficoltà, nel settore portuale, di verificare il rispetto della normativa dell'Unione determinata dalla molteplicità di regimi proprietari e assetti organizzativi e gestionali previsti negli Stati membri. Questi ultimi pongono la Commissione dinanzi alla necessità di elaborare criteri di valutazione in grado di assicurare che, indipendentemente dalla loro natura (pubblica o privata) e delle funzioni loro conferite (gestione dei soli spazi o coinvolgimento nei servizi portuali), i soggetti operanti sul mercato europeo rispettino le norme di concorrenza e che gli Stati non si trincerino dietro l'esigenza di garantire l'erogazione dei SIEG e l'assolvimento di obblighi di servizio pubblico per favorire le imprese di cui sono proprietari rispetto a *competitors* che erogano servizi analoghi.

È da notare, peraltro, che se, da un lato, la Commissione si è mostrata via via più rigida nel controllo sugli effetti distorsivi degli aiuti di Stato nel settore portuale, dall'altro lato, essa ha cercato di garantire che le infrastrutture che rientrano nelle Reti TEN abbiano a disposizione le risorse necessarie a garantirne l'efficienza e l'ammodernamento. Così, in primo luogo, ha esentato dalla notifica gli aiuti di Stato a favore dei porti inclusi nelle Reti TEN⁹⁰. In secondo luogo, ha progressivamente aumentato l'ammontare di risorse europee investite a favore dei porti appartenenti alle reti TEN con finanziamenti a gestione diretta e a gestione decentrata (i Fondi strutturali). Per quanto riguarda i finanziamenti a gestione diretta, nel 2013 è stata istituita la *Connecting European Facility* (CEF)⁹¹ per sostenere la realizzazione di progetti di interesse comune miranti a sviluppare e realizzare nuove infrastrutture e accrescere l'intermodalità dei trasporti e l'interoperabilità dei servizi di trasporto. Per quanto riguarda i Fondi strutturali, a partire dal ciclo di programmazione 2000-2006 la Commissione ha favorito l'inserimento nei programmi operativi di tipologie di spese finalizzate a rafforzare sia

⁸⁹ Forti critiche all'interpretazione delle AdSP come imprese sono espresse da S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 68 s., secondo i quali le decisioni della Commissione «disconoscono le specifiche caratterizzazioni delle particolarità della legislazione italiana di settore [...] (e) [...] possono provocare gravi conseguenze con inefficienze e limitazioni alle scelte di politica nazionale dei trasporti, soprattutto a proposito degli investimenti nei porti».

⁹⁰ Già nel 2008 la Commissione aveva adottato la Comunicazione che stabilisce orientamenti relativi ad aiuti di Stato integrativi del finanziamento comunitario per l'apertura delle autostrade del mare, in cui erano indicate le condizioni di compatibilità per gli aiuti ai porti della rete globale. Successivamente, con Regolamento (UE) 2017/1084 della Commissione, del 14 giugno 2017, che modifica il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda, tra l'altro, gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali (*GUUE* L 156/2017, 1 ss.), la Commissione ha esentato da notifica gli aiuti a favore dei porti marittimi con costi ammissibili pari a 130 milioni di EUR per progetto (o 150 milioni di EUR per progetto in un porto marittimo che figura nel piano di lavoro di un corridoio della rete centrale).

⁹¹ Cfr. Regolamento 1316/2013, cit. La CEF ha sostituito i programmi TEN-T e Marco Polo II in essere nel precedente periodo di programmazione (2007-2013).

l'efficienza dei porti sia il collegamento con altre infrastrutture delle reti TEN⁹². Nell'attuale ciclo di programmazione 2014-2020, lo sviluppo e il miglioramento di sistemi di trasporto sostenibili dal punto di vista dell'ambiente (anche a bassa rumorosità) e a bassa emissione di carbonio, «inclusi vie navigabili interne e trasporti marittimi, porti, collegamenti multimodali e infrastrutture aeroportuali, al fine di favorire la mobilità regionale e locale sostenibile», rientrano tra le priorità di investimento dei FESR⁹³. L'importanza conferita a tale obiettivo è confermata nelle proposte per il ciclo di programmazione 2021-2027⁹⁴.

La scelta della Commissione di focalizzare il controllo solo sugli aiuti più rischiosi e l'aumento delle risorse europee a favore dei porti è finalizzata ad assicurare a tali infrastrutture le risorse necessarie allo sviluppo e all'adeguamento agli obiettivi strategici dell'Unione (realizzazione delle Reti TEN, sostenibilità ambientale ed energetica, coesione), nel contempo frenando i comportamenti potenzialmente lesivi della concorrenza e dell'apertura del mercato. In tal modo, non solo attraverso strumenti regolativi, ma anche attraverso il controllo sulle risorse cui i porti hanno accesso, la Commissione cerca di influire sulle scelte strategiche relative a questi ultimi, dunque di incidere sulle scelte di pianificazione portuale.

3.5. *L'incidenza del processo di integrazione europea attraverso il coinvolgimento di nuovi attori: agenzie, stakeholders privati, investitori internazionali*

Una delle più evidenti manifestazioni della *vis* espansiva delle Istituzioni europee sulle scelte strategiche relative ai porti consiste nella progressiva estensione delle competenze esercitate in questi ultimi dagli organismi che supportano le Istituzioni sul piano operativo in ambiti settoriali (sicurezza marittima, pesca, controllo dei flussi migratori).

In primo luogo, si registra il rafforzamento del ruolo di assistenza tecnica della Agenzia Europea per la Sicurezza Marittima (EMSA) in relazione all'imple-

⁹² Sui porti nei cicli di programmazione 2000-2006 e 2007-2013, cfr. M. D'ARIENZO, *Il contributo dell'UE alla pianificazione portuale: problematiche attuali e prospettive future*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il Sistema Portuale Italiano tra Funzione Pubblica, Liberalizzazione ed Esigenze di Sviluppo*, Napoli, 2013, 457 ss., 471 ss.

⁹³ Cfr. Regolamento (UE) n. 1301/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 relativo al fondo europeo di sviluppo regionale e a disposizioni specifiche concernenti l'obiettivo «investimenti a favore della crescita e dell'occupazione» (GUUE L 347/2013, p. 289), art. 5.

⁹⁴ Cfr. COM (2018) 375 del 29 maggio 2018, Proposta di regolamento recante disposizioni comuni sui fondi SIE. Obiettivo strategico 3 «un'Europa più connessa attraverso il rafforzamento della mobilità e della connettività regionale alle TIC». Cfr. anche gli Indicatori di output della proposta di Regolamento relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale e al Fondo di coesione. COM (2018) 372 del 29 maggio 2018.

mentazione delle già citate direttive in materia di sicurezza, consistente soprattutto nell'organizzare attività di formazione a favore degli ispettori nazionali⁹⁵.

In secondo luogo, vanno considerate le massicce attività di controllo nei porti previste dal regolamento 1224/2009 sul rispetto delle norme in materia di politica comune della pesca⁹⁶ ed il ruolo rilevante di coordinamento delle attività di controllo e di ispezione degli Stati membri attribuito all'Agenzia Europea di Controllo della Pesca (EFCA), già previsto dal regolamento 768/2005⁹⁷ e significativamente rafforzato dal regolamento dal regolamento 2016/1626⁹⁸ e dal recente regolamento 2019/473⁹⁹. Si può presumere che l'Agenzia assumerà una sempre maggiore incidenza in termini di monitoraggio delle attività di pesca che si svolgono nei porti, incidendo anche sulle scelte sull'organizzazione e sulla gestione dei relativi spazi.

Infine, non è da sottovalutare il significativo rafforzamento delle competenze dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (FRONTEX)¹⁰⁰ soprattutto nelle operazioni di ricerca e soccorso per le persone in pericolo in mare svolte a norma del Regolamento 656/2014¹⁰¹ che, come è noto, prevede l'individuazione di un «luogo sicuro» per lo sbarco di persone intercettate o soccorse durante un'operazione marittima. Durante le operazioni di soccorso, quindi, FRONTEX potrebbe trovarsi a svolgere un ruolo di coordinamento nelle attività svolte in coo-

⁹⁵ Cfr. Regolamento (CE) n. 1406/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, che istituisce un'Agenzia europea per la sicurezza marittima (*GUUE L 208/2002*, 1 ss.), come modificato dal Regolamento (CE) n. 724/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (*GUUE L 129/2004*, 1); Regolamento (UE) n. 100/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2013 (*GUUE L 39/2013*, 30). Sul ruolo dell'EMSA, cfr. M. Groenleer, M. Kaeding & E. Versluis, *Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of the European agencies for maritime and aviation safety in the implementation of European transport legislation*, in *JEEP*, 2010, 1212 ss., 1218 ss.

⁹⁶ Regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio, del 20 novembre 2009, che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca (*GUUE L 343/2009*, 1), art. 42 ss., relativi al controllo dei piani pluriennali, e in particolare art. 43 relativo ai porti designati. In generale sulle modalità di controllo previste dal Regolamento, cfr. M.L. Tufano, *Le zone di pesca: spazi per la governance*, in Id. (a cura di), *Zone di pesca: regime, strutture, funzioni*, Napoli, 2009, 9 ss., 51 ss.

⁹⁷ Regolamento (CE) n. 768/2005 del Consiglio, del 26 aprile 2005, che istituisce un'Agenzia comunitaria di controllo della pesca (*GUUE L 128/2005*, 1), art. 3 ss.

⁹⁸ Regolamento (UE) 2016/1626 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016 (*GUUE L 251/2016*, 80).

⁹⁹ Regolamento (UE) 2019/473 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, sull'Agenzia europea di controllo della pesca (*GUUE L 83/2019*, 18), artt. 3 ss.

¹⁰⁰ Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (*GUUE L 349/2004*, 1).

¹⁰¹ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (*GUUE L 189/2014*, 93), art. 2, 12) e art. 10; Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea (*GUUE L 295/2019*, 1 ss.), art. 28, §2, lett. a).

perazione tra gli Stati che, fase di sbarco, si svolgono prevalentemente nelle aree portuali, richiedendo anche un adeguamento della gestione di tali spazi.

Attraverso norme, risorse e strutture, quindi, le Istituzioni sembrano impegnate nel cercare di rafforzare la propria capacità di incidenza sulla *governance* portuale a tutti i livelli, soprattutto sui modelli di *decision-making* (e – se gli enti di gestione vanno considerati imprese – di *corporate governance*) all'interno dei porti, con un approccio che propende marcatamente per il coinvolgimento dei privati sia sotto il profilo finanziario sia sotto il profilo delle scelte strategiche e gestionali. La Commissione, infatti, fin dalla Comunicazione del 2013 aveva evidenziato la necessità di attirare anche investitori privati per adeguare le infrastrutture e gli impianti portuali in funzione dei nuovi requisiti logistici e di trasporto e per assorbire la crescita del traffico merci¹⁰². Il regolamento 352/2017, poi, ha stabilito specifici obblighi di informazione e consultazione nei confronti degli utenti del porto, dei loro rappresentanti e delle loro associazioni¹⁰³, esprimendo una propensione per processi decisionali partecipativi in riferimento a temi come il coordinamento delle misure portuali, l'efficienza delle procedure, le questioni ambientali, la sicurezza dei porti e dei lavoratori portuali e, non ultimo, la pianificazione territoriale.

È da notare, peraltro, che di recente, accanto all'interesse di operatori e investitori europei, le infrastrutture portuali sono oggetto di interesse da parte di investitori di Paesi terzi con l'aumento, da un lato, delle risorse a disposizione per gli interventi nei porti europei, dall'altro lato, del rischio di ingerenza di soggetti stranieri in scelte che riguardano infrastrutture appartenenti alla rete centrale, dunque strategiche in termini di mobilità di persone e merci nell'UE. In questa prospettiva, l'interesse mostrato per le infrastrutture di alcuni porti europei da investitori, seppur indirettamente, collegati con governi di Stati terzi, come fondi

¹⁰² COM (2013) 295, 11 s.

¹⁰³ Cfr. art. 13, §5, relativo alla natura e al livello dei diritti d'uso dell'infrastruttura portuale, nonché art. 15 del Regolamento, in base al quale «[...] l'ente di gestione del porto consulta gli utenti del porto sulla propria politica di tariffazione [...] La consultazione verte anche su modifiche sostanziali dei diritti d'uso dell'infrastruttura portuale e sui diritti per i servizi portuali nel caso in cui operatori interni forniscano servizi portuali in regime di obblighi di servizio pubblico [...] l'ente di gestione del porto consulta gli utenti del porto e le altre parti interessate sulle materie essenziali di sua competenza per quanto riguarda: a) il coordinamento dei servizi portuali nell'area del porto; b) le misure per migliorare i collegamenti con l'entroterra, fra cui le misure per sviluppare e migliorare l'efficienza del trasporto ferroviario e per vie navigabili interne; c) l'efficienza delle procedure amministrative nel porto e le misure necessarie per una loro semplificazione; d) le questioni ambientali; e) la pianificazione territoriale; e f) le misure per garantire la sicurezza nell'area portuale, fra cui, se del caso, la salute e la sicurezza dei lavoratori portuali». È conferita rilevanza anche agli aspetti di formazione del personale «con particolare attenzione per gli aspetti di salute e di sicurezza, e (a che) i requisiti di formazione siano regolarmente aggiornati per rispondere alle sfide dell'innovazione tecnologica» (Art. 14).

sovrani o imprese pubbliche¹⁰⁴, ha destato non poche preoccupazioni nelle Istituzioni europee e nazionali.

Invero, la scelta italiana di salvaguardare la proprietà demaniale delle infrastrutture portuali attraverso l'affidamento della loro gestione alle AdSP, rappresenta di per sé un argine all'acquisizione da parte di investitori stranieri. Resta, tuttavia, il rischio che questi ultimi cerchino di acquisire i diritti di concessione su terminal o altre infrastrutture fondamentali per la gestione dei traffici commerciali (e dei controlli di *security* delle aree portuali e *safety* delle merci).

Molti Stati membri, tra cui l'Italia, si sono tutelati, da un lato, adottando norme finalizzate a tutelare il *golden power* dello Stato sulle infrastrutture di trasporto¹⁰⁵, dall'altro, creando *partnership* pubblico-private (come il Fondo F2i) che possono competere con investitori esteri nell'acquisto di infrastrutture strategiche¹⁰⁶.

Di recente anche l'Unione ha cercato di arginare il rischio di investimenti esteri sugli *asset* considerati strategici, adottando disposizioni *ad hoc* sia sul piano internazionale sia sul piano interno. Sotto il primo profilo, l'UE ha inserito negli accordi commerciali bilaterali disposizioni finalizzate ad evitare rischi alla sicurezza degli Stati e dell'UE¹⁰⁷. Sotto il secondo profilo, è stato di recente adottato il regolamento 2019/452¹⁰⁸ che istituisce un quadro di controllo sugli investimenti diretti esteri. Il Regolamento prevede un meccanismo di cooperazione tra gli Sta-

¹⁰⁴ Si pensi alla c.d. Via della seta, il programma decennale di investimenti infrastrutturali lanciato dal governo cinese, che ha come obiettivi, tra gli altri, infrastrutture (soprattutto terminal) nei porti di Venezia, Trieste e Genova. Cfr., *amplius*, S. Pugliese, *La rilevanza delle infrastrutture strategiche per il rafforzamento del ruolo dell'UE sullo scenario globale: il caso dei porti*, in Aa.Vv., *Temi e Questioni di Diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 529 ss., 539 ss.; Eadem, *Special Economic Zones (SEZs) in EU Port Infrastructures*, cit., 13 ss.

¹⁰⁵ Cfr. Decreto 21 del 2012, art. 2, e il conseguente Decreto del Presidente della Repubblica 25 marzo 2014, n. 85. Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, *GU* n. 129 del 6 giugno 2014, art. 2; decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, in *GU* n. 242 del 16 ottobre 2017), coordinato con la legge di conversione 4 dicembre 2017, n. 172 recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie» in *GU Serie Generale* n. 284 del 5 dicembre 2017, art. 14. Cfr. R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, 18 settembre 2019. Per il rafforzamento del controllo sugli investimenti e della disciplina del *golden power* durante l'emergenza Covid-19, cfr. D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020, artt. 15-17, in *GU* n. 94 dell'8 aprile 2020.

¹⁰⁶ F2i ha, nel 2019, acquistato da privati terminal nei porti di Carrara, Marghera e Chioggia.

¹⁰⁷ Cfr., ad esempio, art. 28.6 CETA, in materia di diniego di benefici agli investitori controllati da Stati terzi. Si vedano anche le disposizioni relative all'impossibilità di imporre la nazionalità del *management* (art. 8.8 CETA) e le disposizioni relative alle imprese pubbliche (art. 18.5 CETA) e agli appalti (art. 19.3). Disposizioni analoghe si riscontrano negli Accordi UE-Singapore, UE-Vietnam e nell'*EU-Japan Partnership*. Per un'analisi del problema, cfr. S. Pugliese, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, Bari, 2017, 121 ss.; Ead., *La rilevanza delle infrastrutture strategiche*, cit., 543 ss.; Ead., *Special Economic Zones (SEZs) in EU Port Infrastructures*, cit., 18 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (*GUUE* L 79/19, 1). S. Pugliese, *La rilevanza delle infrastrutture strategiche*, cit., 547 ss.; Ead., *Special Economic Zones (SEZs) in EU Port Infra-*

ti e la Commissione, in base al quale quest'ultima può esprimere pareri sugli investimenti esteri che possano incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in più di uno Stato membro¹⁰⁹ o su progetti o programmi di interesse per l'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, tra cui sono specificamente indicate le Reti TEN (art. 8). Per determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati e la Commissione devono prendere in considerazione, tra l'altro, «i suoi effetti potenziali [...] a livello di infrastrutture critiche, [...] tra cui [...] i trasporti [...]» (art. 4). Anche se la Commissione si limita ad adottare un parere, ma non può bloccare l'investimento, tale decisione spettando solo allo Stato, il suo monitoraggio può, senza scoraggiare eccessivamente l'attrazione di investimenti stranieri, proteggere da eccessive ingerenze sugli *asset* strategici soprattutto gli Stati che siano costretti a mettere il patrimonio infrastrutturale nazionale sul mercato per risanare il bilancio pubblico¹¹⁰.

4. Conclusioni

Dallo scenario proposto si desume che l'attuale assetto del sistema portuale va sempre più articolandosi in un quadro multilivello, nel quale, sulla base dell'influenza delle scelte strategiche operate dall'UE in riferimento alle infrastrutture di interesse continentale, lo Stato delinea la programmazione delle infrastrutture nazionali, mentre gli enti territoriali e le articolazioni amministrative settoriali effettuano le scelte di gestione.

I tre livelli si coordinano attraverso meccanismi di influenza che, lungi dall'apparire unilaterali (*top-down* o *bottom-up*), risultano multidirezionali. Ciò si evince sul piano interno, in cui, nel quadro di ripartizione di competenze e di meccanismi di coordinamento tra Stato e regioni, si innesta il ruolo delle AdSP,

structures, cit., 15 ss. Cfr. anche COM(2020) 253 final del 17.06.2020, *Libro Bianco relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere*, p. 23 ss.

¹⁰⁹ Art. 6 «Meccanismo di cooperazione in relazione agli investimenti esteri diretti oggetto di un controllo in corso» e art. 7 «Meccanismo di cooperazione in relazione agli investimenti esteri diretti non oggetto di un controllo in corso».

¹¹⁰ Ci si riferisce alla c.d. privatizzazione del Pireo, ovvero la cessione della maggioranza azionaria della *Piraeus Port Authority* (PPA) a favore dell'impresa cinese Cosco, conglomerata marittima statale cinese, avvenuta nel 2016 ad opera dell'*Hellenic Republic Asset Development Fund S.A.*, ente deputato dal Governo greco a gestire la privatizzazione di molti asset pubblici che lo Stato ellenico si è trovato costretto ad alienare per far fronte alla situazione di difficoltà finanziaria. Bisogna, tuttavia, specificare che Cosco non ha acquisito la proprietà dell'infrastruttura portuale. La *Piraeus Port Authority* è, infatti, una società per azioni di diritto privato, che nel 2002 ha ottenuto dal Governo greco una concessione, inizialmente di 40 anni, durata poi estesa a 50 anni (la scadenza è quindi fissata nel 2052), per la gestione del porto del Pireo. Cosco, quindi, ha ottenuto un titolo concessorio (che alla scadenza potrebbe essere ritirato) e non la vendita del porto stesso. È innegabile, tuttavia, che, attraverso l'acquisizione del titolo concessorio, COSCO ha acquisito un potere molto forte in termini gestionali sull'attività del Pireo.

come enti pubblici deputati al perseguimento di priorità e alla tutela di interessi di natura settoriale. L'UE, dal canto suo, se, da un lato, cerca di rafforzare la propria capacità di incidenza sulle scelte degli Stati, dall'altro lato, cerca di "travalicare" i confini nazionali, orientando gli *stakeholders* territoriali (sia pubblici sia privati) verso i propri obiettivi. Così, attraverso i Fondi strutturali, le Istituzioni incidono sulle scelte delle Regioni relativamente alle priorità da perseguire e alle risorse da investire in merito alle infrastrutture presenti sul proprio territorio, mentre, tramite il controllo in materia di concorrenza, incidono sulle scelte delle imprese che erogano servizi portuali.

Tuttavia, affinché il sistema di *decision-making* multilivello sia efficace, è necessario, in primo luogo, garantire l'armonizzazione e la complementarità degli strumenti di pianificazione portuale con gli altri strumenti di pianificazione territoriale, in vista di una maggiore coerenza tra le scelte di utilizzo ed organizzazione degli spazi con le scelte programmatiche nazionali, con le scelte regionali di governo del territorio e con le scelte urbanistiche dei Comuni. È, però, altresì necessario che la pianificazione nazionale, quella regionale e quella delle AdSP, considerando i porti come nodi di una rete di livello continentale, assumano come *mainstream* gli obiettivi europei di ammodernamento, sostenibilità ambientale ed energetica, apertura del mercato, tutela della concorrenza e attrazione degli investimenti. Ciò soprattutto al fine di rafforzare la competitività del sistema portuale europeo sullo scenario globale e di renderlo appetibile per gli investitori stranieri, ma nel contempo resiliente a forme di «accaparramento» da parte dei privati che rischiano di far perdere alle infrastrutture portuali il loro ruolo di catalizzatori di sviluppo e coesione a livello europeo, nazionale e territoriale.

Le esigenze in parola diventeranno più pressanti in seguito all'emergenza Covid, che ha comportato una contrazione del traffico di passeggeri e merci nei porti europei, in particolare in quelli italiani¹¹¹. Lo scenario che si sta prefigurando fa presagire cambiamenti fondamentali in termini di flussi commerciali e turi-

¹¹¹ Per una raccolta di dati costantemente aggiornata, cfr. World Ports Sustainability Program, *World Ports Covid 19 Information Portal*, <https://sustainableworldports.org/>. Cfr. Anche Marine Traffic Research, *Measuring the Coronavirus' impact on trade*, <https://www.marinetraffic.com/research/measuring-the-coronavirus-impact-on-trade/>; A. Berti, *The impact of Covid-19 on global shipping*, in *Ship Technology*, 2 April 2020, E. Nallon, *Covid-19: A Maritime Perspective*, in *The Maritime Executive*, 4.04.2020. L'emergenza sanitaria ha evidenziato una serie di criticità che hanno messo in crisi il Servizio sanitario – già debilitato dalla crisi economica e dalle politiche di spending review, nonché le organizzazioni e i servizi sanitari più performanti delle Regioni "virtuose" – che sono state anche quelle più colpite dalla pandemia, in quanto a tacer d'altro, erano pur sempre "tarati" e "conformati" alle "ordinarie" esigenze prestazionali. La crisi pandemica ha coinvolto anche il settore crocieristico in Italia e nel Mondo abbattendosi sui ricavi annui che risultano sensibilmente ridotti. La fase II dell'epidemia avviata da oltre due mesi prosegue all'insegna della paura e dell'incertezza del presente e del futuro confermata dalla cancellazione del 50% degli scali e dalla ripresa che con tutta probabilità slitterà da settembre a gennaio 2021 incrementandosi le perdite. Ciò si evince chiaramente dall'Analisi dell'impatto del COVID-19 nel settore crocieristico a Livorno elaborato dalla direzione Sviluppo, Programmi Europei e Innovazione dell'AdSP del Mar Tirreno Settentrionale presentato l'8 luglio u.s.

stici. Sotto il primo profilo, se, da un lato, si può prevedere un aumento dell'*e-commerce*, dall'altro lato, si potrebbe assistere ad un accorciamento delle *supply chains* e a un irrigidimento degli standard di *safety & security*. Sotto il secondo profilo, è prospettabile un cambiamento delle destinazioni e delle modalità di trasporto preferite, l'intensificazione dei controlli sanitari e l'esigenza di tracciare in maniera puntuale i movimenti e i contatti delle persone. I processi in parola comporteranno l'esigenza di una riforma della pianificazione portuale a tutti i livelli al fine di favorire la digitalizzazione dei servizi, la raccolta e conservazione dei dati nel rispetto della tutela della *privacy*, la sicurezza dei lavoratori e dei passeggeri, la velocizzazione delle operazioni di logistica ed *handling*.

Lo scenario delineato rende ancora più urgente l'attivazione di un metodo di pianificazione portuale integrata tra le scelte degli operatori pubblici (ai vari livelli di governo) e quelle dei privati, in modo che si realizzi un vero e proprio «coordinamento» inteso come «politica rivolta ad obiettivi di utilizzazione integrata delle risorse disponibili e tra esse in particolare il territorio»¹¹².

¹¹² M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 251. Le AdSP hanno potuto trarre indicazioni utili per prepararsi ad affrontare gli ulteriori sviluppi dell'emergenza attraverso l'assunzione di iniziative e l'adozione di misure necessarie a contrastare un "nemico pubblico" ancora oggi per molti versi sconosciuto e "tiranno collettivo" nei confronti dei diritti e delle libertà costituzionali per la salvaguardia del bene comune.

Si segnala l'adozione del PPP (Piano di Prevenzione e Protezione) da parte dell'AdSP del Mar Tirreno Settentrionale contenente l'analisi dei rischi e delle misure di contenimento del contagio in tutte le aree dello scalo per la salute e la sicurezza dei passeggeri dei mezzi che transitano e sostano nel porto in attesa di imbarcarsi. Esso indica le azioni di protezione e prevenzione commisurate alla conformazione e alla organizzazione degli ambiti portuali di riferimento e dei servizi ivi presenti, parametrata e aggiornata alle conoscenze e alle informazioni concernenti l'andamento epidemiologico, e misure organizzative suddivise in tre livelli di gestione in base all'affluenza dei viaggiatori nella stazione marittima e negli spazi comuni annessi.

L'efficacia delle azioni e delle misure di preparazione e di prevenzione adottate e da adottarsi a livello locale e, di conseguenza, la tempistica e la celerità della ripresa dipenderanno molto dalla capacità organizzativa degli attori della pianificazione portuale e territoriale che sfruttando le opportunità offerte dall'applicazione del principio di sussidiarietà in senso verticale e orizzontale, potranno sperimentare processi e modelli virtuosi di collaborazione con associazioni, imprenditori e istituzioni in cui la volontà di ciascuno abbia il giusto peso. In tale contesto volto a promuovere e a valorizzare la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, lo Stato svolge un'importante ruolo di indirizzo, coordinamento e controllo e di stimolo incentivando alla ripresa economica del Paese.

Pianificazione portuale in Italia alla luce dei riflessi della politica europea dei porti

Il lavoro analizza l'evoluzione della pianificazione portuale in Italia verso un sistema multilivello, improntato sulla specializzazione e sul decentramento. Partendo dalla riforma operata dalla legge 84/94, che ha istituito le Autorità portuali quali enti di gestione degli spazi portuali, e dalla riforma costituzionale del 2001, che ha coinvolto le Regioni e i Comuni nelle scelte relative alla gestione degli spazi portuali, lo studio evidenzia i limiti del sistema sia nel garantire la coerenza tra gli strumenti di pianificazione sia nell'assicurare la comunicazione e il collegamento fra gli enti.

Il lavoro evidenzia, altresì, l'influenza esercitata sul sistema portuale italiano dal processo di integrazione europea. Attraverso il progressivo inserimento delle infrastrutture portuali nelle TEN-T, il controllo sulle risorse allocate dagli Stati ai porti, l'investimento di fondi europei per l'ammodernamento delle infrastrutture e il coinvolgimento di agenzie e stakeholder privati, l'UE è riuscita a rendere i porti funzionali ai propri obiettivi di efficace gestione degli spazi, liberalizzazione dei servizi, tutela ambientale, efficienza energetica. Affinché il sistema italiano possa contribuire alla realizzazione di tali obiettivi, si rende necessario, da un lato, armonizzare le scelte di pianificazione portuale con le altre scelte di governo del territorio, dall'altro, orientare la pianificazione a tutti i livelli agli obiettivi europei di modernizzazione, liberalizzazione e sostenibilità. Ciò diventa più evidente alla luce dell'emergenza Covid-19, che sta facendo emergere l'urgenza di orientare tutte le scelte pubbliche e private relative ai porti ad obiettivi di sicurezza sanitaria, tracciamento dei movimenti nel rispetto della privacy e velocizzazione delle operazioni di logistica ed *handling*.

Port planning in Italy in the light of reflections on European port policy

The research analyses the evolution of port planning in Italy towards a multilevel system, based on specialisation and functional decentralisation. Starting from the Reform enacted by law 84/94, which instituted the 'Port Authorities' as the managing bodies of port spaces, and from the 2001 Constitutional Reform, which involved regional and municipal government in the choices related to port space management, the study underlines the system's limits in assuring consistency among planning instruments and in warranting dialogue and connection among institutional entities. The study also highlights the influence exercised on the Italian port system by the European integration process. Through the gradual inclusion of the port infrastructures in the TEN-T, the control on public financial resources allocated to ports, the investment of EU funds in the modernisation of infrastructure and the involvement of agencies and private stakeholders, the EU has tailored ports to its objectives of effective space management, the liberalisation of services, environmental protection and energy efficiency. To assure that the Italian system can contribute to the EU objectives, it is necessary to harmonise port planning choices with the other land-use decisions, and to steer the planning elaborated by all government lev-

Mariaconcetta D'Arienzo, Sara Pugliese - Abstract

els towards the EU objectives of modernisation, liberalisation and sustainability. This necessity is becoming more evident after the Covid-19 emergency, which is bringing out the urgency to drive all public and private choices concerning ports towards health and safety, and the tracking of people's movements while respecting privacy and streamlining logistics and handling operations.

Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*

Viviana Molaschi

SOMMARIO: 1. Economia collaborativa e beni comuni: considerazioni preliminari. – 2. Alcune prime definizioni: economia della condivisione ed economia collaborativa. – 3. *Segue*: i beni comuni. – 4. In particolare: i beni comuni urbani e i regolamenti per la relativa cura, gestione e rigenerazione. – 5. Economia collaborativa e beni comuni: analogie e differenze. – 6. *Segue*: intersezioni. Alcune osservazioni su come i regolamenti in materia di beni comuni urbani possono contribuire allo sviluppo dell'economia collaborativa. – 7. Spunti conclusivi. Ruolo della pubblica amministrazione e nuove forme di *governance* collaborativa.

1. Economia collaborativa e beni comuni: considerazioni preliminari

Negli ultimi anni si sta assistendo allo sviluppo di nuove forme di condivisione di beni e attività. Soprattutto a seguito del depauperamento delle risorse dovuto alla crisi economica iniziata nel 2008 sono sempre più numerose le “cose” – materiali e immateriali – che gli individui mettono “in comune”, ripartendone o alternandone l'uso e facendone proprie le utilità. *Sharing economy* o economia della condivisione, in relazione alla quale si parla anche di economia collaborativa, e beni comuni sono un esempio di questa evoluzione¹.

Senza esporsi, in questa sede, nel tratteggiare scenari futuri, si può presumere che la crisi economica innescata dalla pandemia del Covid-19, foriera di un ulteriore impoverimento delle risorse a disposizione, contribuirà ad assegnare a questi nuovi modelli di economia e cura dei beni della collettività, che tendono a

* Contributo destinato agli Scritti in onore di F.G. Scoca.

¹ In generale, sulle tendenze in atto verso il nuovo paradigma della condivisione v. Aa.Vv., *L'età della condivisione. La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, a cura di G. Arena, C. Iaione, Roma, 2017.

divenire più scarsi e preziosi, una rinnovata centralità, anche se, almeno nel breve periodo, alcuni dei tratti che li contraddistinguono andranno sicuramente incontro a modifiche e adattamenti.

Economia della condivisione, in particolare nelle sue manifestazioni collaborative, e beni comuni sono due fenomeni che, proprio per la loro attitudine a dare luogo a modalità di compartecipazione, variamente articolata, e a interazioni tra gli individui, “in comune” paiono avere molto. Dopo alcuni preliminari chiarimenti concettuali, in questo scritto si cercherà di individuare in che rapporti essi si pongano². Si proverà a evidenziarne analogie nonché elementi di differenza e a valutarne momenti di intersezione e, principalmente, di sinergia e reciproca implementazione.

Da questo punto di vista, è significativo che i nessi tra i due fenomeni comincino ad essere presi in considerazione a livello di politiche pubbliche. Tra gli esempi in tal senso del nostro Paese si possono citare quello della regione Toscana, che ha elaborato una propria Agenda regionale sull'economia collaborativa e i beni comuni (2017)³ o di Milano *sharing city* (2014)⁴. Questa seconda iniziativa, peraltro, ha una dimensione che trascende quella del capoluogo lombardo e si inserisce in un *network* di città che attraversa i continenti, come dimostrato dai firmatari della *Declaration of Sharing Cities*, stilata al *Sharing Cities Summit* di Barcellona (2018)⁵. Al riguardo può essere interessante rilevare come il principio # 10 di tale Dichiarazione sancisca il «*Right to the City and Urban Commons*».

Gli ultimi accenni consentono di precisare l'ambito delle riflessioni, che vedrà come campo privilegiato di indagine le interrelazioni tra economia collaborativa e beni comuni che si manifestano in seno alle città.

Come ci ricorda l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, che alle città dedica specificamente l'Obiettivo 11 – «*Make Cities and Human Settlements Inclusive, Safe, Resilient and Sustainable*» – più della metà degli abitanti del mondo vive in conurbazioni urbane e questa tendenza è destinata a crescere. Proprio

² Per un'analisi dei due fenomeni condotta secondo una prospettiva civilistica v. A. Quarta, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, in *Questione Giustizia*, 2017, 2, 72 ss.

³ Ci si riferisce al Libro verde #CollaboraTosca. Per un'agenda regionale sull'economia collaborativa e i beni comuni, con il quale la regione Toscana ha posto le basi per l'avvio di una politica pubblica regionale in materia di economia collaborativa.

⁴ Il progetto Milano *sharing city*, promosso anche in vista dell'Esposizione Universale del 2015, ha trovato le proprie linee guida nella Delibera di Giunta n. 2676 del 19 dicembre 2014.

⁵ Tale Dichiarazione, *Cities' common principles and commitments for city sovereignty regarding platform economy*, è il frutto di alcuni summit (Amsterdam nel 2016, New York nel 2017, Barcellona nel 2018), organizzati da alcune delle città più importanti del panorama mondiale, al fine di discutere dell'impatto della *sharing economy* sulla vita dei propri abitanti e sullo sviluppo economico. Hanno sottoscritto la Dichiarazione, in ordine alfabetico, Amsterdam, Atene, Atlanta, Barcellona, Betlemme, Bologna, Bordeaux, Buenos Aires, Gothenburg, Grenoble, Kobe, A Coruña, Lisbona, Madrid, Milano, Montreal, Montreuil, Muscat, New York, Parigi, Reykjavik, San Francisco, Santiago de Compostela, Sao Paulo, Seoul, Taipei, Terrassa, Torino, Toronto, Umea, Valencia, Vienna e Vitória.

per questa ragione le città non sono solo l'oggetto di uno degli Obiettivi, ma sono trasversali all'Agenda, in quanto il successo o meno degli Obiettivi economici, sociali e ambientali in essa previsti non potrà che dipendere da come essi verranno perseguiti nelle realtà metropolitane.

La città è il livello politico ed amministrativo più vicino ai cittadini, chiamato a dare risposta a una congerie di problematiche non solo economiche ed occupazionali, ma anche sociali, ivi comprese quelle legate all'ambiente, specialmente quelle dipendenti dai cambiamenti climatici. La città è il "terminale sensibile" della società.

Se si volge lo sguardo all'Italia, ma il discorso può valere anche per Paesi che presentano una conformazione socio-economica e strutture urbane similari, si può osservare come la crisi economica abbia consegnato alle città un ruolo assai significativo, benché condizionato da non poche strettoie⁶. Esse, infatti, non possono essere fautrici di una propria politica industriale e occupazionale e hanno una ridotta capacità di imposizione fiscale, con conseguenti limitate potenzialità di investimento. Ciononostante, si può evidenziare come nel panorama macroeconomico delineatosi a partire dal 2008, così come in quello che pare profilarsi in futuro, ne divenga essenziale la capacità di individuare modalità di incentivazione alla ricerca e allo sviluppo di modelli economici – produttivi, ma non solo – anche inediti e di attrarre attori economici e sociali innovativi. Tutto ciò non può prescindere, come già suggerito dalle osservazioni che precedono, da una visione olistica all'insegna della sostenibilità e quindi attenta alle esigenze dell'ambiente e di tutela della salute e della qualità di vita degli individui.

In questo quadro diviene fondamentale la valorizzazione delle risorse della comunità, anche attraverso il rinnovamento del modo di relazionarsi delle istituzioni con la società civile. L'orizzonte concettuale in cui si collocano le riflessioni è quello del c.d. diritto alla città⁷ o, più precisamente, alla co-città⁸: economia collaborativa e beni comuni sono due terreni su cui si gioca la partita di questa trasformazione.

⁶ Sul ruolo assegnato alle città dalla crisi economica si v., con particolare riferimento alle esigenze di incremento e governo dell'economia collaborativa, I. Pais, E. Polizzi, T. Vitale, *Governare l'economia collaborativa per produrre inclusione: attori, strumenti, stili di relazione e problemi di implementazione*, in Aa.Vv., *Governare Milano nel nuovo millennio*, a cura di A. Andreotti, Bologna, 2019, 215 ss.

⁷ Sulla costruzione di un diritto alla città v. J.B. Auby, *Le droit de la ville*, Paris, 2013. Sul diritto alla città come diritto all'accesso alle risorse della città e alla possibilità di sperimentare una vita urbana alternativa alle logiche e ai processi di industrializzazione e di accumulazione del capitale v. H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Verona, 2014 (tr. it.).

⁸ V. C. Iaione, *The right to the co-city*, in *Jipl*, 2017, 1, 131 ss.

2. *Alcune prime definizioni: economia della condivisione ed economia collaborativa*

Preliminarmente all'indagine che ci si propone di condurre può risultare proficuo tentare di fornire alcune prime definizioni, anche nell'ottica di delimitare i confini dell'analisi. Si tratta di un'operazione non semplice in quanto molti concetti sono relativamente nuovi e perlopiù in trasformazione e si ravvisano divergenze nell'utilizzo della terminologia.

La *sharing economy*, o economia della condivisione, è un modello economico basato sulla condivisione di *asset*, spazi, beni, competenze, tempo al fine di trarne benefici economici, ma non solo⁹.

Essa si basa sullo sfruttamento della capacità in eccesso dei beni¹⁰: un bene che soddisfa per un periodo limitato le esigenze del suo proprietario può essere messo a disposizione di altri soggetti cui può servire¹¹. In questo modo, in tempi di penuria di risorse, si evitano sprechi e si massimizzano utilità. A titolo esemplificativo, si pensi all'uso condiviso di appartamenti totalmente o parzialmente vuoti o di automobili poco utilizzate o i cui posti non impiegati, nel caso si viaggi da soli, possono dare l'opportunità ad altri passeggeri di spostarsi, con riduzione delle emissioni inquinanti.

La condivisione può consentire sia di creare nuovi mercati (diversi dallo scambio di beni usati) e forme di reddito sia di perseguire finalità sociali nonché ambientali. A quest'ultimo riguardo si osservi altresì che la *sharing economy*, aumentando il tasso di utilizzo dei beni, in particolare di quelli che hanno maggiori possibilità di riparabilità e riuso, ed estendendone il ciclo di vita, può operare come efficace strumento di tutela ambientale, facendo proprie alcune delle finalità dell'economia circolare¹².

⁹ In materia sono fondamentali gli scritti di R. Botsman, secondo cui la *sharing economy* è «an economic system that unlocks the value of underused assets through platforms that match “needs” with “haves” in ways that create greater efficiency and access»: v. Id., *Who Can You Trust?: How Technology Brought Us Together – and Why It Could Drive Us Apart*, Londra, 2018; R. Botsman, R. Rogers, *What's mine is yours*, Londra, 2010. Sulle varie sfaccettature del fenomeno v. Aa.Vv., *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto*, a cura di A. Quarta, M. Spanò, Verona, 2017.

¹⁰ Per tale concetto v. Y. Benkler, *Sharing Nicely: on Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale L.J.*, 2004-2005, 306-310.

¹¹ In argomento v. A. Quarta, *Utilità, capacità, bisogni. Sulla fenomenologia dei beni in Antonio Gambaro*, in Aa.Vv., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, a cura di U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti, Milano, 2017, 791 ss.

¹² Occorre al riguardo ricordare che tra i contenuti del nuovo Piano d'azione per l'economia circolare (COM/2020/98 final), approvato dalla Commissione nel contesto del *Green New Deal* europeo, vi sono regole per progettare i prodotti, oltre che con un maggiore impiego di materie prime riciclate, in modo tale da durare più a lungo ed essere più facili da riutilizzare, riparare e riciclare. In tema di economia circolare v., *ex multis*, M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare*, Milano, 2020; Aa.Vv., *Studi in materia di economia circolare*, a cura di F. de Leonardis, Macerata, 2019, opera collettanea nell'ambito della quale si segnalano in particolare,

La condivisione materiale di beni è uno dei profili caratterizzanti il modello economico in esame che, in questo momento di pandemia, è sottoposto a maggiori tensioni. In una società dominata dalla paura del contagio vi è una minore disponibilità ad utilizzare “in comune” un alloggio o un’auto¹³. Non si può però non rilevare come le persone stiano prendendo rapidamente dimestichezza con procedure di sanificazione e misure di igiene. Senza contare il fatto che alcune piattaforme, come ad esempio quelle di *bike sharing*, potrebbero invece ricevere un rinnovato impulso, in quanto possibile alternativa al ricorso ai mezzi pubblici, che fino alla scoperta di un vaccino sarà necessariamente contingentato.

Oltre che beni, peraltro, possono essere messi in comune anche attività, ivi comprese quelle lavorative, e servizi. Come già accennato, la *sharing economy* concerne risorse e capacità, così come competenze e tempo, inutilizzati o sottoutilizzati. Qualifica tale forma di economia anche la logica *peer to peer* che connota i rapporti dei soggetti interessati allo scambio e alla condivisione. Il modello, peraltro, è andato evolvendosi e scambio e condivisione non avvengono più soltanto tra individui ma anche tra individui e aziende.

Un altro elemento rilevante della definizione è il supporto delle piattaforme digitali, che consentono ai soggetti di entrare in relazione, facendo incontrare “needs” con “haves”¹⁴.

L’intermediazione delle piattaforme è una delle ragioni per le quali si può preconizzare un ruolo crescente dell’economia della condivisione, in particolare nelle sue estrinsecazioni collaborative, su cui ci si soffermerà più avanti. Si pensi all’importanza che esse stanno assumendo in una società in cui i rapporti umani, fino a quando le persone non saranno adeguatamente protette dal rischio di contagio del Covid-19, saranno contrassegnati dal distanziamento sociale. Non si tratta più soltanto di mettere in collegamento individui che sono fisicamente lontani, perché residenti in aree territoriali distanti, ma di dare la possibilità di interagire anche a persone che sono vicine e che, anzi, proprio perché vicine, è opportuno che non abbiano contatti per poter prevenire la diffusione della malattia. Resta inteso che, almeno nella prima fase, il volano delle piattaforme riguarderà non tanto la condivisione materiale di beni, allo stato, come si è visto, critica, quanto la promozione della collaborazione a distanza.

per quanto qui rileva, i contributi di F. de Leonardis, *Il futuro del diritto ambientale: l’economia circolare*, 16 ss. e di R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l’economia circolare e il diritto dell’ambiente*, 39 ss. In argomento v. altresì F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.

¹³ Si vedano al riguardo le preoccupazioni espresse da M. Panarari, *C’era una volta la sharing economy*, in *La Stampa*, 27 aprile 2020.

¹⁴ Secondo quanto affermato da R. Botsman, *op. cit.*

Esse possono inoltre contribuire a ridurre la congestione delle realtà urbane, con effetti, oltre che di salute pubblica, anche ambientali di non poco conto.

Le piattaforme digitali sono tipiche soprattutto di quelle forme di economia della condivisione che si rifanno ad attività economiche, a modelli imprenditoriali, ma si può ipotizzare che, in ragione dei cambiamenti in atto, assumeranno una maggiore rilevanza anche in quelle aventi una più spiccata ispirazione sociale.

L'innovazione tecnologica, quale spinta decisiva per il progresso della comunità, è il primo elemento costitutivo della nozione di *smart city*, cui va aggiunto, secondo alcune interessanti ricostruzioni, l'aspetto della condivisione: sono infatti *smart* quelle iniziative in cui «viene messo in comune un fattore, uno spazio, una prestazione, una risorsa, una tecnologia, e, soprattutto, un complesso di informazioni»¹⁵. Tra economia della condivisione, anche nelle forme collaborative che si introdurranno nelle righe seguenti, e sviluppo delle *smart cities* possono quindi ravvisarsi non pochi profili di vicinanza e sovrapposizione. Con riferimento ad entrambe, inoltre, si pone il problema dell'esclusione di coloro che non hanno competenze adeguate ad utilizzare le tecnologie o di chi non aderisce a tale «paradigma» di sviluppo¹⁶.

Poco per volta all'espressione originaria di *sharing economy* si sta sostituendo quella di *collaborative economy*, fatta propria dalla Commissione europea in alcune Comunicazioni¹⁷, che hanno cercato di fornire alcune coordinate terminologiche e semantiche. La stessa Commissione europea, peraltro, ha puntualizzato come spesso la locuzione economia collaborativa sia utilizzata in maniera interscambiabile con quella di economia della condivisione o *sharing economy*¹⁸ e come, comunque, si tratti di fenomeni in rapida evoluzione, i cui significati possono mutare di conseguenza.

La Commissione, a ben vedere, riferisce l'espressione *collaborative economy* a «modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati». Il concetto viene quindi contestualizzato nella sfera delle attività economiche.

¹⁵ In questi termini F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)* (25 novembre 2015), in *federalismi.it.*, 10. La letteratura in materia di *smart city* è ormai molto ampia: *ex multis* v. altresì Aa.Vv., *La prossima città*, a cura di G.F. Ferrari, Sesto San Giovanni, 2017; R. Ferrara, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, 8/2015; E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, 1267 ss.; A. Casinelli, *Le città e le comunità intelligenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 240 ss.

¹⁶ Il problema è sollevato da F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, cit., 12 e 24-25.

¹⁷ V. alcune prime considerazioni nella Comunicazione COM(2015)550, «Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese», e poi, più diffusamente, la Comunicazione COM(2016)356 final, relativa a «Un'agenda europea per l'economia collaborativa».

¹⁸ V. la citata Comunicazione concernente «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», nt. 7.

Le categorie di soggetti implicati sono sostanzialmente tre. In primo luogo, vengono in considerazione i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, competenze, tempo, che possono essere sia privati che operano su base occasionale, i c.d. "pari", sia prestatori di servizi nell'ambito della propria capacità professionale, ossia i prestatori di servizi professionali. La seconda categoria è rappresentata dagli utenti dei servizi. La terza, infine, è costituita dagli intermediari che mettono in comunicazione, attraverso una piattaforma online, i prestatori e gli utenti e che agevolano le transazioni tra di essi. Tali piattaforme sono indicate come *collaborative platforms* o piattaforme collaborative.

Sempre secondo le indicazioni della Commissione, le transazioni dell'economia collaborativa generalmente non comportano trasferimenti di proprietà. Un'apertura verso una dimensione *non profit* di tale forma di economia risiede nel fatto che queste possono essere effettuate a scopo di lucro o senza.

Alla nozione data dalla Commissione si è rimproverato di essere eccessivamente focalizzata sugli aspetti commerciali e di consumo e di lasciare in ombra alcune rilevanti implicazioni sociali, come sottolineato, tra gli altri, anche dal Comitato europeo delle regioni¹⁹.

Il concetto di economia collaborativa è in realtà più articolato e fluido, atto a ricomprendere vari fenomeni di contatto, scambio e collaborazione tra persone, accomunati dal fatto di dare a chi ha risorse che non usa o sottoutilizza e desidera condividerle o scambiarle la possibilità di incontrare chi ha bisogno di esse e viceversa²⁰. Anche per questa ragione la locuzione *collaborative economy*, intesa in questa accezione, sta gradualmente sostituendo quella di *sharing economy*, ritenuta di portata più ristretta e avente un'impronta valoriale più marcata.

L'economia collaborativa, nell'ambito di questa più ampia cornice semantica, si rivela comprensiva di modelli differenziati incentrati ora su logiche di mercato, ove l'innovazione tecnologica è usata «principalmente per estrarre valore economico da risorse diffuse e generare opportunità di consumo *low cost*», ora su logiche sociali, in cui è possibile ravvisare «dinamiche collaborative di tipo mutualistico e solidaristico»²¹. Ne fanno quindi parte tanto le piattaforme di condivisione di beni e servizi, quanto fenomeni quali il *coworking*, su cui si avrà modo di tornare, il *co-housing* o le c.d. portinerie di quartiere.

¹⁹ V. il «Parere del Comitato europeo delle regioni – La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione», adottato il 4 dicembre 2015 (2016/C 051/06).

²⁰ V. la nozione contenuta nel Glossario *Voci in comune. Le parole chiave dell'amministrazione condivisa*, curato da Labsus, 2019, 37. Il Glossario è reperibile al seguente link: <https://www.labsus.org/2019/03/voci-in-comune-le-parole-chiave-dellamministrazione-condivisa/> (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

²¹ Tale duplicità di finalità è evidenziata dalla Fondazione Unipolis, *Dalla Sharing Economy all'Economia Collaborativa, I Quaderni di Unipolis*, ottobre 2015, 11.

Di interesse ai fini dell'analisi che si sta svolgendo sono le classificazioni proposte dal Comitato europeo delle regioni²², che fa proprie le elaborazioni di alcuni studiosi²³.

Il punto di partenza della tassonomia è dato dalla *sharing economy* o economia della condivisione, che è una sorta di “contenitore” generale di una molteplicità di fenomeni, riconducibili a due categorie principali, ciascuna delle quali presenta a sua volta due forme più specifiche.

Il primo *genus* è costituito dalla *sharing economy* o economia della condivisione in senso stretto, indicata anche con l'espressione *on-demand economy*. Questa racchiude, in primo luogo, la c.d. *access economy* o economia dell'accesso, in cui il modello imprenditoriale implica che lo scambio di beni e servizi avvenga sulla base dell'accesso invece che della proprietà, come nel caso, ad esempio, del noleggio temporaneo di oggetti. Ne fa parte anche la c.d. *gig economy*, che riguarda prestazioni lavorative aleatorie negoziate in un mercato digitale. Si tratta di una delle manifestazioni della *sharing economy* che ha ricevuto maggiore impulso a seguito della pandemia, che ha imposto ai cittadini di rimanere nella propria abitazione: si pensi all'impegno dei *rider* nelle consegne a domicilio.

Il secondo *genus* è rappresentato dalla *pooling economy*, locuzione che si potrebbe tradurre come economia della messa in comune. È all'interno di questa che si colloca, secondo tale impostazione, la *collaborative economy* o economia collaborativa: essa concerne formule di condivisione che promuovono un approccio *peer to peer* e/o coinvolgono utilizzatori nella concezione del processo produttivo oppure trasformano i clienti in una comunità. Un'ulteriore *species* è costituita dalla *commoning economy*, c.d. economia dei beni comuni, relativa a iniziative di *sharing economy* a proprietà o gestione collettiva.

Sia nella *access economy* che nella *gig economy* emerge prevalentemente la figura dell'*homo oeconomicus*, mentre nella *collaborative* e nella *commoning economy* quella del “cittadino attivo”, su cui ci si soffermerà in altra parte dello scritto. Tuttavia, non è possibile affermare che i due approcci siano sempre reciprocamente escludentisi²⁴. Come si è avuto modo di accennare, la *sharing economy*, secondo la definizione data da ultimo, pur mossa da ragioni che si collocano nella sfera della ricerca di un reddito o del profitto, può avere risvolti sociali, nonché

²² V. il già citato «Parere del Comitato europeo delle regioni – La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione».

²³ Si tratta in particolare di C. Iaione, *Economia e diritto dei beni comuni* (28 giugno 2011), in *Labsus*, <https://www.labsus.org/> e Id., *Poolism: sharing economy vs. pooling economy* (20 agosto 2015), in *LabGov*, <https://labgov.city/> (ultimo accesso: 30 aprile 2020). In argomento v. inoltre Id., *Le politiche pubbliche al tempo della sharing economy: nell'età della condivisione il paradigma del cambiamento è la collaborazione*, in *Le politiche della condivisione*, a cura di M. Bassoli, E. Polizzi, Milano, 2016, 33 ss.

²⁴ Così C. Iaione, *Le politiche pubbliche al tempo della sharing economy: nell'età della condivisione il paradigma del cambiamento è la collaborazione*, cit., 38.

ambientali. È noto l'impatto positivo sull'ambiente di *car sharing* e *bike sharing*. Rispondono a finalità solidaristiche gli accordi stipulati a Milano da piattaforme internazionali quali *Airbnb* con soggetti del Terzo settore per offrire ospitalità ai parenti di pazienti ricoverati in ospedali²⁵. Attualmente si è estesa l'esperienza in favore di operatori sanitari in trasferta per fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dal Covid-19²⁶. Si consideri inoltre la possibilità di mettere gli alloggi a disposizione di chi deve stare in quarantena lontano dalla famiglia.

Se si rilegge alla luce delle considerazioni contenute nel Parere del Comitato europeo delle regioni la nozione di *collaborative economy* proposta dalla Commissione europea, si rinviene un uso dell'espressione sostanzialmente sovrapponibile a quello di *sharing economy* nelle forme della *on-demand economy* o *access economy* e della *gig economy*. Da questo punto di vista è significativo che la Commissione, nel tratteggiare il quadro di riferimento della materia, si concentri sui nuovi modelli imprenditoriali dell'economia collaborativa²⁷.

Rispetto a tale impostazione l'ipotesi di tassonomia del Comitato europeo delle regioni sembra rappresentare meglio le diverse anime dell'economia della condivisione: quella in cui è predominante un'ottica economica, in cui la condivisione ha dato origine a diversi modi di "fare impresa", pur in un orizzonte di cooperazione/collaborazione, e quella più solidale.

Benché non sia sempre facile tracciare una netta linea di demarcazione tra le due, non si può non considerare come pratiche di condivisione nate "dal basso", inizialmente limitate a piccole comunità, siano state in un certo senso trasfigurate. Basti pensare che la proprietà delle piattaforme ove le attività di condivisione hanno luogo, specie nei casi di *on-demand economy* e *gig economy*, appartiene ormai a grandi *corporation* e le attività di scambio stanno assumendo una dimensione che in alcuni casi è addirittura globale. In quest'ultima ricostruzione la *collaborative economy* si contrappone alla *sharing economy* in senso stretto per la sua più spiccata vocazione sociale e collaborativa, dovuta anche al fatto che gli utilizzatori formano una comunità.

Fatte queste preliminari puntualizzazioni, non si intende indugiare ulteriormente sulle questioni definitorie, anche in ragione del fatto che la materia è estremamente mossa ed è forse prematuro pensare di individuare classificazioni che la sistematizzino in via definitiva. L'analisi svolta consente però di precisare che

²⁵ Tale esperienza è menzionata da I. Pais, E. Polizzi, T. Vitale, *Governare l'economia collaborativa per produrre inclusione: attori, strumenti, stili di relazione e problemi di implementazione*, cit., 220.

²⁶ L'iniziativa è il frutto di un accordo tra Airbnb e l'associazione OspitaMI. Ne riferisce A. Cocchi, *Coronavirus. La mano di Airbnb ai medici in trasferta: casa gratis per 2 mesi* (18 marzo 2020), in https://www.repubblica.it/viaggi/2020/03/18/news/airbnb_medici_e_infermieri_affitti_gratis_coronavirus_trasferite-251591842/ (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

²⁷ V. la Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit.

oggetto di attenzione in questo scritto saranno quelle forme di economia collaborativa che non si limitano alla condivisione di beni, servizi e risorse, ma generano «relazioni, coesione sociale, reciprocità, soccorso, collaborazione tra pari», quelle forme, cioè, incentrate su una «condivisione collaborativa», secondo le parole utilizzate dalla regione Toscana nella propria Agenda regionale sull'economia collaborativa e i beni comuni. Il contesto è quindi quello in cui la ricerca di nuovi modelli di sviluppo economico si lega alla creazione di reti e legami di comunità, anche in concorso con le pubbliche amministrazioni.

Una considerazione particolare verrà riservata ad attività quali *coworking*, *talent garden*, *fab lab*, *makerspace*, ecc.. Tali ambiti dell'economia collaborativa non rappresentano necessariamente «economie» in senso stretto, bensì «comunità e reti sociali collaborative che generano nuove iniziative economiche o svolgono una funzione in relazione ad attività economiche esistenti»²⁸.

Il *coworking*, che tra le manifestazioni dell'economia collaborativa di questo tipo è la più diffusa²⁹, nasce a San Francisco nel 2005 e, come d'altra parte gli altri fenomeni accennati, ha subito un forte incremento con la crisi economica, a partire dal 2008.

Si tratta, infatti, di una modalità di auto-organizzazione del lavoro che sta prendendo piede tra i sempre più numerosi lavoratori atipici (partite iva, micro-imprese, *start up*, ecc.). È stato definito «*a "third way" of working, halfway between a "standard" worklife within a traditional, well delimited workplace in a community-like environment, and an independent worklife as a free-lancer, characteristic of freedom and independence, where the worker is based at home in isolation*»³⁰.

Esso si caratterizza per la condivisione di uno spazio fisico, ove lavoratori impegnati in attività diverse costituiscono il proprio "ufficio", da cui scaturiscono forme di cooperazione e progettualità comuni. Le relazioni sociali divengono pertanto un fattore di produttività³¹.

Tale esperienza, come le altre similari, si propone quindi di offrire innovative opportunità di impiego di risorse economiche e umane, promuovendo un più efficiente uso di beni e servizi e formule di lavoro più flessibili³².

²⁸ Tali espressioni sono riprese dal «Parere del Comitato europeo delle regioni – La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione», cit.

²⁹ Il *coworking* comporta infatti minori costi di avvio rispetto a un *fab lab*. Esso non richiede inoltre competenze manageriali specifiche.

³⁰ In questi termini A. Gandini, *The Rise of Coworking Spaces: a Literature Review*, in *Ephemera. Theory & Politics in Organization*, I, 15, 193 ss.

³¹ Questo spiega perché anche non poche aziende abbiano aperto spazi di *coworking*. In taluni casi possono originarsi anche reti di protezione sociale con scopi mutualistici.

³² Tali finalità sono evidenziate anche dalla Commissione europea: v. le Comunicazioni COM(2015)550 e COM(2016)356.

Fino a quando il nuovo coronavirus non sarà sconfitto, peraltro, il *coworking* richiederà un ripensamento degli spazi condivisi al fine di consentire alle persone di lavorare in sicurezza.

3. Segue: *i beni comuni*

Le più attente ricostruzioni del dibattito italiano sui beni comuni³³ identificano sostanzialmente due linee di pensiero che si sono occupate del fenomeno, le quali, pur differenziate, sono accomunate dallo stesso punto di partenza: la constatazione dell'insoddisfacente regolazione e gestione di determinate "cose" – materiali o anche immateriali – da parte dei pubblici poteri, alla cui cura sarebbero invece affidate.

Il primo filone ha un approccio che in taluni casi assume sfumature maggiormente ideologiche³⁴. «Il comune oltre il pubblico»³⁵: ai soggetti pubblici si rimprovera di aver abdicato al proprio ruolo di tutela dell'interesse generale, spesso a vantaggio di interessi privati, soprattutto di tipo imprenditoriale. Si colloca in questo contesto, ad esempio, la lotta per l'acqua bene comune³⁶.

Il richiamo al "comune", più che l'invito ad un ritorno al pubblico, anche nell'ottica di un ridimensionamento del privato, è piuttosto «la tensione verso un'alternativa in termini sociali, economici ed istituzionali, che si ponga oltre la contrapposizione pubblico/privato»³⁷. I beni comuni, infatti, sono beni della comunità, alla cui gestione la comunità stessa partecipa. Il tema si lega a quello dei diritti fondamentali e della solidarietà sociale e intergenerazionale, anche per-

³³ L'opera di riferimento in materia di *commons* è costituita dal lavoro di E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, che ne offre un paradigma gestionale alternativo a quello, proprietario, prospettato da G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 3859, 1243 ss. Per una panoramica del dibattito italiano in materia di beni comuni, con puntuali indicazioni relative ad autori e principali correnti di pensiero, v., *ex multis*, F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, in Aa.Vv., *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, a cura di M. Bombardelli, Trento, 2016, 37 ss.

³⁴ In questa prospettiva v. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011. V. altresì Aa.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M. Marella, Verona, 2012 e S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013. Per una lettura in chiave democratica v. A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013. Dello stesso autore v. Id., *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, 2011.

³⁵ Così M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in Aa.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di Id., cit., 9.

³⁶ V., al riguardo, i contributi di U. Mattei: *L'acqua e il suo diritto*, scritto con A. Quarta, Roma, 2014; Id., *L'acqua e i beni comuni*, Roma, 2011.

³⁷ In questi termini, ancora, M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 11.

ché, come sostenuto dagli studiosi, si tratta di beni «conservati e custoditi dalle comunità di generazione in generazione»³⁸.

L'attenzione di questa impostazione si concentra sulla individuazione di uno statuto giuridico dei beni comuni nel quadro della teoria dei beni.

A questo riguardo un punto fermo è rappresentato dai lavori della Commissione Rodotà³⁹, benché rimasti lettera morta, che ne hanno individuato gli elementi definitori: i beni comuni sono «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona», la cui tutela è volta «anche a beneficio delle generazioni future». Tale finalizzazione rende indifferente la natura pubblica o privata della titolarità degli stessi e richiede che ne venga assicurata la «fruizione collettiva».

La proposta Rodotà qualificava quali beni comuni: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate.

Tali elaborazioni hanno influenzato anche i tentativi di definizione operati dalla giurisprudenza. Viene al riguardo in considerazione la nozione proposta dalla Corte di Cassazione, a sezioni unite, nella sentenza sulla annosa vicenda riguardante la natura giuridica delle valli da pesca della laguna di Venezia⁴⁰.

La riflessione della Corte situa il tema dei beni comuni in una cornice delimitata da due precisi pilastri concettuali: da un lato, la centralità della persona e dei suoi diritti inviolabili, da soddisfare anche mediante «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»; dall'altro, il riferimento, anziché allo Stato-apparato, allo «Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto all'effettiva realizzazione di questi ultimi».

Sono quindi beni comuni quei «beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività». Ne discende che, qualora un bene, nel caso di specie immobile,

³⁸ M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 11.

³⁹ La Relazione della Commissione Rodotà, con le proposte per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007), è consultabile presso il sito del Ministero della Giustizia al seguente indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617 (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

⁴⁰ Cass., ss.uu., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Foro it.*, 2012, I, 564, con nota di E. Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*. Tra i diversi commenti v., *ex multis*, F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.

«indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale... detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai data-ta prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune", vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

Come anticipato, in materia di beni comuni si ha anche una seconda impostazione ricostruttiva, che lega i beni comuni, in particolare quelli urbani, al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, 4° comma, Cost. e al ruolo che possono avere i c.d. "cittadini attivi" nel prendersi cura dell'interesse generale⁴¹.

La teoria dei beni comuni diviene un paradigma per la promozione di una nuova modalità dell'amministrare, riassumibile nella formula della c.d. amministrazione condivisa⁴². La dottrina ha osservato come questa seconda lettura si distingua dalla prima per il suo carattere maggiormente operativo⁴³, rivolto all'individuazione di regole organizzative e procedurali da seguirsi ad opera dell'amministrazione nella creazione e conduzione dei nuovi rapporti tra il pubblico e i cittadini attivi in ordine alla gestione dei beni comuni.

Questa ricostruzione si concentra principalmente sui beni comuni urbani, in quanto è la dimensione locale quella più prossima ai cittadini, nella quale, quindi, si hanno le principali esperienze di cura condivisa di questo tipo.

4. *In particolare: i beni comuni urbani e i regolamenti per la relativa cura, gestione e rigenerazione*

Sempre più Comuni hanno adottato regolamenti che disciplinano la collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione e la rigenerazione dei beni comuni urbani⁴⁴.

⁴¹ V., al riguardo, i fondamentali scritti di G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 42 ss.; Id., *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2011. Tale figura di individuo è stata anche indicata come *homo civicus* o *homo reciprocans*: v., rispettivamente, gli scritti di F. Cassano, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, 2004 e F. Bowles, H. Gintis, *Homo reciprocans*, in *Nature*, 415/2002, 125 ss.

⁴² In materia di amministrazione condivisa rappresentano una pietra miliare le riflessioni di G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, 29 ss.. In argomento v., oltre agli scritti citati nella nota precedente, Aa.Vv., *L'età della condivisione*, a cura di G. Arena, C. Iaione, cit.; Aa.Vv., *L'Italia dei beni comuni*, a cura di G. Arena, C. Iaione, Roma, 2012. Tale visione si pone per certi aspetti in continuità con le teorizzazioni del diritto amministrativo paritario: v. F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

⁴³ V. F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, cit., 41.

⁴⁴ In argomento v., *ex multis*, Aa.Vv., *La Co-Città. Diritto Urbano e Politiche Pubbliche per i Beni Comuni e la Rigenerazione Urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, 2018; Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioli, Bologna, 2017; Aa.Vv., *L'I-*

Questi strumenti si sono sviluppati nell'alveo del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost.⁴⁵, principio aperto ad accogliere e incentivare esperienze sociali di collaborazione.

Come puntualizzato dalla Corte dei Conti in una pronuncia ritenuta assai significativa dai fautori dell'amministrazione condivisa⁴⁶, il principio di sussidiarietà orizzontale opera al pari di altri principi costituzionali che regolano l'attività amministrativa, quali i principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ed è direttamente applicabile alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di interposizione legislativa, nell'ambito dei margini di discrezionalità ad esse attribuiti. I Comuni, con regolamenti che trovano fondamento nell'art. 117, comma 6, Cost., possono stabilire le modalità attuative del principio, attraverso cui stimolare e promuovere la cittadinanza attiva⁴⁷.

La possibilità per gli enti locali di dotarsi di propri strumenti in tal senso trova peraltro un significativo aggancio normativo nell'art. 3, comma 5, del T.U. enti locali, secondo il quale «I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

In particolare, partendo dall'idea che le città stesse siano beni comuni⁴⁸, con i regolamenti in questione gli enti locali cercano di governare il fenomeno della «riconquista dal basso»⁴⁹, da parte dei cittadini, di realtà urbane spesso abbandonate o neglette al fine di rivitalizzarle e assicurarle alla fruizione collettiva. Al riguardo può essere di interesse ricordare che la «riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata» è una «attività di interesse generale» ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. z) del d.lgs. 3 luglio 2017,

Italia dei beni comuni, a cura di G. Arena, C. Iaione, cit. Per un censimento dei regolamenti emanati v. il sito di Labsus: <https://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/> (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

⁴⁵ Sullo «strettissimo» legame tra gestione dei beni comuni urbani e sussidiarietà orizzontale v. P. Chirulli, *Sussidiarietà e collaborazione «amministrata» nei beni comuni urbani*, in Aa.Vv., *La Co-Città. Diritto Urbano e Politiche Pubbliche per i Beni Comuni e la Rigenerazione Urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, cit., 55 ss.

⁴⁶ Ci si riferisce in particolare a Corte dei Conti, ad., s. autonomie, 24 novembre 2017, n. 26, su cui v. i commenti di G. Arena, *Una storica pronuncia della Corte dei conti legittima l'amministrazione condivisa* (19 dicembre 2017) e di F. Giglioni, *Una storica pronuncia della Corte dei conti: i comuni possono assicurare i singoli cittadini attivi* (7 dicembre 2017), entrambi in *Labsus*, <http://www.labsus.org> (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

⁴⁷ In questo quadro il giudice contabile ha affermato l'estensibilità della disciplina delle attività di volontariato contenuta nel Codice del Terzo settore anche agli enti locali «che intendano sostenere attivamente la partecipazione libera di singoli volontari in attività operative di servizio alla persona e di tutela di beni comuni a carattere non industriale o commerciale». Di qui la possibilità per i Comuni di stipulare con oneri a proprio carico contratti di assicurazione per infortunio, malattia e responsabilità civile verso terzi a favore di «singoli volontari coinvolti in attività di utilità sociale», vale a dire di «cittadini attivi», previa adozione di regolamenti comunali per lo svolgimento di attività di volontariato nelle proprie strutture e servizi.

⁴⁸ Per tale configurazione v. C. Iaione, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013, 1.

⁴⁹ In questi termini A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018, 137.

n. 117, c.d. Codice del Terzo settore, significativa concretizzazione e articolazione del principio di sussidiarietà orizzontale a livello normativo.

I regolamenti in materia di beni comuni ricalcano il modello del regolamento del 2014 del Comune di Bologna, che è stato il primo Comune ad approvare un regolamento di questo tipo e a metterlo a disposizione delle altre municipalità affinché potessero adattarlo al proprio contesto. Degno di nota è anche il regolamento del Comune di Torino, che ha avuto una prima formulazione nel 2016, frutto del dibattito e dell'esperienza maturata a seguito di quello di Bologna e che nel 2019 ha visto l'approvazione di un nuovo testo, che presenta una maggiore autonomia rispetto al paradigma bolognese, in vigore a partire dal 2020⁵⁰.

Per beni comuni urbani si intendono, secondo la definizione data dal Comune di Bologna, quei «beni materiali, immateriali e digitali che i cittadini e l'Amministrazione, anche attraverso procedure partecipative e deliberative riconoscono essere funzionali al benessere individuale o collettivo»⁵¹ oppure che, ai sensi del regolamento torinese, sono «funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo e all'interesse delle generazioni future»⁵².

Nel richiamo ai diritti fondamentali, che, calati nella rete dei rapporti sociali e in una prospettiva solidaristica, divengono fine e componente costitutiva dei beni⁵³, si coglie l'eco dei lavori della Commissione Rodotà. I regolamenti di cui si discute sembrano rappresentare una sintesi dei due principali orientamenti in materia di beni comuni illustrati.

Il regolamento di Torino, peraltro, ne sottolinea anche la connessione con «identità, cultura, tradizioni del territorio» e la funzionalità «allo svolgimento della vita sociale delle comunità che in esso sono insediate»⁵⁴.

Nelle definizioni citate i beni comuni si identificano sulla base di un'accezione «relazionale»⁵⁵, riferita alla «relazione qualitativa (e non acquisitiva/appropriativa)» che con essi hanno i soggetti della cittadinanza, così come le stesse amministrazioni, e che prescinde quindi dalla loro appartenenza alla proprietà pubblica o privata. Sono comuni «in quanto permettono il dispiegarsi della vita

⁵⁰ Il nuovo regolamento è stato approvato con Deliberazione del Consiglio Comunale in data 2 dicembre 2019, esecutiva dal 16 dicembre 2019, in vigore dal 16 gennaio 2020.

⁵¹ V. l'art. 2, lett. a), reg. Bologna.

⁵² V. l'art. 2, lett. a), reg. Torino.

⁵³ «L'idea è che i diritti fondamentali possano acquistare una dimensione diversa – ed essere componente costitutiva della gestione del bene – se visti nella prospettiva della solidarietà sociale, cioè all'interno della rete dei legami sociali in cui sono esercitati»: M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 26.

⁵⁴ V. ancora l'art. 2, lett. a), reg. Torino.

⁵⁵ Per tale lettura e i riferimenti successivi v. C. Iaione, *Città e beni comuni*, in *L'Italia dei beni comuni*, a cura di G. Arena, C. Iaione, cit., 112.

sociale, la soluzione di problemi collettivi, la sussistenza dell'uomo nel suo rapporto con gli ecosistemi di cui è parte», nel caso di specie quelli urbani.

Sono beni comuni urbani non solo gli spazi pubblici, di cui i regolamenti forniscono sempre un'elencazione – aree verdi, strade, marciapiedi o altri spazi pubblici o aperti al pubblico, di proprietà pubblica o assoggettati ad uso pubblico⁵⁶ –, ma anche gli edifici, appartenenti sia al Comune che a terzi. Quanto a questi ultimi, il riferimento è, in particolare, al caso delle proprietà in stato di totale o parziale disuso, rispetto alle quali si pone una questione di “restituzione” alla vita e all'utilità della comunità.

Pur con alcune differenziazioni, i regolamenti si propongono di disciplinare i rapporti tra i «cittadini attivi»⁵⁷ e la pubblica amministrazione per la cura, la gestione e la rigenerazione dei beni comuni urbani individuando, quale strumento precipuo, i c.d. patti di collaborazione⁵⁸, che definiscono ambiti e caratteristiche delle azioni⁵⁹. A questi si stanno gradualmente affiancando anche altri istituti e soluzioni giuridiche volti a fornire una risposta alle sempre più frequenti

⁵⁶ V., ad es., l'art. 2, lett. i), reg. Bologna. Alcune esemplificazioni sono presenti anche nell'art. 13, reg. Torino.

⁵⁷ In base all'art. 2, lett. c), reg. Bologna, sono «cittadini attivi» «tutti i soggetti, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche di natura imprenditoriale o a vocazione sociale, che si attivano per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani». A tale espressione l'art. 2, lett. b), reg. Torino sostituisce quella di «soggetti civici», espungendo dalla definizione qualsiasi riferimento alla natura imprenditoriale dei medesimi, presente invece nel regolamento del 2016.

⁵⁸ La natura dei patti di collaborazione è stata oggetto di dibattito in dottrina: per una analisi critica della discussione v. A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 153 ss.. In argomento v. altresì P. Michiara, *Tipicità e autonomia nella regolamentazione della cittadinanza attiva*, in Aa.Vv., *La Co-Città. Diritto Urbano e Politiche Pubbliche per i Beni Comuni e la Rigenerazione Urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, cit., in partic. 158 ss.. I patti sono stati ricondotti ora agli accordi sostitutivi ex art. 11, l. 241/1990 (F. Giglioni, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, in Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, cit., 221), soluzione per la quale il riferimento è alle riflessioni di F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss., ora a contratti di diritto privato (G. Arena, *Democrazia partecipativa e amministrazione condivisa*, in Aa.Vv., *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, a cura di A. Valastro, Napoli, 2016, 236; Id., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, cit., 42), ora a un *genus* autonomo, che presenta affinità con il contratto di diritto pubblico tipico del diritto amministrativo tedesco (L. Muzi, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, cit., 133), ora ad atti amministrativi non autoritativi, ascrivibili all'ambito di applicazione dell'art. 1 bis, l. 241/1990 (A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 158; C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in Aa.Vv., *L'età della condivisione*, a cura di G. Arena, C. Iaione, cit., 52).

⁵⁹ Per una definizione v. l'art. 2, lett. e), reg. Bologna, secondo cui per patto di collaborazione si intende «il patto attraverso il quale Comune e cittadini attivi definiscono l'ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani». Per l'art. 2, lett. j), reg. Torino, il patto di collaborazione è «il negozio civico attraverso cui la Città e i soggetti civici costituiscono una forma di governo condiviso per rigenerare, curare e gestire insieme uno o più beni comuni». Sui contenuti del patto di collaborazione v. l'art. 8, reg. Torino.

istanze di auto-organizzazione della cittadinanza con la previsione di forme c.d. di autogoverno⁶⁰.

I patti contemplano varie forme di collaborazione sulla base dei «livelli di intensità dell'intervento condiviso»⁶¹ ovvero del carattere ordinario o complesso dello stesso⁶², a seconda delle qualificazioni utilizzate nei regolamenti.

Sul piano dell'intensità, spazi pubblici ed edifici possono essere oggetto di «cura occasionale», «cura costante e continuativa», «gestione condivisa» e «rigenerazione»⁶³.

Le «collaborazioni ordinarie»⁶⁴ sono quelle che hanno ad oggetto beni comuni minori o «piccoli» («piccoli spazi pubblici», «piccole aree verdi», «elementi di arredo urbano», ecc.) o che consistono in attività più semplici, quali quelle di manutenzione, riparazione, tinteggiatura, ecc. Il Comune le identifica e indirizza previamente, rendendo disponibili dei modelli già predisposti ai fini della loro attivazione⁶⁵. In taluni casi è inoltre prevista la possibilità di riconoscere «proposte di collaborazione ordinarie formulate tacitamente anche con fatti concludenti»⁶⁶, dando così legittimazione ad iniziative spontanee e informali.

Nel caso di interventi di maggiore complessità e rilevanza, che possono comportare anche la riqualificazione di beni immobili e quindi costi notevoli, i regolamenti si aprono alla partecipazione per ciò che riguarda sia l'individuazione dei beni che la selezione delle proposte di collaborazione⁶⁷, nonché per l'attività successiva di definizione e implementazione dei patti, che pare rifarsi ai principi della co-progettazione⁶⁸.

⁶⁰ L'integrazione dei patti di collaborazione con altri strumenti connota il recente reg. Torino, che ha quindi coniato la categoria dei «negozi civici». Secondo l'art. 2, lett. i), sono tali «gli atti negoziali con cui Città e soggetti civici costituiscono e regolano le forme di auto-governo o di governo condiviso dei beni comuni messi a disposizione dei soggetti civici a titolo gratuito».

⁶¹ È questa l'espressione utilizzata dall'art. 6, comma 1, reg. Bologna.

⁶² Precisa l'art. 8, reg. Torino che «il contenuto del patto varia in relazione al grado di complessità degli interventi concordati», oltre che alla loro durata.

⁶³ V., ancora, l'art. 6, comma 1, reg. Bologna.

⁶⁴ V. l'art. 13, reg. Torino.

⁶⁵ V., nuovamente, l'art. 13, comma 5, reg. Torino.

⁶⁶ V. l'art. 13, u.c., reg. Torino.

⁶⁷ Per le c.d. disposizioni di carattere procedurale v. gli artt. 10 e ss., reg. Bologna. V. altresì gli artt. 11 e 12, reg. Torino, in materia di «Consultazione pubblica» e «Iniziativa diretta dei soggetti civici».

⁶⁸ Il valore della co-progettazione è sottolineato da A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 149. La co-progettazione viene richiamata dal reg. Bologna nella stessa individuazione di ciò che si intende per «Interventi di rigenerazione», ai sensi dell'art. 2, lett. h.), nonché nell'art. 9, dedicato all'«Innovazione digitale». Ancora maggiore è lo spazio ad essa attribuito dal reg. Torino, che ne fa un elemento definitorio degli stessi patti di collaborazione. Ai sensi dell'art. 8, comma 1, reg. Torino, infatti, «il patto di collaborazione è il negozio civico con cui la Città e i soggetti civici, in esito ad un'attività di co-progettazione, definiscono il programma di rigenerazione, cura e gestione di un bene comune e le relative forme di governo condiviso». Richiami alla co-progettazione sono presenti in quasi tutti gli articoli che si occupano, nel titolo II, del «governo condiviso», con l'unica eccezione dell'art. 13, in materia di collaborazioni ordinarie, che, come si è visto, presentano caratteristiche semplificate.

5. *Economia collaborativa e beni comuni: analogie e differenze*

Sulla scorta dei tentativi ricostruttivi e delle analisi svolte nelle pagine precedenti è ora possibile cercare di individuare alcune delle analogie e delle differenze che connotano i due fenomeni dell'economia collaborativa e dei beni comuni⁶⁹.

Anzitutto, entrambi nascono dall'insoddisfazione circa l'uso di determinate "cose" – materiali o immateriali –, sottoutilizzate o gestite in maniera non efficiente, quando non addirittura mal gestite, come capita talora nel caso di beni affidati alla cura delle pubbliche amministrazioni.

In secondo luogo, sia i beni oggetto di condivisione nel modello dell'economia collaborativa che i beni comuni costituiscono un superamento del regime tradizionale del diritto di proprietà. La logica non è quella dell'appartenenza dei beni, ma dell'accesso ai beni anche da parte di chi proprietario non è. Corollario è la necessità di individuare regole di gestione che garantiscano accessibilità e uso in comune.

Un altro elemento che avvicina i due fenomeni è la creazione di interazioni sociali, anche se queste si dispiegano in modo differente nei vari contesti.

Si è già avuto modo di anticipare come il mondo delle pratiche collaborative, in cui si riconoscono attività estremamente diversificate, si caratterizzi per una dicotomia significativa. Si distingue infatti tra esperienze aventi un'impronta più civica e sociale, con finalità di tipo mutualistico e solidaristico e imprese-piattaforma che si situano nella sfera del mercato, ove l'innovazione tecnologica punta a ricavare valore economico da risorse diffuse e a fornire opportunità di consumo a basso costo⁷⁰. Quale esempio di esperienze del primo tipo si può pensare alle banche del tempo. Il tipico esempio di pratiche del secondo tipo è rappresentato da *Airbnb*.

In questo secondo caso l'uso del bene viene in considerazione soprattutto per il suo valore di scambio. Non ci sono evidenze che provino che a seguito del contatto instaurato grazie alla piattaforma digitale tra i pari intenzionati alla condivisione si costruiscano interazioni che vanno al di là del mero scambio, anche se non si può negare che in ipotesi ciò possa avvenire. La *community* degli utenti, in linea di massima, non è "vera" comunità.

Nel primo caso, invece, si creano relazioni sociali e si sviluppa il senso dell'"essere" e del "fare comunità".

Questa stessa caratteristica è tipica dei beni comuni, in particolare quelli urbani, rispetto ai quali si è evidenziata una virtuosa circolarità: la comunità indi-

⁶⁹ Sul punto v. A. Quarta, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, cit., in particolare 73 ss.

⁷⁰ Per tale differenziazione v. nuovamente la Fondazione Unipolis, *Dalla Sharing Economy all'Economia Collaborativa, I Quaderni di Unipolis*, cit., 11.

vidua il bene atto a dare una risposta ai propri bisogni e decide di prendersene cura; la cooperazione sociale finalizzata a tale cura crea e consolida legami sociali che contribuiscono essi stessi alla creazione della comunità⁷¹. A questo proposito si è efficacemente parlato di una «relazione reciprocamente costitutiva» fra beni comuni e comunità: gli uni sono costitutivi dell'altra e viceversa⁷².

I rilievi appena formulati conducono ad ulteriori considerazioni riguardanti le regole che presidono alle modalità della condivisione e allo svolgimento delle attività in comune.

Nell'economia della condivisione gli utenti della piattaforma generalmente non si autogovernano né partecipano alla definizione delle regole che riguardano i rapporti che si instaurano tra gli individui. Le relazioni interprivate sia *online* che *offline* sono definite da condizioni di servizio generalmente stabilite dalla piattaforma stessa⁷³, dietro cui si celano rilevanti soggetti economici. Analoga fonte di regolamentazione hanno i rapporti con le piattaforme stesse.

Diversamente, nel caso dei beni comuni, in cui, come si è visto, si sostanziano alcuni aspetti a vocazione sociale dell'economia collaborativa, i processi di *governance*, che sempre più spesso vedono l'intervento delle pubbliche amministrazioni, prevedono il coinvolgimento della comunità. Si pensi, ad esempio, alle modalità di individuazione dei beni comuni oggetto dei patti di collaborazione o all'accennata rilevanza della co-progettazione.

6. Segue: *intersezioni. Alcune osservazioni su come i regolamenti in materia di beni comuni urbani possono contribuire allo sviluppo dell'economia collaborativa*

Il discorso su economia collaborativa e beni comuni non si limita alla comparazione, ossia all'individuazione di analogie e differenze, ma può portare all'adozione di una prospettiva ulteriore, volta ad individuarne le possibili interazioni.

La prima pare risiedere nell'ascrivibilità all'economia collaborativa o, se si aderisce alla tassonomia del Comitato europeo delle regioni, alla *pooling economy* o economia della messa in comune, della c.d. *commoning economy* o economia dei

⁷¹ Tale rappresentazione del rapporto tra beni comuni e comunità attraverso una «immagine circolare» si deve ad A. Quarta, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, cit., 76. In un analogo ordine di idee v. già, in precedenza, M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in Aa.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di Id., cit., 21.

⁷² In questi termini M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 21.

⁷³ Per spunti in tal senso v. A. Quarta, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, cit., 77.

beni comuni. La cura, gestione e rigenerazione dei beni comuni, in particolare di quelli urbani, è quindi essa stessa una forma di economia collaborativa.

In secondo luogo, spesso le azioni e i progetti di economia collaborativa, costituendo un fenomeno economico avente una spiccata vocazione territoriale e locale, sono uno strumento che consente di favorire il recupero e l'uso dei beni comuni, come sottolineato dalla citata Agenda regionale della Toscana e anche dalla stessa città di Milano nel tratteggiare le linee di sviluppo per creare una *sharing city*. Emblematico, a questo proposito, il passaggio in cui la città si propone di promuovere quelle iniziative che «valorizzano i beni comuni e favoriscono la messa a disposizione di risorse materiali e/o immateriali pubbliche non utilizzate o sotto-utilizzate».

Si collocano in questo orizzonte l'uso o gestione condivisi di *physical assets* quali, ad esempio, gli spazi di *coworking*, i *talent garden*, i *fab lab*, ecc., rispetto ai quali i citati interventi concernenti i beni comuni urbani possono svolgere un importante ruolo di stimolo e viceversa.

Tali manifestazioni dell'economia collaborativa possono trovare collocazione anche in immobili dismessi o sottoutilizzati, siano essi edifici pubblici ovvero privati di tipo industriale, commerciale, artigianale, ecc.⁷⁴. Queste esperienze di innovazione lavorativa e socio-economica possono quindi realizzare rilevanti finalità sociali – formazione e promozione del lavoro, accoglienza, assistenza sociale, sviluppo del territorio – e rispondere ad esigenze di rigenerazione e cura degli stessi beni comuni urbani.

La diffusione di questi nuovi “luoghi” di lavoro tipici dell'economia collaborativa, che rappresentano un modo di lavorare tecnicamente e socialmente avanzato, oltre ad essere una formula di sviluppo all'avanguardia, ha quindi un notevole impatto sui territori implicati. La nuova organizzazione spaziale del lavoro diviene un tema urbano⁷⁵.

Tra beni comuni, nello specifico urbani, ed economia collaborativa, nelle sue varie estrinsecazioni, specie cittadine, possono cogliersi significative assonanze⁷⁶.

La rigenerazione e il riutilizzo di edifici, sia pubblici che privati, dismessi o non adeguatamente utilizzati possono rivelarsi funzionali allo sviluppo di quei beni immateriali e digitali che sono consustanziali a tale modello di economia in una virtuosa relazione di reciprocità. Da sottolineare, in quest'ottica, è anche la

⁷⁴ Per una introduzione v. R. Bolici, G. Leali, S. Mirandola, *Il riuso del patrimonio costruito: progettare per la sharing economy*, in *BDC*, 2016, 1, *The Inclusive, Safe and Sustainable City: Models, Approaches, Tools*, 55 ss.

⁷⁵ Così S. Armondi, *Spazio urbano, nuove geografie del lavoro e della produzione. Una lettura internazionale*, in *I&C*, 2015, 56.

⁷⁶ Per alcuni spunti in tal senso v. E. Tati, *Dallo spazio materiale a quello immateriale: le prospettive per il coworking pubblico* (11 settembre 2017), in *Spremuti digitali*, <http://www.spremutedigitali.com> (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

finalità di promozione dell'innovazione sociale e dei servizi collaborativi⁷⁷, della creatività urbana⁷⁸ e dell'innovazione digitale⁷⁹, che i regolamenti sui beni comuni assegnano alle attività ad essi inerenti.

I regolamenti, inoltre, offrono alcuni strumenti specifici che possono agevolare l'espansione dei nuovi "luoghi" dell'economia collaborativa.

Alla questione degli edifici in stato di parziale o totale disuso o deperimento sono infatti rivolte alcune disposizioni dedicate, che prevedono che, una volta individuati all'esito di procedure anche partecipative e deliberative, coinvolgenti quindi la stessa cittadinanza, gli immobili possano essere oggetto di interventi di cura e rigenerazione da realizzarsi mediante i patti di collaborazione tra cittadini e Comune⁸⁰.

Nel caso si tratti di proprietà di terzi, il patto di collaborazione può presupporre o il consenso di questi o il previo esperimento di una procedura di espropriazione ai sensi dell'art. 838 cod. civ.⁸¹, valorizzandone, sulla scorta del 2° comma⁸², una lettura costituzionalmente orientata⁸³ sulla base dei principi di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost. e di equità dei rapporti sociali, oltre che di razionale sfruttamento del suolo, sanciti nell'art. 44 Cost..

Gli interventi di cura, gestione e rigenerazione possono interessare anche edifici confiscati alla criminalità organizzata⁸⁴.

I cittadini attivi possono farsi carico della gestione condivisa anche costituiti in associazione, consorzio, cooperativa, fondazione di vicinato o comprensorio⁸⁵. Deve trattarsi di una gestione a titolo gratuito ed è previsto un permanente vincolo di destinazione degli immobili agli interventi di cura condivisa, puntualmente disciplinati nei patti di collaborazione.

⁷⁷ V. l'art. 7, reg. Bologna.

⁷⁸ V. l'art. 8, reg. Bologna.

⁷⁹ V. l'art. 9, reg. Bologna.

⁸⁰ V. gli artt. 16, reg. Bologna e 5, reg. Torino.

⁸¹ V. gli artt. 16, comma 4, reg. Bologna e 5, comma 2, reg. Torino.

⁸² L'art. 838 c.c. disciplina l'«Espropriazione di beni che interessano la produzione nazionale o di prevalente interesse pubblico» e prevede: «Salve le disposizioni delle leggi penali e di polizia, nonché le disposizioni particolari concernenti beni determinati, quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità.

La stessa disposizione si applica se il deperimento dei beni ha per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica».

⁸³ Sul superamento dei problemi di costituzionalità posti dall'art. 838 c.c. v. A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., cap. IV, nt. 26, 143-144. In argomento v. altresì A. Nervi, *Beni urbani, interessi rilevanti e strumenti di organizzazione e rappresentanza*, in Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, cit., in partic. 52 ss.

⁸⁴ V. l'art. 16, comma 5, reg. Bologna e l'art. 5, comma 3, reg. Torino.

⁸⁵ Sulla gestione condivisa degli edifici v., ad esempio, l'art. 17, reg. Bologna.

L'organizzazione di attività quali il *coworking*, così come *talent garden* e *fab lab*, richiede che gli edifici siano messi a disposizione per un discreto lasso di tempo. Secondo alcuni regolamenti la gestione condivisa, nel caso degli edifici, può arrivare fino ai nove anni, ma si possono pattuire periodi più lunghi, in considerazione del particolare impegno finanziario implicato dalle opere di recupero edilizio⁸⁶.

Sul piano degli incentivi, generalmente i regolamenti prevedono esenzioni e agevolazioni in materia di canoni e tributi locali⁸⁷. La fiscalità locale, per quanto soffra ancora di limiti oggettivi, può sicuramente giocare una partita rilevante al tavolo della sussidiarietà orizzontale, indirizzando in maniera efficace le diverse attività e, se ben articolata, contribuendo anche a mantenerle nel tempo⁸⁸.

In dottrina si sono anche prospettate interpretazioni atte a integrare i patti di collaborazione nell'ambito della disciplina del partenariato sociale o baratto amministrativo, di cui all'art. 190, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, c.d. Codice dei contratti pubblici⁸⁹. Ai sensi della disposizione citata, infatti, spetta all'ente territoriale individuare quale sia la migliore opzione per la realizzazione, tra gli altri, di «interventi di decoro urbano, recupero o riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati» e i patti di collaborazione potrebbero ben rappresentare una delle alternative praticabili. Tali patti potrebbero quindi essere concepiti come presupposto di contratti di partenariato sociale, dando alle attività in tal modo svolte la possibilità di beneficiare dei vantaggi contemplati da questi ultimi.

Si tratta di prospettive senz'altro da coltivare, che possono consentire di integrare l'economia collaborativa nello sviluppo urbano e viceversa, governandone e implementandone le sinergie.

7. *Spunti conclusivi. Ruolo della pubblica amministrazione e nuove forme di governance collaborativa*

⁸⁶ V. l'art. 17, comma 3, reg. Bologna. Secondo l'art. 9, comma 5, reg. Torino, «la durata del patto di collaborazione non supera i cinque anni, salvo quanto previsto per le collaborazioni ordinarie», che hanno una durata inferiore. L'articolo precisa che «periodi più lunghi, comunque non superiori a quindici anni, possono eventualmente essere pattuiti in considerazione del particolare interesse pubblico che il negozio civico riveste».

⁸⁷ V. l'art. 20, reg. Bologna e l'art. 20, reg. Torino.

⁸⁸ Notazioni in tal senso possono leggersi in A. Perrone, *Gli aspetti fiscali delle attività di rigenerazione e riuso di beni a fini di interesse generale*, in Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, cit., 241 ss.

⁸⁹ Per tale interpretazione v. A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 173. Un riferimento espresso all'art. 190, d.lgs. 50/2016 è contenuto nell'art. 20, comma 1, reg. Torino. Di diverso avviso è però F. Giglioni, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, cit., 227.

Enti locali in passato spesso assenti o disattenti⁹⁰ nell'amministrazione delle risorse collettive sono oggi chiamati a impegnarsi nel regolamentare e amministrare innovativi e talora complicati processi di sviluppo economico e sociale, come ad esempio quelli innescati dall'economia collaborativa, e ad integrarli in una cornice urbana orientata verso obiettivi di sostenibilità.

Si consideri, a quest'ultimo proposito, che il prendersi cura di beni comuni quali edifici inutilizzati e il riportarli a nuova vita, destinandoli ad attività anche economiche aventi una spiccata vocazione sociale, contribuisce ad evitare il c.d. *urban sprawl*, ossia l'espansione urbana disordinata e incontrollata, e a ridurre il consumo di suolo, collocandosi quindi in un'ottica di sviluppo sostenibile⁹¹.

In questi tempi in cui all'emergenza sanitaria si sta sommando l'esigenza di combattere la retrocessione, la costruzione attraverso percorsi nuovi del tessuto economico e sociale del Paese sta assumendo una particolare urgenza. L'istanza più pressante, in tale quadro, è quella di avere «buoni amministratori»⁹².

Tanto l'economia collaborativa quanto i beni comuni convergono verso la creazione di un «ecosistema istituzionale collaborativo»⁹³. Si tratta una funzione di *governance* complessa, volta a far emergere le domande della collettività, a mediare tra di esse quando conflittuali, rispetto sia al soggetto pubblico che ad altri cittadini, e a governarle.

La città è chiamata a valorizzare iniziative e pratiche esistenti, ma anche ad ispirarne di nuove.

La pubblica amministrazione può inoltre farsi garante di una visione di insieme atta ad evitare che l'azione dei cittadini attivi si concreti in interventi puntiformi e disarticolati.

L'efficacia delle politiche pubbliche, infatti, dipende dal rapporto tra continuità e discontinuità temporali e spaziali nella realizzazione delle diverse proget-

⁹⁰ Il problema di un apparato pubblico «distratto o assente» è sottolineato, tra gli altri, da A. Nervi, *Beni urbani, interessi rilevanti e strumenti di organizzazione e rappresentanza*, cit., 63.

⁹¹ L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile contiene non pochi spunti relativi al problema del consumo di suolo. Essa, anzitutto, promuove un'urbanizzazione sostenibile (Obiettivo 11.3) e si propone di garantire l'accesso universale a spazi verdi e spazi pubblici sicuri, inclusivi e accessibili (Obiettivo 11.7). Più in generale, si prefigge di raggiungere un *land degradation neutral world*, quale elemento essenziale per mantenere le funzioni e i servizi ecosistemici (Obiettivo 15.3). L'indicatore 11.3.1 della Commissione statistica dell'Onu (marzo 2016) è il rapporto tra il tasso di consumo di suolo e il tasso di crescita della popolazione. Per raggiungere gli obiettivi di sostenibilità dell'Agenda, il primo non deve superare il secondo. Per approfondimenti v. il Rapporto «Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici» (2019) del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA).

⁹² In questi termini A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 191.

⁹³ Per tale espressione v. il «Parere del Comitato europeo delle regioni – La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione», cit., che richiama il documento «SharExpo, linee guida per la *sharing economy* e per i servizi collaborativi a Milano». In esso il regolamento di Bologna è indicato come la cornice regolatoria atta a favorire la nascita di un «ecosistema istituzionale collaborativo». In argomento v. C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, cit..

tualità ed interventi⁹⁴. Ferma restando l'esigenza di sperimentazione e informalità che connota la ricerca di soluzioni economiche e sociali innovative – le città, da questo punto di vista, sono dei veri e propri laboratori –, vi è una altrettanto necessaria istanza di stabilizzazione sul piano regolatorio e delle procedure funzionali all'implementazione delle politiche, nonché della messa a sistema dei cambiamenti e delle innovazioni introdotte⁹⁵.

Come avvenuto per altri processi di “istituzionalizzazione” che hanno coinvolto pratiche partecipative – si possono citare, ad esempio, quelli inerenti alla democrazia partecipativa o deliberativa – anche per quanto riguarda i fenomeni collaborativi qui in discussione occorre che alla fase della sperimentazione e incentivazione si accompagni quella del consolidamento, affinché essi non si esauriscano in esperienze occasionali e *una tantum*⁹⁶.

Si tratta di un percorso necessario per dare effettività a tali sviluppi, ma da condurre con cautela, evitando che si tramuti in un irrigidimento e burocratizzazione dei rapporti tra istituzioni e comunità, che debbono comunque restare improntati a una certa flessibilità e semplicità, nonché informalità⁹⁷.

La tendenza delle città a definire un assetto regolatorio riguarda sia la *sharing economy* sia, con maggiore evidenza ed intensità, i beni comuni.

Quanto alla prima, giova richiamare l'esempio di Milano *sharing city*, che nel dicembre 2014 ha approvato un provvedimento quadro finalizzato a legittimare le *policy* in atto, cercando di dare coerenza a obiettivi e modalità di lavoro per lo sviluppo dell'economia collaborativa⁹⁸. La città ha inoltre istituito diversi albi, registri o elenchi qualificati di operatori ed esperti di *sharing economy*⁹⁹.

⁹⁴ La discontinuità temporale ha a che fare con il problema dell'episodicità, quella spaziale con la copertura parziale e/o disomogenea di un dato territorio. Sulla rilevanza del «gioco di continuità e discontinuità (spaziali e temporali)» nell'implementazione di qualsiasi disegno di politica di sviluppo economico v. I. Pais, E. Polizzi, T. Vitale, *Governare l'economia collaborativa per produrre inclusione: attori, strumenti, stili di relazione e problemi di implementazione*, cit., 217-218.

⁹⁵ Tale esigenza di stabilizzazione è evidenziata in particolare da I. Pais, E. Polizzi, T. Vitale, *Governare l'economia collaborativa per produrre inclusione: attori, strumenti, stili di relazione e problemi di implementazione*, cit., 228 ss.

⁹⁶ Di interesse al riguardo le considerazioni di M. Ciancaglini, *Dall'incentivazione al consolidamento: un possibile percorso normativo della democrazia partecipativa*, in Aa.Vv., *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di U. Allegretti, Firenze, 2010, 183 ss.. Sull'“istituzionalizzazione” delle c.d. arene deliberative, strumenti partecipativi ascrivibili alla democrazia deliberativa, sia consentito rinviare a V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.

⁹⁷ L'informalità è uno dei principi cardine del reg. Bologna. Secondo l'art. 2, lett. h), «l'amministrazione richiede che la relazione con i cittadini avvenga nel rispetto di specifiche formalità solo quando ciò è previsto dalla legge. Nei restanti casi assicura flessibilità e semplicità nella relazione, purché sia possibile garantire il rispetto dell'etica pubblica, così come declinata dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici e dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e certezza».

⁹⁸ Si tratta della già menzionata Delibera di Giunta n. 2676 del 19 dicembre 2014.

⁹⁹ Se ne dà conto al seguente link: <https://economiaelavoro.comune.milano.it/progetti/categoria/albi-e-registri> (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

Per ciò che concerne i beni comuni si è ampiamente dato conto, nel corso della trattazione, del fatto che molti Comuni abbiano emanato appositi regolamenti sulla cura, gestione e rigenerazione degli stessi, attività che, tra l'altro, incarnano una delle manifestazioni dell'economia collaborativa, nella forma della c.d. *pooling economy*, secondo alcune tassonomie.

Tali regolamenti, in linea con il riconoscimento del già citato diritto alla città o alla co-città, da un lato, valorizzano l'azione della comunità territoriale e dei suoi cittadini attivi; dall'altro, restituiscono un ruolo fondamentale all'amministrazione, che può così contribuire a «potenziare un'urbanizzazione inclusiva e sostenibile», pianificando e gestendo realtà urbane «partecipativ[e], integrat[e] e sostenibil[i]», per citare gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile¹⁰⁰.

Si noti, a proposito del riferimento alla partecipazione, che tanto le linee di indirizzo in materia di economia collaborativa quanto i regolamenti sui beni comuni sono il frutto di procedure partecipate, che prevedono il coinvolgimento delle comunità di riferimento attraverso gli strumenti della democrazia partecipativa e, in taluni casi, deliberativa¹⁰¹.

I regolamenti sui beni comuni, pur nell'incertezza di alcuni strumenti – in particolare relativi all'attività edilizia e fiscali – che forse richiederebbero un'opera legislativa chiarificatrice, possono svolgere un ruolo importante nelle politiche di crescita e coesione territoriale, attivando forme di partenariato tra pubblica amministrazione e società civile – in particolare i c.d. patti di collaborazione – in grado di contribuire al contempo allo sviluppo socio-economico del territorio e a un ripensamento della geografia urbana.

Al momento la prevalenza dei patti di collaborazione riguarda gli spazi pubblici, soprattutto il “verde” urbano; tali strumenti presentano però grandi potenzialità anche per ridare linfa a immobili dismessi o sottoutilizzati, destinandoli all'implementazione delle nuove forme dell'economia collaborativa e dei relativi “luoghi” di lavoro.

Tale opzione permette di coniugare due importanti finalità: un utilizzo razionale delle risorse – di qui la centralità della rigenerazione urbana e del riuso del patrimonio immobiliare, in ossequio al principio della sostenibilità – e l'inclusione della persona nel contesto sociale ed economico.

Per quanto riguarda la gestione dei processi che portano gli individui a “mettere in comune” le risorse, occorre sottolineare come il ruolo del soggetto pubblico non debba limitarsi a quello di catalizzatore delle iniziative e delle relazioni tra i diversi attori e al successivo momento di co-definizione o co-proget-

¹⁰⁰ V. l'Obiettivo 11, dedicato al tema delle città e comunità sostenibili.

¹⁰¹ Sui rapporti tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa sia ancora consentito rinviare a V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, cit., in partic. 37 ss. e alla bibliografia ivi citata.

tazione delle attività. Proprio nell'ottica della stabilizzazione di cui si diceva, la pubblica amministrazione deve presiedere anche allo svolgimento delle stesse o comunque affiancare i cittadini attivi¹⁰², per coordinarne le pratiche ovvero per gestire le controversie che possano eventualmente insorgere, anche in seno alla stessa comunità. Una volta avviate le iniziative, l'attuazione delle stesse non può essere affidata alla sola capacità di auto-organizzazione delle realtà del territorio e dei cittadini.

È peraltro importante che anche in queste fasi successive permanga il dialogo tra il pubblico e la comunità di riferimento. In questo senso la convergenza tanto dell'economia collaborativa quanto dei beni comuni verso forme di *governance* collaborativa spesso si esprime nella creazione di cabine di regia comuni¹⁰³.

La presenza pubblica, inoltre, si rende necessaria anche in relazione al monitoraggio e alla valutazione delle attività, processi entrambi che possono, anzi debbono, essere condivisi e partecipati, anche ai fini della responsabilizzazione di tutti i protagonisti, sia pubblici che privati¹⁰⁴. Tali momenti sono particolarmente rilevanti anche per la verifica del "se" e "come" i nuovi attori coinvolti si siano inseriti nell'ecosistema dei soggetti più tradizionali della città, consolidandosi in tal modo gli sviluppi socio-economici avviati¹⁰⁵.

Partecipazione e collaborazione, come emerge dalle riflessioni che precedono, si rivelano essenziali in ogni fase dei processi di "messa in comune" che si sono analizzati: dalla regolazione a monte, all'ideazione, alla realizzazione, per arrivare fino alla valutazione a valle di quanto attuato.

Confronto e cooperazione, volti a far emergere e a coinvolgere fattivamente le voci, anche minoritarie, del territorio, sono funzionali sia all'individuazione di soluzioni innovative, sia, proprio attraverso l'introduzione di punti di vista almeno in parte originali, alla realizzazione di una maggiore efficienza nella gestione dei beni e, più, in generale, delle risorse¹⁰⁶.

¹⁰² L'affiancamento del personale comunale nei confronti dei cittadini è espressamente previsto dall'art. 5, comma 2, lett. i), reg. Bologna.

¹⁰³ V., ad es., l'art. 8, reg. Torino, che include tra i contenuti del patto di collaborazione (lett. f): «l'eventuale definizione di strumenti di governo condiviso (comunque denominati: cabina di regia, comitato di indirizzo, eccetera) e partecipazione (forme di coordinamento delle formazioni sociali attive sul territorio interessato, consultazioni, assemblee, *focus group*, altri processi strutturati di costruzione della decisione)».

¹⁰⁴ Un'attenzione particolare alla fase *ex post* si riscontra, ad es., nel reg. Torino, il cui art. 9, comma 2, precisa che «sono oggetto di collaborazione anche le fasi di progettazione, accompagnamento, formazione, comunicazione, monitoraggio e valutazione».

¹⁰⁵ Per tali rilievi v. I. Pais, E. Polizzi, T. Vitale, *Governare l'economia collaborativa per produrre inclusione: attori, strumenti, stili di relazione e problemi di implementazione*, cit., 229.

¹⁰⁶ Su significato e implicazioni della partecipazione nella gestione dei beni comuni v. A. Simonati, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni: una proceduralizzazione di seconda generazione?*, in Aa.Vv., *Prenderci cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, a cura di M. Bombardelli, cit., 103 ss.

Da considerare è inoltre la funzione di prevenzione, quando possibile, di eventuali contrasti. L'individuazione di meccanismi deflattivi di conflitti e contenziosi si rivela assai utile in momenti, come quello attuale, in cui le risorse sono scarse.

Può essere infine di interesse sottolineare come le "reti" collaborative nate negli ultimi anni per finalità sociali e di tutela di soggetti fragili e le energie e le connessioni attivate dai progetti relativi ai beni comuni stiano dimostrando, nell'emergenza scatenata dal coronavirus, una tanto positiva quanto forse inaspettata capacità di reazione. Si pensi all'impegno in attività quali la consegna della spesa e di farmaci a domicilio per le persone anziane; il presidio di parchi e beni comuni all'aperto abbandonati a causa del *lockdown*; l'organizzazione di doposcuola online o di piattaforme digitali dedicate alla lettura di storie per bambini o all'insegnamento di esercizi fisici da fare a casa¹⁰⁷.

Una solidarietà di prossimità caratterizzata da una velocità e capillarità di risposta che spesso il pubblico non riesce ad avere e che quindi si rivela una ricchezza da valorizzare, sostenere e mettere a sistema da parte di quest'ultimo.

¹⁰⁷ Per alcuni esempi v. R. Caselli, *La sussidiarietà in tempi di coronavirus* (30 marzo 2020), in *Labsus*, <https://www.labsus.org> (ultimo accesso: 30 aprile 2020).

Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile

Negli ultimi anni si sta assistendo allo sviluppo di nuove forme di condivisione di beni e attività. Sono sempre più numerose le “cose” – materiali e immateriali – che gli individui mettono “in comune”: *sharing economy* o economia della condivisione, in relazione alla quale si parla anche di *collaborative economy* o economia collaborativa, e beni comuni sono un esempio di questa evoluzione. Lo scritto ricostruisce i due fenomeni, senza tralasciare, nell’analisi dei modelli economici citati, talune criticità e, al contempo, potenzialità messe in luce dall’impatto socio-economico dell’emergenza sanitaria scatenata dal Covid-19. Cerca di individuarne analogie e differenze, ma anche momenti di intersezione e, principalmente, di sinergia e reciproca implementazione, soprattutto in seno alle città, nell’ottica di uno sviluppo urbano sostenibile. Un esempio in tal senso è dato dalla collocazione di spazi di *coworking* nel contesto di beni comuni urbani, in particolare edifici dismessi o sottoutilizzati, restituiti a nuova vita grazie alla collaborazione tra comuni e cittadini attivi.

Collaborative economy and common assets: analogies, differences and intersections with a view to sustainable urban development

Over the last few years, we have observed a trend towards the sharing of assets and activities. Individuals pool more and more ‘things’, both material and immaterial: sharing economy, also known as collaborative economy and common assets are examples of this evolution. This paper defines the two phenomena with regard to the above-mentioned economic models, without overlooking certain criticalities and, at the same time, the potential highlighted by the economic and social impact of Covid-19. It aims at identifying analogies and differences, together with intersections and opportunities of mutual implementation, especially at a city level, in order to promote sustainable urban development. In particular, the article focuses on the case of co-working spaces based in urban common spaces, such as underutilised and abandoned buildings, restored and managed thanks to collaboration between municipalities and active citizens.

Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites

Vitor Rhein Schirato

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Serviço público e mercado. – 3. A estruturação dos mercados relevantes dos serviços públicos. – 4. Conclusão.

1. *Introdução*

A regulação dos serviços públicos é tema em constante transformação. Diversos são os fatores que contribuem para essa realidade. Por evidente, a razão primordial para essa constante transformação consiste na inerente mutabilidade dos serviços públicos.¹ Não obstante, para além da mutabilidade das necessidades sociais a serem atendidas pelos serviços públicos, há uma constante transformação decorrente de fatores extrínsecos ao serviço, em função das formas de obtenção dos recursos necessários para sua prestação, da necessidade de preservação do meio ambiente, de desenvolvimento tecnológicos, entre outros.

Nas últimas duas décadas, uma das principais transformações verificadas na prestação dos serviços públicos decorreu da implantação de concorrência² entre diversos agentes insertos dentro do respectivo mercado relevante, em contraste ao monopólio tradicionalmente conhecido.

São diversas as razões para essa transformação, como, por exemplo, o desenvolvimento de novas tecnologias que possibilitaram o compartilhamento de redes que geravam monopólios naturais, a transformação do Estado de prestador em

¹ Nas precisas palavras de J. Morand-Deville «o serviço deve evoluir em função das necessidades do público e se adaptar às mudanças: evolução tecnológica (evolução informática), crescimento da população etc.». Cf. *Droit Administratif*, 12^a ed., Paris, 2012, 466.

² Aqui, ao falar de concorrência, referimo-nos à concorrência entre agentes insertos no mercado e não na concorrência de agentes *pele* mercado, haja vista que a concorrência *pele* mercado sempre existiu e permanecerá existindo na medida em que o artigo 175 da Constituição Federal expressamente determina que a outorga de concessões e permissões de serviços públicos depende de prévia licitação.

regulador, substituindo-se a prestação estatal monopólica por uma prestação concorrencial privada e a própria revisão da relevância de preservação do conceito de serviço público no campo do direito econômico e da economia.

Todos esses elementos, sem dúvidas, reúnem enorme complexidade e poderiam ser objeto de estudos autônomos. Contudo, há um elemento comum que permeia a totalidade da discussão ora colocada: a relevância de se aproveitar ganhos de eficiência da iniciativa privada econômica para se gerar melhorias na prestação dos serviços públicos e benefícios para os usuários. É dizer, independentemente de qual fator venha a ser analisado para se verificar o que levou a uma prestação concorrencial dos serviços públicos, é fato que em qualquer caso a necessidade de aumento de eficiência aparece como definitivo para a transformação da forma de prestação dos serviços públicos.³

Não obstante a pertinência da discussão e a relevância da inserção da concorrência na prestação dos serviços públicos como elemento de transformação dos mercados relevantes desses serviços, fato é que há particularidades nos serviços públicos que não podem ser descuradas. Afinal, não se trata de uma atividade econômica qualquer. Trata-se de uma atividade econômica altamente relevante para a prosperidade de uma sociedade e para os alcances de finalidades de um Estado ainda muito responsável pela garantia do bem estar da população.

Via de consequência, analisar a inserção da concorrência na prestação dos serviços públicos e afirmar sua possibilidade jurídica não encerra a questão. É necessário, também, a nosso ver, analisar até que ponto poderá haver a prestação concorrencial dos serviços públicos em face de suas finalidades juridicamente postas.

Portanto, o objetivo deste estudo é, de um lado, propor uma revisão do conceito de serviço público para assentar a possibilidade – e, até mesmo, a preferência – de uma prestação liberalizada com uma concorrência tão ampla quanto possível entre os agentes insertos nos respectivos mercados; e, por outro lado, apresentar balizas e critérios para controlar a concorrência, sopesando os benefícios de um mercado concorrencial com as necessidades de alcance de finalidades inerentes ao serviço público.

³ Sobre o tema, confira-se: L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, 2ª ed., Bolonha: 2010, 107.

2. Serviço público e mercado

A relação entre serviço público, concorrência, livre iniciativa e, portanto, mercado nunca foi das mais simples. Em quase 150 anos de história de discussões acadêmicas e práticas sobre o serviço público, nunca foi trivial a determinação de como essa atividade interage com o mercado, notadamente no que se refere à livre iniciativa no empreendimento da atividade e na existência de concorrência em sua oferta.

A razão para tanto é simples. Como é cediço, o conceito de serviço público começa a ganhar relevo no mundo jurídico a partir do célebre Arrêt Blanco do Conselho de Estado Francês, proferido em 8 de fevereiro de 1873⁴. Nessa decisão, fica determinado ser de competência do Conselho de Estado a solução de todos os litígios que envolvessem a prestação de um serviço público.

Na esteira do entendimento de Stéphane Braconnier, a relevância do arrêt em questão decorre do fato de que, pela primeira vez, foi proposto um conceito simples e objetivo que determinaria a competência do Conselho de Estado e, pois, de incidência do próprio direito administrativo. E esse conceito tinha um papel de grande relevo para o Estado-providência que emergia àquela época: determinar o abandono da jurisprudência tradicional dos atos de império vs. atos de gestão como elemento ensejador da competência do Conselho de Estado⁵.

Nesse diapasão, o conceito de serviço público terá um papel determinante na separação entre público e privado, na medida em que cria um espaço de ação do público, consubstanciado na prestação de um serviço público, e afirma o espaço de ação privado, consubstanciado em tudo aquilo que não seja um serviço público. Com isso, a dicotomia direito civil / direito administrativo ganha contornos muito especiais com o desenvolvimento da noção de serviço público.

Com o desenvolvimento da ideia de serviço público, consolida-se o entendimento de que esse seria o campo de ação do Estado, enquanto os demais campos seriam reservados à iniciativa privada. Não por outra razão, Gaston Jèze, ao apresentar seu reconhecido conceito de serviço público, esteia-se em três elementos: relevância social da atividade (elemento material), submissão a um regime jurídico especial de direito público (elemento formal) e encampação da atividade pelos órgãos do Estado (elemento orgânico)⁶.

⁴ Como elucidam G.J. Guglielmi, G. Koubi, os fundamentos da noção de serviço público antecedem o caso Blanco e, portanto, os debates entre a Escola de Bordeaux e a Escola de Toulouse. Constam das diversas declarações de direitos dos homens e dos cidadãos elaboradas após 1789, eis que, em diversos casos, essas continham a noção de utilidades comuns a serem garantidas pelo Estado, sobre as quais se funda a noção de serviço público. Cf. G.J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, 2ª ed., Paris, 2007, 39.

⁵ S. Braconnier, *Droit des services publics*, 2ª ed., Paris, 2007, 106-107.

⁶ Cf. G. Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, Buenos Aires, 1949, tradução Juan N. San Millán Almagro, 4 ss.

Esses três elementos encontram-se intimamente entrelaçados e aplicados à separação entre público e privado. Isso porque as atividades de interesse coletivo deveriam ser encampadas pelo Estado e, portanto, estariam sujeitas a um regime jurídico especial. Trata-se da antítese das atividades privadas, eis que essas seriam de interesse individual, explorada livremente por particulares e regime sujeito ao direito comum (i.e., direito civil).

No direito italiano, a incorporação do conceito de serviço público tem itinerário um tanto distinto daquele existente no sistema francês, mas ainda assim caracterizador de uma apartação entre serviço público e mercado. Como narra Sabino Cassese, a ideia de serviço público na Itália tem seu advento no começo do século XX, quando determinadas atividades passaram a ser, por lei, exploradas pelo Estado. Ainda em consonância com as lições do autor, o conceito tradicional de serviço público no direito italiano tem duas características fundamentais: a reserva originária da atividade, segundo a qual a atividade é originariamente reservada ao Estado – e, pois, interdita à iniciativa privada – e a prestação da atividade pelo Estado ou por alguém sujeito ao seu controle (societário ou contratual)⁷.

No direito brasileiro, vê-se que as duas teorias mais difundidas da noção de serviço público têm influência direta das noções francesa e italiana descritas de forma brevíssima acima.

Segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público estaria impregnado do tal regime jurídico de direito público e, portanto, estaria diretamente embrenhado no corpo do Estado, distanciando-se de qualquer noção de mercado. É flagrante na noção de serviço público apresentada pelo autor a presença dos três elementos destacados por Jéze, na medida em que o serviço público seria uma atividade material fruível individualmente pelos cidadãos (critério material), prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes (critério orgânico) e sujeita a um regime especial de direito público consagrador de prerrogativas específicas (critério formal).⁸

Já segundo o entendimento de Eros Roberto Grau, a ideia de serviço público emanaria de um campo público da atividade econômica, privativo do Estado. Segundo o autor, as atividades econômicas, segundo a ordem econômica constitucional, seriam divididas entre as atividades em sentido amplo e as atividades em sentido estrito. As primeiras consideram o lado público da atividade econômica (i.e., serviço público) e as segundas são mais estritas e consideram apenas o universo tipicamente privado das atividades econômicas, exploradas, como regra, em regime privado por agentes particulares.⁹

⁷ S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004.

⁸ C.A. Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 29ª edição, São Paulo, 2012, 686.

⁹ E.R. Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo, 2002, 138 ss.

Em todos esses casos, vê-se que a noção de serviço público, segundo a doutrina mais tradicional (e ultrapassada, diga-se), vem apartada das ideias de mercado e concorrência. O serviço público seria o campo típico da ação do Estado e, portanto, apenas por ele ou aqueles por ele designados explorado. Nessa visão, os serviços públicos teriam como premissa a exclusividade e o monopólio, dado que seriam atividade inerentemente infensa à ideia de livre iniciativa.

Como já tive a oportunidade de longa e detidamente analisar em estudo anterior, essa noção parece-me completamente equivocada. Pode ter feito sentido em um momento em que se pretendia afirmar o Estado-providência e garantir a juridicidade de uma ação estatal interventiva, em contraste ao entendimento dominante durante a predominância do raciocínio do liberalismo econômico extremado. Hoje, contudo, à luz da estrutura constitucional predominante, não faz qualquer sentido permanecer repetindo as mesmas ideias de quase um século atrás.¹⁰

Ao que me parece, os serviços públicos são atividades econômicas como quaisquer outras. Sua única particularidade consiste no fato de que, por sua grande relevância para a satisfação de determinados direitos fundamentais, constitui uma obrigação imposta pela ordem jurídica ao Estado, de forma que este deve ofertar a atividade ou, no mínimo, garantir sua prestação à coletividade.

Explico-me. A estrutura contemporânea de relacionamento entre Estado e cidadãos é construída sobre as bases de certos direitos que o Texto Constitucional determina como fundamentais. Tal estrutura foi inaugurada com o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949, cujo artigo 1º, item 3, determina deterem os direitos fundamentais aplicação direta, independentemente de reconhecimento por lei parlamentar, e vinculação vertical sobre os três poderes do Estado.

Em conformidade com as lições de Volker Epping, os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. Na objetiva, impõem um dever de ação ou inação ao Estado, de forma que este deva fazer ou se abster de fazer algo. Já na subjetiva criam nos cidadãos o direito subjetivo de pleitear a abstenção do Estado e fazer algo ou exigir que faça algo¹¹.

Ademais, conforme as lições de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, os direitos fundamentais têm uma função negativa e uma função positiva. Na função negativa, impõem ao Estado um dever de inação, a fim de proteger certa liberdade dos cidadãos. Na função positiva, impõem ao Estado um dever positivo de agir, fornecendo algo concreto aos cidadãos, a fim de realizar seus direitos.¹²

Assim é que as relações entre cidadão e Estado, no direito público contemporâneo, emanam de direitos fundamentais assim consagrados pela ordem jurí-

¹⁰ As considerações ora apresentadas são detalhadamente expostas no meu *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte, 2012, 97 ss.

¹¹ V. Epping, *Grundrechte*, 4ª ed., Heidelberg, 2010, 4.

¹² B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 25ª ed., Heidelberg, 22-23.

dica, de forma que ou há um dever de inação para preservar determinada liberdade ou há um dever positivo de ação para garantir a efetividade de certo direito.

Com os serviços públicos não poderia ser diferente. Referidos serviços existem para garantir a efetividade de certos direitos fundamentais contemplados na ordem jurídica. Isto é, são obrigações de ação do Estado destinadas a assegurar a efetividade de um determinado direito fundamental.

Nesse contexto que me parece deve ser lido o artigo 175 da Constituição Federal. Divergindo da doutrina mais tradicional, parece-me evidente que o dispositivo em questão não contempla uma atividade exclusiva do Estado que deve ser explorada sob um determinado regime jurídico consagrador de prerrogativas, mas, sim, contempla uma obrigação estatal que deve ser cumprida para assegurar a efetividade de certos direitos fundamentais.

Nesse trilhar, ao vincular a prestação dos serviços públicos à satisfação de direitos fundamentais, vê-se que há, potencialmente, um conflito entre tal prestação e o direito fundamental de livre iniciativa, insculpido no inciso XIII do artigo 5º e no caput do artigo 170 da Constituição Federal. Isso porque, ao se determinar que o Estado deverá explorar ou ao menos garantir a prestação de determinada atividade econômica, necessariamente se está reduzindo a participação dos agentes privados em referida atividade, dado que ao menos parcela do mercado será, obrigatoriamente, ocupada pelo Estado ou por seu delegado.

Com isso, verifica-se a existência de um conflito entre direitos fundamentais, eis que a realização de determinado direito fundamental pelo Estado causa uma restrição a outro direito da mesma espécie¹³. Para a solução deste problema, deve ser aplicada a regra¹⁴ de proporcionalidade, segundo a qual uma ação estatal deve passar pelos crivos da legitimidade, da finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁵.

Essas considerações estão muito longe de serem meras divagações teóricas. Têm aplicação prática evidente e de grande relevo, pois sua aceitação leva ao abandono da ideia de que os serviços públicos são infensos a regras de mercado e devem ser explorados em regime de exclusividade, como decorre da doutrina mais tradicional.

¹³ Importante notar que não descerei à discussão da limitação imanente ou não do suporte fático dos direitos fundamentais, eis que não é relevante para o deslinde do tema ora analisado. Havendo ou não uma limitação imanente a tal suporte fático, a consequência no caso em apreço é a mesma: o dever de observância do crivo de proporcionalidade na restrição de um direito fundamental em relação à satisfação de outro.

¹⁴ Devo mencionar que não me parece correto utilizar a ideia de proporcionalidade como *princípio jurídico*. A razão do meu entendimento repousa no fato de que os princípios devem ter normatividade e expressar uma *norma* a ser aplicada de forma diretiva e subsidiária, ao passo que a proporcionalidade não apresenta normatividade, sendo um critério para aplicação do direito. Sobre o tema, confira-se: M. Klatt – M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, 2012, 8 ss.

¹⁵ Cf. M. Klatt, M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, 8-9.

Explico-me.

Ao se entender que a base da obrigação estatal chamada serviço público é um direito fundamental e ao se ter clara a condição do direito de livre iniciativa, verifica-se que deverá ser encontrado ponto proporcional de limitação da livre iniciativa na prestação dos serviços públicos. Vale dizer, apenas se pode afastar a livre iniciativa na prestação de determinado serviço público na medida em que haja uma finalidade legítima, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como consequência inexorável, tem-se que os mercados em que existem serviços públicos não são necessariamente infensos à livre iniciativa e, pois, afastados da livre concorrência. Bem ao contrário: são mercados em que deve ser garantida a livre iniciativa e provida a livre concorrência. Apenas são aceitas exceções estritamente calcadas em restrições proporcionais do direito de livre iniciativa.

Destarte, a estruturação do mercado em que há um serviço público é uma questão muito mais complexa do que presume o entendimento da doutrina tradicional, eis que não se parte do pressuposto de uma exclusividade estatal (ou do delegatário do Estado). Parte-se do pressuposto da liberdade de iniciativa, aceitando-se restrições, desde que proporcionais às finalidades que se pretende alcançar.

Exatamente nesse sentido, verifica-se a transição do serviço público como prerrogativa do Estado para o serviço público como finalidade pública. Enquanto o primeiro (prestigiado na doutrina vetusta do direito administrativo) é privilégio do Estado, o segundo é uma finalidade pública destinada a realizar direitos dos cidadãos.

Portanto, o que se deve perquirir no encontro de uma relação entre Estado, livre iniciativa, livre concorrência e mercado é a finalidade pública que deve ser alcançada por meio do serviço público e a estrutura de mercado que é necessária para tanto. Com isso, quero dizer que não há que se partir de uma premissa estanque de que o mercado de um serviço público tem uma configuração pré-determinada em função de uma tal titularidade estatal da atividade. Há que se partir da premissa de que o mercado de um serviço público se estrutura a partir de uma avaliação de proporcionalidade entre a finalidade a ser cumprida pelo serviço público e o quanto de restrição à livre iniciativa e à livre concorrência é necessária para se viabilizar o alcance dessa finalidade da forma menos onerosa possível.

E é em relação a este ponto que o tema ganha ainda mais complexidade, eis que é fundamental haver uma definição clara de qual é a finalidade a ser cumprida pelo serviço público vis-à-vis a satisfação dos direitos fundamentais em discussão. Dizendo com outras palavras, na estruturação de um serviço público há que se claramente definir quais são os contornos da prestação ofertada para que ela logre atingir sua finalidade de satisfação de direitos fundamentais.

Nesse passo, concordando plenamente com o raciocínio de Simone Torricelli, os serviços públicos, em função de sua relação direta com a realização de direitos sociais, apresentam uma característica que os diferencia das demais atividades econômicas: eles são permeados por uma lógica mais jurídica do que estritamente econômica, mitigando-se a racionalidade puramente econômica na garantia de sua oferta¹⁶.

A afirmação do autor é preciosa porque demonstra cabalmente a necessidade de que, na avaliação de proporcionalidade do quanto necessário de restrição à livre iniciativa (e, pois, à livre concorrência) no mercado de um serviço público, sejam considerados elementos não puramente econômicos, mas necessários à finalidade que se pretende instaurar.

Como já consignado, o exame de proporcionalidade deverá considerar os elementos da legitimidade do fim pretendido, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim é que a análise do quanto de restrição é cabível à livre iniciativa e à livre concorrência não poderá prescindir de uma verificação da necessidade e da adequação da formatação da oferta de um serviço público em face das finalidades que com ela se pretende alcançar.

Destarte, tem-se um cenário no qual as características da oferta de um serviço público são aquelas definidas pelo mercado relevante em que se encontra (i.e., características da prestação, valores envolvidos etc.), porém ajustadas às necessidades especiais a serem satisfeitas com o serviço prestado. Isso implica inverter completamente a lógica da doutrina mais tradicional em que o regime é público, com aplicação subsidiária de elementos de mercado. O regime é o de mercado, com as adaptações demandadas pelas necessidades dos direitos fundamentais em jogo.

Exatamente nesse sentido afirma Alessandra Pioggia:

«As características fundamentais do serviço são, portanto, aquelas definidas pelo mercado (diga-se bem: existente ou potencial, isso não é importante), ou aquelas da produção econômica. A qualificação pública é agregada, sem modificar as características essenciais da prestação, mas, por assim dizer, corrigi-las de forma limitada aos elementos atinentes às suas características de produto essencial (preço, acessibilidade etc.)»¹⁷.

Assim é que a estruturação de um serviço público depende sempre de uma análise feita em duas etapas: em primeiro lugar, há que se identificar quais as finalidades que são pretendidas com a prestação do serviço e, em segundo lugar, em função de referidas finalidades, há que se estabelecer qual a proporcionalidade de restrição do direito fundamental de livre iniciativa no respectivo mercado.

¹⁶ S. Torricelli, *Il Mercato dei Servizi di Pubblica Utilità*, Milano, 2007, 328-329

¹⁷ A. Pioggia, *Servizi e disservizi*, in AIPDA – Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo. *Anuario 2016: Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Napoli, 2017, 173 (tradução minha).

Em relação à primeira análise, deve ser considerado o direito fundamental a ser satisfeito com a oferta do serviço público, seu mínimo essencial e o que é necessário para assegurar seu pleno cumprimento. Ressalte-se que essa análise, na esteira das colocações precedentes, não é realizada apenas segundo um racional econômico; há valores jurídicos que mitigam esse racional – trata-se da qualificação pública que corrige os elementos de mercado potencialmente lesivos à capacidade de satisfação do direito fundamental em discussão.

Feita a primeira análise, deve-se encontrar o quantum de restrição deverá haver à livre iniciativa e à livre concorrência para se alcançar as finalidades demandadas pelo caso concreto, sob o crivo da proporcionalidade. Determinado esse quantum há o encontro preciso da conformação do mercado em que se dará a prestação de determinado serviço público.

Não por outra razão, assiste completa razão a Daniel Nallar quando afirma que os serviços públicos nada mais são do que um regime regulatório¹⁸. Em última análise, o serviço público, portanto, implicará a incidência de um regime específico de regulação sobre determinada atividade que ajusta a forma de exploração econômica de determinada atividade a uma lógica jurídica determinada pelo conteúdo dos direitos fundamentais a serem satisfeitos com tal atividade.

Assim é que, parece-me, a ideia de serviço público não afasta as ideias de mercado, livre iniciativa e livre concorrência. O serviço público nada mais é do que um elemento jurídico que formata determinado mercado segundo as necessidades públicas a serem satisfeitas em função de direitos criados pela ordem jurídica. Exatamente por isso as condições de mercado em que há a prestação de um serviço público variarão conforme cada serviço que se venha a analisar, bem assim conforme os direitos a serem satisfeitos.

3. *A estruturação dos mercados relevantes dos serviços públicos*

As considerações apresentadas no tópico anterior têm como consequência a ruptura com o pensamento tradicional segundo o qual a estruturação de um serviço público predica a criação de um monopólio em favor do Estado ou de quem lhe venha a fazer as vezes na prestação da atividade. A livre iniciativa e a livre concorrência continuam a existir e a fazer parte dos mercados em que há a prestação de um serviço público, apenas sendo admitidas restrições que sejam estritamente proporcionais às finalidades públicas a serem realizadas.

¹⁸ D. Nallar, *Regulación y Control de los Servicios Públicos – Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Buenos Aires, 2010, 163 ss.

Entretanto, nesse momento, é necessária a identificação dos critérios jurídicos que devem ser utilizados na formatação dos mercados em que há um determinado serviço público. Essa construção é fundamental para se verificar como são realizadas as escolhas públicas e quais suas implicações em cada caso concreto.

Como é cediço, todo e qualquer mercado relevante é qualificado em seus aspectos material e geográfico. O mercado relevante material é aquele em relação ao qual há fungibilidade dos produtos ou serviços oferecidos, de forma que é constituído por todos os fornecedores que possam ofertar produtos ou serviços substituíveis em relação aos consumidores¹⁹. Já o mercado relevante geográfico corresponde ao território dentro do qual interagem os fornecedores de produtos ou serviços fungíveis do mercado relevante material²⁰.

Evidentemente, como ocorre com relação a qualquer prestação de caráter econômico, a oferta de um serviço público predica a existência de formação de mercados relevantes material e geográfico. O mercado relevante material configura-se pela prestação material ofertada pelo Estado ou por seu delegatário. Já o mercado relevante geográfico compreende a área que deve ser atendida pela prestação ofertada. Importante notar que a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, expressamente determina que uma concessão de serviço público tenha definição clara do mercado relevante material (i.e., serviço público concedido), bem como do mercado relevante geográfico (i.e., área da concessão), conforme se desprende do artigo 23 do diploma em comento.

Pois bem. Essas considerações vestibulares são fundamentais para a construção do conceito que pretendo estabelecer, pois caberá ao Poder Público, em função dos direitos fundamentais a serem satisfeitos, definir as formações dos mercados relevantes geográfico e material conforme as circunstâncias específicas do caso concreto. E essa definição dependerá de elementos jurídicos e econômicos, particulares a cada caso.

No que se refere ao mercado relevante material, poderá haver a estruturação da oferta qualificada como serviço público com unicidade de agente, atuante exclusivamente no regime de serviço público, com pluralidade de agentes sujeitos ao regime de serviço público, ou com pluralidade de agentes sujeitos a diferentes regimes jurídicos. No primeiro caso, há enorme supressão da livre iniciativa, dado que apenas um agente poderá atuar naquele específico mercado. No segundo caso, há restrições condicionadas da livre iniciativa, dado que o ingresso no mercado depende de um título habilitante concedido pelo Estado. E no terceiro caso, há restrições muito menos intensas à livre iniciativa.

¹⁹ Cf. M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Monaco, 2004, 298.

²⁰ Cf. M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 299.

Com isso, admite-se a formação do mercado relevante material de um serviço público com diferentes graus de concorrência e diferentes requisitos para sua realização, a variar conforme os graus de barreira de entrada postos pelo serviço público e os regimes jurídicos a que se submetem os agentes econômicos inseridos no respectivo mercado.

Dessa forma, na esteira das considerações do tópico precedente, a estruturação do mercado relevante material com mais ou menos concorrência dependerá de uma análise de proporcionalidade. Contudo, é necessário perquirir-se qual o parâmetro de aferição da proporcionalidade no caso concreto – dado que qualquer exame de proporcionalidade somente pode ocorrer de acordo com o caso concreto.

Uma vez mais repetindo o quanto manifestado, o elemento-chave para a determinação da proporcionalidade é a finalidade precípua a ser realizada pelo serviço público (i.e., a satisfação de um direito fundamental). Todavia, é importante avançar na discussão assentando que essa finalidade será calcada sobre três pedras fundamentais que diferenciam o serviço público das demais atividades econômicas: universalidade, continuidade e modicidade tarifária²¹.

Ou seja, o racional jurídico inerente aos serviços públicos, que mitiga o racional puramente econômico da atividade, consiste no dever inerente a tais serviços de se assegurar a prestação contínua, universal e módica da atividade. Por evidente, o dever de cumprimento estrito dessas obrigações torna a atividade muitas vezes antieconômica, dado que implica a existência de custos que não são recuperáveis em um contexto estrito de mercado (v.g., a extensão da oferta a mercados pouco rentáveis ou a realização de investimentos baseados em planejamentos futuros).

Assim é que a constituição do mercado relevante material dos serviços públicos dependerá de um cálculo de proporcionalidade que leve em consideração os custos a serem incorridos com o cumprimento das obrigações essenciais dos serviços públicos vis-à-vis o retorno econômico que a exploração da atividade proporciona. Caso seja possível assegurar-se universalidade, continuidade e modicidade tarifária em um contexto de plena concorrência, pouco há que se restringir da livre iniciativa e da livre concorrência. A contrário senso, quanto menos possível for o cumprimento dessas obrigações em um regime concorrencial, mais se admite de restrição à livre iniciativa e à livre concorrência.

Retomando-se, pois, colocação precedente, tem-se que o regime de exploração de um serviço público é o regime de mercado, apenas havendo um tempero de obrigações públicas, consistente no quantum necessário para assegurar, da

²¹ Como já tive a oportunidade de dissertar, prefiro a utilização do termo “regime jurídico de serviço público” à utilização do termo genérico “regime jurídico de direito público”, eis que me parece haver uma multiplicidade de regimes jurídicos de direito público. Sobre o tema, confira-se o meu *Livre iniciativa nos serviços públicos*, 239 ss.

forma mais eficiente possível, o cumprimento das obrigações essenciais do serviço público.

O mesmo ocorre em relação ao mercado relevante geográfico. A área em que será prestado um serviço público poderá ser povoada por diversos agentes em regime de concorrência (com ou sem assimetria de regimes), ou poderá ser dada em regime de exclusividade para apenas um agente, com vistas a lhe garantir condições para o cumprimento de suas obrigações de serviço público.

Nesses quadrantes, é plenamente admissível que haja restrições à livre concorrência na prestação de um determinado serviço público na exata medida do proporcional (i.e., adequado, necessário e proporcional em sentido estrito) para o alcance das finalidades do serviço, quer-se dizer a prestação universal, módica e contínua da atividade²².

Dessas considerações extraio elemento fundamental para o raciocínio desenvolvido: a estruturação dos mercados em que há a prestação de um serviço público contempla, de forma inerente, um espaço de discricionariedade²³. A razão é óbvia: não há uma resposta a priori para delimitar como se deve formatar os mercados relevantes material e geográfico da prestação de um serviço público; é sempre necessário avaliar as condições de desenvolvimento da atividade vis-à-vis as obrigações de serviço público inerentes.

Por vezes, a decisão de como formatar determinado mercado (i.e., manejo da discricionariedade inerente) advém de uma lei parlamentar, que já faz uma pré-ponderação (utilizando o termo muito bem empregado por Alexandre Santos de Aragão para designar casos em que a ponderação necessária ao encontro da solução proporcional advém da lei²⁴) dos elementos que levam ao encontro da solução proporcional. É o que ocorre, por exemplo, no setor de portos, em que a Lei Federal nº 12.815, de 5 de junho de 2013, determina como se dará a concorrência na prestação dos serviços portuários de forma quase exaustiva.

Em outros casos, a lei não será explícita quanto à formatação do respectivo mercado, deixando, de forma expressa ou implícita, margem de discricionariedade ao administrador público para que defina como deverá ser estruturado o mercado.

Inobstante, em qualquer caso haverá um instrumento de índole jurídico-normativa que determinará como se estruturará o mercado de oferta de um serviço público. É dizer, sendo o mercado conformado pela lei ou por ato infra-

²² Aqui expresso minha concordância com Adalberto Costa, quando o autor afirma que nem sempre a concorrência é a forma adequada de maximização das capacidades nas relações econômicas. Completo eu no sentido de que o fato de serem os serviços públicos permeados por uma lógica não estritamente econômica deixa isso muito claro. Sobre o tema, confira-se A. Costa, *Regime legal da concorrência*, Coimbra, 2004, 96-97.

²³ Cf. V. Emmerich, *Kartellrecht*, 11ª ed., Monaco, 2008, 259.

²⁴ A. Santos de Aragão, "Supremacia do Interesse Público" no *Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*, in D. Saramento, *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro, 2010, 5.

gal da Administração Pública sempre deverá haver uma norma jurídica a regular como se dá a entrada de agentes no mercado e os limites de ação de cada agente.

E, pois, fechando-se o raciocínio, é evidente que o instrumento adequado para auferir a correção do manejo da discricionariedade em questão é a proporcionalidade. A escolha pública (legislativa ou administrativa) de formatação de um mercado em que há um serviço público deverá guardar estritíssima proporcionalidade entre o quanto de restrição é imposta à livre iniciativa e a finalidade buscada pelo serviço público a ser prestado.

Como resultado, uma escolha pública que limite indevidamente a livre iniciativa e a livre concorrência, ou que as privilegie em detrimento do alcance das finalidades de serviço público pondo em risco sua realização, será sempre maculada, independentemente do momento em que houver sido tomada a decisão.

Por óbvio, as condições não são estáticas no tempo e no espaço – o que reforça a necessidade de que seja a formatação de um mercado uma decisão discricionária. É perfeitamente possível que o nível de abertura de mercado em uma localidade seja distinto em outra. Basta que as condições de mercado sejam distintas. Da mesma forma, é perfeitamente possível que uma condição de mercado se altere com o tempo, admitindo-se o aumento ou a redução da competição. O que é fundamental é que a relação de proporcionalidade sempre se mantenha.

4. *Conclusão*

As proposições contempladas neste estudo têm como objetivo primário desafiar as doutrinas mais tradicionais do direito administrativo e do direito econômico que afirmam ser o serviço público um monopólio público que deve ser explorado sempre com unicidade de prestador (seja estatal, seja privado agindo por delegação do Estado). Os serviços públicos podem e devem ser prestados em regime de concorrência, eis que essas são a regra da economia. Apenas poderá haver restrições com fundamentos jurídicos claros, na exata medida do proporcional para permitir o alcance de finalidades inerentes ao serviço público (i.e., obrigações jurídicas).

A partir dessa conclusão, tem-se que rever, com urgência, as considerações doutrinárias acerca do que significa e do que implica o serviço público na ordem jurídica. E, por evidente, à luz do quanto expus, a discussão é muito mais complexa, pois deverá sempre levar em consideração inúmeras particularidades do caso concreto. Contudo, apenas tendo-se clara uma nova conceituação jurídica que se poderá chegar a um resultado prático tolerável.

Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites

O objeto deste estudo é analisar a possibilidade de implantação de concorrência na prestação dos serviços públicos e os limites a serem observados para tanto, considerando-se o conceito tradicional desses serviços, seus vínculos com o Estado e as limitações comumente impostas à livre iniciativa. Para tanto, será discutida a pertinência de algumas concepções doutrinárias que não definem se e como pode haver concorrência na prestação dos serviços públicos.

Competition in the provision of public services and its limits

The scope of this essay is to analyse the possibility of competition in the provision of public services and the limits that may be imposed by the legal system in relation to such competition, bearing in mind the traditional concept of public service, the boundaries that exist between the public and the state and the limitations normally imposed on economic liberties in relation to the public services. For that purpose, we will discuss the viability of propositions of scholars that do not define whether and how there may be competition in the provision of public services.

Non-profit organizations following third sector reform in Italy

Marina Romano

SUMMARY: 1. The non-profit world at the dawn of the 2016 reform. – 2. The proxy law of 6 June 2016 n. 106 and the procedural process of the reform. – 3. The conceptual category of «Third Sector Entity». – 4. Typical TSEs and «other» TSEs. – 5. The current regulatory framework of non-profit organizations.

1. *The non-profit world at the dawn of the 2016 reform*

Prior to the 2016 reform, the term non-profit entity was generally used to indicate all those private organizations that operate according to criteria that are substantially different from those that govern commercial companies, or from those of the institutions that act according to the proper rules of the State and in general of public bodies.

The legislator of '42 had regulated, in Book I of the Civil Code, with logical continuity compared to the rules on natural persons, private legal entities, that are, recognized and unrecognized associations, foundations and committees, dedicating a few synthetic rules to them. Instead, one owes to the intervention of special legislation the creation of a series of specific figures of non-profit organizations, governed in a special way from the point of view of taxation¹, but without a move towards the outlining of an overview of the sector, which was expe-

¹ The Italian legislator has dealt with the non-profit world by issuing, mainly from the 1990s onwards, a series of special laws with which it introduced specific figures of entities. The special legislation has been copious; in particular, the following were issued: law of 11 August 1991 n. 266 on volunteering, law of 8 November 1991 n. 381 on social cooperatives, law of 30 July 1990 n. 218 on banking foundations, legislative decree June 29th 1996 n. 367 on musical foundations, legislative decree 4 December 1997 n. 460 on the ONLUS, law of 7 December 2000 n. 383 on social promotion associations, and legislative decree 24 March 2006 n. 155 on social enterprise.

riencing a remarkable expansion, and assuming increasingly larger dimensions in the economy of the country².

This progressive operational space that over the years the non-profit sector has conquered in the management of people's needs has been attributed to the circumstance that it offers a solution to the well-known problem of consumer information asymmetries, in all cases in which the consumer is not able to fully evaluate the quality of the service offered by the company. In these terms, the non-profit sector appears to the consumer as the safest solution – even at the cost of having to endure inefficiencies. In other words, a close relationship between the development of non-profit and contract failure has been highlighted³.

However, this expansion of the non-profit sector in the management of public interest activities was not followed by its simultaneous regulation in legislative terms.

For a long time, therefore, a reform of the third sector was hoped for, given that the apparatus of its rules and principles was considered inadequate and unsuitable to support such a growing development⁴. On the one hand, there were the few rules contained in Book I of the Civil Code in which the legislator of '42 had clearly contrasted non-profit entities with for-profit entities regulated in Book V; on the other there were the single and particular special disciplines.

In legal terms, therefore, the third sector discipline appeared completely disorganized before 2016, lacking a set framework and general organizing principles that would enable a unified systematic reconstruction.

The lack of a textual definition of the sector was then the cause of the use of different terminologies, such as non-profit sector or third sector⁵, to designate in a generic way this sector of activity that was conceptually identified as everything

² For preliminary information on the more specifically economic reasons of the expansion of the non-profit sector, see: M. Lori, E. Pavolini, *Organizational changes and the corporate role of Third Sector organizations*, in *Social Policies*, 2016, 41 and following pages, where it is highlighted that the policies of relations between the State and the so-called private service providers have been oriented over the years towards the objective of progressively “publicizing” the non-profit sector, through the transfer of functions by means of total or partial delegation from public to intermediate social bodies.

³ In this regard, see: M. Ambrosini, *The roots of altruism. Social bases and organizational peculiarities of the subjects of the Third Sector*, in *Sociology and Social Policies*, 2000, 18.

⁴ The question of the reform of the third sector is rather dated, for all: Aa.Vv., *Foundations and associations. proposals for a reform of the first book of the civil code*, Rimini, 1995; M. Buquicchio, *The foundations in the current economic and juridical structure of the “third sector”*, in *Riv. not.*, 2013, 1041 and following pages.

⁵ On the question of the legal definition of the third sector, see: L. Gori, *The system of sources in third sector law*, in www.osservatoriodellefonti.it, 2018, 4 and following pages. For a comment on the definition of the Third Sector given in proxy law 106/2016 with respect to the one subsequently implemented in the TSC, see: F. Pacini, *The Third Sector Code*, in *Non-Profit*, 2017, 3, 20; P. Consorti, *The new legal definition of the Third sector*, *ivi*, 47 and following pages.

that was not pertaining to the first sector, that is, the public sector, or the market, that is, the second sector⁶.

However, despite its conceptual placement as a residual sector of our economic structure, the numbers of this sector were gradually becoming more and more significant and their participatory dimension in the decisions concerning welfare management was increasingly accredited by the institutions⁷.

For the legislator, therefore, the task arose of proceeding with a systematic review of the sector with the aim of providing it with its own principles and instruments capable of effectuating that role that the same Constitution, through the principle of social pluralism, and also after the 2001 reform, with the principle of horizontal subsidiarity, attributed to it.

Specifically, the reform of Title V of the 2001 Constitution has definitively sanctioned the primary role of private initiative in satisfying the so-called social and civil rights, the definition of whose minimum levels is left to the ordinary legislator.

From the combined provisions of art. 118 with art. 117 of the Constitution this central role of private initiative emerges in ensuring the satisfaction of civil and social rights recognized to each citizen in implementation of constitutional principles; many of these rights coincide precisely with the sectors of activity in which non-profit organizations traditionally operate, such as: the right to education (Article 34 of the Constitution), the right to health (Article 32 of the Constitution), the right to social security (Article 38, paragraph 2 of the Constitution), and the right to social assistance (Article 38 of the Constitution)⁸.

With regard to the principle of subsidiarity, a distinction is made between vertical and horizontal subsidiarity.

⁶ It has been reported, however, that this “negative” definition is unsatisfactory: G. Moro, *Against non profit*, Rome-Bari, 2014, 17.

⁷ The figures of the last Istat survey on the Third Sector of 2015 show the following numbers: 336.275 non-profit institutions (up 10% compared to 2011), 5.5 million volunteers, a revenue of 64 billion euros representing 3,4% of GDP. Furthermore, the non-profit sector is the only one that has recently recorded an increase in employment with 789 thousand employees (up 15% on 2011), in sharp contrast with what is happening in the other sectors, as follows: M. Lori, E. Pavolini, *Organizational changes*, cit, 59.

⁸ In fact, there are many sectors of activity in which non-profit organizations operate, ranging from the enhancement of the artistic and cultural heritage, to the protection of the environment, to assistance in general and to health, charity, scientific research, the care of sick or handicapped or marginalized people; in other words, it is a sort of specification of the principle of solidarity. In any case, it is necessary to consider that also in the activity of the entities a central role is always to be attributed to all the constitutional principles. On the subject, for all: P. Perlingieri, *The system and its values. Civil law problems*, Naples, 2006, 502 and following pages. As regards, instead, the European Union, the Treaties do not contemplate a specific competence in matters of non-profit organizations, which would therefore remain a matter entrusted to national states; see: ECJ, 14/9/2006, C-386/04. In any case, the initiatives of the individual Member States must respect the fundamental principles of the Union, namely that of non-discrimination, that of the protection of competition and in any case the distinctive feature of non-profit organizations must be that of non-distribution constraint.

The first occurs when the relationship is established between public subjects (Municipalities, Regions, National State, European Union), and serves to indicate first of all the distribution of command powers among these towards the community.

Secondly, it concerns the distribution of the tasks of providing services and benefits which indirectly entail the exercise of powers towards the community, having to be financed with taxes and therefore affecting the tax burden.

We speak of horizontal subsidiarity to indicate, instead, the relationships between the public and the private. In this case we are not in the presence of powers of command, but of the distribution – between private entities, on the one hand, and the public authorities, on the other – of the tasks of providing services and benefits, having to establish whether they belong to one or the other. It follows that, once the attribution of them to private entities is established, this choice is preferential, in the sense that public intervention is admitted only if it is possible to prove that the private entity is not available, or fails in its activity to reach optimal or better results than those that would have been achieved through the exercise of public power⁹.

The role of public intervention in these sectors, in implementation of the principle of horizontal subsidiarity, is essentially residual: it is legitimate to intervene directly in the event that no private entity is available to operate, or if the private offer is revealed to be unsuitable.

The transposition of the principle of horizontal subsidiarity into our system has unquestionably represented a new challenge for non-profit organizations¹⁰, for which a broad horizon has been opened: their initiative has taken priority over

⁹ For further information on the meaning of this distinction, see: A. D'Atena, *Between autonomy and neocentralism. Towards a new season of Italian regionalism?* Turin, 2016, 233 and following pages. The principle of subsidiarity has been implemented by the legislator who, however, has never defined it, while art. 5, paragraph 2, of the Treaty that instituted the European Community of 25 March 1957 establishes that: «in sectors that are not of its exclusive competence the Community intervenes, according to the principle of subsidiarity, only if and to the extent that the objectives of the action envisaged cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, owing to the size or effects of the action in question, be better achieved at Community level». The prevailing doctrine holds that the essential aspects of the principle of subsidiarity should derive from this provision, namely: the attribution of a power or duty to at least two subjects, the existence of a scale of priorities in the intervention of these two subjects, the existence of a privileged direction in the relationship, understood in the sense that one always goes from the inferior element to the superior one and if the power returns to the first of the subjects, this displacement must be justified. For all: G.U. Rescigno, *Principle of horizontal subsidiarity and social rights*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 10 and following pages. On the question of whether the principle of horizontal subsidiarity is a substantive (in the sense that it is not specified to whom the type of action considered is) or procedural criterion, see: G.U. Rescigno, *Principle of horizontal subsidiarity and social rights*, cit., 14 and following pages. For an overview of the implications of the principle of horizontal subsidiarity to the different areas of private law, see: M. Nuzzo, *The principle of subsidiarity in private law*, Turin, 2014.

¹⁰ On the subject, see also: V. Tondi Della Mura, *Third Sector Reform*, in *Non-Profit*, 2017, 3, 47 and following pages.

that of the public hand, to which therefore is reserved a role of substitution and organization of the private intervention.

Before 2016, therefore, a scenario had emerged in which the legislator took on a central role, which, through its expected intervention, was to equip non-profit organizations with tools suited to the new tasks, moving away from the supplementation of the public welfare service to its substitution, requiring appropriate, but above all, targeted structural adjustments.

2. *The proxy law of June 6, 2016 n. 106 and the procedural process of the reform*

Finally, in June 2016 the proxy law n. 106, in which a precise procedure for the implementation of the reform of the Third Sector, was outlined with the provision of more decrees to be adopted within the term of 12 months from its entry into force.

In accordance with art. 8 of the proxy law 106/2016 the first decree was issued, that is, n. 40 of April 3, 2017¹¹, which established Mandatory Civil Service with tasks of unarmed and non-violent defence of the homeland, education, peace between peoples and promotion of the fundamental values of the Republic. It is aimed at young people between the ages of 18 and 28 who can carry out this activity for periods not exceeding 1 year with a recruitment procedure that must take place through public announcements.

Next was legislative decree n. 111 of July 3, 2017, which revised the institution of 5 per thousand of personal income tax¹² and introduced more obligations regarding information and transparency against the beneficiaries of the contribution.

This decree is intended to affect the general mechanism of the function of 5 per thousand. Among the innovations, one regards the acceleration of payments to beneficiaries of the amounts assigned to them by taxpayers, which currently takes place within the 4 months of the second year following the tax return.

Another novelty concerns the transparency of the reporting procedures for the beneficiary bodies of 5 per thousand so that the tax payers can be aware of

¹¹ Legislative Decree 40/2017 was then amended by Legislative Decree 13 April 2018 n. 43.

¹² The 5 per thousand mechanism in force in Italy means that each taxpayer can choose to allocate the 5 per thousand share of his personal income tax (IRPEF) to one of the non-profit entities included in special lists kept in public administrations. The destination is carried out by signing in one of the special boxes that appear on the declaration forms (Single Model PF, Model 730, or a specific form attached to the CUD Model for taxpayers who are exempt from the obligation to present the declaration). Only one choice is allowed per tax year. In addition to the signature, the taxpayer must also indicate in the box the tax code of the beneficiary institution.

how the organizations use the sums they have ceded. Article 8 provides for the obligation to draw up a specific financial statement and an illustrative report to be drawn up within one year of receipt of the sums; the statement and the report must be sent within a month to the donor administration. In addition, organizations must publish the amounts received and the specific financial statement on their website; the violation of this obligation involves the pecuniary sanction of 25% of the contribution received.

Moreover, the supplying administrations will have to publish the lists of the beneficiaries and the link to the statement published on the site of each institution; sanctions are also envisaged for administrations in the event of violation of the publication obligation within the set deadlines.

There are six administrations: Ministry of Employment and Social Policy (for volunteering), MIUR (for scientific research and the university), Ministry of Health (for health research), Ministry of the Interior (for the social activities of Municipalities), Presidency of the Council of Ministers (for amateur sports associations) and MIBACT (for activities of protection, promotion and enhancement of cultural and landscape assets).

It is forbidden to use the amounts of the 5 per thousand to cover the advertising costs incurred for awareness campaigns on the function of the 5 per thousand itself.

It is also established that the decree of the President of the Council of Ministers must then establish the methods and terms for access to the distribution of the 5 per thousand, the terms and conditions both for the formation, updating and publication of the list of the registered entities, as well as for the publication of the annual lists of the admitted bodies. In addition, the minimum amount payable and the methods for distributing the choices not expressed by the contributors will be established.

With legislative decree n. 112 of July 3, 2017¹³, the regulation of the social enterprise¹⁴ was then revised with the aim of giving new impetus to an institute that had not taken off due to the absence of tax incentives, and to clearly separate the productive non-profit from the “traditional” one, which continues to carry out non-prevalent commercial activities. The social enterprises are Third Sector Entities as established in the Third Sector Code, and are therefore also subject to the regulation contained in the aforementioned code where it has not been waived and insofar as compatible.

¹³ Legislative Decree 112/2017 was then amended by Legislative Decree 20 July 2018 n. 95.

¹⁴ The social enterprise was introduced in the legal system with Legislative Decree 155/2006; it is a private organization (also attributable to one of those governed by Book V of the Civil Code) which exercises, in a stable manner and as a principle undertaking, an economic activity of social utility.

The qualification of social enterprise can be assumed by all private bodies; therefore, both the institutions of Book I of the Civil Code (associations, foundations and committees) and companies (of people, capitals, cooperatives) of Book V of the Civil Code can qualify as social enterprises, provided that they mainly carry out an entrepreneurial activity, in sectors of activity deemed to be of particular general interest, adopting methods of responsible and transparent management. The main activity is considered to be the activity for which the relative revenues are at least 70% of total revenues, according to criteria to be established with the MEF decree in agreement with the Ministry of Labour.

On the other hand, social enterprises cannot be single-member companies with a natural person as the single shareholder, public administrations and institutions whose statutes also indirectly limit the supply of goods and services to members or associates, or banking foundations. However, social cooperatives and their consortia are social enterprises by right.

Article 2 of the decree lists the business activities of general interest, maintaining the structure of decree n. 155/2006, expanding them with respect to the original ones¹⁵ and coordinating them with the list contained in the Third Sector Code¹⁶. In fact, with the exception of micro-credit activities reserved only for social enterprises, the remaining sectors are common to all third sector entities.

Considered of general interest, independently of the object, is the business activity in which disadvantaged or disabled workers are employed to an extent not less than 30% of the workers employed.

The novelty introduced by Legislative Decree 112/2017 consists in updating and expanding the concept of the disadvantaged subject which now includes, among others, the foreign citizen, to whom refugee *status* has been recognized, and homeless persons.

In the business register advertising has constitutive effect; this form of advertising must be coordinated with that provided by the Third Sector Code which consists, as we shall see, in the registration in the Single National Register of the Third Sector.

Another novelty, particularly significant with respect to the previous legislation, is the compatibility of a controlled distribution of dividends with the non-profit principle. In fact, it is now possible that the status of a social enterprise may provide for the allocation of less than 50% of the profits and operating surpluses to a free increase in the subscribed capital paid by the shareholders (if con-

¹⁵ Article 2 of Legislative Decree of 24 March 2006 n. 155 contains the original list of the sectors of activity of general interest. They are: social assistance, health care, social and health care, education, education and training, environmental and ecosystem protection, enhancement of cultural heritage, social tourism, university and post-university training, and instrumental services for social enterprises.

¹⁶ The Third Sector Code contains this list in art. 5 on which below.

stituted as a company) within the limits of annual change in the ISTAT indexes, or the distribution of profits (not exceeding the maximum interest of the postal saving certificates, increased by two and a half points) or free disbursements in favour of third sector entities other than social enterprises.

The last decree issued in implementation of the delegation was Legislative Decree No. 117 of July 3, 2017, with which the Third Sector Code¹⁷ was introduced in our system, thus completing the preordained legislative process.

3. *The conceptual category of «Third Sector Entity»*

The issuing of the Third Sector Code – TSC – constitutes the heart of the reform, divided into two strands that are complementary to each other; these are represented, on the one hand, by the subjective definition of the Third Sector Entity – TSE – and by the reorganization of those relating to the specific figures of entities present in the legal system, and on the other by the revision of the tax legislation¹⁸.

Regarding the first profile, art. 4 of Title I of the TSC introduces the definition of TSE, or the entities set up «for the pursuit, without profit, of civic, soli-

¹⁷ The TSC clarifies, in art. 1, paragraph 1, that the purpose of the reorganization of the legislation in force on third sector entities takes place on the basis of a series of constitutional provisions, in particular articles 2,3,4,9,18 and 118, 4th paragraph, in the light of which, therefore, the activity of the interpreter must be oriented. It should also be noted that the TSC was then partially amended by Legislative Decree 3 August 2018 n. 105.

¹⁸ In broad terms, Title X from articles 79 to 89 of Legislative Decree 117/2017 constitutes the second fundamental sector of the reform and concerns the revision of the tax legislation applicable to TSEs. Chapter III of Title X concerns the accounting obligations to which, based on the provisions of art. 87, the TSEs are now subject. These are charges and obligations currently required by the ONLUSs which must be examined in parallel with articles 13, 14 and 15 on the subject, respectively, of the financial statements, the social report and mandatory corporate books. In relation to the overall activity carried out, all non-commercial TSEs are required to draw up the chronological and systematic accounting records designed to express, in a complete and analytical manner, the transactions entered into during the management period, and adequately represent in a specific document, to be drawn up within six months of the closure of the annual financial year, the equity, economic and financial situation of the entity, giving appropriate separate representation of assets other than those of general interest. To fulfil this obligation of chronological and systematic writing, it is possible to prepare the daybook and the inventory book. The accounting obligation is generalized and also concerns institutional activity; failure to comply with them leads to the loss of tax benefits. For smaller TSEs, or when the proceeds in a year were less than 50,000 euros, there is the possibility of keeping, in place of systematic entries, the economic statement of the total revenues and expenses governed by art. 13, paragraph 2, of the TSC. The provision of these income thresholds was dictated by the fundamental motivation of not wanting to burden the smaller entities with obligations that could be onerous. On the other hand, it is foreseen that even minor organizations will probably have the advantage of assuming these obligations on a voluntary basis. The reform is on the whole structured to provide the non-profit sector with rules based on the transparency and circulation of information regarding the activity, so that being transparent and efficient in administrative terms will become a strength to attract private donations and public contributions that, in fact, will be conveyed there where resources are best spent. In other words, the most virtuous institutions will have more chances to receive funds for their activity.

clarity and social utility aims through the carrying out of one or more activities of general interest, registered in the Single National Register of the Third Sector»¹⁹.

An activity of general interest has been defined in art. 5, through a list of 26 categories that must be exercised by the TSEs exclusively or principally. However, this list is not “closed” since, in paragraph 2, it is envisaged that by Decree of the President of the Council of Ministers it may be updated²⁰.

Pursuant to art. 4, paragraph 2 of the TSC, the following have been textually excluded from the category of TSE: public administrations, trade unions, political formations and associations, professional associations and representatives of economic categories, employer associations, and bodies subject to management and coordination or regulated by the aforementioned bodies²¹.

In this regard, the doctrine has been able to highlight that the TSC, in its defining system, does not refer “only” to the lack of a profit-making purpose that, therefore, can no longer be considered a circumstance sufficient to qualify as an TSE²². It is also necessary that the entity is also constituted for the pursuit of aims – civic, solidarity and social utility – through «the performance of activities of general interest».

With regard to the aims of solidarity, these have been understood as an altruistic impetus, as a search for the good of others in the perspective of achieving the full development of the human person *ex art. 3*, paragraph 2 of the Constitution. With regards to the civic purposes, it was considered that they could concern the active and conscious participation of people in social and collective life; while the identification of social utility purposes was considered more difficult²³.

This is certainly a more complex assessment than the one traditionally carried out by the governmental authority on the occasion of the recognition of the

¹⁹ For some considerations on this definition: L. Gori, *The system of sources*, cit., 7.

²⁰ In this regard, the opinion of the Council of State on the draft legislative decree establishing the Third Sector Code, n. 01405/2017, given in the meeting of 31st May 2017, highlighted that the proxy law cannot provide that the administrative authority can issue rules intended to affect private autonomy without giving “a minimum of guidance”, since in this way a field would be invaded that the Constitution reserves to the exclusive competence of the laws or of the acts having the force of law. In this case, the provision circumscribes discretion simply by referring «to civic, solidarity and social utility purposes».

²¹ Banking foundations are excluded from the scope of application of the TSC. It has been pointed out that this exclusion was determined by a more terminological type of prevention, with reference to the term “banking”, which from a careful examination of the phenomenon of concrete activity carried out by banking foundations would have instead suggested inclusion in the TSE category. In this sense: G. Ponzanelli, *Entities of the third sector: a first comment*, in Aa.Vv., *The reform of the Code Third sector and the taxation of indirect donations*, in the *Notebooks of the Italian Notary Foundation*, 2017, 2, 15. Paragraph 3 of art. 4 includes, in the new TSE category, civilly recognized religious bodies, although in the presence of certain conditions.

²² Thus: G. Ponzanelli, *Entities of the Third Sector*, cit., 16.

²³ In this sense: L. Gori, E. Rossi, *The delegated law n. 106 of 2016 reform of the third sector*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2016, 2, 6.

juridical person pursuant to Presidential Decree 361/2000, which focused on verifying the absence of profit and the lawfulness of purpose²⁴.

However, the absence of profit continues to be a central requirement; in fact, after defining the category of TSE in the terms set out above, the TSC emphasizes the principle of prohibiting the distribution, even indirectly, of profits and operating surpluses, funds and reserves, to the founders, associates, workers and collaborators, directors and other members of the corporate bodies. In the event of the dissolution of the institution or its extinction, the assets will be transferred to other TSEs, or, in their absence, to the Italian Social Foundation, subject to the opinion of the Regional Office of the Single National Register of the Third Sector.

The TSEs must prepare the financial statement which may take the form of a cash report if the revenues, income, returns or revenues are less than € 220,000.00. If, on the other hand, returns and revenues exceed one million euros, the TSE must prepare the «social» statement.

Another significant novelty of the reform was the establishment of the Single National Register of the Third Sector²⁵ with the aim of overcoming the fragmentation of the various registers of legal persons held in the Prefectures, as well as harmonizing and simplifying the procedure for acquiring legal personality.

The Register, established at the Ministry of Labour and Social Policies, will be divided into sections corresponding to the nature of the entity; will be managed by the Regions, but with a national platform; and will be telematic and accessible to all, precisely in order to guarantee the maximum transparency on the composition and activity of the TSE.

Registration in the register is mandatory for the TSEs which, failing this, will not acquire this qualification. If the TSE is then constituted in the legal form of an association or foundation and is in possession of the new minimum capital requirements of 15.00.00 for associations and 30.00.00 for foundations, it can acquire legal personality with consequent limitation of the responsibility for the obligations assumed only with the endowment assets.

The TSC also contains some provisions on the subject of transparency, issued for the purpose of protecting third parties, the creditors of the entities and the associates themselves. In particular, art. 13 of the TSC provides for the obligation to provide a financial statement, and art. 14, paragraph 2, of the TSC pro-

²⁴ Presidential Decree 361/2000 regulates the procedure for the recognition of private juridical persons, which results in the acquisition of the perfect patrimonial autonomy of the assets of the entity with respect to the individual assets of its associates.

²⁵ For a first look at the Single Register of the Third Sector: E. Vivaldi, *The Single Register of the Third Sector*, in *Non-Profit*, 2017, 3, 145 and following pages.

vides for the obligation to publish on its website the emoluments and fees paid to members of the corporate bodies, managers and associates.

Also provided for, in art. 15 of the TSC, is the obligation to keep certain company books, and in art. 17 of the TSC, the register of non-occasional volunteers.

Finally, the protection of third parties, creditors and associates extends to the command that the patrimony remains congruous even during the life of the entity. It is in fact provided that if the minimum assets are reduced by more than a third as a result of losses, the administrative body, and in the event of inaction, the control body, where present, must «without delay» convene the assembly for the adoption of the consequent measures if it is an association; for a foundation, instead, it is necessary to proceed with the reconstruction of the minimum patrimony, or its transformation or dissolution.

4. *Typical TSEs and the «other» TSEs*

With the TSC, the legislator has first of all operated a sort of configuration of some non-profit entities that were introduced in the legal system with special legislation also in function of a coordination with the new fiscal legislation.

Before the entry into force of the reform, the reference framework for non-profit sector was mainly attributable to legislative decree 460/1997 establishing the ONLUS. All the institutions whose statutes and constitutive acts were adequate for the provisions listed in the aforementioned decree had this qualification. The ONLUSs enjoyed very large tax concessions on income taxes, on VAT and indirect taxes.

Following the entry into force of the reform, the ONLUS will cease to exist as the legislator has ordered the repeal of legislative decree 460/1997. Transiently, and until the entry into force of the Single National Register of the Third Sector, the previous provisions relating to the effects deriving from the registration of entities in the register of ONLUSs will continue to apply.

Regarding voluntary organizations, to be identified specifically with the acronym of ODV, with the reform the legislator abrogated the Law of 11 August 1991 n. 266 which established them and dictated a new regulation pursuant to articles 32-34 of the TSC.

In particular, art. 32 identifies the characteristics, or the presence of a minimum number of subjects for the constitution, which is established in seven natural persons or three voluntary organizations, and the carrying out of an organized activity on the prevalent work of the volunteers associated with them. Arti-

cle 33 attributes to the ODVs the possibility of employing autonomous workers or employees in the activity; in any case, the number of workers employed cannot exceed 50% of the number of volunteers. Only the reimbursement of actual and documented expenses, and the free nature of the positions of the members of the corporate bodies, as expressly established by art. 34, paragraph 2.

Also for the social promotion associations, these denominated with the acronym of APS, Law n. 383 of 7 December 2000, which established them, was abrogated and the new rules were laid down in articles 35 and 36 of the TSC. Currently, the APS must also have a minimum number of 7 natural persons or three social promotion associations and an activity organized on the prevailing work of their volunteers. Article 35, in the second paragraph, also provides for the exclusion of the APS status for private clubs and for all associations that provide for limitations in relation to the admission of new members and the right to transfer, for any reason, the membership fee or that make a connection, in any form, of the social participation to the ownership of shares or equity interests.

Article 36 also provides for the APS the possibility to make use of self-employed workers and employees only when this is necessary for carrying out the activity, and in any case the number of workers employed may not exceed 50% of the volunteers or 5% of the number of associates.

Articles 37 to 39 of the TSC govern philanthropic bodies. They can take the legal form of a recognized association or foundation in order to provide money, goods or services in support of disadvantaged categories or activities of general interest. The resources of these institutions consist of public or private contributions, donations, bequests, patrimonial income and fundraising activities. Particularly important are the deeds of incorporation of these bodies, which must contain precise indications regarding the criteria for collecting funds and their consequent allocation.

With the TSC the legislator has also regulated new figures of entities such as the association networks. They are governed by art. 41 of the TSC which qualifies them as those TSEs that associate at least 100 entities or at least 20 foundations whose legal or operational offices are present in at least 5 autonomous regions or provinces.

They are assigned the tasks of coordinating, protecting, representing, promoting or supporting the TSEs associated with them, in order to support their activity and increase their representativeness in the institutions.

A specific category of association networks are the larger national association networks; these are associative networks that have at least 500 entities or 100 foundations, or they are associations formed by at least 100 thousand members. The associative networks are assigned tasks of promoting partnerships or memo-

randa of understanding with public administrations, or with private subjects. It is also envisaged that the functioning of these association networks, with regard to the internal organization, composition and functioning of the corporate bodies, must respect the criteria of democracy, equal opportunities and equality of all the associates.

The TSE category is, moreover, an “open” category given the reference to art. 4, 1st paragraph of the TSC to «other» private bodies which would therefore be all the entities that, in possession of the requisites required, register in the Single National Register of the Third Sector. The legislator would therefore have operated within the TSE category a sort of differentiation between typical TSEs, of which it has dictated the regulations, and «other» TSEs, as a residual category.

5. *The current regulatory framework of non-profit organizations*

The attention on the part of the doctrine on the methods of implementation of the long-awaited reform of the third sector has been extensive, and numerous comments have been made on the work of the Government²⁶.

First of all, it should be noted that it constitutes the first attempt to “positively” define the phenomenon of the third sector to which a broad potential for economic development and dynamism has long been attributed and which was in need of a confluence towards shared paths.

Moreover, as a whole, its structure confirms the trend towards the hybridization²⁷ of legal persons, which has progressively established itself with special legislation since the 1990s, and by virtue of which, with respect to the possible socio-economic contents, legal forms can no longer be considered clearly separated and differentiated in rigidly profit or non-profit models²⁸. This principle is in

²⁶ For a first analysis: L. Gori, *The system of sources*, cit.; A. Mazzullo, *The new third sector code*, Turin, 2017; Aa.Vv., *The reform of the Code Third sector and the taxation of indirect donations*, cit.; M. Novarino, G. Marocchi, *The reform of the third sector to the test of the implementation decrees*, in *Welfare today*, 2017, 4; L. Boni, *Third Sector Code: a missed opportunity?*, in *www.dirittoegiustizia.it*, 2017; E. Rossi, L. Gori, *The reform of the Third sector: between freedom, public administration and benefits*, in *Non Profit*, 2017, 3, 7 and following pages; F. Pacini, *The installation of the Third Sector Code*, cit., 17 and following pages.; M.V. De Giorgi, *Authority and freedom in the reform of the Third sector*, in *Non-Profit*, 2017, 3, 63 and following pages.

²⁷ Moreover, this would appear to be balanced in the TSC system by a substantial control system. In this regard, see: A. Propersi, *The hybridization of legislation and behavior in profit and non-profit companies*, in *Non-Profit*, 2017, 3, 99 and following pages. For a comment on the control system in the TSC: E. Rossi, *The puzzle of controls on Third Sector entities*, in *Non Profit*, 2017, 3, 271 and following pages.

²⁸ The question has been widely treated by the doctrine since the end of the 1960s: A. Zoppini, *Foundations. From typicality to the typologies*, Naples, 1995, 22 and following pages; V. Scalisi, *Foundations: A) the foundation contract. The distinction between associations and foundations and the abuse of legal personality*, in *Cases and issues of Private Law* directed by M. Bessone, 454 and following pages; S. Cerrato, *Juridical origami: the failure of the foundations*, in *Giur. it.*, 2016, 1, 128 and following pages.

fact now accepted in the TSC by art. 6, which admits the possibility that the TSE carries out different activities, in a secondary and instrumental position, from the institutional one of general interest that must be included in one of the categories listed in the art. 5.

As regards the relationship with the rules contained in the Civil Code, one of the objectives announced in the proxy law n. 106 of 2016 with regard to the revision of the Civil Code regulation, which had to provide both a simplification of the procedure to obtain recognition of the legal personality, and the inclusion of rules aimed at achieving greater transparency with regard to the internal organization, assets, and the administrative and activity bodies of the entities regulated in Book I of the Civil Code.

In terms of the procedure for the acquisition of legal personality, with the issuing of the TSC the decision was taken to go beyond the various administrative guidelines operating at the regional level and also to remedy the distorting hypotheses of fraudulent use of the benefit of the limitation of liability.

On the other hand, it should be noted that the new procedure for the acquisition of legal personality, dictated for the TSE, will have to coexist with the “traditional” procedure governed by Presidential Decree 361/2000, already mentioned, which remains in force and which must be followed by non-profit organizations, not TSEs, that want to acquire legal personality.

This certainly constitutes a critical aspect of the reform, since despite the fact that one of its primary objectives was the simplification of the procedures and the transparency of all that concerns the institutions that operate in this field, alongside constituting the Single National Register of the Third Sector, registers of legal persons, kept at the individual prefectures or regional offices, will continue to exist as per art. 3 of Presidential Decree 361/2000.

More specifically, with respect to the relationship between the TSEs and the entities governed by Book I of the Civil Code, it must be emphasized that with the TSC the Government has, within the general category of non-profit organizations, delimited a subset – the TSE – which carry out «a non-profit activity of general interest, for civic, solidarity and social utility purposes» which must be included in the Single Register of the Third Sector.

Thus a relationship of sorts was established between the TSEs and the non-profit entities governed by Book I of the Civil Code of the type: the TSEs that are established in the form of recognized associations, unrecognized associations, or foundations will “also” be subject to the rules of the Civil Code which, instead, remain the only normative reference for those non-profit entities that have not attained the qualification of TSE, given that they lack of the required requisites.

In this respect, the relationship between the TSC and the Civil Code does not seem, therefore, to be the one that is properly established between general discipline and special discipline. This relationship, based on art. 3, paragraph 2, of the TSC is now structured in the sense that the rules of the Civil Code apply to the TSEs «inasmuch as they are compatible» and therefore, at the level of application, it will be possible to make recourse to the rules of the Civil Code only in the case of gaps²⁹. Furthermore, the relationship between the Civil Code and TSC should in turn be coordinated with another relationship to which art. 3, paragraph 1 of the TSC makes reference, establishing that the rules of the TSC will also apply to the third sector bodies for which the legislator has dictated a particular regulation and that would seem to envisage a sort of hierarchy between special regulations.

In these terms, the Government has certainly disregarded the indications of the proxy law since, despite what is established in art. 1, paragraph 2, the opportunity was lost to reform even the meagre rules of Book I of the Civil Code and bring them back into an organic and complete system designed to regulate the entire non-profit sector in which, however, the Civil Code should have retained its primary role³⁰. The entire system of the rules of Book I of the Italian Civil Code was not affected by the reform, except for the inclusion of art. 42*bis* on the subject of transformations, mergers and scissions, with which the general principle of the transformability of the entities that was expressed by the legislator on the occasion of the reform of company law in 2003 was also incorporated for non-profit entities.

In conclusion, with the reform just launched, the path of specialization was undertaken by the legislator in the category, so far very general, of non-profit organizations, even if, from the regulatory standpoint, only a partially positive value can be attributed to the reform. The Italian legislator, in fact, precisely in its systematic choice to focus only on those non-profit entities that can assume the status of TSE, pursuant to articles 4 and 5 of the TSC, has left out a significant portion of the non-profit world, that is, those entities that, while carrying out non-profit activities, do not have the requisites required by art. 4 of the TSC, including amateur sports associations.

The first institutions will continue to apply only the meagre regulation of the Civil Code, with all the gaps and limitations reported, while amateur sports associations will remain outside the TSE category if they decide not to abandon their own favourable regime dictated by Law 398/1991.

²⁹ On the subject, see: G. Ponzanelli, *The reform of the Third Sector Code*, cit., 17. More recently: L. Gori, *The system of sources*, cit., 15.

³⁰ For the implications of this choice on the constitutional level, please refer to the considerations of L. Gori, *The system of sources*, cit., 19.

Non-profit organizations following third sector reform in Italy

Il legislatore italiano, con legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, ha dato finalmente avvio alla riforma del mondo del *non profit* allo scopo di dotare questo settore di adeguati strumenti in base al principio di sussidiarietà orizzontale.

Il quadro normativo di riferimento su cui si è innestata la riforma era costituito, da una parte, dalle poche e scarse norme contenute nel Libro I del c.c. in cui il legislatore del '42 aveva contrapposto in modo netto gli enti *non profit* a quelli *profit* disciplinati nel Libro V, dall'altra vi erano le singole e peculiari discipline speciali che erano state emanate dagli anni '90 in poi.

La l. delega 106/2016 ha previsto l'emanazione di più decreti entro il termine di 12 mesi dalla sua entrata in vigore, tra i quali il d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 che ha introdotto nel nostro ordinamento la nuova figura di Ente del Terzo Settore.

Non-profit organisations in the light of third-sector reform in Italy

The Italian legislator, with proxy law no. 106 of 6 June 2016, finally started the reform of the non-profit world in order to provide this sector with adequate instruments in keeping with the principle of horizontal subsidiarity.

On the one hand, the regulatory framework of reference on which the reform was grafted was made up of the few and meagre regulations contained in Book I of the Civil Code, in which the legislator of 1942 clearly opposed non-profit entities to the for-profit entities regulated in Book V, while on the other hand there were the individual and peculiar special regulations that were issued from the 1990s onwards.

Law 106/2016 foresaw the issue of several decrees within 12 months of its coming into force, including Legislative Decree no. 117 of 3 July 2017, which introduced the new figure of the Third Sector Entity to our system.

Brief considerations on Privacy's ontology

Sthéfano Bruno Santos Divino

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Privacy May be an Anomaly. – 3. Privacy under attack in the surveillance Society. – 4. Privacy's ontology: personality right or property? – 5. Final considerations.

1. *Introduction*

The diversity of contemporary society brings dynamics that can be identified in information and communication technologies and are capable of raising questions about adequate safeguards to protect privacy. Points of convergence between market forces and the unity of the person find room for discussion in the abstractions of cyberspace.

The question that arises as the focus of the research is: what is the privacy ontology?¹ The focus is to highlight the compatibility between the various legislative and doctrinal experiments underway, advocating certain functions and privacy precepts with the resistance encountered in marketing, political and bureaucratic apparatus.

For this, the first section is responsible for a brief historical analysis. It passes from the tribal period, between 200,000 BC and 6,000 BC, to the contemporary conception assumed by the multiple instruments of privacy coined in 1890. The balances brought are premature. There is a limitation of time and space to make effective the detailing of the historicity of this institute. One of the criteria of distinction and importance to be highlighted is the proprietary basis of privacy. It is assumed that, in its origin, privacy is a property, with its justifications evidenced throughout the text.

¹ The objective of this work is historical and legal. Although the data processing in the current scenario involving the COVID-19 pandemic is well known, it will not be addressed, as it is beyond the proposed research problem.

The second section elaborates a question on the protection of privacy and private subject's life in the surveillance society from the standpoint of socially relevant information and relation, whether public or private, through a new generation of laws on the protection of this right.

In the third and last section, an examination of the characteristics and functions of personality rights is proposed. It is, we intended to question the coherence of the legal formulas adopted in the doctrine and legislation of data protection. This, moreover, is a compelling consideration given the privacy ontology, which as proposed as property.

On the one hand, the defense of this institute as a personality right is considered well known and adopted by the Brazilian legislator himself in the Brazilian Civil Code of 2002 in article 11 and in article 21. On the other hand, the proposal evidenced in apparent compatibility with its ontological aspects directs privacy not only as a right but as an available good within its owner's existential autonomous sphere.

In the end, it is assumed that, from a certain point of view, advocacy of privacy as an integral part of personality rights, as well as its reproduction in data protection laws and legislative frameworks corresponding to their principles and functions tends to make harder their effective protection due to the incompatibility between ontology, dogmatic, pragmatic and legal. This reason authorizes the insertion of a new resignification of this right. To this end, the bibliographic research methodology is used to describe the period of the historical development of privacy and to describe the characteristics that are attributed to this right as a component of personality.

2. *Privacy may be an anomaly*²

Privacy, as it stands today, is a relatively new conception, dating from 1890, with the essay *The Right to Privacy* by Warren and Brandeis³. This direction has been shaped by most human beings who have lived throughout history and have contributed little by little to building and conceptualizing privacy in their small communities.

² V. Cerf, *Internet Innovator Vinton G. Cerf to Keynote FTC's Internet of Things*, Federal Trade Commission: protecting America's consumers, 2013. Available in: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/10/internet-innovator-vinton-g-cerf-keynote-ftcs-internet-things>.

³ The authors defined privacy as «the right to be alone». S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890.

What stands out is that in 3,000 years of history, privacy has been delegated to the background. Humans opt for money, prestige or convenience when in conflict with privacy or the desire to be alone.

During the tribal period (between 200,000 BC and 6,000 BC) anthropologist, Jered Diamond points out that hunter children slept with their parents in the same bed or cabin. There was no privacy. Minors witnessed sex from their parents. In the Trobriand Islands, Malinowski pointed out that parents did not take special precautions to prevent their children from watching them having sex: they just scolded the child and asked her to cover her head with a cloth⁴.

In ancient times (between 600 BC and 400 BC), the Greeks showed some taste for privacy. Unlike in the tribal period, the application of evolved engineering allowed the people of that time to act upon it to contemplate their desires. According to Samantha Burke, Greek geometry made it possible to create houses with mathematically minimal exposure to public exposure while maximizing the available light in the land in question⁵.

In Rome, the bathrooms were public. Alberto Angela points to evidence assuming that people talked while relieving themselves in open rooms with several bathrooms.⁶ This argument gains momentum when the Romans, while possessing the luxury and economic condition of building houses with internal walls, still opted to display their private lives. Also, most Romans chose to live in crowded apartments with walls thin enough to hear all the noise. Overt displays of wealth at that time to others present in society was a status symbol⁷.

In the middle ages (400 AD-1200 AD), holy practitioners of Christianity postulated seclusion inaugurating the modern concept of privacy. The popularization of the biblical concept that morality was not only the result of an evil deed but the intention to cause harm, led its most devoted followers to withdraw from society and to obsessively focus on fighting their inner demons, freeing them from worldly distractions⁸. «Just as fish die if they stay too long out of water, so the monks who loiter outside their cells or pass their time with men of the world lose the intensity of inner peace. So, like a fish going towards the sea, we must

⁴ J. Diamond, *The World Until Yesterday: What Can We Learn from Traditional Societies?*, London, 2013.

⁵ S. Burke, *Delos: Investigating the notion of privacy within the ancient Greek house*, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, 2000. Available in: https://leicester.figshare.com/articles/Delos_Investigating_the_notion_of_privacy_within_the_ancient_Greek_house/10097996.

⁶ «Think of Ancient Rome as a giant campground». A. Angela, *A Day in the Life of Ancient Rome*, New York, 2016, 236-240.

⁷ G. Ferestein, *Google's Cerf Says "Privacy May Be An Anomaly", Historically, He's Right*, *Techcrunch*, 2013. Available in: <https://techcrunch.com/2013/11/20/googles-cerf-says-privacy-may-be-an-anomaly-historically-hes-right/>.

⁸ G. Ferestein, *op. cit.*

hurry to reach our cell, for fear that if we delay outside, we will lose our interior watchfulness»⁹.

At that time, there was no Latin or medieval word equivalent to privacy. Private meant taking it off. Even, according to Georges Duby, the floor plans of buildings at that time showed that humans and animals slept under one roof in the same place because there was only one room in the house¹⁰.

At the end of the medieval period and the beginning of the Renaissance period (1300 AD-1600 AD), the pillars of privacy were created. For historian Peter Smith, privacy is the main achievement of this period¹¹. Early in the thirteenth century, the commandments of the Catholic church postulated the obligation of mass confessions, reshaping the paradigm of morality for something essentially private, displaced from society, causing a significant upheaval in much of Europe.

Subsequently, the technological advance was favorable to the theological guidelines present at that historical moment. New technology has allowed the spread of ideals quietly and much more cheaply: the Guttenberg printer. The individualistic aspect that was previously consecrated by the idealizers and thinkers of the time was reinforced and overwhelmed the European population through individual reading. Poets, artists, and theologians have had their ideas of abandoning worldly distractions set for transforming the individualistic heart into a greater relationship with God. Further, until the mid-eighteenth century, although public readings were present as a tradition, a silent, reclusive study was an elite luxury for many years¹².

Another construction that made possible the elaboration of the concept of privacy was the invention of sleeping beds. Twin beds created in modern times were seen as one of the most expensive items in residence. It became a place for social gatherings, where attendees were invited to rest with the entire family and the staff of that residence¹³.

This scenario remained until the outbreak and height (1343 AD-1353 AD) of the Black Death. The unclean European life without hygienic care has caused infectious diseases to destroy large cities and newly populated conglomerates. This extreme situation forced the community to profoundly reshape its health and hygiene attitudes both at home and in hospitals, where patients often slept next to each other¹⁴.

⁹ D. Keller, *Oasis of Wisdom: The Worlds of the Desert Fathers and Mothers*, Collegeville, 2005, 51.

¹⁰ G. Duby, *A History of Private Life: Revelations of the Medieval World (History of Private Life)*, II, Harvard, 1993.

¹¹ P. Smith, *Houses of the Welsh Countryside: A Study in Historical Geography*, Hansard, 1975, 234.

¹² G. Ferestein, *op. cit.*

¹³ G. Ferestein, *op. cit.*

¹⁴ G. Ferestein, *op. cit.*

Although this scenario led to a change in the sense of privacy, it did not mean that more intimate situations such as sex continued in the private sense as we understand it today. It was usual for spiritual and logistic reasons to witness the consummation of the marriage. «Newlyweds climbed into bed before the eyes of family and friends and the next day exhibit the sheets as proof that the marriage had been consummated»¹⁵.

In this period, there was no such plausible justification for demanding and demanding privacy. Although there were separate beds, most houses had only one bedroom. According to Sierlo, an Italian architect, the creation of internal walls was not intended to guarantee privacy, but to satisfy the desire to warm up, as in this scenario in the comment there was only a fireplace in the center of the room so that people could circulate it, see each other and have fun telling stories¹⁶.

The personal and legal conception of privacy began to change in the period of the Industrial Revolution (1600 AD-1840 AD). Citizens began to demand legislative follow-up with the growing social demands directed at the secret. On August 20, 1770, John Adams, future president of the United States, expressing his support for privacy, wrote the following note: «I am under no moral or other Obligation... to publish to the World how much my Expenses or my Incomes amount to yearly»¹⁷. The desire to maintain the private under the public sphere can become evident and date its growth in later centuries.

In the golden years (1840 AD-1950 AD), privacy came to be understood as a distinctly modern product, one of the luxuries of civilization. The concentration of wealth in the hands of the bourgeoisie served as the basis for the authorities to recognize privacy as a fundamental precept of ownership of human life¹⁸. In this sense, this new need for intimacy made the process in which multiple factors intervened, from new housing construction techniques to the separation between the places in which one lives, and the workplace intervened¹⁹. «What is

¹⁵ G. Duby, *op. cit.*

¹⁶ G. Ferestein, *op. cit.*

¹⁷ G. Ferestein, *op. cit.*

¹⁸ Arendt says: «We owe the full development of home and family life as an interior and private space to the extraordinary political sense of the Roman people, who, unlike the Greeks, never sacrificed the private to the public, but instead understood that these domains could only subsist in the form of coexistence.

[...] is that the four walls of one's private property offer the only safe refuge from the ordinary public world – not only against everything that occurs in it, but also against its own publicity, against the fact that it is seen and heard. An existence lived entirely in public, in the presence of others, becomes, as they say, superficial. It retains its visibility but loses the quality of coming to light from darker ground, which must remain hidden so as not to lose its depth in a very real, non-subjective sense. The only effective way to ensure the darkness of what must be hidden from the light of advertising is private property, a privately owned place to hide». H. Arendt, *A condição humana*, Rio de Janeiro, 2010, 72-87.

¹⁹ S. Rodotà, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, Rio de Janeiro, 2008, 26.

private as opposed to what is public is no longer identified by a political approach to gain strength in the opposition between the social and the intimate»²⁰.

For the poor, however, life remained public. Sartre gives a detailed account of the streets of Naples demonstrating: «The ground floor of every building contains a host of tiny rooms that open directly onto the street and each of these tiny rooms contains a family [...] they drag tables and chairs out into the street or leave them on the threshold, half outside, half inside [...] outside is organically linked to inside [...] yesterday i saw a mother and a father dining outdoors, while their baby slept in a crib next to the parents' bed and an older daughter did her homework at another table by the light of a kerosene lantern [...] if a woman falls ill and stays in bed all day, it's open knowledge and everyone can see her»²¹.

It was then in 1890 that the right to privacy was born as the legal product of an intense historical reformulation. The Right to Privacy, seminal essay by Warren and Brandeis²² curiously is based on the protection of private life and private life front the invasion of technology to personal information in this sphere.

The precepts of the industrial revolution still rooted in Warren and Brandeis can be observed in the first sentence of their text: «That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law [...]».²³ Not only the person but also the property comes under the protection of privacy. Furthermore, this is an interesting point, since, in the debate or discourse of this current law, only its first spectrum (persona) is taken into account²⁴.

It turns out that at this historical moment, privacy was not yet characterized as a positive norm. It was not until 1903, at the request of US President Grover Cleveland, the New York legislature set a penalty of up to \$ 1,000 for the use of someone's unauthorized image for commercial purposes. This was not automatically and by The Right to Privacy, but because Cleveland married a wife considered beautiful by the eyes of the media. Frances Cleveland's image was carried in numerous television commercials, causing the president to put pressure on the legislature²⁵.

The complexity and intensity of everyday life demanded a withdrawal of the subject from the public world. At least a moment of solitude and intimacy has become essential for the individual. This fact is difficult to achieve with mod-

²⁰ M.C. Cachapuz, *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*, 2006, 68.

²¹ J. P. Sartre in A. Prost; G. Vincent, *History of Private Life: Riddles of Identity in Modern Times*, 5. Cambridge, 1998, 4.

²² S.D. Warren, L.D. Brandeis, *op. cit.*

²³ S.D. Warren, L.D. Brandeis, *op. cit.*, 1.

²⁴ «The American understanding of privacy stems especially from the right to property, imposing limits on the state power to invade, control or dispose of it. However, jurisprudence has developed and today has a much more complex meaning than the original». R. Garcia, *Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção, dimensões*, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 34, 2018, 1, 1-26.

²⁵ G. Ferestein, *op. cit.*

ern technological inventions that subject its users to situations of extreme visibility that can make pains and moral distress much greater than those inflicted by bodily harm.

Postcards were one of the first instruments to be used as a reserve for privacy. The Atlantic Monthly reports spell out: «There is a lady who conducts her entire correspondence through this channel. She reveals secrets supposed to be the most profound, relates misdemeanors and indiscretions with a reckless disregard of the consequences. Her confidence is unbounded in the integrity of postmen and bell-boys, while the latter may be seen any morning, sitting on the doorsteps of apartment houses, making merry over the post-card correspondence»²⁶.

Another successful technological-informative creation was the telephone. Although the initial value of individual lines was too disproportionate to current standards, the existence of shared lines made it possible for neighbors and loved ones to use and enjoy this function. «Party lines could destroy relationships ... if you were dating someone on the party line and got a call from another girl, well, the jig was up. Five minutes after you hung up, everybody in the neighborhood – including your girlfriend – knew about the call. In fact, there were times when the girlfriend butted in and chewed both the caller and the callee out. Watch what you say»²⁷.

From this period on, it has become clear that the extraordinary effects of new technologies and the paradigmatic changes marked by the emergence of privacy as an essential resource for the organization of being have been highly disproportionate. To aspire to such a right and to see it impassive of exercise with such a transformation of scientific and legal institutions puts in check the material and immaterial protection of the subject.

The purpose of this section is to begin the comparison between the historical and legal aspects of privacy. This set of elements shows how a new frontier of this apparent right is being outlined. In its primary aspect, dating back to antiquity, privacy was considered to be non-existent. There are no historical accounts that place privacy as a natural right. One of the most recent redefinitions of intimate life is that consecrated by the industrial revolution, which characterized it as a property, a luxury, an asset available to the bourgeois classes.

One can notice with this brief history that for more than 3,000 years, privacy was not understood as a right. If this is the global picture to be observed, contemporary privacy can be a historical anomaly. Moreover, how important is that? This observation tends to favor the concrete normalization of privacy according to its ontological aspect. At first, it seems to us that its ontology is focused on the

²⁶ F.S. Lane, *American Privacy: The 400-Year History of Our Most Contested Right*, Boston, 2009, 47.

²⁷ F.S. Lane, *op. cit.*

cultural and socio-political aspects of the time when it is exercised. Warren and Brandeis only designated it as a right under their spheres being reached. Until then, it was regarded as an asset, a property, and this is being shaped.

Contemporaneously, one lives in a society where heightened surveillance of information technologies affects the subject. Thus, privacy is reinforced as a right. But what about its nature? If we consider privacy a cultural fruit, is there compatibility with this proposition and its exercise? If the meaning is cultural, are the unavailability and inalienability of this institute capable, or at least efficient, in removing economic obstacles to ensure more extensive protection? The next section will give us elements to discuss these questions.

3. *Privacy under attack in the surveillance society*

Along this line, as much as we assume the ontology of privacy as a cultural product, a concept, representative of its capacity to be legally protected, had not yet been presented. A seminal elaboration can be verified by Alan Westin, who says «privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others»²⁸.

Some authors differentiate privacy from intimacy. For Nery, «Intimacy is considered the most reserved sphere of the individual. There, your personal information is safeguarded not to reach the knowledge of others, becoming an inviolable field, protected infra and constitutionally, also referring to the image itself in front of the mass media»²⁹.

Privacy, on the other hand, «lies in the legal field, it is human acts external to intimacy, reserved by the person or his nature»³⁰. Thus, «it would be the externalization of a part of intimacy to the detriment of a particular group, place, or any activity, whether it is interaction or not, as the will of the individual who decides to perform it and demonstrate that the scope constitutes his or her own privacy»³¹.

For José Afonso da Silva, «the set of information about the individual that he can choose to keep under his sole control, or communicate, deciding to

²⁸ A. Westin, *Privacy and Freedom*, Nova York, 2015, 12.

²⁹ A. Nery, *Considerações sobre os bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil*, in N. Nery Junior; R. Nery, *Doutrinas essenciais. Responsabilidade Civil. Direito fundamental à informação. Dever de informar. Informações cadastrais. Mídia, informação e poder. Internet*, São Paulo, 2010.

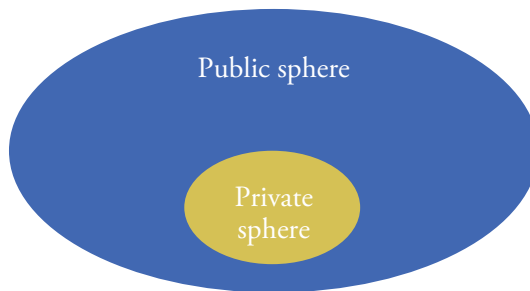
³⁰ I. Maceira, *A proteção do direito à privacidade familiar na internet*, Rio de Janeiro, 2015, 64.

³¹ S.B.S. Divino; L.A.V.C. Siqueira, *O Direito Ao Esquecimento Como Tutela Dos Direitos Da Pessoa Na Sociedade Da Informação: Uma Análise Sob A Ótica Do Direito Civil Contemporâneo*, *Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM*, 2017, 12, 218-236, . In: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369424579>.

whom, when, where and under what conditions, without being legally subject to it» would be the ideal concept for privacy»³²³³.

That differentiation is essential. Some observations should be made. First, to understand the concept of privacy, we have to understand what the public is. In general terms, the public is the one who is available to everyone, which is not restricted and can be verified by anyone. One of the basic principles of the democratic rule of law is the public thing. In this case, there is no ownership of the property. The *res publica* is visible and can manifest itself in various ways, such as the principle of transparency, which allows the citizen of a given country to access public spending for maintaining the democratic order. In this case, can it be said that the private is contained in public? Is the following representation correct?

Figure 1: Private into public



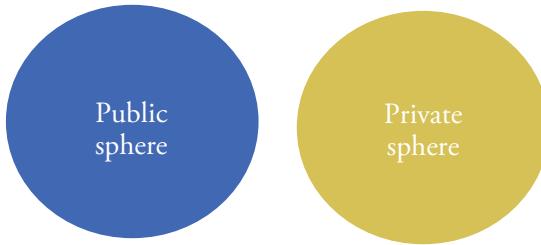
Source: Author (2020)

If we consider it true, we admit that all private life is swallowed up by the public sphere. Even if you have a membrane that does not allow the two environments to mix, the public sphere contains the private sphere, which does not seem right to us. Only that which has relevance for society should be public. The development of social policy is achieved through collaboration between individuals who substantially choose what they want or do not want to make public. In some cases, it is independent of people's choice whether or not to make something public, such as state accounts and expenditures. Based on the very democratic rule of law, it is shielding in some cases can be an interference in that very governmental and legal style. In this case, can the private sphere be separated from the public sphere, placing them as distinct and opposite? As shown below?

³² J.A. da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 2008, 100.

³³ «For us, although we consider important the differentiation between the terms privacy and intimacy, we do not see any impediments in the use of the expression right to privacy to address the right to privacy, after all it is inserted in that». M.V.L. Cancelier, *O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro*. *Sequência*, 2017, 76, 213-239. In: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213>.

Figure 2: Private outside public

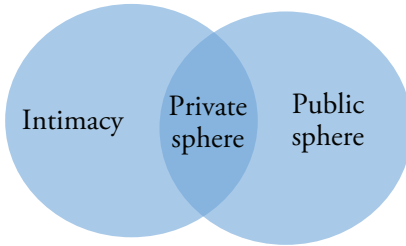


Source: Author (2020)

If we consider the answer as true, we have as a result different environment in the same society. In this case, the differentiation is too much, because it creates two distinct environments in which there is no connection between them. Since the construction of human relations is notoriously social – this means that although we always want to keep matters to ourselves and protect ourselves from certain behaviors, we still suffer external influences – it becomes difficult to sustain this argument. In the first place, privacy takes on the character of objective, legal, and political participation. This means that it exists to prevent the public from entering the private in a direct and unrestricted way. However, privacy is part of the public.

Moreover, it is, in this case, that intimacy assumes relevance. When we talk about intimacy, it is linked to the subjective and mental aspects. Intimacy is the subject's desire to keep his secrets within his mind. It refers to a psychological condition in which the holder chooses not to say or do something because of his mental faculties. On the other hand, privacy has a public form. So much so that although notorious people may have their privacy broken under the pretext of protecting the public thing, as is the case of possible white-collar crime or corruption carried out in private environments. In this case, privacy is broken for the protection of the common good. Intimacy, however, because it is a psychological precept, is almost inviolable. Only in cases where there is mental manipulation or the use of devices to verify the argumentative and mental correspondence will its extinction occur. Therefore, the private sphere seems to assume a related and joint posture with the public sphere, but which keeps the intimacy of its holder protected, representing itself better in the following way.

Figure 3 – Private between public and intimacy



However, these considerations are not totally accepted by another authors. One of the most objective concepts we find in Rodotà. For the author, privacy is understood «as the right to maintain control over one's own information»³⁴. In this sense, there is not only control of what goes out, but also what goes in. Moreover, as much as Rodotà's formulation is linked to fundamental rights and personality rights, his position reminds us of a particular property under privacy, «a new property right over personal data, which has become an indispensable and very important asset. value of the era of direct marketing»³⁵. This is quite questionable since, when approached about data commodification, the author denies any possibility because it is the result of the subjective sphere of the person.

The proposal to consider the data³⁶ as “property” of the interested party reveals insufficient protection precisely under the profile of the fundamental right to privacy because the possibility of negotiating an economic counterpart presents itself as the only instrument capable of giving the interested party a real power of control over the data themselves that could otherwise be collected without your consent or even without your knowledge³⁷.

Here we find perhaps the paradox of the present writing. How to protect privacy without considering it available, malleable within the sphere of its holder?

³⁴ S. Rodotà, *op. cit.*, 92.

³⁵ S. Rodotà, *op. cit.*, 153.

³⁶ This question may arise about the difference between privacy rights and data protection. In principle, the divergence between them is terminological. However, we try to delimit the scope of both. While the right to privacy is an autonomous institute of the proprietor's personality, allowing him to control what goes in and what goes out of his private sphere through his informational self-determination, data protection can be considered as a kind of privacy. It can be said that they are two sides to the same coin. The exercise of data protection is based not only on informational self-determination but also on privacy, as it is included in this. Although data protection is restricted to only one aspect of privacy, if viewed as a whole, it is believed to be complementary. From this perspective, it does not seem logical to stipulate a dichotomy and stratify, on the one hand, the right to privacy, and on the other, data protection. Ontologically they are unified. However, in order to delimit and address didactic aspects, data protection is enshrined as a kind of privacy for the attention and delimitation of informational acts that are taken from the proprietor's private sphere. In contrast, the right to privacy addresses something broader. Restricting itself only to this information collected and processed in the virtual scope.

³⁷ S. Rodotà, *op. cit.*, 154.

Some studies demonstrate user acceptance of the sale of their data if granted consideration. One of them held at the University of Pennsylvania consisted of the following question: «please think about the supermarket you go to most often. Let's say this supermarket says it will give you discounts in exchange for its collecting information about all your grocery purchases. Would you accept the offer or not? »³⁸. Interestingly a percentage of 43% of the people interviewed agreed with the practice³⁹.

The assumption of multiple functionalities brought by technology is part of the unfolding of the various moments of a journey in one's life. Its dimension not only diachronic but also synchronized with the identity of the subject breaks down barriers and assumes a continuous interactive position between humans and machines. At each moment, the context in which the person constructs his path and his significant subjective and objective reference is radically changed. In a legal dimension, this is no different⁴⁰.

Especially in the consumerist field, the discussion of consumer protection in e-commerce is not relatively new, but not old either. The legislative reference in foreign law responsible for the recognition of electronic contracts as legal business was given in the Uncitral Model Law on Electronic Commerce, 1997, in its arts. 5th and 11th⁴¹.

Recently, Directive (EU) 2019/770 established legal rules and parameters on certain aspects of contracts for the supply of digital content and services. One of the essential considerations – perhaps the most important for this article – is the impossibility to consider personal data as goods. The law prevents the supplier of a product or service from being remunerated solely with personal data. This means that the application of this directive to those services considered to be free, where the consumer is given personal data or not, will depend on prior remuneration and (monetary) purchase of products or services. If not covered by this aspect, the general guidelines of RGPD 2016/679 will apply.

³⁸ J. Turow, M. Henessy, N. Draper, *The tradeoff fallacy: how marketers are misrepresenting and opening them up to exploitation*, in: https://www.asc.upenn.edu/sites/default/files/TradeoffFallacy_1.pdf.

³⁹ Named as trade-off. More in: E. IAB. *Consumers Driving the Digital Uptake: The economic value of online advertising-based services for consumers*, 2010, 7. In: http://www.iabeurope.eu/files/7113/7000/0832/white_paper_consumers_driving_the_digital_uptake.pdf.

⁴⁰ S.S. Divino, *Reflexiones escépticas, principiológicas y económicas sobre el consentimiento necesario para la recolección y tratamiento de datos*. *Derecho PUCP*, 83, 2019, 179-206.

⁴¹ «Article 5. Legal recognition of data messages Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message Article 11. Formation and validity of contracts (1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose». United Nations, *Uncitral Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment*, 1999. In: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf.

In Brazil, the discussion takes place in the early 2000s, especially with Professor Claudia Lima Marques⁴². Already at that time, the author envisioned the possibility of the existence and expansion of a space brought by the internet expressed in electronic and mass communication networks to gain confidence and elaborate practicality mechanisms for consumers, as well as reconstruct the deconstructed dogmatic contract⁴³.

The reflections on this theme are endless. The innovative character of technology highlights changes in the relationship between the citizen and the consumer market. This standard description of the character of a society succumbed to informational criteria denotes a staggering growth in their participation in the virtual world. Electronic contracts operate the consumerist experience in the network society. To check what is the role and position of the consumer in electronic, contractual relations, called e-commerce, it would be a mistake to analyze them exclusively under the theoretical aspect. Some practical considerations should be pointed out as a general character to support the present argument.

Considering the actual experiences and experiments of e-commerce, we identified the influence of a plurality of instruments used for effective consumer satisfaction. The organization of private structures in the formation of contractual networks enables access to information and the provision of online services through structured and differentiated tools and procedures in new perspectives.

The relevance of e-commerce and, in general, the economic dimension, induces the transformation of the Internet into an aseptic place, where the consumer, whether adult or child, can enter as if it were a vast shopping center, a shopping center, without borders, without risking your attention diverted from anything other than consumer activity⁴⁴. We are, however, faced with a complicated situation: from the moment commercial use transcends all other forms of contractual use, by its practicality and convenience, the internet format and its very nature are profoundly transformed and emerge new demands and proposals to regulate this scenario. The supplier of products or services in e-commerce is imperative to accept the consumer to collect and process data intended to finalize that consumerist relationship. If the consumer denies it, he will not be able to finalize it⁴⁵.

In this same sense, there is the conception of false gratuity in the provision of services. The critical point certainly concerns the possibility of an economic assessment of consumer privacy. Social networks are examples that use unpaid electronic contracts directly to provide networked products and services. It turns

⁴² C.L. Marques, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, 2004.

⁴³ S. S. Divino, *op. cit.*

⁴⁴ S. Rodotà, *op. cit.*, 179.

⁴⁵ S.S. Divino, *op. cit.*

out that there is a particular cost of access to social networks because privacy and personal data have economic value to obtain patrimonial advantages. «By the way, a 2012 study on the topic found that if social networks were supported by users rather than advertisers, Facebook would be the most expensive, costing \$ 5.04 a year or 42 cents a month. Twitter would cost \$ 2.29 a year; LinkedIn, \$ 1.50 a year; and YouTube, \$ 1.17»⁴⁶.

When using Facebook services, for example, the person concerned provides data on content sharing, sending of messages, communication with other users, and may include information present in or about the content. After collecting this information, which has already been processed through data initially captured, Facebook may use it, among other purposes: to send marketing communications; improve advertising and metering systems by being able to show ads that the business deems relevant to the individual, both inside and outside the services offered, and measuring the effectiveness and reach of ads and services containing data on how many people viewed the ads or installed an app after seeing an ad; or provide demographic information to help your partners understand your audience or customers⁴⁷.

There is no way for a service that is truly free, yet worldwide and with numerous participants, to achieve this monetary correspondence. The combined techniques of information technology factors and the collection and processing of personal data enable interactive media to earn revenue from advertising. The discipline brought about in terms of services and privacy policy is not merely protective. The core of the possibilities offered and the increased distinctions in these contractual instruments draw indications in two directions⁴⁸.

The defense of privacy thus requires an expansion of the ontological institutional perspective, overcoming its purely subjectivist conception as a seemingly unavailable and ineligible right, as well as its purely proprietary conception. There must be and commute a set of disciplines according to the functions for which they are intended for the protection of intimacy. There are, however, challenges to be faced against the contemporary legal conception of privacy.

⁴⁶ A. Cordeiro, C. Konder, *Onerosidade do acesso às redes sociais*, *Revista de Direito do Consumidor*, 2019, 121, 185-212.

⁴⁷ Facebook, *Política de Dados da Rede Social Facebook*. In: www.facebook.com/about/privacy.

⁴⁸ S.B.S. Divino, *A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração*, *Revista de Direito do Consumidor*, 2018, 118, 221-246.

4. *Privacy's ontology: personality right or property?*

When there is the alternation of society with individuals, from the collective to the singular, the polarities are accentuated and become more perspective in the eyes of the frequent participants. To delimit the scheme of the new reality from past experiences and analyzes, it is indispensable the conceptual attribution for the perception of the context in which the relations between people, between individuals and social organizations, are constituted. Based on this, three concepts are essential: personality, personality law, and person.

Personality refers to «a susceptibility to ownership of legal rights and obligations». ⁴⁹ The rights attributed to it are «legal faculties whose object are the various aspects of the subject's person, as well as their extensions and projections» ⁵⁰. The person, in turn, would be the entity endowed with freedom of will, the will to meaning, and the meaning of life, capable of exercising what is fit and what is assigned to him ⁵¹.

It is observed that the differentiation between the above propositions is patent. We choose to use and discuss only the right meaning of personality to avoid an ambiguous course of commitment that allows the reader to identify what is intended in the present work. The other terms will not be worked because there is no intrinsic relationship with the section under construction.

Analyzing the concept of personality law, one realizes the importance of including certain functions in its scope. If we are in the order of personality and subjectivity, such functions and limitations can only be considered legitimate in cases of compatibility with the private autonomy of the holder, equally grounded in the free exercise of life.

This particular intersection shows that the characteristics – as well as the functions – of personality rights are the result of an exemplary description. Please do not get the fee because of its immeasurable scope and origin. For Schreiber, «Its legal functions are different, such as (I) highlighting the different threats that each of these attributes may suffer, facilitating the prevention of damage (preventive function); (II) allow, through the development of specific instruments, the fullest repair of the lesions that may reach them (reparative function); (III) assist in the formulation of proper parameters for the consideration in the hypothesis of a collision between the rights of personality itself or between them and other fundamental rights (pacifying function); and (IV) stimulate the development of

⁴⁹ A. De Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, São Paulo, 2008, 19.

⁵⁰ R. França, *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1983, 72, 567, 37.

⁵¹ V. Frankl, *La voluntad de sentido*, Barcelona, 1994, 16.

these attributes through public policies and appropriate social initiatives (promotional function)»⁵².

The dissertation, through these functions, leads both the legislator and part of the jurists to assign characteristics consistent with the human condition of such rights. According to Bittar, «these rights are endowed with special characters for the effective protection of the human person, since they have, as their object, the highest goods of the human person. That is why the legal system cannot allow the holder to deprive them, lending them an essential character. Hence, they are, at first, non-transferable and indispensable rights, restricted to the person of the holder and manifested from birth (Brazilian Civil Code of 2002, article 2). In its general and principal characteristics are innate (original) rights, absolute, off-balance sheet, non-transferable, imprescriptible, unenforceable, lifelong, necessary, and opposable *erga omnes*, as the best doctrine has been based, as article 11 of the new Code»⁵³.

The recognition of privacy as a personality right is considered of great importance in Brazilian doctrine. In addition to Schreiber and Bittar, previously highlighted, brief research demonstrates the articulation between the postulated premise and its empirical relationship⁵⁴.

The sense of privacy in the surveillance society must transcend its dogmatic aspect, relating to the realization of the values of humanity in each society and culture in force at the time of its exercise. The violation of this right in the virtual network proposed the creation of new legislative mechanisms for the protection, reparation, and compensation of the damages resulting from this conduct. A common thread required the release of external factors in shaping the privacy and personality of the individual. In this scenario, data protection legislation emerged with the function of marking the fact that it belongs to a privileged group of rules aimed at the extensive regulation of the subjectivity of the holder of this right.

This reality is more complex and progressively affects the whole subjective tutelage. It explains. In both European Union Regulation 2016/679 and Law 13.709/2019, both responsible for establishing a General Data Protection Regime, the focus of consent is at the heart of the discussion. Also, Directive (EU) 2019/770 prohibits the possibility of considering personal data as commodities and remuneration models.

⁵² A. Schreiber, *Direitos Da Personalidade*, São Paulo, 2014, 228.

⁵³ C.A. Bittar, *Os direitos da personalidade*, São Paulo, 2015, 43.

⁵⁴ See more in V.R. Nascimento, *Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade*, *Revista de informação legislativa*, 54, 213, 265-288, 2017. In: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265. E. Sartori, *Privacidade e dados pessoais a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC: Journal of Contemporary Private Law*, 2016, 9, 49-10.

Firstly, the conceptual aspect of this term must be delimited, but such a task is not easy. It is assumed that a subject of law has the autonomy to decide and choose about aspects of his life. The exercise of this discernment as a unique tool develops self-determination as the capacity to practice or not to perform a particular act placed upon it. Mainly, in the legal field, the application of consent occurs as a constitutive element of the business sphere.

The psychic externalization of this consent, this will, this desire, this belief in accomplishing something, and this intentional phenomenon is what is intended to constitute a contract. A subject X only sells a movable or immovable property because he intends to do so. From rational criteria plus discernment, the subject develops a mental exercise capacity to choose what he wants for his life. This aspect is even extended to rights considered very personal, such as the economic realization of the image right. A renowned subject who intends, desires, intends the economic exercise of his image, whether through the psychological externalization of his will in the practical aspect that may or may not be registered in a contractual instrument. Therefore, consent is considered a master key and an indispensable element in the constitution of legal business. No one at first can be a party to a contract they do not want.

The content of the contractual clauses must be compatible with the psychological guidelines pursued by the contractor, under penalty of violation of their autonomy and objective good faith. Thus, consent acquires a critical emphasis on the exercise of the holder as a person. Its achievement as the highest good is in the satisfaction and realization of the good objectified by its consent, abstracted from its discernment and rational criteria. Roughly, therefore, consent is than the externalization of the intentionality of the individual through speech acts for the exercise and practice of an act that he or she aims at. Accordingly, consent for data processing will only be granted if the holder understands and intends to do so⁵⁵.

The article 7 of the Brazilian GDPR⁵⁶ states some alternative hypotheses in which data processing would be legitimate. It is understood that at this time that as the legislature used the disjunctive conjunction or at the end of item IX if configured any of the hypotheses present in the other items would be allowed the processing of data, regardless of whether or not consent. See, in a hermeneutic reading, if the legislature decided to fully apply consent in the other hypotheses prescribed in the normative in question, would have created points in item I, instead of making other items. Alternatively, rather, included such a requirement in the caput of the article. Besides, it used the disjunctive conjunction or, at the

⁵⁵ S.S. Divino, *op. cit.*

⁵⁶ Brasil, *Lei. 13.709, De 14 De Agosto De 2018*. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.

time when it could have limited the hypothesis to the making of the first. For this reason, even if there is no consent of the holder if any of the hypotheses present in items II to X is configured, the processing of data will be legitimate, provided that the other legislative principles are respected⁵⁷.

As a rule, the legislation takes a protective stance and lists two situations in which it is possible to process these data. The first requires, specifically and prominently, the consent of the data subject to carry out the processing of data, provided that the purpose is delimited (article 11, caput, I, RGPD). The second (article 11, II, a-g, RGPD) does not require consent, but will only be in exceptional cases. All these situations are exhaustive enumerations and do not allow broad interpretation. Any other situation not listed here or the consent of the holder is absent or unverifiable will prevent the action of the treatment agent.

Admittedly, some strategies oppose such logic and legal, organizational structures as contemporary electronic, contractual molds. These, considered clickwrap or point-and-click, make it difficult to analyze more precisely the requirements designated above. However, the structuring force of the new technologies and their synergy with the legislation should be such as to facilitate this, such as the creation of specific contractual models for the optional transfer of personal data by the holder when using a particular service. What should be borne in mind, first of all, is that the design of consent as the locus of data processing outlines some, mainly principled, tendencies, which have not been forgotten by law. First, they were listed in a specific role.

The problem is what to do to get this consent collected. Current electronic, contractual models do not favor this practice. The mere attitude of clicking on a dialog and accepting the Terms of Service and Privacy Policy is not something that can assert by granting consent. Reading this type of contract, because it contains many technical traits, impairs the understanding of laypeople. This when they do the reading. Most of the time, according to the early authors, 74% of people ignore such terms and policies⁵⁸.

With these considerations, one returns to the ontological and proper dynamics of private life. Technological incompatibility with data protection laws and also with social development under intense surveillance precludes effective protection of this right under the terms intended by its holder. Privacy and personal data today have a high economic value capable of limiting or excluding other forms of legal protection under the virtual dimension.

⁵⁷ S.S. Divino, *op. cit.*

⁵⁸ J. Obar; A. Oeldorf-Hirsch, *The biggest lie on the Internet: ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services*, *Information, Communication & Society*, 2018, DOI: 10.1080/1369118X.2018.1486870; A. Mcdonald; L. Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies. IIS: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, 4, 3, 543-568, .

This more complex reality progressively affects the whole social organization. It must be taken into account when setting the new parameters for rights and social organization, to directly interfere with this dimension and guarantee the freedom of the subject. A reframing of privacy becomes necessary to favor its development as controllable within the intimate sphere of its holder.

Initial incidents already highlight reformulated dimensions for the reinterpretation of this right. The first of these is called decisional «[...] It is the kind of protection that is given to the individual's way of life, including their choices, their tastes, their projects, their characteristics». The second, informational, derived from Solove, «means that privacy should be looked at from particular contexts, not just as abstract». Finally, the third dimension, called spatial, «[...] returns to that which is the most traditional dimension of privacy of all, that original dimension, from which every privacy issue has developed. It is the privacy of the home, the privacy of a room in the house, of a certain physical place»⁵⁹.

Although the description of the last decision is questionable, given that the development of privacy between walls was only after the industrial revolution, the central idea is for a proposal to reformulate privacy to meet contemporary legitimate interests, i.e., your protection.

What is proposed at this moment is to place the problem of the defense of privacy in a dimension in which it is precisely the information and communication technologies that allow its defense and its exercise? Your ontology is taken into account. Initially, we say that because it is a cultural fruit, the privatistic aspect is shaped by social customs. In the contemporary surveillance society, privacy is nothing more than an economic resource used for the development of large companies. Moreover, how does the titular subject stand in front of this?

Although the General Data Regulation was recently promulgated, in the European Union, there was Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals concerning the processing of personal data and the free movement of such data. This, however, did not prevent the flagship Cambridge Analytica Case,⁶⁰ although Regulation 679/2016 has plenty of textual content in common with its repealed standard.

What is expected from this reasoning is that the market and society will not be hindered by the imposition of the necessary consent to the collection and pro-

⁵⁹ E. Peixoto, M. Ehrhardt Jr., *Breves Notas sobre a Ressignificação da Privacidade*. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCIVIL*, 16, 2018, 35-56.

⁶⁰ H. Davies, *Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users*. *The Guardian*. In: <https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data>. S. Ghosh, *The power players behind Cambridge Analytica have set up a mysterious new data company*. *Business Insider*. In: <https://www.businessinsider.sg/cambridge-analytica-executives-and-mercer-family-launch-emer-data-2018-3>.

cessing of personal data, as well as by the impossibility of entrenching a kind of social profile of the technologies, in the sense of the necessary creation of risks for the private sphere. This means that programs will be used in a network for the continuous contemporary practice of privacy violation. In the first place, because the laws find, as a rule, territorial limits for their effective application. The Internet, on the other hand, is something transcendental of sovereign borders. On the other hand, it is impossible, from an economic point of view, to collect any networked consent in order to implement the contract that is being drafted effectively.

One proposal to remedy this situation is to use the differentiation we initially made between the public sphere, the private sphere, and intimacy. Personal data are fragments belonging to the private sphere of its holder. This is due to their public destination, which ranges from medical surveys to electoral arrangements, as in the case of Cambridge Analytica. Personal data cannot be considered as part of the intimacy precisely because of their immaterial – but economical – participation in the world. They could only be components of intimacy if they were exclusively immaterial and subjective, impassive of objective informational delimitation, which does not occur. Data processing is capable of extracting the information and patterns needed to achieve particular objectives. Even if their analysis is extracted from a work of art, for example, which is too subjective, the patterns tend to be as objective as possible in order to produce efficient results, as is the case with *The Next Rembrandt*. Therefore, as there is enormous participation of this personal data in the legal, political, and economic scenario, its content is intersected between intimacy and the public sphere, being characterized as an object of privacy.

It happens that their protection, as provided, for example, in the general guidelines of the EU, tend to consider only their subjective aspect and refuse to see how personal data shape the economy. Delimiting the sphere of protection and allocating it to user consent seems an excellent idea in theory, but in practice, it is incredibly ineffective. This is because the systems of contractual modality adopted in electronic contracts do not allow the choice of adherence to certain clauses of that contract. This means that there is only the possibility of hiring or not through the assignment of personal data. Therefore, as long as the regulation is not directed at the contractual environment, the protection of personal data will not be carried out effectively. This means that contemporary legislation must leave the voluntary aspect as something secondary and regulate the contractual instrument since it will be it that governs the relationship that is established at that moment.

This, however, does not only affect virtual relations, although it focuses mainly on them. It is postulated that the characteristics of unavailability, inac-

cessibility, and inalienability cease and allow the holder of privacy to earn gains and profits proportional to those that the company responsible for the violation of their privacy (*lato sensu* – also covering data collection and treatment). It can be seen that, according to the ontology of privacy, directed to a culturally molded element, the legal development ignored the historical development and started from the premises of Warren and Brandeis as if it were a presumption and immediate result of society.

The view of this right as an asset seems to be more viable than just an ineligible, unassailable, unavailable, and inalienable personality right. What is private has its double function: 1) to meet the individual interests of its holder and 2) as far as possible meet public expectations. As the world economy is directed towards personal data, one cannot deny the strong public influence on this institute. Treating it as a personality right and defending its inalienability would only hinder its protection. An important observation must be made. At the moment, we are not reducing privacy to data protection. Personal data is part of privacy, but not all of it. This means that if we follow the characteristics attributed to personality rights, in essence, privacy, it becomes impossible to make any disposition of these data since they are considered extensions of this right. In the same sense, for a possible solution to this problem, it is proposed that privacy be considered as immaterial property. Immaterial by its physical impossibility of contact. If we think of the material goods of a private character, all of them are results and extensions of the personality right. Both the copyright and the right to the image are derived that assumes an economic position when chosen by its holder. However, their attribution is much more linked to the subjective aspect, where the agent does not seem to have the possibility of detaching them from his person. One does not visualize, for example, a person detaching himself from his image or his honor. Nevertheless, we can visualize a person highlighting his or her privacy to earn a certain amount.

An important observation is that I am not classifying privacy as intangible public property, such as cultural heritage. On the contrary, it is a private intangible property available from the private to the public according to their interest. What we have at the moment is the suppression of personal will by social and economic factors that use people's privacy without their proper consent to earn. Furthermore, this is mainly due to the collection and processing of data. It is for this reason that the legislative direction should not be directed towards the consent of the individual, but towards the contractual instrument to be used in the contractual relationship. Thus, it is possible for the data owner to participate actively in the economy and, if he or she wishes, to gain monetary advantages from the assignment of his or her valuable data.

Thus, the imposition on every one of the characteristics of personality rights for privacy seems to be detached from its historical context. It is necessary to analyze its features as property and, first of all, to allow free disposition to its holder. It would not be fairer, and also addressing distributive justice, for the individual to participate in the economic aspect of something that is already exclusively his or her own. In difficult times, despite the undeniable legislative delays and the planning of legal systems to promote such protection.

5. *Final considerations*

Putting into discussion the current system of personality law that covers privacy, it was necessary to reflect on the role that both are revealed before institutional subjects. The market and political aspects use this modified social circuit to earn an income and establish particular rules between the former and the holders of the right to privacy.

In this conception, norms, and legislation directed to the protection of intimate life emerge. Even though codes of ethics and good conduct direct the interested categories, in this case, the holders of rights, the established rules tend to discipline an utopian relationship. In the contractual elaboration phase, as seen, the reference on the collection of consent, if elaborated in the manner drafted in the rule, tends to impugn and impede electronic hiring. Moreover, from a certain point of view, there are territorial limits that must be observed for the correct jurisdictional application of a particular country.

From this perspective, the first section was responsible for demonstrating the ontology of privacy. In its historical aspect, privacy was characterized as property. Its essence, thus directed, should be used as a mold for future legal and socioeconomic constructions, a fact that cannot be detected.

In the second section, it was evidenced, under an empirical analysis, that the legislative, normative, and legal precepts currently advocated by the legal community are incompatible with the very personal characteristics attributed to this right. According to a survey conducted and pointed out by Turow, Henessy, and Draper, people would commute personal data in discounts at supermarkets. This means that the tendency to alienate this asset, or at least the temporary assignment carried out under the economic approach, is already practical and accepted before the community that holds this right.

What was intended by the finding in the second section was the demonstration of the existence of a reformulation or resignification of privacy in the informational context. Advocating it as a personality right would only hinder its full

exercise and protection. On the one hand, it prevents its holders from being able to freely assign it or dispose of it in the consumer market, if they so wish. On the other hand, data protection laws seem to become an ineffective utopia because if the precepts listed there are followed, all market economic contracting tend to stop for the collection of the subject's consent.

Thus, a solution to this problem, in contrast with a new protective trend, is claimed to be that privacy is seen not only as a personality right but also as an available asset component of the person's existential autonomous sphere. What is private is only of interest to the one who holds the secrecy. If its holder wants to make it available, the State can do nothing to prevent such conduct. Furthermore, if this can be done free of charge, why not in an expensive manner, in order to allow proportional or fractional gains to the holders who exercise it? This must be taken into account.

Considering the current experiences in a framework of democratic balance, we know the central role of the Internet. Its growth is significant for all areas of science, including law. It would be a mistake to extract from this scenario the survival of a movement that cannot be based solely on its legal roots. Electronic relations have given rise to a paradigm that, so far, even in the presence of revolutionary innovations, there has been a complex legal and social reorganization. In this sense, we are walking a few steps, but in the wrong direction.

Brief considerations on the ontology of privacy

The aim of this article is to answer the following research problem: what is the ontology of privacy? Two theories will be analysed: the first postulates privacy as a personality right. In this regard, its transmissibility, waiver and the voluntary limitation of its exercise are prohibited in the Brazilian system. On the other hand, the second theory presupposes privacy as property. These aspects will be analysed by checking contemporary legal precepts linked to the characteristics of personality rights and data protection legislation, as well as their compatibility with ontological, historical and cultural aspects. To this end, the first section addresses a brief but detailed development of the origin of privacy from a sociological and historical perspective. The second section discusses the fundamental premises addressed in the first and their suitability for the legal precepts attributed to personality rights. Finally, it verifies whether the identifying elements of a personality right are incompatible and unverifiable with regard to the ontology of privacy since it is constituted and shaped according to the cultural and social precepts in force at the time of its exercise. The bibliographical research method will be used.

Brevi considerazioni sull'ontologia della privacy

Questo articolo intende rispondere alla seguente domanda: cos'è l'ontologia della privacy? Saranno analizzate due teorie sull'argomento: la prima identifica la privacy come diritto della personalità. È proprio per questo che la trasmissibilità, la rinuncia e la limitazione volontaria della privacy sono proibite nel sistema brasiliano. La seconda teoria, invece, considera la privacy come proprietà. Questi due aspetti saranno analizzati verificando i precetti giuridici contemporanei legati alle caratteristiche dei diritti della personalità ed alla legislazione sulla protezione dei dati, nonché la loro compatibilità con profili ontologici, storici e culturali. A tal fine, la prima sezione affronta una breve ma dettagliata ricostruzione dell'origine della privacy da un punto di vista sociologico e storico. La seconda sezione sviluppa le premesse fondamentali individuate nella prima e la loro compatibilità con i precetti giuridici attribuiti ai diritti della personalità. Conclusivamente, si rileva come gli elementi identificativi di un diritto della personalità siano incompatibili e non verificabili rispetto all'ontologia della privacy costituita e modellata secondo i precetti culturali e sociali in vigore al momento del suo esercizio. Si utilizzerà il metodo della ricerca bibliografica.

Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano

Sabrina Tranquilli

SOMMARIO: – 1. Premessa: il «doppio binario» della coesione territoriale. Impostazione metodologica, obiettivi, struttura e ragioni della ricerca. – 2. Delimitazione del concetto di «zona economica speciale». – 3. La differenza tra «zona economica speciale» e «zona franca doganale». – 4. Le radici storiche delle zone economiche speciali e la loro evoluzione e diffusione globale. – 5. Le principali questioni oggetto dell'indagine comparata: le esperienze, consolidate, di ZES nell'Unione Europea. – 5.1. La zona economica speciale di Shannon in Irlanda. – 5.2. La zona economica speciale di Madeira, Portogallo («*Centro Internacional de Negócios da Madeira*»). – 5.3. Le zone economiche speciali in Lettonia («*Speciālajās Ekonomiskajās Zonās*»). – 5.4. Le zone economiche speciali in Polonia («*Specjalne Strefy Ekonomiczne*») e il superamento del modello ZES. – 6. Le zone economiche speciali e le zone logistiche speciali in Italia. – 6.1. La fase di attuazione prevista dalla normativa primaria e regolamentare. – 6.2. La «speciale» e «specialissima» semplificazione amministrativa nelle ZES e ZLS. – 6.3. Il regime doganale delle zone economiche e logistiche speciali. – 7. Il controllo sugli incentivi concessi nelle ZES e il rischio di concorrenza (sleale) tra gli Stati membri. – 8. Conclusioni sul tentativo italiano.

1. *Premessa: il «doppio binario» della coesione territoriale. Impostazione metodologica, obiettivi, struttura e ragioni della ricerca*

L'intervento pubblico per supportare l'economia di impresa, far diminuire il tasso di disoccupazione e incentivare gli investimenti nel meridione, al fine di ridurre il c.d. «divario» tra Nord e Sud d'Italia è, da tempo, una costante del

nostro Paese¹ e le misure di carattere «straordinario» si sono, di fatto, concatenate nel tempo².

Gli interventi principalmente concretizzatisi nella creazione di strutture amministrative parallele a quelle statali³, nell'iniezione dall'alto di risorse, peraltro non sempre governate da una visione d'insieme, scontando quindi il rischio della loro dispersione, sono stati tendenzialmente mossi da un costante atteggiamento di sfiducia verso la capacità del Mezzogiorno di promuovere il proprio sviluppo⁴.

Sin dalla nascita della Comunità europea, tuttavia, la persistente esigenza di livellare le divergenze territoriali, sociali, economiche e strutturali e di riequi-

¹ Nel 1903, l'allora Presidente del Consiglio, Giuseppe Zanardelli, presentò il primo disegno di legge speciale per risollevare le sorti della Basilicata. Il progetto era il risultato di un'attenta indagine sulle condizioni dei contadini e sull'utilizzo delle terre, su cui si v. *Condizioni economiche ed amministrative delle province napoletane (1875) Abruzzi e Molise-Calabria e Basilicata appunti di viaggio di Leopoldo Franchetti per Sidney Sonnino*; F.S. Nititi, *Nord e sud*, disponibile presso l'archivio digitale della Fondazione A. Gramsci; G. Salvemini, *Scritti sulla questione meridionale (1898-1955)*, Milano, 1955. Non è tuttavia questa la sede per un *excursus* storico sulla questione meridionale e sull'efficacia delle politiche di intervento per il Sud, su cui la letteratura è vastissima; si v. senza pretesa di esaustività gli studi di S. Cassese, *Le questioni meridionali*, in *Lezioni sul meridionalismo* a cura di Id., Bologna, 2016, 15; L. Musella, *Il potere della politica. Partiti e Stato in Italia. 1945-2015*, Roma, 2015; S. Lupo, *La questione. Come liberare la storia del Mezzogiorno dagli stereotipi*, Roma, 2015; S. Petriccione, *Cemento e «virgin nafta». L'epoca del grande intervento dello Stato nel Sud*, Napoli, 2015; G. Berta, *La via del Nord. Dal miracolo economico alla stagnazione*, Bologna, 2015; A. Quadrio Curzio, *L'economia reale nel Mezzogiorno*, 2013, G. Soriero, *Sud, vent'anni di solitudine*, Roma, 2014; A. Lepore, *La Cassa per il Mezzogiorno e la Banca mondiale. Un modello per lo sviluppo economico italiano*, Soveria Mannelli, 2013; E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna, 2013; F. Pirro, *Studi sullo sviluppo industriale nell'Italia del Sud. Dinamiche Proposte Progetti. 1993-2009*, Bari, 2010; S. Cafiero, *Storia dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno (1950-1993)*, Manduria, 2000; F. Compagna, *La questione meridionale*, Firenze, 1992; A. Musi, G. Vitolo, *Il Mezzogiorno prima della questione meridionale*, Milano, 2004; L. Cafagna, *Nord e Sud. Non fare a pezzi l'unità d'Italia*, Venezia, 1994. G. Galasso, *Meridionalismo siciliano e meridionalismo napoletano*, in Id., *Sicilia in Italia. Per la storia culturale e sociale della Sicilia nell'Italia unita*, Catania, 1994, 155-184; U. La Malfa, *Mezzogiorno nell'Occidente*, in *«Nord e Sud»*, vol. I, n. 1, 1954, si può tuttavia evidenziare la sostanziale omogeneità dei tipi di intervento prevalentemente diretti ad alleggerire la tassazione e agevolare la realizzazione delle opere pubbliche nelle regioni più povere, stimolare l'industrializzazione e il miglioramento dell'agricoltura e delle infrastrutture.

² Si v. il significativo concatenarsi di interventi legislativi degli anni dal d.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, recante il Testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, la Legge 1 marzo 1986, n. 64, recante la disciplina organica dell'intervento straordinario nel «Mezzogiorno», modificata dal d.l. 22 ottobre 1992, n. 415, con cui si interveniva «in attesa della trasformazione dell'intervento straordinario attraverso un graduale passaggio ad una gestione ordinaria degli interventi per le aree depresse del territorio nazionale, garantendo la continuità di sviluppo dei territori meridionali, è autorizzata la spesa di 14.000 miliardi per il finanziamento degli incentivi alle attività produttive di cui alla legge 1 marzo 1986, n. 64 [...]». Per una ricostruzione delle posizioni critiche sugli interventi straordinari nelle aree meridionali si v. A. Pavarin, *Lo sviluppo del Mezzogiorno. L'intervento dello Stato e il sistema bancario della nascita della Repubblica agli anni Sessanta*, Roma, 2011, in particolare 83-84.

³ Sulla «differenziazione amministrativa» delle regioni «sottosviluppate» si v. M.S. Giannini, *Problemi dell'amministrazione delle Regioni insufficientemente sviluppate*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2011, 1-2, 89.

⁴ Anche questa sembra una costante storica, si v. gli interventi critici sullo sviluppo delle politiche industriali di G. Napolitano, *I finanziamenti industriali nel mezzogiorno*, in *Cronache meridionali*, 1955, 2,132, e di F. Granati, *Sui finanziamenti alla piccola e media industria*, discorso tenuto alla Camera dei Deputati nella seduta del 14 luglio 1961, fascicoli consultati grazie all'EleA@Unisa archivio digitale aperto dell'Università degli Studi di Salerno.

librare le zone socialmente, economicamente e territorialmente «sotto-sviluppate» non costituisce più una questione di politica interna, ma, corre su un «doppio binario», quale concorrente obiettivo delle politiche di coesione dell'UE⁵.

Il Trattato di Lisbona ha cristallizzato tale sviluppo e ha reso la «coesione territoriale» uno dei tre pilastri delle politiche di coesione, affiancandola a quella sociale ed economico, impegnandovi circa un terzo del bilancio dell'Unione⁶.

I fondi di coesione e di sviluppo regionale sostengono proprio i suddetti obiettivi e hanno assunto un ruolo chiave nel livellare le disparità territoriali⁷.

Sia l'efficacia delle politiche di coesione che l'efficace utilizzo dei fondi, sono, tuttavia, strettamente dipendenti dal rafforzamento della capacità amministrativa delle singole Pubbliche Amministrazioni⁸. Per funzionare adeguata-

⁵ Si v. l'ultimo rapporto Svimez 2019 dove significativamente si parla di «doppio divario» per sottolineare che il persistente squilibrio nella crescita economica non sussiste solo tra il nord, il sud d'Italia, ma anche tra le regioni meridionali e il resto dell'UE. In argomento si v. S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 2018, 579.

⁶ Con l'Atto unico europeo del 1986, la coesione economica e sociale è entrata a far parte delle competenze della Comunità europea. Nel 2008, il Trattato di Lisbona ha introdotto la terza dimensione della coesione territoriale, in argomento si v. la raccolta di scritti nel volume *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, P. Portaluri, Firenze, 2016; D. Messina, *Il ruolo del Comitato delle Regioni nella multilevel governance europea*, in *Le regioni nella multilevel governance europea*, a cura di A. Papa, Torino, 2016, 90; C. Golino, *L'intervento pubblico per lo sviluppo economico delle aree depresse tra mercato e solidarietà*, Torino, 2018, 11 ss.; A.F. di Sciascio, *Le politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali*, Torino, 2014; S. Cimini, M. D'Orsogna, (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, 2011; C. Bovis, *The Role and Function of Structural and Cohesion Funds and the Interaction of the EU Regional Policy with the Internal Market Policies*, in *The Role of the Regions in EU Governance*, a cura di C. Panara, A. De Becker, Heidelberg, 2011, 103-106, 18; F. Spagnuolo, *La politica di coesione nel diritto dell'integrazione amministrativa europea. Contributo allo studio dei sistemi amministrativi comuni*, Napoli, 2010; F. Wishlade, R. Michie, *Il «vaso di Pandora» e l'«oracolo di Delfi»: la politica di coesione europea e il rispetto delle norme sugli aiuti di Stato*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2009, 877 ss; G. Martinico, *The impact of the cohesion policies on the «Form of Union»*, in *Perspectives on Federalism*, 2009, 3; A. De Vita, *Il ruolo delle Regioni italiane nell'attuazione della politica sui Fondi strutturali*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, I, 2008, 79; L. Simonetti, *Dal riequilibrio alla coesione: l'evoluzione delle politiche territoriali dell'Unione europea*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2006, 415; C. Buzzacchi, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale. Il percorso comunitario*, Milano, 2005, 222; A. Claroni, *Le politiche di coesione*, in *Trattato di diritto amministrativo*. Parte speciale, IV, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 3797; M. Massa, *Profili generali della politica di coesione per il 2007/2013*, in *amministrazioneincammino.it*; A. Predieri, *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'unione europea. Atti del Convegno (Firenze, 12-13 maggio 1995)*, Milano, 1996.

⁷ Si v. Commissione delle Comunità europee, *Guide to the Reform of the Community's Structural Funds*, 1989, dove a pag. 11 significativamente si precisa che la creazione del mercato unico «*reguie not only increasing convergence of Member States' economic policies but also a reduction in regional disparities. This made reform of the Funds essential if they were to become true instruments for promoting economic and social development*».

⁸ Si v. L. De Lucia, *La modernizzazione dell'amministrazione come fattore di sviluppo. Il ruolo della concorrenza internazionale*, in *Europäisierung und Internationalisierung nationaler Verwaltungen im Vergleich*, a cura di C. Fraenkel-Haerberle, D.U. Galetta, K.P., Sommermann, in *Duncker & Humblot*, 2017, 105-106; F. D'Angelo, *Relazioni organizzative, coamministrazione, principio di cooperazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2017, 1185, dove si sottolinea che il termine «partenariato» è usato dal legislatore europeo per sottolineare il fatto che l'Unione deve utilizzare le strutture dell'Amministrazione nazionale per conseguire i propri scopi e che quest'ultima è tenuta a esercitare la funzione conferita con organizzazione e mezzi autonomi per realizzare uno scopo

mente, in altri termini, i tre pilastri impiantati dall'Unione dovrebbero trovare il parallelo sostegno nelle politiche e nelle strutture amministrative interne dei singoli Stati membri⁹.

Il ruolo dell'Unione europea nella riduzione delle disparità regionali si è nel tempo ulteriormente rafforzato anche tramite il duplice ruolo assunto dalla Commissione UE. Da una parte, infatti, la Commissione monitora attivamente la gestione da parte degli Stati¹⁰ dei fondi strutturali e i programmi concordati negli accordi di partenariato, d'altra parte approva le Carte degli aiuti di Stato a finalità regionale e vigila sul loro rispetto¹¹.

Nell'Accordo di Partenariato¹² siglato per il 2014-2020, l'Italia si era impegnata a realizzare investimenti nelle regioni del Sud Italia per un importo pari allo 0,43% del Pil regionale¹³. In questi anni, tuttavia, gli investimenti non sono andati oltre lo 0,4% provocando diverse preoccupazioni (e richiami della Commissione UE) sul rispetto degli accordi in merito all'utilizzo dei fondi strutturali¹⁴. Nell'ultimo *Country Report* sull'Italia la Commissione ha segnalato un signifi-

condiviso. Sul concetto di "capacità amministrativa" cfr. lo studio del Parlamento Europeo, Direttorato generale delle politiche interne: *Implementation of cohesion policy 2014-2020: preparations and administrative capacity of member states*, disponibile su in https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/regi/dv/pe_529085_pe_529085_en.pdf. In argomento si v. anche I. Piazza, *La redistribuzione nella disciplina delle risorse dell'Unione e i limiti istituzionali a una politica di sviluppo europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2016, 6, 1761, dove si qualifica la politica di coesione come uno strumento per produrre miglioramenti nell'azione di soggetti pubblici e privati nelle regioni caratterizzate da sottoutilizzazione delle risorse e rischi di esclusione sociale; M. G. Della Scala, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, 4, 787; G. Galasso, *La questione meridionale oggi*, in *Lezioni sul meridionalismo*, op. cit., in particolare 322 dove si evidenzia che gli interventi «speciali» per il Mezzogiorno sono uno strumento recessivo rispetto alla priorità di intervento che è invece rendere più efficiente gestione dei fondi europei regionali.

⁹ Sul concetto di "implementazione" si v. A. O'M Bowman, *Policy Implementation*, Encyclopedia of Public Administration and Public Policy, III ed., vol. IV, 2016, 2594; R.P. Stoker, *Reluctant Partners: Implementation of Federal Policies*, University of Pittsburgh Press, 1991; A. Evans, S. Martin, *EC regional Policy and the Evolution of the Structural Funds*, in *The Construction of Europe*, a cura di S. Martin, Springer science, Business media, 1994, 41; F. Vinci, *L'efficacia dei fondi strutturali europei: Processi e protagonisti al vaglio della sociologia dell'azione pubblica*, 2013; A. Cagli, *La riforma dei fondi strutturali CEE: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1989, III, 911.

¹⁰ In Italia l'accordo partenariato ha previsto la partecipazione diretta di rappresentanti della Commissione nell'attuazione dei «piani di rafforzamento amministrativo», finalizzati proprio a migliorare la gestione da parte delle Amministrazioni dei fondi strutturali, su cui si v. L. De Lucia, *La modernizzazione*, op. cit., 106 ss.

¹¹ Per un'approfondita analisi sull'evoluzione della vigilanza della Commissione in materia di aiuti di Stato si v. C. Schepisi, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in *Reg. dei merc.*, 2019, 2; P. Thieffry, *State aid modernisation in action: regional airports and renewable energies*, in *ERA Forum*, 15, 283.

¹² Il testo e il primo monitoraggio dei risultati è disponibile su <https://opencoesione.gov.it>.

¹³ Sulle finalità dell'Accordo di Programma si v. F. Ferri, *Il diritto dell'Unione Europea post «Europa 2020»: alterazioni nei rapporti giuridici tra ordinamenti e possibili effetti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, 723.

¹⁴ Si v. i dati riportati dalla Dg Politiche regionali della Commissione UE, <https://www.ilsol24ore.com/art/bruxelles-l-italia-deve-investire-piu-sud-ACuInq>.

cativo aumento del divario regionale tra Nord e Sud e una diminuzione della spesa pubblica nel meridione pari al 8,6% e degli investimenti pubblici per il 2,9%¹⁵.

Sulla scia dell'esperienza di altri paesi, tra cui, come si vedrà *infra*, diversi Stati membri dell'Unione, nel 2017 l'Italia ha intrapreso nuove misure per rilanciare l'economia del meridione. Il d.l. n. 91/2017, (c.d. «Decreto Mezzogiorno») ha dato alle regioni del Sud la possibilità di creare «zone fertili» per gli investimenti, caratterizzate da un regime economico, finanziario, doganale e amministrativo «speciale»¹⁶ in aree che abbiano un collegamento territoriale o funzionale con i principali porti italiani. Alle regioni è stato così affidato il compito di individuare, di concerto con i comuni interessati conformemente ai limiti massimi previsti dalla normativa, la localizzazione, l'estensione di tali zone e di pianificarne l'attività¹⁷. Le risorse stanziare per incentivare le imprese ad investire, tramite la previsione di un credito d'imposta, sono state implementate con il c.d. «Decreto Crescita» tramite uno stanziamento di trecento milioni di euro a valere sul Fondo Sviluppo e Coesione per gli anni 2019-2021¹⁸, prorogate fino al 2022 dall'ultima legge di bilancio¹⁹. Il «Decreto Crescita» ha, in particolare, legato le risorse stanziare a un «Piano grandi investimenti» la cui elaborazione è demandata al Presidente del Consiglio dei ministri (o, se nominata, all'Autorità politica delegata per la coesione)²⁰. Quest'ultima ultima misura mira, dunque, a rendere più attrattive gli incentivi che, come si vedrà *infra*, a tre anni di distanza non hanno ancora prodotto i risultati sperati.

Le zone economiche speciali (ZES), sono strumentali non solo allo sviluppo dell'economia nazionale, ma, seppur indirettamente, anche mezzo per l'implementazione della politica di coesione territoriale dell'Unione Europea, come dimostra il fatto che la Commissione UE ha assunto un ruolo attivo e, interlo-

¹⁵ Commissione UE, 26 febbraio 2020, Documento di lavoro, Relazione per paese relativa all'Italia 2020 Semestre europeo 2020: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011, disponibile in <https://www.agenziacoesione.gov.it>.

¹⁶ Si tratta del d.l. n. 91/2017, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2017, n. 123 (in G.U. 12 agosto 2017, n. 188), recante «disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno», il cui regime è stato parzialmente esteso anche alle restanti regioni italiane dalla l. 27 dicembre 2017, n. 205, (legge di bilancio 2018), pubblicata in G.U. n. 302 del 29 dicembre 2017.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 4, comma 6, del citato d.l. n. 91 «La Regione formula la proposta di istituzione della ZES, specificando le caratteristiche dell'area identificata».

¹⁸ Si tratta del Decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito dalla Legge 28 giugno 2019, n. 58, recante «Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi» che ha destinato alle ZES 50 milioni di euro per il 2019, 150 milioni per il 2020, 100 milioni per il 2021.

¹⁹ Art. 1, comma 316, lett. c), l. 27 dicembre 2019, n. 160, in G.U. n. 304 del 2019.

²⁰ Tale Piano dovrebbe prevedere l'attivazione di un apposito strumento finanziario che favorisca investimenti diretti, in forma di debito o di capitale di rischio, che consenta la sottoscrizione di quote di fondi di investimento, o fondi di fondi, o di altri strumenti previsti dalla normativa europea, al fine di sfruttare maggiormente la capacità attrattiva di nuovi investimenti attraverso la rete portuale italiana e attrarre e stimolare lo sviluppo di grandi investimenti nelle aree su cui insistono le zone economiche speciali.

quando con le autorità nazionali, ne ha sostenuto l'istituzione e contribuito a definire la struttura di *governance* e i meccanismi di vigilanza e di monitoraggio²¹.

L'imminente scadenza sia del periodo per l'attuazione delle politiche di coesione (2013-2020) che del quadro normativo sugli aiuti di Stato (2014-2020) impone, in vista della loro revisione e modernizzazione, una rinnovata riflessione sull'effettivo funzionamento degli strumenti finora messi in pratica dall'Unione e dagli Stati membri e, in particolare dall'Italia, per appianare le divergenze territoriali e sostenere l'economia delle regioni meno sviluppate. Per analizzare l'efficacia di tali strumenti non si può pertanto trascurare la stretta interconnessione che, come detto, esiste tra i due binari (sovranaZIONALE e nazionale), su cui si snoda oggi la coesione territoriale.

L'analisi che segue, strettamente giuridica, non tocca gli aspetti sociali ed economici del fenomeno in quanto questioni indagate dalle scienze sociali ed economiche.

Il presente studio analizza, infatti, alcune delle esperienze europee di «zone economiche speciali» per confrontarle con la regolazione e gli strumenti scelti dell'Italia. A tal fine l'analisi è divisa in due parti. Nella prima parte, dopo un breve inquadramento definitorio del concetto di zone economiche speciali e una ricostruzione sulla loro diffusione nel contesto globale, si esamineranno le diverse, attuali, tendenze all'interno dell'Unione Europea analizzando le quattro esperienze europee finora maggiormente consolidate (Irlanda, Portogallo, Lettonia, e Polonia).

La seconda parte della ricerca esamina le scelte effettuate dall'Italia nell'istituzione di tali zone per svolgere alcune riflessioni sul loro ruolo nell'ambito della prossima programmazione delle politiche di coesione territoriale.

2. *Delimitazione del concetto di «zona economica speciale»*

Le scienze economiche²² e giuridiche hanno fornito diverse definizioni di zone economiche speciali. Gli studi che hanno analizzato sotto il profilo econo-

²¹ Lo evidenzia la stessa Commissione UE nel già citato *Country Report 2020*, 20.

²² Più dei giuristi sono soprattutto, gli economisti ad aver analizzato le ZES interrogandosi se le stesse costituiscono uno strumento efficace per lo sviluppo dell'economia territoriale. Nonostante la loro storia, la continuità e il loro dinamismo, l'effettiva efficacia delle ZES quale strumento di ripresa dell'economia locale rimane una questione controversa, si v. *ex multis* K.J. Hazakis, *The rationale of special economic zones (SEZs): An Institutional approach*, in *Regional Science, Policy & Practice*, 2014, 85, il quale differenzia le ZES in base al profilo «strutturale» o «politico». Il primo valorizza (i) la delimitazione territoriale della zona e il suo regime di regolazione; (ii) il regime amministrativo; (iii) le infrastrutture che supportano le attività degli operatori economici che vi operano; (iv) l'amministrazione e *governance* della zona; (v) la possibilità di ottenere benefici economici. Il profilo «politico», invece, valorizza la circostanza che le ZES (i) mirano ad attrarre investimenti esteri; (ii) costituiscono una valvola per combattere la disoccupazione; (iii) supportano riforme strategiche nazionali; (iv) costituiscono laboratori per la sperimentazione di nuove politiche economiche. Si evidenzia inoltre che all'in-

mico, giuridico e socio-economico tale eterogeneo fenomeno evidenziano l'impossibilità di ricondurlo ad uno schema comune e la mancanza di un'impostazione teorica unitaria²³.

Ai fini della presente indagine le ZES possono, tuttavia, essere descritte come un'area circoscritta, situata all'interno dei confini territoriali di uno Stato, in cui vige un regime normativo e amministrativo differenziato (speciale) che si discosta in parte o totalmente da quello (ordinario), finalizzato a incentivare e agevolare attività e operazioni, non solo di stampo economico, che si svolgono al loro interno. Valorizzando il collegamento con il territorio e il suo rapporto con il pubblico potere, la dottrina la definisce: «*a specific area established by policy, with the involvement of public authorities, in order to accelerate economic development in a broader sense, in which region-specific business conditions are publicly supported*»²⁴.

Le ZES si sono nel tempo affermate come laboratori per l'attrazione degli investimenti e incubatori di innovazione, capaci di promuovere lo sviluppo produttivo e l'occupazione. Per perseguire tali fini, l'istituzione delle ZES è generalmente sostenuta da un pacchetto di misure, quali agevolazioni tributarie, fiscali, doganali, de-regolazione, de-burocrazia amministrativa, per attrarre investitori e imprese. All'interno del concetto di ZES sono generalmente ricondotti fenomeni eterogenei per attività produttive, regimi normativi e amministrativi per obiettivi, mercati di destinazione e attività consentite al loro interno. Come si

terno delle ZES si possono combinare due fattori: (i) l'espansione dei volumi di scambio commerciale (prevalente nelle zone con «porti» e «zone» doganali «franche») e (ii) la promozione della produzione manifatturiera (prevalente nei c.d. «parchi industriali»). Gli studi economici sulle ZES possono essere suddivisi in diversi filoni, a seconda del periodo preso in considerazione, su cui si v. R. Pastusiak et al. *Effectiveness of special economic zones of Poland* *Zb. rad. Ekon. fak. Rij.*, 2018, vol. 36, 263; B. Ślusarczyk, K. Grondys, *The Concept of Sustainable Development in the Functioning of Municipalities Belonging to Special Economic Zones in Poland* *Sustainability* 2018, 10(7), 2169; P. G. Warr, *Export Processing Zones. The economics of Enclave Manufacturing*, The World Bank, Research Observer, 4, n. 1, 65; Id. *Export promotion via industrial enclaves: The Philippines' Bataan export processing zone*, in *Journal of Development Studies*, 1987, 23, 2, 220; Id., *Jakarta Export Processing Zone: Benefits and Costs*, in *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, 1983, 19, 3, 28. Una delle più recenti e approfondite indagini sulle ZES, condotta dal *Competitive Industries and Innovation Program- CIIP, Special Economic Zones An Operational Review of Their Impacts*, 2017, le valuta, complessivamente, come un positivo strumento di crescita economica evidenziando che la loro efficacia dipende sia da fattori interni che esterni alle stesse aree. Si considerano, in particolare, le loro caratteristiche organizzative e gestionali, i benefici fiscali e non fiscali accordati, i criteri selettivi per gli investitori, il grado di indipendenza del legislatore e la data di istituzione della zona, la struttura e il *layout* (dimensione degli operatori localizzazione, *focus* industriale, supporto delle infrastrutture e dei servizi), il contesto regionale e nazionale dove sono collocate. Lo studio evidenzia in particolare che (i) l'andamento economico delle ZES è tendenzialmente allineato a quello del paese che lo ospita; (ii) la crescita delle zone è difficile da sostenere nel tempo in quanto il dinamismo delle zone di maggior successo avviene nei primi anni e rallenta nel tempo, allineando la *performance* economica a quella delle aree circostanti; (iii) la maggior parte dei programmi interni delle ZES non ha avuto un ruolo cruciale in termini di funzionamento della zona e le agevolazioni fiscali hanno giocato un'importanza marginale.

²³ Cfr. lo studio *Competitive Industries and Innovation Program- CIIP, Special Economic Zones*, op. cit; FIAS, *The multi-donor investment climate advisory service of the World Bank Group, in Special Economic Zones performance, lessons learned, and implications for zone development*, The World Bank Group, 2008.

²⁴ T. Kono, K. Kagami, *The Structure and Functions of Special Economic Zones, in Special Economic Zones Law and Policy Perspectives*, a cura di J. Basedow and T. Kono, Tübingen, 2016, 53.

vedrà *infra*, infatti, le forme e i modi in cui si sono sviluppate le ZES in ambito europeo e globale si differenziano da paese a paese e da zona a zona.

È stato osservato che le ZES sono strumenti inevitabilmente sia dinamici, in quanto le regole, i processi decisionali devono adeguarsi nel tempo, che multi-dimensionali in quanto necessitano della combinazione tra prassi, imprese e istituzioni²⁵.

3. *Differenze tra «zona economica speciale» e «zona franca doganale»*

Seppur spesso usati in modo equivalente il concetto di zona speciale non coincide con quello di «zona franca». Quest'ultima è, infatti, una zona che gode di un particolare regime doganale²⁶ e, sebbene sia spesso presente in una zona economica speciale, non è necessariamente compresa al suo interno.

La zona franca è, infatti, assoggettata ad un regime speciale, che, sostanzialmente, consente di introdurre, depositare e, a volte, manipolare, trasformare e consumare le merci provenienti dall'estero, senza sottostare alle ordinarie incombenze doganali. Anche tali zone, come le zone economiche speciali, vengono istituite al duplice fine di favorire il commercio internazionale e lo sviluppo delle zone ad esse collegate, sia dal punto di vista commerciale che industriale.

²⁵ A. Aggarwal, *Towards an Integrated Framework for Special Economic Zones (SEZs): A Dynamic Institutional Approach*, Frederiksberg, Copenhagen Business School, CBS. Copenhagen Discussion Papers, No. 64, 2017, dove si sottolinea che le «SEZs must evolve with evolutionary changes in the institutional set up in the process of growth».

²⁶ Il regime di «zona franca» può essere «integrale» o parziale. La prima tipologia ricorre quando nell'area vengono consentiti non solo l'introduzione, il deposito, la manipolazione delle merci, ma anche il consumo e l'utilizzazione delle stesse da parte dei residenti nella città limitrofa in esenzione doganale. Tradizionalmente questo regime è proprio delle zone franche in senso stretto e delle città franche, collegandosi con il più antico istituto delle franchigie medievali. Storicamente ne hanno giustificato l'adozione particolari vicende politiche o situazioni di difficoltà economica o ambientale o è stato concesso quale complemento di una speciale situazione di autonomia. Nelle legislazioni moderne, e soprattutto in sede eurounitaria, la possibilità di consumo e utilizzazione delle merci in franchigia tende ad essere eliminata dal regime di zona franca, mentre continua ad essere tipica dei territori extradoganali. Più ricorrente è, tuttavia l'ipotesi in cui l'esenzione dal tributo sia limitata all'introduzione delle merci, alle operazioni relative al loro carico, scarico, trasbordo o comunque inerenti al traffico commerciale, al loro deposito, negoziazione e riesportazione. È il regime tipico dei porti franchi, delle zone portuali franche e dei depositi franchi. La finalità è quella di agevolare il traffico mercantile internazionale, il commercio di riesportazione e il deposito all'interno di tali zone, incoraggiando, di conseguenza, l'utilizzazione di determinati strumenti e attrezzature da parte degli operatori commerciali. Quando, infine, viene consentita la lavorazione o la trasformazione industriale delle merci introdotte in zona franca, si ha un diverso regime, che assume anche una finalità di incentivazione industriale. Gli stabilimenti industriali insediati in una zona franca sono infatti agevolati dalla possibilità di utilizzare le materie prime e le merci necessarie al processo produttivo, nonché di riesportare i prodotti finiti, in esenzione dai dazi doganali. Si v. A. De Cicco, *Zone franche e depositi franchi*, in *Digesto it.*, IV ed., 726 ss; il tema è stato recentemente indagato da P. Barabino, *Contributo allo studio delle zone franche nel diritto tributario*, Torino, 2018 L. Piscitelli, *Punti franchi*, in *Enc. del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988.

Il fenomeno è radicato nella storia del territorio italiano dove, come si vedrà *infra*, intere città o aree portuali («porti franchi») erano aree di libero scambio.

Gli Stati membri dell'Unione possono oggi rendere determinate parti del proprio territorio «zone franche», conformemente all'articolo 243 del Codice Doganale dell'Unione²⁷. La Commissione europea monitora costantemente le zone franche esistenti nell'Unione che le devono essere notificate dagli Stati per finalità di pubblicità-conoscenza²⁸.

4. *Le radici storiche delle zone economiche speciali e la loro evoluzione e diffusione globale*

Zone con regimi regolatori, amministrativi e doganali speciali esistevano già durante l'Impero Romano. Uno dei primi «porti franchi» venne infatti istituito in Grecia, nel 167 a.C., durante l'ascesa del potere imperiale romano sull'isola di Delos. Roma dichiarò che Delos era un porto aperto a tutti i mercanti, dove gli scambi sarebbero stati liberi dalle tasse.

La proliferazione di zone caratterizzate da regimi regolatori, amministrativi e doganali speciali è tuttavia riconducibile all'emersione di porti franchi, città franche e zone franche nel XXII secolo²⁹, periodo in cui fiorivano gli scambi mercantili e si volevano superare le barriere geografiche senza tuttavia spalancare le porte del mercato interno a merci straniere³⁰.

La storia e la storiografia dei porti franchi possono, tuttavia, essere ricostruite solo frammentariamente guardando alle esperienze dei singoli paesi. Il tema è, infatti, oggetto di un vivo dibattito scientifico³¹ tra gli storici di tutto il mondo³².

²⁷ Cfr. il Regolamento UE n. 952/2013 e, in particolare, l'articolo 243 rubricato «Determinazione delle zone franche» prevede che «1. Gli Stati membri possono destinare talune parti del territorio doganale dell'Unione a zona franca. Per ogni zona franca, lo Stato membro stabilisce l'area interessata e i punti di entrata e di uscita. 2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione informazioni sulle rispettive zone franche esistenti. 3. Le zone franche sono intercluse. Il perimetro e i punti di entrata e di uscita delle zone franche sono sottoposti a vigilanza doganale. 4. Le persone, le merci e i mezzi di trasporto che entrano in una zona franca o ne escono possono essere sottoposti a controlli doganali».

²⁸ In base all'elenco pubblicato dalla Commissione il 6 aprile 2020 (<https://ec.europa.eu/>), la Croazia ha il numero più alto di zone franche (11), cui seguono la Repubblica ceca (8), Spagna e Polonia (7), Romania e Bulgaria (6), Grecia e Lettonia (4), Estonia (3) e Lituania, Finlandia, Francia, Germania e l'Italia (2). Nove paesi hanno solo una zona franca: Cipro, Danimarca, Ungheria, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Slovenia e Regno Unito. Austria, Belgio, Paesi Bassi, Slovacchia e Svezia non hanno zone franche.

²⁹ N. Koehn, *The power of Commerce: Economy and governance in the first British empire*, Ithaca, 1994.

³⁰ B. Worsley, *Free ports, the Nature and Necessity of Them Stated*, Londra, 1652.

³¹ Si v. il progetto di ricerca avviato dall'Università di Helsinki per una ricostruzione bibliografica e storica sui porti franchi: <https://www.helsinki.fi/en/researchgroups/a-global-history-of-free-ports>.

³² Si v. C. Tazzara, *Managing Free Trade in EarlyModern Europe: Institutions, Information, and the Free Port of Livorno*, in *The Journal of Modern History*, 2014, 493 ss, che considera Livorno, Genova e altre città italiane *leading cases* di un nuovo e particolare modo di attrarre il commercio.

Nel 1566 Cosimo I, Granduca di Toscana, per sfruttare le possibilità offerte dal nuovo assetto dei traffici marittimi del Mediterraneo, riformò il regime doganale della città di Livorno e garantì l'immunità generale dai debiti contratti fuori dallo Stato alle persone che si stabilivano nella Città. Il figlio di Cosimo I, Francesco I, diede ulteriore impulso per l'ampliamento della città e nel 1575 incaricò l'architetto Buontalenti di progettare una nuova pianta. Lo schema urbanistico chiuso, fortificato e a scacchiera valorizzava la centralità dei luoghi e, soprattutto, le funzionalità del porto.

Tra il 1591 e il 1593 il fratello di Francesco I, Ferdinando I de' Medici promulgò le famose «Leggi Livornine» indirizzate ai mercanti venuti ad abitare a Livorno. Tra gli aspetti più significativi, le suddette Leggi garantivano la libertà di culto e politica e la possibilità di esercitare qualsiasi tipo di professione, accordando l'esenzione dalle tasse e l'acquisto agevolato di case. Sul fronte doganale la riforma prevedeva il diritto di immagazzinare le merci nel porto e di riesportarle in esenzione doganale.

Per più di trecento anni – ben oltre l'Unità d'Italia – Livorno giocò un ruolo politico ed economico strategico, fondando la sua ricchezza sul *melting-pot* etnico e sullo scambio commerciale.

Alcuni economisti italiani evidenziarono gli effetti favorevoli dei porti franchi sull'economia vista la loro capacità di attrarre e mobilitare capitali, convertendoli in attività industriali e commerciali, di accrescere il numero di posti di lavoro, di influire sulla diminuzione dei prezzi, di divenire veicolo di innovazione scientifica e, complessivamente, di muovere «il primo passo verso la piena ed assoluta libertà di commercio»³³.

Sebbene i traffici mercantili diminuirono, nella metà del XVIII secolo, i porti franchi assunsero diverse e nuove forme, fino alla metà del XX secolo, quando diversi paesi in via di sviluppo, divenuti indipendenti dai governi coloniali, adottarono strategie di sviluppo economico³⁴. Dopo la seconda guerra mondiale le agenzie di *marketing* promossero la delocalizzazione verso i paesi e le regioni in via di sviluppo. Molte società del Nord America che producevano indumen-

³³ M. De Augustinis, *De' Porti franchi e della influenza di essi sulla ricchezza e prosperità delle nazioni per l'avvocato*, Napoli, 1833.

³⁴ Nascono così le *free zones* a Gibilterra (1704), Singapore (1819), Hong Kong (1848), Amburgo (1888) e Copenhagen (1981). Nel 1947, dopo la seconda guerra mondiale, sorse la prima ZES a Porto Rico. Si v. D. Arnold, *Export processing zones*, in Aa.Vv., *The international encyclopedia of geography: people, the earth, environment and technology*, a cura di D. Richardson, N. Castree, M.F. Goodchild, A.L. Kobayashi, W. Liu e R.A. Marston, Hoboken, 2017, 1-7, disponibile in https://www.researchgate.net/profile/Dennis_Arnold/publication/315837768_Export_Processing_Zones/links/58eb53a04585153b60c95a1a/Export-Processing-Zones.pdf; P. Neveling, *Export Processing Zones and Global Class Formation*, in *Anthropologies of Class: Power, Practice, and Inequality*, a cura di J. Carrier, D. Kalb, Cambridge, 2014, 171; Id., *Export Processing Zones, Special Economic Zones and the Long March of Capitalist Development Policies during the Cold War*, in *Decolonisation and the Cold War*, a cura di L. James E. Leake, Cambridge, 2015, 63.

ti, tessuti, elettronica o altri prodotti di base si spostarono nel Sud d'America per la convenienza del costo del lavoro. La zona economica speciale istituita in Irlanda, prima zona economica in Europa, di cui si parlerà *infra*, venne infatti istituita guardando al modello portoricano³⁵. Tra gli anni '60 e gli anni '80 del 1900 tali zone vivono un periodo di consolidamento e di progressiva diffusione globale³⁶.

L'esplosione del fenomeno ha comportato la nascita di circa 4.500 zone dislocate in 135 paesi, perlopiù concentrate in Asia, nelle aree del Pacifico e nelle Americhe³⁷. Quando i paesi in via di sviluppo acquisirono forza economica diverse zone economiche speciali rimasero operative in quanto determinanti nell'attrarre le attività economiche collegate alle multinazionali e catene globali, rilocalizzando settori quali abbigliamento e l'elettronica di consumo, dove la manodopera a basso costo genera profitto. In questi anni di diffusione globale delle ZES nasce una «Nuova Divisione Internazionale del Lavoro» (NIDL) e tali zone contribuirono al trasferimento della disoccupazione strutturale nei paesi industrializzati e dell'industrializzazione nei paesi in via di sviluppo.

Con il nuovo millennio si crea, infine, una stretta interconnessione tra il concetto di ZES e quella di *cluster* industriale. In Russia, nel 2005, vengono istituiti nuove tipologie di ZES: industriale, turistica, portuale e logistica e tecnologica³⁸.

5. *Le principali questioni oggetto dell'indagine comparata: le esperienze consolidate di zone economiche speciali nell'Unione Europea*

All'interno dell'Unione Europea esistono, da tempo, diverse zone economiche speciali. L'analisi che segue è limitata alle zone che attualmente operano nel contesto eurounitario e ha la finalità di confrontare le scelte compiute dall'Italia rispetto a quelle effettuate dagli altri Stati membri.

Nei successivi paragrafi si analizzeranno pertanto le esperienze ZES maggiormente consolidate: Irlanda, Portogallo, Lettonia e Polonia. Dopo una bre-

³⁵ P. Neveling, *Free Trade Zones, Export Processing Zones, Special Economic Zones and Global Imperial Formations 200 Bce to 2015 Ce*, in *The Palgrave Encyclopedia of Imperialism and Anti-Imperialism*, a cura di I. Ness, I. Z. Cope, Basingstoke, 2015, 1007.

³⁶ Cipro e Malta istituiscono le ZES nel 1959, Taiwan e la Corea del Sud nel 1960 allo specifico fine di aumentare le esportazioni. Successivamente sono state introdotte anche in India, nelle Filippine e in Giappone, in argomento si v. P. Neveling, *The Global Spread of Export Processing Zones, and the 1970s as a Decade of Consolidation*, in *Changes in Social Regulation – State, Economy, and Social Protagonists since the 1970s*, a cura di K. Andersen e S. Müller, 2017, Oxford, 23.

³⁷ Cfr. C. Baissac, *Brief history of SEZs and overview of policy debates*, in *Special Economic Zones in Africa. Comparing performance and learning from global experience*, in *The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank*, a cura di T. Farole, Washington, 2011, 23, disponibile in www2.iadb.org/intal/catalogo/PE/2012/12126.pdf.

³⁸ S. Sosnovskikh, *Industrial clusters in Russia: The development of special economic zones and industrial parks*, in *Russian Journal of Economics*, 2017, 174.

ve analisi del contesto storico ed economico in cui le zone economiche speciali sono nate, si esamineranno in particolare il relativo (i) regime di localizzazione; (ii) tipo di agevolazione/i concesse e la compatibilità con il divieto di aiuti di Stato; (iii) sistema di *governance* adottato; (iv) criterio scelto per la selezione degli investitori.

5.1. *La zona economica speciale di Shannon in Irlanda*

La prima zona economica speciale europea è sorta nel 1959 in Irlanda per sostenere l'aeroporto di Shannon. In quegli anni, infatti, lo sviluppo della tecnologia aeronautica lasciava prevedere un repentino declino del traffico aereo dell'aeroporto, fino a quel momento scalo per il rifornimento di carburante nei voli per gli Stati Uniti³⁹. Il direttore dell'aeroporto elaborò un nuovo progetto che prevedeva l'istituzione di aree commerciali «*duty free*» e ne propose l'estensione anche al di fuori dell'area aeroportuale. La gestione veniva affidata ad una società appositamente creata («*Shannon Free Airport Development Company*⁴⁰»).

Differentemente dalle altre ZES che, come si vedrà *infra*, sono state successivamente istituite in Europa, quella di *Shannon* non aveva l'obiettivo di rilanciare l'economia dell'area/regione ospitante, ma di supportare specificatamente le attività aeroportuali.

A seguito dell'entrata dell'Irlanda nell'Unione Europea (1973) le misure incentivanti inizialmente previste (tramite l'azzeramento della tassa societaria), vennero ridimensionate per renderle compatibili con gli aiuti di Stato e l'imposta societaria venne innalzata al 10%⁴¹.

La ZES di *Shannon* si sviluppa nella zona vicino all'aeroporto per circa 242,811 ettari. Dal 2014, dopo l'approvazione dello *State Airports Act*⁴², la società gestrice della zona si è trasformata in un gruppo (*Shannon Commercial Enterprises Limited*), cui il Ministro dei Trasporti può direttamente trasferire le terre di proprietà statali.

Oggi, al fine di poter accedere alle agevolazioni, le imprese devono ottenere un'autorizzazione e rispettare alcuni requisiti, tra cui la creazione di nuovi posti di lavoro e dimostrare che l'attività svolta contribuirà allo sviluppo della zona.

Agli investitori (inizialmente principalmente compagnie aeree) si sono nel tempo aggiunte imprese manifatturiere e società interessate ad avere sedi per le

³⁹ B. Calanan, *Irelands Shannon Story*, Newbridge, 1999; V. Sweeney, *Shannon Airport: A Unique Story of Survival*, Shannon, 2004

⁴⁰ <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1959/act/36/enacted/en/html>.

⁴¹ C. Barnard, E. Leinarte, *Free zones*, in <https://ukandeu.ac.uk/>.

⁴² <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2004/act/32/enacted/en/html>.

proprie operazioni economiche in Europa. La zona franca, inclusa nella zona economica speciale, esenta dalle imposte doganali le merci spedite al di fuori dell'Unione europea. Oltre ai benefici doganali, la zona concede incentivi aggiuntivi rispetto all'ordinario regime fiscale, come esenzioni sull'IVA gravante sulle importazioni. Le imprese insediate nella zona beneficiano inoltre di aiuti finanziari a supporto di investimenti in ricerca e sviluppo e per la formazione dei dipendenti.

5.2. *La zona economica speciale di Madeira, Portogallo (Centro Internacional de Negócios da Madeira)*

La posizione periferica di Madeira, regione autonoma del Portogallo e le sue particolari condizioni socio-economiche hanno reso necessario l'adozione di un regime di agevolazioni dirette a consentire il raggiungimento di un livello di sviluppo assimilabile a quello del resto del Paese⁴³. L'intera Regione è infatti ammesa, per il basso tenore di vita e i problemi di disoccupazione, a ricevere aiuti di Stato a finalità regionale.

Precedentemente all'ingresso del Portogallo nell'Unione Europea (1986), veniva istituita una «zona franca» di stampo industriale, con un'area di libera importazione ed esportazione di merci⁴⁴. La suddetta zona veniva creata, tuttavia, con la riserva espressa di un progressivo adeguamento alle condizioni risultanti dai negoziati miranti all'ingresso nella Comunità Europea.

La zona economica speciale è localizzata nei pressi del Porto di *Caniçal*, a pochi chilometri dall'aeroporto, riqualificando un villaggio di pescatori, riferimento principale per le merci che arrivano o escono dalla Regione.

Nel tempo la zona franca si è progressivamente trasformata in una zona economica speciale, denominata *Centro Internacional de Negócios da Madeira*, stabilendo benefici fiscali per gli investitori. Il *Centro* comprende diverse aree di atti-

⁴³ https://www.abc-madeira.com/images/pdf/en-01-DL_500_80.pdf.

⁴⁴ In base all'art 227 della Costituzione portoghese (*Poderes das regiões autónomas*) le Regioni autonome possono, infatti, adeguare la regolazione nazionale alle esigenze locali. In base all'art. 227, primo comma, lett. i), della Costituzione le Regioni autonome possono: «*Exercer poder tributário próprio, nos termos da lei, bem como adaptar o sistema fiscal nacional às especificidades dos regionais, nos termos de lei quadro da Assembleia da República*».

vità: (i) il Registro Internazionale Navale di Madeira (MAR)⁴⁵; (ii) il Centro di Servizi Internazionali⁴⁶; (iii) la Zona Franca Industriale (ZFI).

Con Decreto n. 165 del 1986 sono stati stabiliti degli incentivi finanziari, originariamente a carico della Regione, oggi finanziati con i fondi dell'UE, a copertura fino al 50% dei costi sostenuti per la formazione del personale e per l'adozione di processi di produzione idonei a determinare risparmio energetico.

Il Decreto n. 21/87/M del 1987 disciplina nel dettaglio il funzionamento della zona franca e la procedura per il rilascio delle autorizzazioni per operarvi, precludendo espressamente le attività finanziarie *off-shore*.

La gestione della zona franca è stata affidata, in via diretta, a una società a partecipazione pubblica creata nel 1984 (*Sociedade de desenvolvimento da Madeira*) tutt'oggi operativa⁴⁷, che controlla il rispetto della normativa, organizza e amministra i servizi della zona (compresa la predisposizione dei documenti per operarvi), garantisce la manutenzione degli edifici e delle strutture.

Per operare nella ZES occorre un'autorizzazione che viene rilasciata entro trenta giorni dalla richiesta dalla Regione, con l'intermediazione della suddetta Società e il parere del *Madeira Free Trade Office*⁴⁸. Il periodo minimo per l'avvio, il funzionamento e lo sviluppo delle attività avviate all'interno della ZES è di 5 anni, estendibile per un periodo di 2 anni.

L'ammissione alla ZES è inoltre limitata alle attività stabilite dalla legge⁴⁹. Numerose società estere hanno ottenuto l'autorizzazione ad intraprendere attività industriali e commerciali all'interno della zona, soprattutto nel settore alimen-

⁴⁵ Nel registro navale internazionale di Madeira possono iscriversi le imbarcazioni commerciali, le piattaforme petrolifere (in quanto natanti), le imbarcazioni da diporto, le società di *shipping* e di *chartering*. Le agevolazioni fiscali offerte contemplano: un livello impositivo particolarmente basso (3%-5%) sui profitti realizzati dalle compagnie di navigazione che possiedono navi registrate nel MAR; l'assenza di tasse di proprietà sulle imbarcazioni e l'assenza di imposizione fiscale sulle plusvalenze derivanti dalla cessione delle imbarcazioni o delle stesse compagnie di navigazione.

⁴⁶ Ad eccezione delle imprese che svolgono unicamente attività di raccolta di risparmio pubblico, concessione di credito e attività di assicurazione e riassicurazione, qualsiasi società di servizi può chiedere la licenza ad operare all'interno del Centro. Tra le circa 3400 società registrate, le attività più comuni sono rappresentate dal commercio internazionale, le telecomunicazioni, l'attività di servizi immobiliari, l'attività di gestione delle partecipazioni sociali. Le società finanziarie che hanno ottenuto l'autorizzazione ad operare nella ZES dopo il 2000 dovranno infatti pagare un'imposta dell'1% in caso di rilascio nel periodo 2001-2002; del 2% se la licenza è stata ottenuta nel 2003-2004 e del 3% per le licenze concesse nel periodo 2005-2006. Secondo quanto stabilito dagli accordi stipulati tra il Portogallo e l'Unione Europea, la tassazione delle società autorizzate tra il 2007-2009 si attesta al 3%, per quelle autorizzate tra il 2010-2013 al 4% e al 5% per le società autorizzate tra il 2013-2020.

⁴⁷ La società è detenuta per il 75% da un soggetto privato (*Pestanageroup*) e per il 25% dalla Regione autonoma.

⁴⁸ Cfr. il *Regional regulatory decree* n. 21/87/m.

⁴⁹ Le società possono svolgere le seguenti attività economiche relative a: produzione e distribuzione di energia elettrica, del gas e dell'acqua; commercio all'ingrosso; trasporti e comunicazioni; immobiliare, affitto e attività commerciali; attività di noleggio; istruzione superiore, educazione degli adulti e altre attività formative; altre attività di servizio sociale.

tare, manifatturiero e dell'energia, installando stabilimenti e beneficiando delle infrastrutture nell'area.

La disciplina sulle agevolazioni fiscali è contenuta nel Decreto n. 215/89 (*Estatuto dos Beneficios Fiscais*), modificato da ultimo dalla legge n. 64 del 2015⁵⁰.

Con l'entrata nell'UE il regime della zona speciale di Madeira è stato oggetto di negoziati con la Commissione che ha portato al mantenimento delle suddette agevolazioni. L'Accordo prevede la verifica periodica da parte della Commissione (di fatto ogni cinque anni), dell'incidenza di tali aiuti sullo sviluppo socio-economico della Regione⁵¹. Dal 2006 il Portogallo ha più volte notificato alla Commissione le modifiche alle agevolazioni concesse nella zona speciale che sono sempre state valutate positivamente⁵².

Nel 2015 il Portogallo ha notificato le modifiche al Decreto n. 215/89⁵³ introduttivo del cd. «IV regime», vigente fino al 31 dicembre 2027, in base al quale le imprese possono godere di un'aliquota d'imposta del 5%, (uno dei tassi più bassi nell'Unione Europea) e ulteriori vantaggi fiscali.

Dopo una serie di segnalazioni da parte di alcuni europarlamentari⁵⁴, mosse anche da inchieste giornalistiche, nel luglio del 2018 la Commissione UE ha avviato un'indagine per verificare il rispetto da parte del Portogallo della normativa sugli aiuti di Stato. La Commissione dubita infatti che i dati comunicati dal Portogallo in ordine all'effettiva creazione di posti di lavoro siano reali e che le esenzioni fiscali concesse⁵⁵ non diano di fatto vita a paradiso fiscale *off shore* all'interno dell'Unione. A quasi due anni dalla sua apertura la procedura, tuttavia, non si è ancora conclusa.

⁵⁰ Il regime fiscale che terminerà il 31 dicembre 2020, prevede agevolazioni sulla *Corporate Income Tax*: in particolare (i) 3% per il periodo 2007 a 2009; (ii) 4% per il periodo 2010 a 2012; (iii) 5% per il periodo dal 2013 al 2020, con effetti fino al 2027. Nella zona è inoltre vigente un tasso ridotto dell'IVA al 4%, un tasso medio dell'8% e un tasso standard del 14% (invece del 5%, 12% e 20% del resto del Portogallo). Con riferimento ai dazi doganali le materie prime e i prodotti semilavorati importati nella Zona sono esenti da dazi di importazione se destinati alla trasformazione immediata in nuovi prodotti i quali, essendo per questo considerati fin dall'origine europei, sono esenti da dazi di importazione al momento della loro immissione nel mercato dell'Unione.

⁵¹ *State Aid* nn. E 13/91, E 19/94; 222/A/2002; 222/B/2002.

⁵² Nel 2011 il Portogallo ha nuovamente notificato il regime degli aiuti segnalando un incremento del 36,7% del massimale annuale della base imponibile giustificato in ragione dell'inflazione e delle modifiche in aumento della tassa societaria a livello nazionale dal gennaio 2012 (aumentata dal 20 al 25%). Il 2 luglio 2013 la Commissione ha valutato positivamente tale modifica, su cui si v. *State Aid* n. 34160.

⁵³ *State Aid* n. 427909.

⁵⁴ Si v. il *report* dell'europarlamentare A. Gomes, «*Madeira - a preferential tax regime*»: <https://www.ana-gomes.eu/PublicDocs/c1e467c9-239e-4857-a148-95d77039fe0d.pdf>.

⁵⁵ Si v. la lettera e il comunicato stampa della Commissione in cui si rende noto che da un'indagine preliminare emerge che le imprese destinatarie degli sgravi fiscali non abbiano beneficiato degli stessi in virtù di attività svolte a Madeira e che non abbiano creato o mantenuto il numero di posti di lavoro necessario, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4384_en.htm.

5.3. *Le zone economiche speciali in Lettonia («Speciālajās Ekonomiskajās Zonās»)*

Nel 1996 il Governo lettone ha varato il piano per lo sviluppo regionale, incentivando l'istituzione delle ZES come «centri di innovazione, parchi tecnologici e incubatori d'impresa» e il 21 marzo 2002 è stata approvata la relativa legge di attuazione⁵⁶.

Nel 2004, la Lettonia è entrata a far parte dell'Unione Europea mantenendo le sue due zone economiche speciali, situate a Rēzekne e, Liepāja (istituite nel 1997), i due porti franchi a Riga e Ventspils (istituiti, rispettivamente, nel 1997 e nel 2000) e, nel 2016, è stata istituita una nuova ZES a Latgale⁵⁷. Gli aiuti di Stato concessi sono stati notificati alla Commissione⁵⁸ che si è espressa sul particolare regime di aiuto concesso nel porto franco di Ventspils alle società petrolifere, considerato compatibile in ragione dell'incremento occupazionale nel territorio⁵⁹.

Come Madeira, anche l'intera Lettonia costituisce una zona ammessa alle deroghe in materia di aiuti di Stato.

Il 27 luglio 2001 il Parlamento lettone (*Saeima*) ha armonizzato la regolazione delle zone economiche speciali a livello nazionale⁶⁰. Le esenzioni fiscali includono, in particolare, lo sgravio dell'80% sulla tassa immobiliare, sull'imposta sul reddito delle società, sulla ritenuta alla fonte per i dividendi e l'esenzione dell'IVA per la maggior parte dei beni. Le società ricevono lo sgravio fiscale a seconda della propria dimensione⁶¹.

Le ZES di *Liepāja*, *Rēzekne*, e *Latgale* oltre al potenziamento del commercio e dell'industria, hanno l'obiettivo di facilitare lo sviluppo dell'intera regione che le ospita.

La zona di *Liepāja* (*Liepājas Speciālā Ekonomiskā Zona*) occupa il territorio non residenziale della città, la zona industriale, l'aeroporto internazionale, l'ex base militare di Karostaed è, inoltre, un nodo della rete transeuropea (TEN - T) per il trasporto di merci. La zona è gestita da un consiglio composto di nove membri, in carica per cinque anni⁶² che il compito di approvare il piano di sviluppo, stipula-

⁵⁶ In realtà la Lettonia ha approvato la prima legge sui porti franchi già nel 1921, a cui sono seguiti, dopo nove anni, i regolamenti sul porto franco di Liepāja e di Ventspils.

⁵⁷ D. Ziedina, M. Pelse, *Main characteristics of economic zones types: Latvia's experience*, in Atti del 2017 International Conference "Economic science for rural development" n. 44 Jelgava, LLU ESAF, 27-28 aprile 2017, 21.

⁵⁸ *State Aid* n. 39142.

⁵⁹ *State Aid* n. 38982.

⁶⁰ Si v. la L. 10 luglio 2014, n. 133.

⁶¹ Nel dettaglio: 35% quando l'azienda corrisponde alla categoria di «grande azienda»; 45% quando l'azienda corrisponde alla categoria di «media impresa»; 55% quando l'azienda corrisponde alla categoria di «piccola o micro azienda».

⁶² La composizione è mista in quanto sono presenti tre rappresentanti delegati dal Ministero dell'Economia, delle Finanze e dei Trasporti e che sono nominati (e eventualmente rimossi dalla carica) dal Consiglio dei

re contratti con gli investitori, definire i confini della zona in accordo con l'autorità statale.

L'Autorità, istituita su iniziativa regionale ne costituisce un organo e ha, *inter alia*, il compito di rilasciare i permessi per operare nella zona e di controllare il rispetto delle condizioni contrattuali. I vantaggi ottenuti dalle ZES hanno indotto a istituire una nuova ZES nella regione di *Latgale* fino al 31 dicembre 2035. Ogni comune della Regione può richiedere al Governo l'autorizzazione per istituire nel proprio territorio una ZES, fermo restando che l'area totale occupata dalle stesse non può superare il 5 % della superficie regionale.

5.4. *Le zone economiche speciali in Polonia («Specjalne Strefy Ekonomiczne») e il superamento del modello ZES*

Nel regime di transizione dal governo comunista la Polonia è passata da un'economia fortemente controllata a livello centrale a un'economia aperta al mercato e, dopo una lunga trattativa, nel 2004 è, come è noto, entrata nell'Unione Europea.

Tale transizione ha reso necessario un forte intervento pubblico nell'economia per evitare il fallimento di molte imprese pubbliche e private. Uno di questi strumenti è costituito proprio dalle ZES, introdotte con legge del 20 ottobre 1994 («*Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnychstrefachekonomicznych*»), istituite con la principale finalità di creare nuovi posti di lavoro e ridurre la forte disoccupazione presente in alcune aree del paese⁶³.

Le ZES non si riducono, tuttavia, ad uno strumento di lotta alla disoccupazione, ma si sono inserite in un più ampio disegno di politica economica nazionale con obiettivi chiaramente scolpiti dall'art. 3 della legge istitutiva⁶⁴. Le zone hanno attratto notevoli risorse, fornendo un contributo fondamentale allo sviluppo del Paese anche durante gli anni della crisi economica⁶⁵.

Ministri, tre rappresentanti del Comune e tre rappresentanti degli operatori economici privati.

⁶³ H. Kaneko, *Special Economic Zones in Poland: A Black Hole Swallowing State Budget or a Messiah for Regional Development?* in *Reviewing European Union accession*, a cura di T. Hashimoto, M. Rhimes, B. Nijhoff, Leide, 2017, 57.

⁶⁴ Nel dettaglio: lo sviluppo di specifiche aree di attività industriale, di nuove soluzioni tecniche e tecnologiche per il loro utilizzo nell'economia nazionale e delle esportazioni. L'aumento della competitività dei prodotti e dei servizi, lo sviluppo delle infrastrutture economiche, la creazione di nuovi posti di lavoro, la gestione delle risorse naturali inutilizzate.

⁶⁵ Si v. in merito Colliers International, *Special Economic Zones in Poland*, Warsaw, 2016, disponibile al seguente link: http://www.colliers.com/en-pl/-/media/files/emea/poland/reports/2016/Colliers_Report_Special_Economic_Zones_Poland_EN.pdf.

Unitamente ad una politica economica particolarmente rigorosa, le ZES hanno contribuito, specialmente diminuendo il tasso di disoccupazione⁶⁶, a rimettere in moto l'economia della Polonia che è oggi uno degli Stati con una percentuale di crescita del PIL maggiore (5,3% nel 2018 e il 4,1% nel 2019⁶⁷) nell'Unione Europea.

Come evidenziano i report della Commissione la stabilità dell'economia polacca ha permesso di effettuare alcuni tagli alla spesa pubblica e assicurare un basso e stabile debito pubblico.

Il dato tuttavia più significativo ai fini della presente indagine è il rapporto tra l'aumento degli investimenti pubblici e l'afflusso dei fondi UE di cui la Polonia è il maggiore fruitore⁶⁸. Nonostante la forte differenziazione regionale la gestione della politica di coesione regionale e delle relative risorse – in virtù di un'articolazione istituzionale disegnata anche tenendo conto della necessità di rendere più efficaci le ingenti risorse comunitarie – è centralizzata.

La gestione dei fondi strutturali a livello centrale comporta una maggiore facilità di programmazione, realizzazione dei programmi, facilità e rapidità di intervento.

In Polonia sono attualmente istituite 14 zone economiche speciali⁶⁹ che avevano, inizialmente, un periodo di operatività ventennale. Per i positivi risultati conseguiti, il governo ne ha prorogato due volte la durata (inizialmente fissata nel 2020) fino al 31 dicembre 2026.

In base alla legge istitutiva le suddette zone sono collocate in aree non residenziali destinate all'esercizio delle attività economiche. La gestione di ogni ZES è affidata ad apposite società controllate a livello statale o regionale.

L'incentivo principale sia per gli investitori stranieri che polacchi è costituito dall'esenzione dalla *Corporate IncomeTax* (CIT) e dalla *Personal IncomeTax* (PIT). Per beneficiare delle agevolazioni fiscali gli imprenditori devono rispettare alcune condizioni e in particolare, effettuare un investimento della durata minima di cinque anni e mantenere i posti di lavoro creati per lo stesso tempo.

Uno degli elementi che ha favorito il successo delle ZES è rappresentato dal controllo sul rispetto delle suddette condizioni⁷⁰. Il gestore è infatti obbligato

⁶⁶ Si v. R. Pastusiak, J. Keller, *Wpływ Specjalnych Stref Ekonomicznych na gospodarkę*, in <http://www.wneiz.univ.szczecin.pl/>; W. Lichota, *The Financial Effectiveness of Poland's Special Economic Zones*, in *The Polish Journal of Economics*, 2016, 281, 99.

⁶⁷ Si v. *Real GDP growth rate – volume*, in <https://ec.europa.eu/eurostat>.

⁶⁸ Commissione UE, *Public administration characteristics and performance in EU28: Poland*, in *ec.europa.eu*.

⁶⁹ Nel dettaglio, sono le seguenti: Sse euro-park mielec, Suwalska SSE, Katowicka SSE, Legnicka SSE, Łódzka SSE, Wałbrzyska SSE, Kamiennogórska SSE, Kostrzyńsko-Stubicka SSE, Słupska SSE, SSE «Stara-chowice», Tarnobrzęska SSE, Pomorska SSE, Warmińsko-Mazurska SSE, Krakowski Park Technologiczny.

⁷⁰ In argomento si v. TAAC Solutions for the Polish Investment and Trade Agency (PAIH), *Tax and legal aspects of the functioning of the Special Economic Zones in Poland*, Varsavia, 2017, 3, in www.paih.gov.pl

a verificare la tipologia di attività economica che l'imprenditore intende svolgere nella Zona e il potenziale impatto per il raggiungimento degli obiettivi previsti nel Piano di Sviluppo della ZES. Viene inoltre periodicamente valutato l'impatto occupazionale diretto e indiretto. Secondo uno studio «le ZES hanno un sostanziale effetto positivo sull'occupazione. Ogni 100 posti di lavoro creati in una ZES, in media, si determinano circa 72 posti di lavoro nel territorio ospitante e 137 nei territori confinanti»⁷¹.

Durante la trattativa per l'ingresso nell'Unione la Commissione e la Polonia hanno raggiunto una soluzione di compromesso tramite la rimodulazione del regime fiscale a seconda della grandezza e del settore di riferimento delle imprese⁷².

Come dimostra il significativo numero dei procedimenti avviati nei confronti della Polonia, la Commissione ha continuato a mantenere un occhio vigile sul regime degli aiuti concessi nelle ZES⁷³. Il 15 gennaio 2015⁷⁴, la Polonia ha notificato alla Commissione europea una scheda informativa sui permessi rilasciati nelle ZES tra il 25 dicembre 2014 e 31 dicembre 2020. La Commissione ha ritenuto gli aiuti concessi compatibili con la normativa euro-unitaria.

I benefici economici apportati dalle zone economiche speciali all'economia nazionale hanno indotto la Polonia a estenderne ulteriormente l'efficacia oltre il termine di durata (che scadrà nel 2026). In vista di tale scadenza è stata adottata

files/?id_plik=28778.

⁷¹ P. Ciżkowicz, M. Ciżkowicz-Pękała, P. Pękała, A. Rzońca, *The effects of special economic zones on employment and investment: spatial panel modelling perspective*, NBP Working Paper, n. 208, 2015, 6, https://www.nbp.pl/publikacje/materialy_i_studia/208_en.pdf.

⁷² Cfr. M.G. Kisłowska, *Future of Special Economic Zones in the Aftermath of Poland's Accession to the European Union*, 5 J Int'l Bus & L. 174 (2006); A. Szczerbiak, *Poland Within the European Union: New Awkward Partner Or New Heart of Europe?*, Routledge, 2012. Le prime modifiche sono state adottate nel 2000 tramite la riduzione dell'ammontare degli aiuti concessi successivamente al 31 dicembre 2000. Rimaneva, tuttavia, il problema dei permessi rilasciati anteriormente a tale data, i quali consentivano di usufruire di vantaggi illimitati. Le piccole e medie imprese vennero lasciate libere di mantenere la loro condizione fino alla fine del 2011 e del 2010. Ai grandi investitori venne consentito di ricevere un aiuto pari al 50% o al 75% dell'investimento a seconda dell'anno di entrata nelle ZES (1999 o 2000). Agli investitori nel settore dei motoveicoli venne invece concesso un finanziamento del massimo 30% rispetto al costo del loro investimento.

⁷³ L'intensità massima dell'aiuto disponibile per i beneficiari tiene conto del diverso livello di sviluppo economico delle singole regioni in cui si trovano le ZES. In linea con la mappa degli aiuti regionali 2014-2020 le regioni della Polonia orientale beneficiano dell'intensità massima di aiuto (50%). Per le altre regioni, l'intensità di aiuto consentita va dal 35% al 10%. Sono molteplici i procedimenti avviati e conclusi con una dichiarazione di compatibilità dell'aiuto: *State Aid* n. 13919, *Conditions on granting aid in special economic zones*; *State Aid* n. 14465, *Regional aid scheme for firms carrying on economic activities in special economic zones*; *State Aid* n. 17545, *Regional aid scheme for enterprises conducting business activity in the Special Economic Zones, on the basis of a permit issued after 31 December 2000*; *State Aid* n. 17546, *Regional Aid Scheme for the Entrepreneurs Active in Special Economic Zones granted in the form of the real estate tax exemption, to the large and motor vehicle-sector entrepreneur*; *State Aid* n. 17547, *Regional Aid Scheme for the entrepreneurs Active in Special Economic Zones granted in the form of annulment of the arrears of the real estate tax, to the large and motor vehicle*; *State Aid* n. 22363 *Taxation in Free Ports and Special Economic Zones*.

⁷⁴ *State Aid* n. 40523.

una legge sul sostegno agli investimenti, entrata in vigore il 2 luglio 2018⁷⁵, che svincola i benefici concessi dai confini territoriali delle zone economiche speciali, estendendoli all'intero territorio nazionale.

Si crea quindi un doppio regime in base al quale le attuali ZES rimarranno operative fino alla fine del 2026 solo per i permessi già concessi, mentre i nuovi investimenti saranno regolati dalla nuova disciplina.

Analogamente a quanto avviene per le zone economiche speciali, per ottenere il beneficio, gli investitori devono garantire determinati investimenti e la creazione di un numero minimo di posti di lavoro. L'ammontare dell'agevolazione dipende dalla quantità dell'investimento, dalla sua ubicazione e dalle dimensioni dell'azienda⁷⁶. L'ubicazione dell'investimento determina, inoltre, la durata dell'agevolazione che può essere accordata per un periodo compreso tra i 10 e 15 anni⁷⁷.

6. *Le zone economiche speciali e le zone logistiche speciali in Italia*

Come anticipato, nel 2017 il legislatore italiano ha previsto che le Regioni del Sud d'Italia possano istituire al loro interno delle zone economiche speciali, sfruttando le potenzialità delle aree portuali collegate alla rete TEN-T⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. la legge «*Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o w sferowaniu nowych inwestycji*». A tale legge sono seguiti due regolamenti attuativi. Il primo sugli aiuti pubblici concessi agli imprenditori per l'attuazione di nuovi investimenti: «*Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 sierpnia 2018 r. w sprawie pomocy publicznej udzielanej niektórym przedsiębiorcom na realizację nowych inwestycji*»; il secondo relativo alla determinazione delle aree e alla loro assegnazione: «*Rozporządzenie Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 29 sierpnia 2018 r. w sprawie ustalenia obszarów i przypisania ich zarządzającym*».

⁷⁶ In base alla soprarichiamata legge, più piccola è l'impresa e più a est si trova l'investimento (cioè nelle aree della Polonia orientale), maggiore è l'intensità dell'aiuto concesso.

⁷⁷ Nel dettaglio: dieci anni per gli investimenti in aree con un'intensità di aiuto di base del 25%, 20% o 10% (Bassa Slesia, Grande Polonia, Slesia, Varsavia West Subregion e Varsavia); dodici anni per gli investimenti in aree con un'intensità di aiuto di base del 35% (Kujawsko-Pomorskie, Lubuskie, Łódzkie, Małopolskie, Opolskie, Pomorskie, Świętokrzyskie, Zachodniopomorskie e sottoregioni: Ciechanów-Płock, Ostrołęcko-Siedlecki, Radom e Varsavia-Est); quindici anni per gli investimenti in aree con un'intensità di aiuto di base del 50% (*lubelskie, podkarpackie, podlaskie, warmińsko-mazurskie*). Le intensità di aiuto di base sopra menzionate si riferiscono alle grandi imprese, mentre per le micro, piccole e medie imprese queste intensità sono rispettivamente superiori del 20% e del 10%. Oltre ai suddetti criteri, l'agevolazione viene concessa anche in base a criteri qualitativi tra cui l'implementazione di investimenti in settori strategici, il raggiungimento di un alto livello di esportazioni, lo sviluppo di attività di ricerca e sviluppo, il basso impatto sull'ambiente, la creazione di posti di lavoro specializzati e l'offerta di un lavoro stabile e l'affiliazione a *cluster* nazionali.

⁷⁸ Sull'argomento si v. A. Berlinguer (a cura di), *Porti, retroporti e zone economiche speciali*, M. Menicucci, 2018; *Le zone economiche speciali (Zes) fra normativa nazionale piani di sviluppo strategici regionali*, in *Riv. dir. navigaz.*, 2018, 273; E. Zizzo, *Le zone economiche speciali: tra successo europeo e débacle italiana*, in *Annali univ. Bari*, 2018, 487; P. Marzano, *L'istituzione delle zone economiche speciali - Una prima analisi delle norme di attuazione*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2018, 133; U. Patroni Griffi, *I porti e le zone economiche speciali*, in *Gazzetta forense*, 2018, 5; D. Miotti, *Zone economiche speciali*, op. cit., 791; M. D'Amico, *Le zone economiche speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2016, 577; E. Caterini, E. Jorio, *Le zone economiche speciali, un'occasione unica per il Sud*, in <http://www.astrid-online.it/>

La scelta di ancorare le ZES alla realtà portuale ha radici storiche e evidenzia la volontà di riscattare un tentativo già (rimasto in)compiuto con i punti⁷⁹ e porti franchi che, salvo le fortunate esperienze di Trieste e Venezia non sono, benché formalmente istituiti, per diverse ragioni, operativi⁸⁰.

Il collegamento tra le ZES e la rete TEN-T dimostra l'intento di integrare le zone nel sistema dei «corridoi» europei di trasporto⁸¹. L'efficientamento della rete, finanziata con il Fondo europeo per lo sviluppo regionale e dal fondo di rotazione nazionale, richiede ancora, tuttavia, un significativo rafforzamento logistico, con l'implementazione dei collegamenti ferroviari e stradali e il completa-

static/upload/protected/cate/caterini_jorio_le-zone economiche-speciali_9_10_17.pdf; A. Uricchio, *Zone economiche speciali e fiscalità portuale tra incentivi fiscali e modelli di prelievo (relazione al convegno, 5 maggio 2017, I corridoi transeuropei I e VIII - Opportunità d'integrazione culturale e di sviluppo del Sud)*, in *Gazzetta forense*, 2017, 558; E. Forte, *Logistica economica, portualità e Zone Economiche Speciali per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Rivista giur. del Mezzogiorno*, 2017, 4, 969; A. Lepore, P. Spirito, *Le Zone Economiche Speciali: una leva di politica industriale per lo sviluppo manifatturiero e logistico del Mezzogiorno*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2017, 4, 855; D. Miotti, *Zone economiche speciali per accelerare i processi di sviluppo delle regioni del Sud appartenenti all'area della convergenza e non solo di quelle*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2017, 101.

⁷⁹ Il «punto franco» è la denominazione con la quale la legislazione italiana tradizionalmente indica la «zona portuale franca», diversa rispetto al porto franco in quanto permette lo svolgimento di altre attività non concernenti le transazioni commerciali con l'estero, su cui si v. A. De Cicco, *op. ult. cit.*, 729.

⁸⁰ A Trieste il primo regime doganale franco è istituito nel 1891 in sostituzione dell'abolito regime di franchigia integrale già accordato alla Città e al porto fin dal XVIII secolo e poi nella Città di Fiume. Con l'annessione delle due città l'istituto del «punto franco» venne recepito dalla legislazione italiana (R.D. 1° marzo 1938, n. 416, convertito dalla l. 4 giugno 1938, n. 1198). Successivamente, con un provvedimento di carattere generale, si stabilì la possibilità di dichiarare, con Regio Decreto, «porti franchi», totalmente o in parte, alcuni dei maggiori porti italiani, per la durata di trent'anni. Nell'ambito di tali aree portuali (come delimitate da decreti di attuazione), considerate fuori della linea doganale, potevano compiersi in completa libertà da ogni vincolo doganale tutte le operazioni inerenti all'imbarco, sbarco e trasbordo di materiali e di merci, al loro deposito e alla loro contrattazione, manipolazione e trasformazione, potendo anche essere autorizzato l'insediamento di stabilimenti industriali all'interno della zona franca. Venne così istituito con Regio Decreto il «punto franco» nel porto di Genova rimasto tuttavia privo di attuazione. La previgente legge doganale (l. 25 settembre 1940, n. 1424) autorizzava, in via generale, la realizzazione di zone portuali franche all'interno dei porti, stabilendo la possibilità di istituire, con legge, punti franchi nelle principali città marittime del regno (art. 78). Sulla base del rinvio operato dall'art. 2 suddetta l. n. 1424, furono emanati in tempi rapidi una serie di provvedimenti legislativi, rimasti quasi tutti inattuati, che istituivano «punti franchi» nei maggiori porti italiani: il d.lgs. 5 gennaio 1948, n. 268 (punto franco nel Porto di Venezia), la l. 11 febbraio 1952, n. 75, (punto franco nel Porto di Napoli), la l. 6 agosto 1954, n. 843 (punto franco nel Porto di Genova). Alcuni anni dopo, i suddetti provvedimenti venivano richiamati in occasione dell'istituzione, con legge (n. 202/91), di nuove «zone franche» negli stessi porti di Genova, Napoli e Venezia. Tale disciplina, tuttavia, richiedeva una nuova individuazione dei confini delle zone franche da parte dei consorzi e dei ministeri, a quanto consta, mai compiuta. Anche l'art. 12 dello Statuto sardo pur riconoscendo che il regime doganale della Regione è di esclusiva competenza dello Stato, prevede al comma 2 la possibilità di istituire punti franchi. Il d.lgs. n. 75/1998 ha istituito zone franche nei porti di Cagliari, Olbia, Oristano, Porto Torres, Portovesme, Arbatax ed in altri porti ed aree industriali ad essi funzionalmente collegate, demandando la delimitazione territoriale delle zone franche e la determinazione di ogni altra disposizione necessaria per la loro operatività all'emanazione di separati decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su proposta della Regione. A tale normativa è stata data attuazione limitatamente al porto di Cagliari con d.P.C.M. 7 giugno 2001. Tale zona franca, benché istituita non è entrata poi concretamente in esercizio in ragione di difficoltà territoriali, gestionali, logistiche e contenziose incontrate dalla «Cagliari free zone» (ora «Sardegna free zone»), ente deputato alla sua amministrazione.

⁸¹ Sull'argomento si v. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, 2017, 143.

mento dei collegamenti di «ultimo miglio» con porti e aeroporti, e richiede una realizzazione che ha come termine il 2030⁸².

L'art. 4, comma 3 del d.l. 91/2017 convertito con modifiche dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, ha introdotto la disciplina di principio delle zone economiche speciali, cui è seguita la regolazione di attuazione statale e regionale⁸³. Per rispondere alle pressioni delle regioni del Nord Italia, l'art. 1, commi 61-65 della legge di bilancio 2018⁸⁴ ha specularmente esteso tale disciplina a tutte le altre regioni italiane, dando così la possibilità di istituire anche nel settentrione le «zone logistiche semplificate» (ZLS)⁸⁵. Ciò che si dirà per le ZES vale dunque anche per le ZLS.

Alla richiamata normativa di principio sono, in particolare, seguiti due ulteriori atti: il primo, adottato con d.P.C.M., 25 gennaio 2018, n. 12, stabilisce le modalità e i criteri di istituzione delle ZES, il secondo adottato con legge (d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modifiche dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12), reca la disciplina sullo «speciale» regime di semplificazione amministrativa previsto per tali zone.

Il suddetto d.P.C.M. n. 12 prevede la possibilità di istituire ZES «regionali» e «interregionali».

La prima tipologia deve comprendere almeno un'area portuale (purché abbia le caratteristiche stabilite dal Regolamento UE n. 1315/2013), collegata alla rete transeuropea dei trasporti (TEN-T) e può includere anche aree, interne alla stessa regione, non territorialmente adiacenti, purché abbiano un «nesso economico funzionale» tra di loro. Lo stesso d.P.C.M. specifica che quest'ultimo collegamento sussiste «qualora vi sia la presenza o il potenziale sviluppo, di attività economico-produttive, indicate nel Piano di sviluppo strategico, o di adeguate infrastrutture di collegamento tra le aree interessate» (art. 1, comma 1). Nelle ZES regionali possono inoltre essere inclusi «porti, aree retroportuali, anche di carattere produttivo e aeroportuale, come definiti dalle norme vigenti, piattaforme logistiche e interporti, non può comprendere zone residenziali».

Il d.P.C.M. prevede poi due sotto-tipologie di ZES interregionali: (a) le ZES tra una regione priva della tipologia di porto con le caratteristiche di cui al citato

⁸² Si v. il PON Infrastrutture e Reti 2014-2020, approvato dalla Commissione Europea con Decisione C(2015) 5451 del 29 luglio 2015.

⁸³ L'art. 4, comma 2 del d.l. 91/2017 definisce infatti le ZES: «[...] una zona geograficamente delimitata e chiaramente identificata, situata entro i confini dello Stato, costituita anche da aree non territorialmente adiacenti purché presentino un nesso economico funzionale, e che comprenda almeno un'area portuale con le caratteristiche stabilite dal regolamento UE n. 1315 dell'11 dicembre 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, collegata alla rete transeuropea dei trasporti (TEN-T). Per l'esercizio di attività economiche e imprenditoriali le aziende già operative e quelle che si insedieranno nella ZES possono beneficiare di speciali condizioni, in relazione alla natura incrementativa degli investimenti e delle attività di sviluppo di impresa».

⁸⁴ L. 27 dicembre 2017, n. 205.

⁸⁵ Inizialmente, a differenza delle ZES le ZLS non beneficiavano di un credito d'imposta, tale differenza è stata tuttavia eliminata dall'ultima legge di bilancio.

regolamento UE e una regione in cui sia presente tale tipo di porto (art. 4, comma 1)⁸⁶; (b) le ZES tra più regioni contigue prive di aree portuali con le caratteristiche stabilite dal regolamento (UE) n. 1315 e una regione in cui sia presente tale tipo di porto. Tali regioni possono presentare domanda per l'istituzione di una ZES in forma «associata».

Le imprese che si insediano nella ZES possono beneficiare di un credito di imposta commisurato alla quota del costo complessivo dei nuovi beni acquisiti, destinati a strutture imprenditoriali già esistenti e di nuova istituzione, a condizione che avviino un programma di attività economiche imprenditoriali o di investimenti nella stessa zona⁸⁷.

Tale agevolazione è finanziata con il Fondo Sviluppo e Coesione (200 milioni da utilizzare tra il 2018 e il 2020), il cui controllo spetta all'Agenzia per la coesione territoriale.

Visto che le zone economiche speciali ad oggi non sono ancora operative, la Legge di Bilancio 2020 ha esteso il credito d'imposta fino al 2022 (impegnando 100 milioni del Fondo di Sviluppo e Coesione).

Il controllo sulle zone è affidato a un Comitato di indirizzo cui sono attribuite funzioni generali di supervisione e in qualità di «soggetto per l'amministrazione» delle ZES⁸⁸.

⁸⁶ In relazione alle ZES interregionali indicate *sub* (a), la Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere (Cons. St., sez. atti norm., 10 gennaio 2018, n. 134) ha evidenziato che non sono chiare le ragioni per cui sia necessario che una delle regioni non abbia un'Autorità portuale con le caratteristiche stabilite dal Regolamento (UE) n. 1315 e non possano essere costituite, invece ZES tra Regioni entrambe dotate di aree portuali di tale tipologia. Si è evidenziato inoltre l'opportunità di precisare i motivi per cui le ZES di cui a questo all'art. 4, comma 2, possano essere istituite massimo tra due Regioni, a differenza di quelle di cui al comma precedente: peraltro, questa difformità sembra contrastare con la *ratio* dell'istituto; inoltre per le ZES di cui al comma 2 non è previsto il requisito della contiguità (che deve sussistere, invece, per quelle di cui al comma 1). Quanto alle ZES di cui all'art. 4, comma 1, la Commissione ha segnalato i rischi relativi all'estensione del regime di favore anche alle aree in cui si trovi un porto non rientrante nella categoria di Area portuale, di cui al regolamento UE n. 1315/2013. Questa disposizione, ad avviso della Commissione, si può prestare a comportamenti speculativi da parte delle Regioni, indotte a individuare aree in cui si vuole creare una ZES e, successivamente, costruirvi un porto, anche di piccole dimensioni, per poter accedere alla disciplina premiale.

⁸⁷ Il credito d'imposta a cui possono accedere le imprese nelle ZES ricalca esattamente le misure già in vigore nel Mezzogiorno, con l'unica eccezione che diventano ammissibili agli incentivi gli investimenti fino a 50 milioni di euro (per tutte le imprese insediate, indipendentemente dalla regione e dalle dimensioni dell'impresa), per un raffronto tra le due misure si v. *Zone Economiche Speciali Guida per iniziative di sviluppo nel Mezzogiorno*, in www.puc.com/it. Le aziende insediate nelle ZES mantengono inoltre la possibilità di accedere agli altri incentivi fiscali e strumenti agevolativi che Stato e Regioni mettono a disposizione delle aziende nel loro complesso. L'unico vincolo è che il valore degli incentivi ricevuti da ogni singola azienda non superi il tetto massimo che la normativa europea fissa per la concessione di aiuti di Stato. L'Agenzia delle Entrate, con provvedimento del 9 agosto 2019, ha disposto la «definizione delle modalità di presentazione della comunicazione per la fruizione del credito d'imposta per gli investimenti nelle zone economiche speciali»: <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/-/provvedimento-del-09-08-2019>.

⁸⁸ Al Comitato spettano in particolare, per quanto qui interessa le verifiche sul rispetto del Piano di sviluppo strategico e le ulteriori verifiche, nel caso di istanza di cambio di destinazione urbanistica, delle aree private incluse nella ZES, acquisendo la documentazione in caso di trasferimento di proprietà o di costituzione

L'art. 1 comma 316 della suddetta legge di bilancio 2020 ha modificato la composizione del Comitato di indirizzo prevedendo l'inserimento di un commissario straordinario del Governo che lo presiede. Il Comitato della ZES è quindi ora composto dal Presidente dell'Autorità di sistema portuale, un rappresentante della regione, o delle regioni nel caso di ZES interregionale, un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri e da un rappresentante del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

La gestione delle ZES ha assunto quindi una veste spiccatamente statale.

6.1. *La (difficile e) necessaria concertazione tra Stato, Regioni, enti locali e parti interessate all'istituzione delle ZES*

Nelle esperienze degli altri Stati gli ampi poteri affidati ai comitati e alle società di gestione, sotto il controllo dell'autorità statale o regionale, hanno conferito una maggiore libertà e dinamicità allo sviluppo delle zone.

In Italia, il «commissariamento» delle ZES, che significativamente ha preceduto addirittura la loro «messa in pratica», dimostra le enormi difficoltà di raccordo tra i livelli di governo nell'assunzione delle decisioni, producendo un perdurante stallo sia sul fronte della regolazione che dell'amministrazione delle stesse zone⁸⁹.

Sebbene, come visto, il legislatore abbia esteso la possibilità di istituire le ZES anche alle altre regioni d'Italia, l'art. 4, comma 4, del d.l. «Mezzogiorno» aveva opportunamente limitato tale possibilità alle sole regioni «meno sviluppate e in transizione», ammissibili alle deroghe in materia di aiuti di Stato previste dall'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁹⁰. L'istituzione di ZES in regioni non inserite nella Carta degli aiuti a finalità regionale non può pertanto essere compatibile con la normativa in materia di aiuti di Stato.

Ad oggi, sono state istituite tre ZES regionali (Campania, Calabria, Sicilia) e due ZES interregionali (ZES Ionica e Adriatica), che, da quanto è dato constatare, non sono ancora operative⁹¹.

di un diritto reale di godimento sul bene avvenuti nell'anno precedente la data di presentazione della proposta di istituzione.

⁸⁹ Il problema è in realtà il riflesso della disorganica gestione delle politiche di coesione territoriale, si v. sul punto M. Monteduro, *Le figure soggettive ed i modelli organizzativi sperimentati dall'ordinamento italiano in relazione alle politiche europee di coesione territoriale*, in *La coesione politico-territoriale*, op. cit., 137 dove si sottolinea che la coesione territoriale «non ha mai trovato un razionale, organico ed unitario assetto organizzativo a livello nazionale».

⁹⁰ In Italia le regioni meno sviluppate (con PIL pro capite inferiore al 75% della media europea) sono, come noto, la Sicilia, Calabria, Basilicata, Puglia, Campania e le regioni in transizione (con PIL pro capite tra il 75% e il 90% della media europea) sono invece la Sardegna, l'Abruzzo e il Molise.

⁹¹ I Decreti istitutivi sono pubblicati sul sito del Ministero per il Sud: <http://www.ministroperilsud.gov.it/it/approfondimenti/zes/>. Sulle difficoltà nell'attuazione delle ZES si v. l'Osservatorio Svimez recentemente

L'art. 4 del d.l. 91/2017 e l'art. 3, comma 1 del d.P.C.M. n. 12/18 stabilisce che la proposta di istituzione deve provenire da una o più regioni e deve contenere «l'indicazione puntuale» della «denominazione e delle aree interessate». Ai sensi dell'art. 5 del suddetto DPCM devono essere sentiti i comuni del territorio inclusi in ciascuna proposta. L'esperienza della ZES istituita in Campania dimostra, tuttavia, che la localizzazione delle zone necessita, in realtà, di una più ampia concertazione tra le diverse parti (pubbliche e private) interessate⁹² e di una stretta collaborazione tra i diversi livelli di governo.

Ai fini della concreta localizzazione delle aree in cui istituire una ZES regionale o interregionale si pongono infatti diverse questioni tra cui (i) il rischio di sperequazione territoriale; (ii) la regolazione della concorrenza tra gli operatori già presenti nell'area scelta per la localizzazione della ZES e quelli fuori dall'area; (iii) il rischio della speculazione immobiliare; (iv) la regolazione dell'intensità degli insediamenti industriali nelle aree ZES e limitrofe; (v) l'eventuale coordinamento con la pianificazione portuale.

La localizzazione delle aree ad opera delle regioni, di concerto con gli enti locali interessati, dovrebbe peraltro considerare sia le infrastrutture interne alle zone che quelle esterne necessarie ad assicurare le condizioni ottimali di accesso e di approvvigionamento delle risorse sufficienti al pieno funzionamento della ZES.

Proprio per tener conto di tali esigenze le proposte regionali di istituzione delle ZES devono essere corredate da un «Piano di Sviluppo Strategico», contenente, fra l'altro: «a) la documentazione di identificazione delle aree individuate con l'indicazione delle porzioni di territorio interessate con evidenziazione di quelle ricadenti nell'Area portuale; b) l'elenco delle infrastrutture già esistenti, nonché delle infrastrutture di collegamento tra aree non territorialmente adiacenti, nel territorio di cui alla lettera a); c) un'analisi dell'impatto sociale ed economico atteso dall'istituzione della ZES; d) una relazione illustrativa del Piano di Sviluppo Strategico, corredata da dati ed elementi che identificano le tipologie di attività che si intendono promuovere all'interno della ZES, le attività di specializzazione territoriale che si intendono rafforzare, e che dimostrano la sussistenza di un nesso economico-funzionale con l'Area portuale o con i porti di cui al comma 2, dell'articolo 3 del

costituito in collaborazione con Assporti: <https://lnx.svimez.info/svimez/>.

⁹² Con d.G.R. n. 327 del 6 agosto 2019 la Giunta regionale ha preso atto dell'esigenza di riperimetrazione della ZES, demandando ai competenti uffici dell'amministrazione la predisposizione di una proposta che raccogliesse le numerose richieste provenienti dai territori. Con la coeva D.G.R. n. 389 è stato approvato il Protocollo d'intesa per lo sviluppo delle aree PIP in Irpinia, sottoscritto dalla Regione Campania, dal Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale di Avellino e quaranta comuni della provincia di Avellino. Saranno assegnati all'ASI settecento ettari per nuove fabbriche in Irpinia dai Comuni aderenti. Il Protocollo «pilota» in coerenza con la programmazione regionale individua come priorità il rilancio degli agglomerati industriali, da supportare con lo snellimento e accelerazione delle procedure di insediamento dei nuovi investimenti, la promozione di azioni sinergiche per l'attrazione di nuovi investimenti, l'assistenza agli investitori e l'animazione territoriale, estendendo ai Comuni che non rientrano nelle aree ZES previste dal Piano i benefici generati dal percorso attuativo.

presente decreto, nel caso la ZES ricomprenda più aree non adiacenti. Le aree non contigue devono comunque essere collegate alle aree portuali da infrastrutture adeguate alla realizzazione del Piano di Sviluppo Strategico [...]»⁹³.

La proposta viene inviata alla Presidenza del Consiglio che può proporre delle modifiche. Dopo una eventuale fase di interlocuzione, in cui possono essere proposte delle modifiche, la ZES è istituita con d.P.C.M. adottato su proposta del Ministro per la coesione territoriale e il Mezzogiorno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dello sviluppo economico.

6.2. *La «speciale» e «specialissima» semplificazione amministrativa nelle ZES e ZLS*

Gli obiettivi di sviluppo economico delle ZES sono spesso sostenuti da speciali regole amministrative⁹⁴. L'idea di fondo è, infatti, che le regole «ordinarie» della macchina amministrativa ostacolano lo sviluppo delle zone economiche speciali⁹⁵.

Con l'art. 3-ter del d.l. n. 135/2018, convertito dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, recante «Semplificazioni per le zone economiche speciali – ZES e per le zone logistiche semplificate – ZLS», il legislatore italiano ha previsto uno (speciale) regime di semplificazione amministrativa valido per tutte le ZES, che può essere implementato dalle singole regioni (con una specialissima semplificazione)⁹⁶.

⁹³ Si v. l'art. 6 del citato d.P.C.M. n. 12. Nel Piano strategico elaborato dalle regioni proponenti, funzionale all'istituzione della ZES, devono inoltre essere previste: (i) le modalità con cui le strutture amministrative delle Regioni e degli enti locali interessati assicurano, anche attraverso propri uffici e personale, nonché attraverso accordi con le amministrazioni centrali dello Stato e convenzioni con organismi ovvero strutture nazionali a totale partecipazione pubblica, l'espletamento delle funzioni amministrative e di gestione degli interventi previsti nelle ZES di competenza regionale; (ii) gli ambiti di competenza esclusiva delle Regioni nelle politiche di programmazione e gestione nel rispetto della ripartizione delle competenze assegnate allo Stato e alle Regioni.

⁹⁴ Si v. in argomento J. Basedow, *Boosting the Economy, Special Economic Zones or Nationwide Deregulation?*, in *Special Economic Zones*, op. cit., 4 ss.

⁹⁵ Nei paesi asiatici le riforme dirette alla semplificazione amministrativa sono state tendenzialmente limitate alle aree dove sono localizzate le ZES, in argomento si v. B.J., Richardson, *Is East Asia Industrializing Too Quickly? Environmental Regulation in Its Special Economic Zones*, in *Pacific Basin Law Journal*, 2004, 151 ss. Il velocissimo sviluppo delle ZES asiatiche ha reso necessaria una regolazione amministrativa più severa rispetto ad altre aree del Paese incise dalla trasformazione industriale. In Giappone, ad esempio, pur persistendo un assetto fortemente centralizzato, le ZES decentralizzano il potere amministrativo, consentendo agli amministratori di decidere perseguendo gli interessi economici locali avvicinandosi agli amministrati.

⁹⁶ Ne costituisce esempio l'art. 7 della L. regionale della Campania 7 agosto 2019, n. 16 recante «Semplificazioni procedurali per la ZES Campania» che, *inter alia*, individua come responsabile unico del procedimento, per tutte le attività attinenti alla fase di insediamento, di realizzazione e di svolgimento delle iniziative economiche all'interno della ZES, lo Sportello Unico Amministrativo (SUA) dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale, di cui all'art. 15-bis della l. 28 gennaio 1994, n. 84, (Riordino della legislazione in materia portuale).

Sebbene la previsione generale del d.l. 91 facesse ragionevolmente ipotizzare che il legislatore avrebbe introdotto strumenti mirati a (appunto) semplificare il rapporto tra imprenditore/investitore e Amministrazione in tali zone, la misura si esaurisce, nella sostanza, nel taglio delle ordinarie tempistiche procedurali⁹⁷. L'art. 3-ter del d.l. n. 135/2018, ha, infatti, ridotto di un terzo i termini degli artt. 2 e 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in materia di valutazione d'impatto ambientale (VIA), valutazione ambientale strategica (VAS) e autorizzazione integrata ambientale (AIA); del Regolamento 13 marzo 2013, n. 59, in materia di autorizzazione unica ambientale (AUA); del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e Regolamento 13 febbraio 2017, n. 31, in materia di autorizzazione paesaggistica; del T.U. 6 giugno 2001, n. 380, in materia edilizia; della l. 28 gennaio 1994, n. 84, in materia di concessioni demaniali portuali.

L'indiscriminata riduzione della tempistica procedimentale, a risorse invariate, rischia, tuttavia, di rendere praticamente impossibile la conclusione dei procedimenti e, contrariamente alle intenzioni del legislatore, incentivare l'inerzia dell'Amministrazione o l'instaurarsi di conflitti e stalli decisionali⁹⁸.

Lo stesso art. 3-ter affida al Comitato di indirizzo della ZES il raccordo tra gli sportelli unici istituiti dagli enti locali e lo sportello unico dell'Autorità di sistema portuale, il quale opera quale responsabile unico del procedimento per l'insediamento, la realizzazione e lo svolgimento dell'attività economica nella ZES.

Ogni regione può inoltre presentare al Ministro per il Sud, una proposta di protocollo o convenzione per l'individuazione di ulteriori semplificazioni⁹⁹.

Il legislatore oltre ad aver sovrapposto ulteriori misure di semplificazione, peraltro non realizzabili senza la messa a disposizione di risorse *ad hoc* (strumenti e personale), agli istituti generali di semplificazione già esistenti a livello nazionale (peraltro recentemente implementati dalla «riforma Madia» proprio al fine di permettere la «ripresa dell'economia» a livello nazionale), ha, ancora una volta, trascurato la necessità di implementare la «capacità amministrativa» delle singole amministrazioni nell'utilizzo dei fondi europei.

La predisposizione di risorse e di strumenti tecnici adeguati di supporto alle amministrazioni locali, specificatamente deputati all'espletamento delle proce-

⁹⁷ Si v. ad esempio il Piano elaborato dalla Regione Campania e dalla Calabria, disponibili qui: <http://www.ministroperilsud.gov.it/it/approfondimenti/zes/istituzione-zes/>.

⁹⁸ Nello stesso senso anche la previsione inserita dal suddetto art. 3-ter, secondo cui «eventuali autorizzazioni, licenze, permessi, concessioni o nulla osta comunque denominati la cui adozione richiede l'acquisizione di pareri, intese, concerti o altri atti di assenso comunque denominati di competenza di più amministrazioni sono adottati ai sensi dell'articolo 14-bis della legge n. 241 del 1990; i termini ivi previsti sono ridotti della metà».

⁹⁹ La proposta individua dettagliatamente le procedure oggetto di semplificazioni, le norme di riferimento e le amministrazioni locali e statali competenti ed è approvata dalla Cabina di regia istituita ai sensi dello stesso articolo. Sono parti dell'accordo o protocollo la regione proponente e le amministrazioni locali o statali competenti per ogni procedimento individuato.

dure riguardanti le ZES/ZLS, potrebbe costituire l'occasione per avviare la sperimentazione di un modello virtuoso per la gestione dei fondi europei esportabile all'intero territorio nazionale. Al contrario, in assenza di un rafforzamento della capacità amministrativa nell'utilizzo dei fondi strutturali a cui è condizionato lo sviluppo della logistica cui sono strettamente ancorate le ZES, si rischia di non raggiungere i risultati attesi¹⁰⁰.

6.3. *Il regime doganale delle «zone economiche – logistiche speciali»*

In considerazione dello stretto collegamento con l'area portuale, l'istituzione di zone franche doganali (ZFD) assume evidentemente un ruolo fondamentale per il successo delle ZES, agevolando gli scambi commerciali e permettendo che al loro interno si effettui la scelta della c.d. «destinazione doganale» delle merci, evitando l'immissione in libera pratica e, dunque, il sorgere dell'obbligazione doganale.

L'art. 3-ter del citato «Decreto semplificazioni» ha previsto che all'interno delle ZES e ZLS possano essere istituite anche delle zone franche doganali senza la necessità di un'apposita disposizione legislativa¹⁰¹. La disposizione consenti-

¹⁰⁰ L. De Lucia, *La modernizzazione*, op. cit., 106, in argomento si v. anche B. Terracciano, P.R. Graziano, *EU Cohesion Policy Implementation and Administrative Capacities: Insights from Italian Regions*, in *Regional and Federal studies*, 2016, in particolare a pag. 26 dove si evidenzia la stretta connessione tra rafforzamento della capacità amministrativa e l'implementazione delle politiche di coesione. In argomento si v. anche J. H. Addison, *Is administrative capacity a useful concept? Review of the application, meaning and observation of administrative capacity in political science literature*, LSE Research Paper, 2009, disponibile su http://personal.lse.ac.uk/addisonh/Papers/AC_Concept.pdf; S. Milio, *Can administrative capacity explain differences in regional performances? Evidence from Structural Funds implementation in southern Italy*, *Regional Studies*, 2004, 41(4), 429; Id., *How political stability shapes administrative performance: the Italian case*, *West European Politics*, 2008, 31(5), 915.

¹⁰¹ La competenza in materia doganale è oggi riservata all'Unione Europea (art. 3 TFUE) sicché la disciplina delle ZFD, di matrice eurounitaria, è contenuta nel Regolamento UE n. 952/2013 che ha istituito il Codice Doganale dell'Unione («CDU») e i suoi provvedimenti integrativi e esecutivi. Sul piano nazionale, la competenza legislativa in materia doganale spetta, in via esclusiva allo Stato (art. 117, comma II, lett. q, Cost.), che la esercita per dare esecuzione alla normativa europea o per colmare, compatibilmente con essa, alcune sue lacune. La disciplina di settore nazionale, mai espressamente abrogata è contenuta nel d.P.R. n. 43/1973 e s.m.i. recante il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia Doganale («TUD»). Con particolare riferimento agli strumenti per istituire le ZFD, gli artt. 243 ss del CDU si limitano a prevedere che le stesse possano essere determinate dagli «Stati membri». Sul piano nazionale l'art. 166 TUD stabilisce che i «punti franchi» possono essere istituiti con legge nelle principali città marittime, nonché in località interne che rivestano rilevante importanza ai fini dei traffici con l'estero, rimettendo la disciplina delle attività commerciali e industriali che possono essere esercitate in ciascun punto franco e le disposizioni da osservarsi ai fini della disciplina doganale ad un apposito «decreto del Presidente della Repubblica, emanato su proposta del Ministro per la industria, il commercio e l'artigianato, di concerto con i Ministri per le finanze, per il commercio con l'estero, per i trasporti e la aviazione civile e per la marina mercantile [...]». L'art. 7 del d.lgs. n. 169/2016, recante la riforma della disciplina delle Autorità portuali attuativa della «legge Madia» ha, per quanto qui interessa, modificato l'articolo 6, della l. 28 gennaio 1994, n. 84, stabilendo, al comma 12, che: «È fatta salva la disciplina vigente per i punti franchi compresi nella zona del porto franco di Trieste. Sono fatte salve, altresì, le discipline vigenti per i punti franchi delle

rebbe così di superare l'art. 166 del «Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale» (TUD) laddove stabilisce, al comma 1, che i «punti franchi» possono essere istituiti con legge nelle principali città marittime, nonché in località interne che rivestano rilevante importanza ai fini dei traffici con l'estero, mentre viene rinviata ad una specifica fonte secondaria la determinazione delle attività commerciali e industriali che possono essere esercitate in ciascun punto franco (comma 2).

Per i «punti franchi» già previsti per legge (anche se non operativi) rimangono valide le disposizioni delle leggi istitutive se non in contrasto con la normativa comunitaria e la riforma del sistema portuale italiano, all'art. 6, comma 12, della l. n. 84 del 1994, ha confermato la validità delle zone franche già esistenti in Italia¹⁰².

La tempistica prevista dal «Decreto semplificazioni» ha tuttavia reso praticamente impossibile l'istituzione di nuove zone franche nelle zone economiche speciali. La proposta, proveniente da ciascun comitato di indirizzo sarebbe dovuta, infatti, pervenire entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa previsione normativa, per poi essere approvata, entro sessanta giorni, con determinazione del direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

Per istituire la zona franca nel porto di Taranto è stato quindi necessario intervenire con la legge, rimettendo all'Autorità di sistema portuale e all'Agenzia delle dogane e dei monopoli la perimetrazione dell'area.

7. *Il controllo sugli incentivi concessi nelle ZES e il rischio di concorrenza (sleale) tra gli Stati membri*

In vista dell'aggiornamento del quadro normativo in materia di aiuti di Stato, uno studio del Parlamento europeo ha recentemente focalizzato l'attenzione proprio sui controlli sulle zone economiche speciali, invitando la Commissione a rivedere l'attuale disciplina in favore di aiuti mirati a sostenere le politiche dell'U-

zone franche esistenti in altri ambiti portuali. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'AdSP territorialmente competente, con proprio decreto stabilisce l'organizzazione amministrativa per la gestione di detti punti». L'art. 10 del citato decreto ha sostituito l'articolo 8 della l. 28 gennaio 1994, n. 84, attribuendo al Presidente dell'Autorità di sistema portuale il potere di proporre la delimitazione delle zone franche, sentite l'autorità marittima e le amministrazioni locali interessate.

¹⁰² La suddetta disciplina, modificata da ultimo dal «correttivo» del 13 dicembre 2017, n. 232 stabilisce che: «È fatta salva la disciplina vigente per i punti franchi compresi nella zona del porto franco di Trieste. Sono fatte salve, altresì, le discipline vigenti per i punti franchi delle zone franche esistenti in altri ambiti portuali. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'AdSP territorialmente competente, con proprio decreto stabilisce l'organizzazione amministrativa per la gestione di detti punti».

nione e dello sviluppo di servizi, competenze e infrastrutture e meno quelli diretti a fornire sostegno a specifiche attività imprenditoriali¹⁰³.

Il Parlamento europeo ha tuttavia richiamato l'attenzione sulla necessità che in tali zone sia assicurata un'adeguata forma di trasparenza delle operazioni che si svolgono al loro interno per evitare il rischio che divengano territori fertili per i traffici illeciti. Anche la Commissione ha recentemente sollecitato l'OCSE ad introdurre strumenti di cooperazione internazionale e di coordinamento tra le autorità locali per esercitare un controllo più efficace in queste aree¹⁰⁴ evidenziando la necessità che occorre un'azione comune per rafforzare la trasparenza sulle operazioni che si svolgono nelle ZES.

Consapevoli dei rischi che comporta l'istituzione di tali zone, il legislatore italiano ha opportunamente previsto la formalizzazione di Protocolli di Legalità con le Prefetture per prevenire, controllare e contrastare le ingerenze della criminalità organizzata.

La creazione di una nuova zona economica speciale o una consistente modifica in una zona già esistente impone, come si è accennato, il rispetto del quadro regolatorio sugli aiuti a finalità regionale e, in particolare, del Regolamento generale di esenzione (GBER¹⁰⁵) e degli orientamenti della Commissione su tali aiuti per il periodo 2014-2020 (ormai in scadenza, ma prorogati fino al 31 dicembre 2022)¹⁰⁶.

La zona economica speciale deve, quindi, rientrare in una delle c.d. «zone assistite» (ossia zone di tipo «a» o «c» ex art. 107 TFUE), essere inclusa nella Carta degli aiuti regionali predisposta dallo Stato membro e i benefici concessi nella zona devono rispettare le intensità massime di aiuto previste nella stessa Carta. Il discostamento da tale regime rischia, infatti, di creare distorsioni all'interno del mercato che possono facilmente sfuggire al controllo della Commissione.

¹⁰³ Si v. lo studio del Parlamento Europeo, *Public economic support in the EU State aid and special economic zones*, in <https://www.europarl.europa.eu/>.

¹⁰⁴ Cfr. la proposta della Commissione, 1° luglio 2019, *Proposal for a Council Decision on the position to be taken on behalf of the European Union in the OECD Public Governance Committee and the OECD Council on the draft Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*.

¹⁰⁵ Cfr. il Regolamento UE n. 2015/1588, stabilisce infatti che gli aiuti a finalità regionale approvati dalla Commissione in base alla mappa proposta dagli Stati sono esenti dalla previa notifica; il Reg. UE n. 651/2014 di esecuzione (GBER) che dichiara le categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del TUE su cui si v. C. Ruechardt, *EU State Aid Control of Infrastructure Funding*, Milano, 2018; C.E. Baldi, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Rimini, 2016.

¹⁰⁶ Si v. la Comunicazione della Commissione concernente la «proroga della validità degli orientamenti della Commissione in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020» che fanno riferimento alle carte nazionali degli aiuti a finalità regionale, degli orientamenti della Commissione sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, della disciplina della Commissione in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia, degli orientamenti della Commissione sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione e della comunicazione della Commissione relativa ai criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, progetto in <https://ec.europa.eu/>.

Il legislatore italiano ha conseguentemente correttamente stabilito che le agevolazioni possono essere concesse nei limiti dell'intensità massima di aiuti e con le modalità previste dalla legge¹⁰⁷ e ha demandato il primo controllo sul rispetto di tale normativa alla Presidenza del Consiglio e al Comitato di indirizzo delle ZES¹⁰⁸.

Dall'analisi comparata è emerso che il controllo sulle agevolazioni concesse dall'Irlanda, dal Portogallo, dalla Lettonia e dalla Polonia è stato principalmente effettuato, salvo successivi aggiustamenti, nel corso dei negoziati al momento dell'ingresso di tali Stati nell'Unione Europea. Nella totalità dei casi inoltre l'approccio della Commissione è stato piuttosto accomodante nei confronti degli Stati, fermandosi, di fatto, ad una valutazione pressoché formale sul rispetto della normativa, privilegiando l'esigenza di correggere lo squilibrio sociale territoriale¹⁰⁹.

Benché non possa considerarsi risolutivo, proprio al fine di garantire un maggiore controllo, l'articolo 13 del Regolamento generale di esenzione (GBER) consente di monitorare la "migrazione" delle imprese tra gli Stati provocata dalla "corsa" all'agevolazione più conveniente, non esonerando dall'obbligo di notifica alla Commissione gli aiuti concessi alle imprese che abbiano chiuso la stessa attività o un'attività simile nello Spazio economico europeo nei due anni precedenti la proposizione della domanda di aiuti a finalità regionale¹¹⁰.

L'esistenza di zone speciali nel territorio dell'UE imporrebbe, tuttavia, un controllo più penetrante da parte della Commissione affinché le agevolazioni concesse rispettino le regole concorrenziali e gli aiuti di Stato non provochino distorsioni nel mercato.

¹⁰⁷ Il Parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato segnalava che lo *schema* di decreto non prevede forme di verifica circa la compatibilità della zona con la normativa sugli aiuti di Stato (art. 107 TFUE).

¹⁰⁸ Decisione SA.38930 – Italia – Carta degli aiuti a finalità regionale 2014-2020, GU C 369 del 17.10.2014, modificata dalla decisione SA.46199 (2016/N) – Italia – Modifica della carta degli aiuti a finalità regionale 2014-2020 per il periodo 2017-2020.

¹⁰⁹ Si v. il caso del corridoio turistico di Shannon (N 751/2007 – *IrelandMid-ShannonCorridorTourismInfrastructureScheme*), oltre a quelli già citati in Portogallo e in Lettonia.

¹¹⁰ Art. 13 del Regolamento GBER stabilisce che la sezione I dello stesso Regolamento «non si applica agli aiuti individuali a finalità regionale agli investimenti a favore di un beneficiario che, nei due anni precedenti la domanda di aiuti a finalità regionale agli investimenti, abbia chiuso la stessa o un'analoga attività nello spazio economico europeo o che, al momento della domanda di aiuti, abbia concretamente in programma di cessare l'attività entro due anni dal completamento dell'investimento iniziale oggetto dell'aiuto nella zona interessata». Ciò tuttavia non esclude che l'attività possa essere chiusa e riaperta nello stesso Stato membro come rileva il citato studio del Parlamento Europeo, pag. 10.

8. Conclusioni sul tentativo italiano

L'analisi comparata ha dimostrato che le ZES hanno rappresentato e ancora rappresentano, per molti paesi europei, un motore trainante per l'economia nazionale, tanto che alcuni Stati, come la Polonia ne hanno esteso il modello all'interno territorio nazionale. Nelle esperienze esaminate, le ZES sono state un punto di partenza per l'implementazione delle infrastrutture esistenti (aeroporuali nel caso dell'Irlanda) o per sostenere lo sviluppo industriale (nel caso della Polonia) o per far ripartire l'economia locale in zone fortemente svantaggiate, sfruttando le naturali condizioni territoriali (regioni della Lettonia e Madeira). Si è inoltre visto che, in tali Stati, le ZES non hanno operato come monadi, ma si sono progressivamente inserite nel circuito delle politiche nazionali e sovranazionali. Il controllo formale e, in alcuni casi, un approccio particolarmente tollerante della Commissione circa il rispetto della normativa sugli aiuti di Stato, ha senz'altro permesso il loro libero sviluppo nel territorio dell'Unione.

I dati dimostrano che, nonostante la Polonia e l'Italia siano i primi beneficiari dei fondi europei per lo sviluppo regionale (più di 45 miliardi la prima e 33 miliardi la seconda nella programmazione 2014-2020¹¹¹), permane un'enorme differenza nella rispettiva crescita economica. In Italia, nonostante gli sforzi profusi dai diversi livelli di governo per approntare e migliorare le politiche economiche per il Mezzogiorno le misure messe in atto per tentare di sanare il dislivello con le altre realtà territoriali, nazionali, europee e internazionali si continuano a rivelare, di fatto, poco efficaci¹¹².

La persistenza di un elevato divario territoriale, sociale e economico interno allo Stato genera un «doppio freno» che preclude sia la ripresa economica locale che l'efficacia delle politiche europee¹¹³. Il freno alle politiche territoriali non può tuttavia essere tolto solo a livello nazionale, ma necessita di un intervento più coraggioso a livello europeo sotto almeno due linee di intervento.

Si è visto che il Parlamento europeo ha spronato la Commissione ad una vigilanza più rigorosa su tali zone per evitare che si generi il rischio di distorsioni nel mercato unico. Potrebbe, del resto, andare in questa direzione la proposta della Commissione di rendere più severe le disposizioni relative alla delocalizzazione delle imprese per evitare un'improduttiva «concorrenza tra sovvenzioni»¹¹⁴.

¹¹¹ Dati disponibili su: <https://cohesiondata.ec.europa.eu/funds/erdf>.

¹¹² Sulla fase critica delle attuali politiche di sviluppo, rapportare a quelle di coesione dell'UE si v. S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico*, op. cit., 579; Per un inquadramento generale delle politiche del mezzogiorno si v. P. Casavola, *Le politiche per il Mezzogiorno, L'Italia e le sue Regioni*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2015.

¹¹³ S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione*, op. cit., 585 ss.

¹¹⁴ Si v. la Proposta di Regolamento UE recante «Disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marit-

L'approccio tuttavia non può essere limitato alla correzione di singole storture, ma occorre un quadro regolatorio comune tra gli Stati che garantisca una maggiore trasparenza delle operazioni finanziarie e imprenditoriali che si svolgono all'interno di tali zone.

La seconda linea di intervento parte dalla priorità, ormai da tempo segnalata dalla Commissione, di una strategia integrata per rafforzare la capacità amministrativa, in particolare per ciò che riguarda l'assorbimento da parte dell'Italia dei fondi UE¹¹⁵. L'attuale revisione delle politiche di coesione per il 2021-2027 dovrebbe partire da una concreta analisi sull'effettiva capacità degli Stati di darvi attuazione. Nelle intenzioni della Commissione il nuovo ciclo di programmazione concentrerà gli investimenti per lo sviluppo regionale sugli obiettivi del *green deal*, dell'innovazione, della digitalizzazione, della trasformazione economica e del sostegno alle piccole e medie imprese¹¹⁶. La capacità amministrativa da obiettivo autonomo delle politiche di coesione diventa uno strumento trasversale ai diversi obiettivi tematici senza ricevere uno specifico sostegno finanziario¹¹⁷.

timi 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», del 29 maggio 2018, in particolare l'art. 60 che preclude l'accesso ai fondi europei per la delocalizzazione dell'attività di impresa.

¹¹⁵ Si v. il già citato *Country Report 2020*, in particolare alle pagine 64 e 93 dove si evidenzia che per migliorare l'amministrazione e l'attuazione dei fondi strutturali e d'investimento europei, è necessario: «garantire la corretta attuazione dei piani di rafforzamento amministrativo basati sull'esperienza del periodo 2014-20; rafforzare i partenariati e le politiche dal basso, con una maggiore partecipazione delle città, degli altri enti locali e dei partner economici e sociali al fine di garantire un'attuazione tempestiva ed efficace delle strategie territoriali e urbane integrate; rafforzare la capacità delle parti sociali e la loro partecipazione al conseguimento degli obiettivi politici; aumentare la capacità amministrativa dei beneficiari di preparare e attuare progetti, in particolare a livello locale; migliorare l'elaborazione dei progetti infrastrutturali principali in termini sia di qualità che di tempistica, in particolare i progetti ferroviari della rete nazionale nelle regioni meno sviluppate; tenere conto degli insegnamenti tratti in Piemonte durante l'attuazione del progetto pilota della Commissione sulla transizione industriale, in particolare per quanto riguarda l'impatto delle nuove tecnologie, la decarbonizzazione e la promozione della crescita inclusiva; rafforzare le misure volte a prevenire e a combattere i conflitti di interessi, la frode e la corruzione; migliorare la performance degli appalti pubblici, in particolare per quanto riguarda il numero di stazioni appaltanti, la loro capacità professionale, la loro capacità di integrare gli aspetti relativi alla sostenibilità e all'innovazione nelle procedure d'appalto, le aggiudicazioni uniche, la semplificazione delle procedure, la velocità delle decisioni, le piccole e medie imprese contraenti, e la capacità delle autorità di effettuare verifiche efficaci; ricorrere in modo più ampio agli strumenti finanziari e contribuire maggiormente a un comparto per l'Italia nell'ambito di InvestEU per tutte le attività che generano entrate e riducono i costi».

¹¹⁶ Si v. il Documento *EU Budget for the future Regional development and Cohesion*, pag. 1 dove si precisa che il 65% e l'85% delle risorse del FESR e del Fondo di coesione sarà assegnato alle suddette priorità, in funzione della ricchezza relativa degli Stati membri.

¹¹⁷ Si v. lo studio Econ, *Administrative capacity of local and regional authorities: Opportunities and challenges for structural reforms and a more effective European economic governance*, pag. 4 dove si evidenzia che «In terms of total financial resources, it should be recognised that there is gradually less money available for capacity-building of direct relevance to LRAs. There is a drop of support for public administration going to LRAs from 28% under ESF in 2007-2013 to 13% under TO11 in 2014-2020, and this will be down to zero in 2021-2027 in the next MFF»; sul precedente regime si v. G. Centurelli, *Semplificazione, riduzione degli oneri amministrativi, accrescimento delle competenze e delle conoscenze della Pa nell'utilizzo dei Fondi: l'evoluzione dell'obiettivo del rafforzamento della capacità amministrativa nei Fondi Strutturali e le novità del ciclo 2014-2020*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2015, 3, 551.

Le carenze di competenze tecniche nella gestione dei fondi, se non fronteggiate con un intervento mirato sull'organizzazione amministrativa, alimenta il rischio che, in Italia, le politiche di coesione territoriale operino «nel vuoto»¹¹⁸ o, peggio, come è stato segnalato, producano effetti competitivi negativi¹¹⁹. Il rischio peraltro è ancora maggiore se la crisi pandemica da Covid-19, nel momento in cui si scrive ancora in corso, che coincide con il momento di transizione tra le programmazioni 2014-2020 e 2021-2027, acutizzerà le divergenze territoriali¹²⁰.

Sul fronte nazionale, l'implementazione delle ZES non sembra peraltro coerente con gli obiettivi del Documento di confronto predisposto dall'Agenzia per la coesione territoriale per la programmazione 2021-2027 che mira ad assicurare la continuità nel tempo degli aiuti alle imprese e l'appropriatezza dei tempi necessari per l'espletamento delle procedure che portano all'attribuzione dei benefici, o all'avvio delle erogazioni¹²¹.

Al contrario, le ZES e le ZLS sono strumenti «a tempo», destinati a durare al massimo quattordici anni (prorogabili per ulteriori sette su richiesta delle regioni interessate)¹²².

Differentemente dalle altre esperienze «ZES» dell'Unione, il legislatore italiano non ha introdotto benefici particolarmente incentivanti, né chiari criteri per la selezione degli investitori, né ha collegato il piano di investimenti a politiche occupazionali o ad una programmazione per lo sviluppo del territorio.

Le imprese intenzionate a investire nelle ZES/ZLS italiane, si trovano, pertanto ancora, di fronte ad una stratificazione normativa incerta, complessa e non competitiva non solo rispetto alle realtà straniere, ma anche rispetto agli altri Stati dell'Unione.

Tali carenze, insieme ad una visione «riduttiva» della semplificazione amministrativa, fondata esclusivamente su interventi limitati ad una difficilmente realizzabile accelerazione della tempistica procedimentale (a «costo zero») non consente di generare alcun terreno fertile per la riduzione degli oneri burocratici.

Da una parte, lungi dal costituire una «esigenza» circoscritta a livello locale o regionale, la spinta alla «semplificazione»¹²³ amministrativa rappresenta una

¹¹⁸ Sul punto si v. M. Monteduro, *Le figure soggettive*, op. cit., 148, dove si sottolinea che «la sottovalutazione del problema organizzativo ha stratificato, nel corso della vicenda italiana, una situazione di crescente ineffettività del principio-obiettivo della coesione territoriale».

¹¹⁹ Lo rileva A. Giannola, *Mezzogiorno oggi: una sfida italiana*, in *Lezioni sul meridionalismo*, op. cit., 291.

¹²⁰ Si v. la lettera inviata lo scorso 14 aprile al Comitato delle Regioni dalla delegazione italiana del Comitato pubblicata su <http://www.anci.it>.

¹²¹ Si v. il Documento di confronto predisposto per la programmazione della politica di coesione 2021-2027, in <https://opencoesione.gov.it>.

¹²² Gli investitori, infatti, assumono il vincolo di mantenere la propria attività nella ZES per almeno sette anni dopo il completamento dell'investimento oggetto delle agevolazioni.

¹²³ A. Pajno, Testo della relazione annuale del presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario (16 febbraio 2016), in www.giustizia-amministrativa.it; L. Bisoffi, *Semplifica-*

necessità costantemente avvertita, da tempo anche a livello sovranazionale¹²⁴. La semplificazione amministrativa dovrebbe consentire l'instaurazione di relazioni più semplici e certe tra pubbliche amministrazioni, cittadini e imprese¹²⁵, eliminando oneri ingiustificati, rendendo più agevoli gli adempimenti amministrativi e migliorando l'efficienza delle Amministrazioni. Al contrario si è affermata negli anni una sorta di «dittatura culturale della semplificazione¹²⁶» dove gli interventi non hanno prodotto i risultati sperati¹²⁷ e il sistema è rimasto avvolto da uno «spesso oscuro sistema normativo» in cui la *regula iuris* del caso concreto rimane di difficile individuazione a scapito di coloro (italiani e stranieri) che abbiano «incolpevolmente intrapreso un'attività nella convinzione di agire nel rispetto della legge»¹²⁸, provocando, di fatto, una barriera all'ingresso degli investitori.

Per poter funzionare adeguatamente le ZES non devono solo essere aree libere da intoppi burocratici, ma non devono subire l'influenza di interessi meramente locali, sfruttando le potenzialità territoriali come è, per l'Italia, la realtà portuale.

L'analisi comparata ha dimostrato che la competitività delle ZES non dipende solo dalla concessione di agevolazioni fiscali, ma dall'evoluzione sinergica tra l'area e le imprese che vi operano. Il legame tra attrazione degli investimenti

zione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio, in *www.federalismi.it*, 2019, 1, 20; F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, 84; M. Cartabia, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella «legge annuale di semplificazione»*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 385; C. Barbati, *Delegificazione, semplificazione amministrativa e ruolo del legislatore regionale*, in *Le Regioni*, 1997, 1981; E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss.; S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; V. Parisio (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, Milano, 1998; L. Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1998 385; R. Ferrara, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 627 ss.; G. Piperata, *Semplificazione amministrativa e competenze delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2003, 275; G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5479 ss.; Id. *Il governo della semplificazione*, M.P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2006, 1057 ss.; M.A. Sandulli, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione «a rischio»*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 465 ss.; Id., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove Autonomie*, 2012, 435; Id., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 301; S. Pellizzari, *Make it better and simpler*, 2012, 265; P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679 ss.; E. Scotti, *Silenzio-assenso e discrezionalità tra legalità e autonomia: la lezione istituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 943 ss. F. Satta, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 ss.; N. Rangone, *Semplificazione amministrativa*, in *Enc. Treccani*, 2015; F. De Leonardis, *Semplificazioni e ambiente*, in AA.VV., *Rapporto 2015 di Italia decide. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 2015.

¹²⁴ M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1998, 681.

¹²⁵ A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1998, 652.

¹²⁶ M. Ainis, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, 2014, 18, 2-3.

¹²⁷ Si pensi al meccanismo acceleratorio-sostitutivo applicabile nei confronti di alcune categorie di procedimenti amministrativi previsto dall'art. 4 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. «legge Madia»).

¹²⁸ M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 6.

produttivi, adeguatezza logistica e armonizzazione con la pianificazione portuale dovrebbe costituire quindi la chiave per l'efficacia delle zone e per il recupero di competitività dei territori¹²⁹.

In assenza di un'attenta programmazione che coordini realmente gli strumenti nazionali per la coesione territoriale, quali le ZES, con la prossima programmazione delle politiche sovranazionali, le misure di sostegno alle imprese rischiano di ridursi, ancora, in forme di compensazione per le inefficienze del sistema.

¹²⁹ Si v. quanto condivisibilmente evidenziato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. atti norm., 10 gennaio 2018, n. 134), secondo cui «appare imprescindibile alla Sezione la necessità di introdurre nel Piano di Sviluppo Strategico forme adeguate di coordinamento con la pianificazione strategica portuale, rilevante e legislativamente disciplinata, come è noto, anche a livello nazionale. La connessione tra questi due profili pianificatori è, peraltro, già dimostrata dal fatto che il Comitato di indirizzo della ZES è presieduto dal Presidente dell'Autorità portuale e si avvale del Segretario generale dell'Autorità portuale».

Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano

Il contributo analizza alcune esperienze di «zone economiche speciali» presenti all'interno dell'Unione Europea, per confrontarle con il recente tentativo di introdurle in Italia quali veicoli per il rilancio dell'economia. Tali zone assumono un ruolo funzionale non solo allo sviluppo dell'economia nazionale, ma anche all'implementazione della politica di coesione territoriale dell'Unione Europea. L'indagine evidenzia che il ruolo dell'Unione negli interventi volti a ridurre le disparità regionali si è nel tempo rafforzato sia tramite le politiche europee di coesione territoriale sia grazie al duplice ruolo assunto dalla Commissione nel monitoraggio dei programmi concordati negli accordi di partenariato e nella vigilanza sugli aiuti di Stato concessi a livello regionale. Dopo un breve inquadramento definitorio e una ricostruzione del percorso che ha reso tali zone un fenomeno globale, si esaminano le esperienze europee maggiormente consolidate dell'Irlanda, del Portogallo, della Lettonia e della Polonia. La seconda parte del contributo analizza, alla luce dell'analisi comparata, la disciplina italiana sulle ZES per svolgere alcune riflessioni sul loro ruolo nel futuro delle politiche di coesione territoriali.

The 'special economic zones' and territorial cohesion: a comparison between the EU States and an analysis of the Italian effort

The essay analyses some experiences of 'special economic zones' within the European Union, comparing them with their recent introduction in Italy as vehicles to boost the economy. These zones assume a functional role not only for the development of the national economy, but also for the implementation of the EU territorial cohesion policy. The research shows that the role of the EU in reducing regional disparities has been strengthened both through European territorial cohesion policies and thanks to the dual role assumed by the EU Commission in monitoring the implementation of the partnership agreements signed by the States and the compliance with state aid rules. After a brief outlining on the definition of special economic zones and a reconstruction of the path that has made these areas a global phenomenon, the most consolidated European experiences of Ireland, Portugal, Latvia and Poland are examined. Using the results of the comparative analysis, the second part of the research analyses the Italian discipline on SEZs in order to offer some reflections on their role in the future of territorial cohesion policies.

La corruzione tra privati. Tra circolarità e autonomia

Alice Caputo

SOMMARIO: 1. Corruzione: definizione ed evoluzione tra polivalenza e transnazionalità. – 2. Verso una maggiore rilevanza della corruzione tra privati tra diritto interno, diritto dell'UE e diritto internazionale. – 3. Il nuovo articolo 2635 c.c. dopo la legge 6 Novembre 2012, n. 190. – 4. La novità 2017. – 5. Osservazioni conclusive.

C'era un paese che si reggeva sull'illecito. Non che mancassero le leggi, né che il sistema politico non fosse basato sui principi che tutti più o meno dicevano di condividere. Ma questo sistema, articolato su un gran numero di centri di potere, aveva bisogno di mezzi finanziari smisurati (ne aveva bisogno perché quando ci si abitua a disporre di molti soldi non si è più capaci di concepire la vita in altro modo) e questi mezzi si potevano avere solo illecitamente, cioè chiedendoli a chi li aveva in cambio di favori illeciti. Ossia, chi poteva dare soldi in cambio di favori, in genere aveva già fatto questi soldi mediante favori ottenuti in precedenza; per cui ne risultava un sistema economico in qualche modo circolare e non privo della sua autonomia. Nel finanziarsi per via illecita, ogni centro di potere non era sfiorato da alcun senso di colpa, perché per la propria morale interna, ciò che era fatto nell'interesse del gruppo era lecito, anzi benemerito, in quanto ogni gruppo identificava il proprio potere con il bene comune; l'illegalità formale, quindi, non escludeva una superiore legalità sostanziale.

ITALO CALVINO, *La coscienza a posto. Apologo sull'onestà del paese dei corrotti*

1. *Corruzione: definizione ed evoluzione tra polivalenza e transnazionalità*

Uno dei nodi fondamentali, quando si parla e si esamina un fenomeno a largo raggio di azione con conseguenze diversificate ed evoluzioni imprevedibili come la corruzione, è cercare una definizione pacifica e granitica che possa valere in molte circostanze e in diversi ambiti applicativi, tra cui i vari ordinamenti giuridici. La prima difficoltà nasce dalla non scontata constatazione che il termine corruzione è una parola polivalente. Come qualsiasi termine usato per descrivere complessi fenomeni umani, il termine corruzione identifica un concetto istintivamente comprensibile, ma difficile da articolare completamente. Etimologica-

mente, la parola corruzione può essere associata al termine latino «corrompere» che significa «rompere». È interessante notare come comportamenti e condotte corruttive e corrotte producano una rottura: della fiducia, della buona fede, della trasparenza, della concorrenza, dell'affidamento, della distribuzione delle ricchezze, del buon uso del potere, della cosa pubblica come interesse generale e come interesse particolare, in particolare a riguardo dell'economia. Traslare tutto ciò in una definizione legale universalmente accettabile è piuttosto difficile. L'*United National Office on Drugs and Crime*¹ ha precisato che non c'è una sola comprensiva definizione universalmente accettata di corruzione e che il tentativo di sviluppare una definizione internazionale incontra problemi giuridici e criminologici e, in alcuni paesi, anche politici. L'*UNODC* preferisce così identificare le sue particolari forme di manifestazioni includendovi: corruzione in senso ampio, appropriazione indebita, furto, estorsione, abuso di informazioni segrete o privilegiate, favoritismi, nepotismo e clientelismo, oltre a condotte che creano o incoraggiano conflitti di interesse e vantaggi politici impropri. A ben vedere, in questo grande calderone, vi rientrano forme di manifestazione che nel nostro codice penale costituiscono reati diversi rispetto alla corruzione in senso stretto tipizzata dal nostro legislatore agli artt. 318 e seguenti del c.p.

Del resto, è anche evidente che il fenomeno della corruzione è sempre associato alla sfera pubblica. La definizione proposta dalla Banca mondiale² definisce la corruzione come: «*The abuse of public power for private gain*». Generalmente, infatti, vi è un interesse diffuso verso la corruzione pubblica, mentre minore rilevanza viene data alla corruzione tra privati in ambiti prettamente privatistici, come accordi e contratti economici tra privati nazionali e transnazionali. La ragione è di tutta evidenza: la corruzione è un fenomeno particolarmente intollerabile quando riguarda la sfera pubblica, con la lesione di interessi generali per interessi privati, mentre è da sempre diffusa l'idea che negli interessi e negli accordi privati non vi debbano essere ingerenze o limitazioni di sorta.

In verità, da qualche decennio lo scenario sta lentamente, ma decisamente, cambiando: la corruzione tra privati è tipizzata in numerosi ordinamenti giuridici costituendo un reato perseguito spesso d'ufficio, mentre a livello internaziona-

¹ 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 ad offrire una definizione univoca ed 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, l'*United Nations Office on Drugs and Crime, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, Vienna, 2006.

² La stessa definizione è riportata dal «*Report from the Commission to the Council and the European Parliament*» COM (2014) 38 finale 3.2.2014 denominato *EU Anticorruption Report* e reperibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/doc_centre.

le si sta avvertendo la necessità e la possibilità di criminalizzare le ipotesi di corruzione negli accordi economici internazionali. Si tratta di una prospettiva privatistica della corruzione che sta conquistando la sua rilevanza, in quanto anche dietro strumenti tipicamente ascrivibili alla sfera dell'autonomia economica privata, sono sottesi interessi di tipo generale. Del resto, i fenomeni corruttivi in ambito economico, spesso, portano ad inefficienze e danni del tessuto economico, con conseguenze di ampia portata sulla collettività, non solo negli ambiti nazionali ma anche, e soprattutto, in ambito transnazionale, quando si tratta, infatti, di corruzione in accordi economici di vasta portata, con confini allargati. Di certo, le prospettive economiche della corruzione sono sempre più rilevanti e non più trascurabili³. Pertanto, di seguito cercheremo di intravedere le future prospettive di queste brevi considerazioni esaminando la situazione attuale e le esigenze sul tappeto.

2. *Verso una maggiore rilevanza della corruzione tra privati tra diritto interno, diritto dell'UE e diritto internazionale*

Diverse sono le ragioni alla base della crescente importanza che sta acquisendo, con il tempo, la corruzione tra privati nei vari ordinamenti interni e, soprattutto, negli ordinamenti sovranazionali. Infatti, le numerose convenzioni internazionali e gli interventi altrettanto rilevanti del legislatore europeo⁴ hanno, da una parte, sollecitato l'introduzione, nei vari ordinamenti interni, del reato di corruzione tra privati, e dall'altra parte, hanno creato una sorta di riferimento minimo che le condotte tipizzate dovrebbero contenere, in modo da creare una minima uniformità nella lotta alla corruzione su larga scala⁵. Di certo, l'estendersi

³ Basti pensare che già l'importante Convenzione OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali firmata a Parigi nel 1997, la quale mira a tutelare gli interessi di esclusiva natura economica, tra i quali, gli investimenti all'estero e la concorrenza, contiene nel suo preambolo un esplicito riferimento alla minaccia della corruzione. Inoltre, la misurazione dell'impatto macroeconomico della corruzione è piuttosto difficile, ma certamente si tratta di un impatto di rilievo come sottolineato nell'*EU Anticorruption Report*, 3, nel quale si evidenzia che: «... *Corruption is a major obstacle to sustainable economic, political and social development as it*».

⁴ Tra le varie convenzioni si ritrovano: la *Inter-American Convention against Corruption*, del 29 marzo 1996 dell'Organizzazione degli Stati Americani; la *Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of member States of the European Union*, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 26 maggio 1997, la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, adottata dall'OCSE il 21 novembre 1997, la *Criminal Law Convention on Corruption e dalla Civil Law Convention on Corruption*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa rispettivamente il 27 gennaio e il 4 novembre 1999 e la *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, adottata dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione Africana il 12 luglio 2003.

⁵ Per una ricostruzione degli interventi normativi a livello sovranazionale, cfr. V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012. Per quanto riguarda, specificatamente, il diritto

dell'importanza della corruzione tra privati ha conosciuto un percorso di sviluppo inverso rispetto allo sviluppo della corruzione pubblica. Interessante è ricordare la definizione della corruzione passiva nel settore privato offerta dall'Azione comune del Consiglio d'Europa⁶ all'art. 2 della stessa: «Ai fini della presente azione comune vi è corruzione passiva nel settore privato quando una persona nel quadro delle sue attività professionali intenzionalmente sollecita o riceve, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, ovvero accetta la promessa di tale vantaggio per sé o per un terzo, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere».

La stessa Azione comune del Consiglio d'Europa del 1998 offre, contemporaneamente, all'art. 3 una definizione di corruzione tra privati attiva che si riscontra quando un soggetto intenzionalmente promette, offre o concede, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, nel quadro delle attività professionali di tale persona, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere. Per di più il comma due degli artt. 2 e 3 della Azione Comune prevedono che, sia per la corruzione attiva che per la corruzione passiva, tra le condotte rientranti nella definizione di corruzione tra privati debbano rientrare quelle che: «Comportano o possono comportare distorsione di concorrenza come minimo nell'ambito del mercato e producono o possono produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto». Quanto ai soggetti, veniva in considerazione «qualsiasi dipendente o altra persona nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato».

Interessante è notare, inoltre, che, tra i beni tutelati dalla disciplina dell'Azione Comune del Consiglio d'Europa del 1998, vi sono primariamente la tutela della libertà e della lealtà della concorrenza, del patrimonio di terzi, tra i quali: concorrenti, consumatori, imprenditori, datori di lavoro e soggetti individuali in senso ampio⁷. Allo stesso modo, la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 ha previsto la corruzione attiva nel settore privato tipizzata come «il fatto di chi promette, offre o concede, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad una persona che dirige o esercita una qualunque attività lavorativa per un'impresa privata, destinato alla stessa persona o ad un terzo, per il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei suoi dove-

europeo, cfr. A. Castaldo, *Corruzione privata e tutela penale del sistema economico in Europa*, in Aa.Vv., *Diritto penale europeo. Spazio giuridico e rete giudiziaria*, a cura di N. Bartone, Padova 2001.

⁶ Si tratta dell'Azione Comune del Consiglio d'Europa del 22 dicembre 1998 *Joint Action on Corruption in the private Sector of 22 december 1998*, pubblicata in GUCE, l. 358 del 31 dicembre 1998.

⁷ Si veda J.L. De La Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in Aa.Vv., *La corruzione tra privati*, Milano, 2003, 68.

ri». E la corruzione passiva nel settore privato come fatto di «chiunque, il quale dirige o esercita una qualunque attività lavorativa per un'impresa privata, richiede o riceve un indebito vantaggio, direttamente o indirettamente, o la promessa di esso per sé o un terzo o ne accetta l'offerta o la promessa, per il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei suoi doveri». Lo schema di incriminazione, come osservato, risulta così ampio da non restringersi alla sola classica corruzione pubblica, valorizzando anche il contrasto alla corruzione tra privati, da considerare quindi, sempre più, come fattispecie penalmente rilevante. Tra le ragioni della crescente rilevanza della corruzione privata, come fenomeno da contrastare adeguatamente, bisogna, soprattutto, ricordare il processo di privatizzazione che ha interessato, negli ultimi decenni, le società pubbliche e la conseguente riduzione dei soggetti (pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio) ai quali potessero essere ricondotte le norme previste dal codice penale per i reati di corruzione nella pubblica amministrazione⁸. Inoltre, anche in ambito europeo la decisione quadro n. 2003/568/GAI, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 22 luglio 2003, opera la scelta del bene da tutelare nella concorrenza. Tale decisione quadro è relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

Questo è il quadro normativo di riferimento a livello sovranazionale.

Nel nostro ordinamento interno, invece, la necessità di contrastare, tramite l'azione penale, la corruzione in ambito privatistico ha seguito un'evoluzione molto più lenta ed indecisa.

Una tale prospettiva è stata lungamente e duramente osteggiata in dottrina⁹ in quanto la rilevanza penale della corruzione tra privati veniva considerata una sorta di moralizzazione dell'attività imprenditoriale privata.

La carica di disvalore della corruzione tra privati non veniva considerata pregnante così come la corretta concorrenza del mercato, probabilmente, non era ancora considerata un bene socialmente rilevante. Tutto si circoscriveva alla sfera privata dell'economia, con nessuno, o pochissimo, impatto sulla collettività o sugli interessi generali. Su questo sfondo anche la tecnica normativa da dover seguire sembrava del tutto poco convincente.

È stato, infatti, osservato da attenta dottrina che, in merito alle figure di corruzione privata, così come configurate a livello europeo¹⁰, «sembrerebbe, in real-

⁸ Sull'influenza dei processi di privatizzazione di società pubbliche, che pertanto continuano a gestire un servizio pubblico privatizzato, nella criminalizzazione delle condotte afferenti alla corruzione privata nel nostro paese cfr. R. Acquaroli, L. Foffani, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in R. Acquaroli, L. Foffani (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, 7.

⁹ In questo senso, A. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico criminali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2007, 834 ss.

¹⁰ A riguardo, ci si riferisce alla posizione espressa da E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 14 ss. Altre incertezze sono state espresse R. Zanotti, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamen-*

tà che, facendo proprie le sollecitazioni provenienti da varie istanze istituzionali, dalla Chiesa al Wtc, tese a regolare i rapporti all'interno del mercato alla luce dei principi etici correnti nella società, le citate nuove norme penali intendano perseguire un obiettivo di natura morale: e cioè quello di far svolgere, sotto la minaccia della sanzione penale, l'attività economica o d'impresa nel rispetto dei canoni etici predeterminati e comunque in vigore presso le moderne società industriali. Comunque, anche a prescindere da considerazioni di natura positiva, è l'idea stessa di proteggere penalmente la ipotetica moralità commerciale ad apparire del tutto insostenibile e per certi versi anche grottesca. Essa risulta intanto incompatibile, già in via di principio, con la funzione laica che al diritto penale è assegnata in uno Stato democratico».

La criminalizzazione di condotte afferenti alla sfera della corruzione tra privati, più che un'esigenza di tutela della concorrenza nel mercato, viene ad essere percepita, secondo questa lettura, come un'opera moralizzatrice dell'economia privata, che non dovrebbe essere interessata da così tale ingerenza, con un certo, evidente, iato di distanza con quanto, invece, emerso nella produzione giuridica sovranazionale.

Le fonti sovranazionali si sono, infatti, come già evidenziato, mosse da alcuni decenni su una direzione del tutto differente. In primo luogo, perché hanno individuato come bene giuridico rilevante la tutela della libertà della concorrenza intesa sia nella sua prospettiva collettiva e sovra individuale che nella sua prospettiva individuale. In secondo luogo, perché hanno sempre sottolineato la necessità di inserire negli ordinamenti interni norme penali contro la corruzione tra privati¹¹. Cosicché, pian piano, malgrado la concezione interna della non necessaria punibilità della corruzione tra privati al fine di non interferire nella sfera economica privatistica, sempre più ordinamenti dei vari paesi¹² hanno inserito, all'interno dei loro ordinamenti, fattispecie penali di corruzione privata.

Così, malgrado l'incertezza iniziale, in pochi anni, anche in Italia si sono così, necessariamente, superate le titubanze, arrivando nel 2002 ad introdurre, per la prima volta, la fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità all'art. 2635 c.c., la quale statuiva che: «Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sin-

to? *Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. Pen.*, 2005, 531 ss.; M. Pellisero, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 277. Al contrario cfr. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2009, 138, il quale sostiene che la concorrenza è una decisione di sistema che guadagna la funzione di principio generale dell'ordinamento e, pertanto, va tutelata.

¹¹ Nella Convenzione penale del Consiglio d'Europa del 1999 è precisato che: «*Criminalisation of bribery in the private sector seeks to protect the trust, the confidence and the loyalty that are indispensable for private relationships to exist*». Cfr. la traduzione italiana della Convenzione: <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2004/6253.pdf>.

¹² Tra i paesi Membri UE: Francia, Germania, Svezia, Spagna e dal 2002 anche l'Italia.

daci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità».

La tecnica normativa utilizzata per la descrizione della fattispecie incriminata ha degli aspetti interessanti. In primo luogo, è un reato proprio che può essere commesso solo da soggetti attivi ben determinati, legati a posizioni dirigenziali o di controllo della società, in secondo luogo vi deve essere nell'azione di compiere o omettere atti un legame con la violazione degli obblighi inerenti il loro ufficio. Infine, è un reato di danno, essendo richiesto il nocumento alla società. Nocumento alla società, che nella dottrina penalistica e nella giurisprudenza di merito, è stato interpretato sia in modo restrittivo che estensivo. In particolare, in senso restrittivo come danno patrimoniale alla società di cui alla fattispecie ex art. 2634 c.c. o, in senso estensivo, come, non solo danno emergente o lucro cessante, ma anche come una perdita di prestigio o una danno all'immagine, non necessariamente collegati con la diminuzione patrimoniale¹³.

Sul lato dell'incriminazione, segue in qualche modo lo schema dei reati di corruzione di stampo pubblicistico, punendo sia il soggetto passivo che il soggetto attivo.

Il punto è che la tecnica normativa utilizzata dal legislatore del 2002 risentiva probabilmente, in modo molto netto, dell'incertezza sulla criminalizzazione della corruzione tra privati. In dottrina¹⁴, infatti, sono stati ampiamente evidenziati i punti deboli del nuovo reato ex art. 2635 c.c.

In primo luogo, la titolazione della fattispecie resta ancorata alle prospettive di infedeltà patrimoniale e non a riferimenti alla corruzione in ambito privatistico, con tutte le implicazioni che ne conseguono, date le differenze e la distanza etimologica e contenutistica tra infedeltà e corruzione.

I soggetti attivi, poi, pur essendo più ampi rispetto alla previsione di «infedeltà patrimoniale» ex art. 2634 c.c., sembravano comunque troppo ristret-

¹³ Nel senso restrittivo, cfr. E. Musco, *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2004, 235. In senso ampio, fra tutti cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, XII ed. agg. e integ. dal L. Conti, Milano, 2002, 272. L'orientamento estensivo del nocumento alla società è stato confermato dalla Cassazione con sentenza n. 14765 del 29 marzo 2013.

¹⁴ È stato osservato da S. Seminara, relazione alla Tavola Rotonda, *Quale modello di intervento penale nell'ordinamento italiano?*, in *Corruzione tra privata (La), esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2002, a cura di R. Acquaroli e L. Foffani, Milano, 2003, 271, infatti che la fattispecie ex art. 2635 c.c., rispetto alle fattispecie introdotte in altri ordinamenti europei si presentava «in termini di assoluta originalità, sanzionando un'infedeltà aggravata dalla corruzione ma non la corruzione in quanto tale». Altri profili critici sono stati espressi da L. Foffani, *Le infedeltà*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, 371 e ss.

ti, soprattutto in comparazione con i soggetti previsti dal dettato normativo di matrice sovranazionale.

In particolare, mancavano i dirigenti di livello intermedio nonché i dipendenti in generale.

Inoltre, la scelta della procedibilità a querela di parte e la configurazione del reato di «corruzione tra privati», in realtà rubricato come infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, come reato di evento con la previsione del nocuo alla società, lasciavano chiaramente trasparire una scelta ben precisa di non voler intendere come bene giuridico tutelato la concorrenza e la lealtà del mercato con i suoi annessi risvolti sui singoli e sulla collettività, scegliendo, invece, la società e il suo patrimonio e disattendendo di molto la scelta del legislatore sovranazionale di tutelare, invece, l'economia dalle forme di distorsione della concorrenza legate ai fenomeni, sempre più diffusi, di corruzione tra privati.

Infine, non era mancata la critica¹⁵ inerente l'esclusione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, dalla cerchia di reati societari, per i quali era prevista la responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs. 231/2001*.

Con queste caratteristiche, l'introduzione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità non è mai sembrata veramente convincente, così come del resto, ha dato riscontro la quasi nulla rilevanza applicativa in sede giudiziale del nuovo reato.

Del resto pesava, sulla tecnica normativa realizzata la procedibilità a querela di parte. Come, infatti, è stato sottolineato da attenta dottrina¹⁶, la scelta del regime di procedibilità a querela di parte ha portato con sé la possibilità di aver limitato l'operatività della fattispecie, in quanto la procedibilità veniva ad essere relegata al soggetto leso, ossia la società ed in particolare la maggioranza dell'assemblea, la quale poteva negoziare l'esercizio dell'azione penale con scelte di compromesso: la maggioranza poteva rinunciare a presentare querela qualora solida

¹⁵ La ragione che ha portato all'esclusione della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità da novero di reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs. 231 del 2001* è da rinvenire nell'incompatibilità tra gli elementi tipici della fattispecie come il nocuo alla società e i criteri di imputazione oggettiva della responsabilità all'ente come l'aver la persona fisica agito nell'interesse o a vantaggio delle ente stesso. Tale valutazione è stata considerata infondata, così come del resto è emerso con ulteriore evidenza con la legge 28 dicembre 2005, la quale ha previsto la responsabilità degli enti per il nuovo reato di infedeltà costituito dal delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi *ex art. 2639 c.c.* In questo senso cfr. M. Bellacosa, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 279 o ancora M. Bellacosa, *Reati di infedeltà nella gestione d'impresa e responsabilità dell'ente societario*, in *Resp. Amm. Soc. e enti*, 2006, v. 3, 39 ss.

¹⁶ In questo senso, M. Bellacosa, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 274; G. Cerquetti, *L'infedeltà patrimoniale e la corruzione privata nella nuova disciplina dei reati societari*, in *Rass. Giur. Umbra*, 2002, 347.

con l'amministratore infedele o negoziare le dimissioni dell'amministratore infedele con la mancata presentazione dell'azione penale.

Ciò, in concreto, ha comportato una prassi applicativa ristretta a pochissime pronunce sulla fattispecie *ex art. 2635 c.c.* come introdotta dal legislatore: una sentenza della Cassazione del 2013, una sentenza del Tribunale di Milano del 2007 e una sentenza del Tribunale di Udine del 6 giugno 2013¹⁷.

3. *Il nuovo articolo 2635 c.c. dopo la legge 6 Novembre 2012, n. 190*

L'intersezione tra i punti deboli della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità *ex art. 2635 c.c.* appena evidenziati e le sempre più decise sollecitazioni da parte del legislatore sovranazionale ed europeo¹⁸ hanno portato ad un nuovo intervento legislativo nel 2012, ben dieci anni dopo la prima introduzione, di una forma di corruzione tra privati nel nostro ordinamento.

In primo luogo, l'art. 2635 c.c., così come riformato dalla legge n. 190 del 2012, veniva ad essere finalmente intitolato «Corruzione tra privati» e non più infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità e statuiva che: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati nel primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste».

Il quinto comma del nuovo articolo 2635 c.c. sanciva che: «si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e servizi».

Nella nuova versione dell'art. 2635 c.c. vi sono alcuni aspetti molto interessanti anche se, nella visione complessiva, anche questa nuova formulazione con-

¹⁷ Per un commento critico a questa pronuncia cfr. L. Zoli, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. Tra vecchia e nuova formulazione della corruzione tra privati*, nota a Tribunale Udine, 6 giugno 2013, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3-4, 422 ss.

¹⁸ Sulla necessità e sulle sollecitazioni da parte delle fonti sovranazionali a dotarsi di una legislazione sulla corruzione privata più incisiva cfr. E. Dolcini, F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, 1, 245.

tinua a sembrare poco convincente¹⁹. La prima decisa modifica riguarda il cambio del titolo della fattispecie: si passa dall'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità alla corruzione tra privati. Di certo, questa nuova intitolazione²⁰ corrisponde maggiormente agli indirizzi sovranazionali e mostra chiaramente la volontà di voler contrastare direttamente la corruzione tra privati e non una forma di corruzione tra privati insita nell'infedeltà societaria, come era stato evidenziato nel titolo precedente dell'art. 2635 c.c.

Del resto, il nome crea le cose. E la scelta di rendere evidente il contrasto alla corruzione tra privati mira proprio a creare questo sfondo, mettendo in evidenza il bene giuridico socialmente rilevante: la concorrenza leale nel mercato²¹. Oltre ad avere una forte valenza simbolica, cosicché il soggetto passivo che accetta la dazione o la promessa di utilità non sarà più ritenuto infedele rispetto agli interessi della società, ma corrotto, così come il soggetto attivo che dà o promette utilità diventa pienamente un soggetto corruttore, anche a livello terminologico²².

Inoltre, viene ad essere inserita chiaramente una clausola di riserva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato», per garantire effettiva tutela penale da condotte poste in essere dal soggetto attivo dell'art. 2635 c.c., che pur operando nel contesto societario, rivesta anche una qualifica pubblicistica.

Tra le novità più importanti della nuova versione della fattispecie vi è certamente l'ampliamento dei soggetti attivi, con la previsione applicativa al secondo comma anche a chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati nel primo comma.

Viene, quindi, recepita la critica all'eccessiva ristrettezza dei soggetti attivi previsti nella versione dell'art. 2635 c.c. del 2002 con la possibilità che la condotta di corruzione tra privati possa essere commessa dai lavoratori subordinati e parasubordinati e con l'aggiunta dell'inciso, in relazione alla condotta rilevante, «in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà», al fine di non rendere vano l'ampliamento dei soggetti attivi con la difficoltà di indi-

¹⁹ Fra tutti cfr. V. Plantamura, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2012, 212-213, secondo il quale l'art. 2635 c.c. è stato ambiziosamente ribattezzato "corruzione tra privati", poiché si tratta di «un'ipotesi di corruzione tra privati solo di nome, mentre di fatto rimane un reato societario di danno».

²⁰ Cfr. A. Malchionda, *Art. 2635 c.c. (Corruzione tra privati)*, in *Giur. it.*, 2012, 2699, il quale sostiene che: «La modifica del *nomen juris*, oggi esplicitamente ancorato al concetto di corruzione va sicuramente salutata con favore».

²¹ In verità, questo dovrebbe essere l'obiettivo da raggiungere secondo le fonti sovranazionali che propongono per la scelta del modello di incriminazione che tutela la concorrenza. Ma l'anatomia della fattispecie di corruzione privata ex art. 2635 c.c. Post riforma del 2012 continua a mostrare una impostazione di tipo patrimonialista, in cui nella visione complessiva, il bene giuridico tutelato resta ancorato alla tutela della società da condotte infedeli da parte dei soggetti attivi.

²² Concetto ben espresso da D. Brunelli, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012, 22.

viduare obblighi di ufficio a cui tali soggetti siano tenuti²³. Data la loro posizione subordinata, la corruzione sembrava correre maggiormente sul filo degli obblighi di fedeltà alla società ma, soprattutto, agli incarichi da svolgere in modo fedele come disposto dai soggetti in posizione apicale.

Vi sono, quindi, due tipologie di soggetti attivi: i soggetti apicali e quelli subordinati con violazione per i primi degli obblighi inerenti al loro ufficio e per i secondi degli obblighi di fedeltà.

Per l'individuazione degli obblighi di fedeltà si può far riferimento a quanto delineato dall'art. 2105 c.c.²⁴

Resta, tutto sommato, nell'anatomia della norma, il profilo privatistico della tutela: continua ad essere richiesto il nocumento alla società, così come continua ad essere prevista la procedibilità a querela di parte con tutte le implicazioni già evidenziate: i soggetti interni al patto corruttivo o alla società difficilmente avranno interesse a presentare querela, per evidenti ragioni logiche²⁵. Ma nella lettura complessiva della nuova fattispecie non pare sia un ostacolo alla tutela della concorrenza, data l'aggiunta della procedibilità di ufficio se dal fatto ne derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e servizi. Questo quantomeno sul piano immediatamente letterale della norma, a livello pratico o interpretativo, in realtà, le cose potrebbero essere meno semplici.

Infatti, sul punto, la dottrina²⁶ ha mostrato incertezze interpretative, sviluppando varie posizioni, anche piuttosto differenti, sul modo di intendere il nocu-

²³ Secondo A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 709, il riferimento alla «violazione degli obblighi di fedeltà mette in risalto un profilo che era già implicito nella vecchia formulazione: la rilevanza dell'interesse micro economico dell'imprenditore contro quelle forme di concorrenza sleale dell'agente, il quale approfitti della propria condizione di *intraneus* per realizzare fatti che mettano in crisi la competitività dell'impresa».

²⁴ In tal senso, A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 707.

²⁵ È da evidenziare che la procedibilità d'ufficio era prevista nel d.d.l. Del 144 giugno 2012 nella versione precedente a quella poi approvata, sebbene continuasse a essere presente il riferimento al nocumento della società. Nella versione finale, poi entrata in vigore, si è scelto, contrariamente alla versione intermedia, di mantenere la procedibilità a querela di parte.

²⁶ Subito dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012 si sono delineate principalmente quattro interpretazioni sulla connessione tra distorsione della concorrenza e il nocumento alla società. La prima interpretazione considera la distorsione della concorrenza un ulteriore evento del reato, da porre in rapporto di derivazione causale con il fatto oggetto di incriminazione nel suo insieme e quindi in dipendenza eziologica dal nocumento patrimoniale subito dalla società persona offesa. In questo senso si veda R. Bricchetti, *Corruzione tra privati, la mutazione dell'etichetta*, in Guida Diritto, 2012, n. 48. La seconda visione invece non ritiene necessario che la distorsione della concorrenza derivi causalmente dall'evento di nocumento alla società, bensì dalla condotta. Entrambi tali interpretazioni ritengono che l'integrazione del reato sia sempre richiesta la causazione di un nocumento della società. Così: P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, 7-12. Una terza interpretazione considera la distorsione della concorrenza come evento alternativo al nocumento alla società. In questo senso si veda A. Spena, *La corruzione privata*, cit., 710 ss. Tale tesi è sembrata quella, sul piano ermeneutico, ha cercato di ovviare al limite della procedibilità d'ufficio solo nel caso di distorsione del-

mento alla società, la distorsione alla concorrenza e le loro reciproche connessioni. Ma attualmente, non vale la pena dar conto, nel dettaglio, delle varie teorie interpretative che si sono sviluppate sul punto, in quanto, con la riforma del 2017, operata sulla fattispecie di corruzione tra privati dal D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38, il riferimento al nocumento alla società è stato eliminato e, pertanto, non vi è più l'esigenza di soffermarsi su tale problema interpretativo, così importante, ai fini dell'operatività della norma, prima della riforma del 2017.

Vale la pena, però, ricordare che il legislatore del 2012, riprendendo il riferimento alla distorsione della concorrenza nell'acquisizione dei beni e dei servizi, ha richiamato la terminologia utilizzata dal legislatore europeo nella Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2003/568/GAI che all'art. 2 paragrafo 3 permette agli Stati membri, nella predisposizione della normativa a contrasto della corruzione nel settore privato, di delimitare i fatti di corruzione privata penalmente rilevanti alla condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni e servizi commerciali.

Sul punto, ci si è chiesti in quale prospettiva intendere la concorrenza: microeconomica o macroeconomica? La questione non è di poco conto, soprattutto, in sede di applicazione pratica, per poter procedere, d'ufficio è importante capire quale tipo di concorrenza deve essere stata distorta.

La concorrenza in senso macroeconomico riguarda l'interesse generale alla concorrenzialità del mercato in quanto tale, ed è poi quella a cui fa da sempre riferimento il legislatore europeo, il quale nella Decisione Quadro 2003/568/GAI, già più volte richiamata, precisa che: «gli Stati Membri ammettono la particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che nel settore privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico».

La concorrenza in senso microeconomico riguarda la tutela e la protezione di interessi particolari facenti capo ai singoli imprenditori, concorrenti nonché ai consumatori. Dato il costruito della norma e la sua portata applicativa, pare ormai pacifico che la tutela della concorrenza, in rapporto alla corruzione tra privati, debba essere intesa nella sua accezione puramente microeconomica²⁷,

la concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi: in quanto secondo quest'ottica il reato di corruzione tra privati sarebbe procedibile d'ufficio anche nel caso in cui una distorsione della concorrenza derivi, senza il nocumento della società, direttamente dall'esecuzione del patto *sceleris*. Ed, infine, una quarta ed ultima tesi considera la distorsione della concorrenza come canone descrittivo della potenziale dannosità dell'accordo corruttivo che ha ad oggetto l'acquisizione di beni e servizi, senza alcuna derivazione o collegamento con l'evento. Così S. Semnara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 66-67.

²⁷ Così, A. Spina, *La corruzione privata*, cit., 710.

in quanto la singola vicenda corruttiva *ex art.* 2635 c.c. non è di per sé idonea o capace di ledere la concorrenza di un mercato complessivamente inteso in senso macroeconomico. In pratica, sarebbe poco ipotizzabile che una singola condotta di corruzione privata possa, generalmente, ledere la concorrenza del mercato nel suo complesso, così come sarebbe poco facile accertare una distorsione della concorrenza in uno spazio di mercato ampio come quello del mercato considerato in un'ottica macroeconomica. Ciò posto, questo modo di ragionare non è incompatibile con la possibilità che una serie di condotte corruttive fra privati, seriali e pervasive, possano comportare una distorsione della concorrenza in un mercato considerato in senso macroeconomico²⁸. Una tale conclusione pare anche in linea con quanto il legislatore europeo cerca di porre come obiettivo-bene da tutelare nella normativa anticorruzione.

4. *La novità 2017*

Benché l'intervento del legislatore del 2012, in merito alla fattispecie di corruzione tra privati, abbia apportato qualche miglioramento in termini di concreta operabilità della previsione normativa, rispetto alla versione della fattispecie di infedeltà per dazione o promessa di utilità del 2002, la distanza tra la corruzione in ambito privatistico nel nostro ordinamento e quella delineata in ambito europeo continuava ad essere, anche dopo il 2012, ancora piuttosto rilevante.

Di fatto, la riforma del 2012 ha mantenuto l'anatomia della fattispecie *ex art.* 2635 c.c. come infedeltà societaria di tipo privatistico e patrimonialistico, confermando come bene giuridico principale da tutelare il patrimonio della società e operando un semplice innesto della tutela della concorrenza come interesse diffuso e sovraindividuale nel caso di distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi. In pratica, il legislatore del 2012 ha creato, nel caso di verifica sia del nocumento alla società che della distorsione della concorrenza, un reato plurioffensivo²⁹.

Pertanto, il legislatore, al fine di colmare tale lacuna, rendendo pienamente conforme la fattispecie di corruzione tra privati interna con quella delineata dalla Decisione Quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, avente ad oggetto l'intensificazione della lotta contro la corruzione nel settore privato, ha apportato nuovamente una modifica all'art. 2635 c.c. con il recente Decreto legislativo n. 38 del 2017.

²⁸ Fra tutti, cfr. V. Mongillo, *La corruzione*, cit., 201.

²⁹ Così V. Gennaro, C. Calzone, *La corruzione tra privati*, in *Resp. Amm. Soc. e enti*, 2013, 1, 47

Tale intervento normativo si contraddistingue per delle rilevanti modifiche alla precedente versione dell'art. 2635 c.c. il quale, nella nuova versione del 2017, statuisce che: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.

Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte».

Come emerge dalla piana lettura del testo, la fattispecie prevista dall'art. 2635 c.c., che come nella versione del 2012 mantiene il titolo di corruzione tra privati, è stata significativamente ampliata.

I soggetti attivi sono stati maggiormente estesi, includendo, tra i possibili autori del reato, oltre a coloro che effettivamente rivestono posizioni apicali di amministrazione o controllo, anche coloro che, di fatto, svolgono l'esercizio di funzioni direttive, per quanto differenti da quelle tipiche dei soggetti aventi, appunto, funzioni amministrative o di controllo non solo presso società ma anche presso enti privati. Il legislatore del 2017 ha aderito pienamente a quanto previsto a livello europeo considerando chiunque svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo nell'ambito delle società e degli enti privati.

Vengono, inoltre, ampliate le condotte rilevanti attraverso le quali si perviene all'accordo corruttivo, individuate, ora, anche nella sollecitazione alla dazione

di denaro o altre utilità, per la corruzione passiva da parte del soggetto estraneo, e nell'offerta di denaro o altre utilità per la corruzione attiva dell'intraneo.

Vi è anche un ampliamento delle modalità con le quali può essere realizzata la corruzione tra privati, con l'introduzione della possibilità di commettere il reato anche per interposta persona. Così come viene ad essere inserito il riferimento esplicito all'indebito vantaggio, tramite l'inciso «denaro o altra utilità non dovuti», per compiere od omettere un atto avvicinando, pertanto, la formulazione della fattispecie alla tipologia di corruzione passiva propria antecedente di tipo pubblicistico.

Altra fondamentale modifica riguarda la riscrittura della fattispecie di reato di corruzione tra privati come reato di pericolo e non più di danno, realizzata tramite l'eliminazione del riferimento al nocumento alla società derivante dalla condotta del corrotto (soggetto intraneo).

La tutela viene così ad essere anticipata, come per tutti i reati di pericolo, al momento della realizzazione della condotta, a prescindere dalla realizzazione di un evento o di un danno, ampliando così notevolmente la rilevanza delle condotte corruttive che possono essere poste in essere. Del resto, il superamento del riferimento al nocumento alla società appare significativo anche in riferimento al bene giuridico tutelato dalla fattispecie: la condotta è rilevante non perché provoca un nocumento alla società, con tutte le implicazioni di tipo privatistico di tutela, ma in sé e per sé, lasciando ampio spazio alla configurazione della tutela del bene della concorrenza e della trasparenza del mercato, pur se in un'ottica microeconomica per le ragioni già considerate.

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio, il decreto introduce un nuovo art. 2635-ter, con il quale viene prevista, in caso di condanna, oltre alle sanzioni penali, anche la sanzione accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, di cui all'art. 32-bis c.p. Viene, inoltre, inserito il nuovo reato di istigazione alla corruzione tra privati, sanzionata dal nuovo art. 2635-bis c.c., il quale prevede che possa essere punito chiunque offra o prometta denaro o altre utilità non dovuti a soggetti apicali aventi funzioni direttive in ambito societario, affinché compiano o omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora, tuttavia, tale offerta o promessa non siano accettate. Entrambi i reati, di corruzione tra privati e di istigazione alla corruzione tra privati, vengono ad essere inseriti nella cerchia di reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. 231/2001.

Pertanto, la nuova formulazione del reato di corruzione privata sembra certamente più completa e riprende, quasi integralmente, le indicazioni delle fonti sovranazionali che erano state piuttosto bistrattate nel pur importante e recen-

te intervento di riforma del 2012. Attualmente, il novero di soggetti attivi pare piuttosto completo così come la descrizione delle condotte e delle modalità rilevanti appare più soddisfacente dal punto di vista della determinatezza e della tassatività della norma. Pertanto, l'intersezione delle condotte previste, delle modalità, e dei soggetti attivi sembra avere un raggio di possibile applicazione da considerare esteso, volto a tutelare più efficacemente l'economia e la società dalla corruzione tra privati.

Anche l'eliminazione dell'inciso «nocumento alla società», come già sottolineato, previsto invece nella versione dell'art. 2635 c.c. del 2002 e del 2012, costituisce chiaramente un passo in avanti nell'affermazione del bene giuridico della concorrenza tutelato dalla norma. Scompaiono, quindi, i riferimenti privatistici che nelle versioni precedenti avevano lasciato dubbi interpretativi sul bene socialmente rilevante, in quanto le condotte rilevanti ai fini della perseguibilità penale dovevano comunque causare un danno alla società, e solo alla società.

Viene così, come già ben evidenziato³⁰, ad essere privilegiata l'impostazione di tipo lealístico della lotta alla corruzione tra privati rispetto all'impostazione di tipo patrimonialista, che pare essere certamente la novità più rilevante dell'intervento legislativo del 2017.

Tale novità pare però, nonostante tutto, essere smorzata dal regime di procedibilità che resta a querela di parte lasciando così tutti i nodi irrisolti sulla possibilità che la persona lesa, generalmente comunque afferente alla società o all'ente privato, possa poi effettivamente iniziare l'azione penale, senza incorrere in scelte compromissorie.

Resta però, come nella versione precedente, la procedibilità d'ufficio se dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Nella lettura complessiva, lo slancio nel rendere omogenea la disciplina penale della corruzione tra privati alle indicazioni del legislatore europeo è purtroppo frenata dal mantenimento della procedibilità a querela di parte, mentre la previsione della procedibilità d'ufficio nei casi di distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi sembra ancora di più, in questa versione, dopo l'eliminazione del riferimento al nocumento alla società, una nota stonata. Ora, non pare neppure così chiaro che il reato *ex art.* 2635 c.c. possa essere inteso come un reato plurioffensivo, perché in mancanza del riferimento del nocumento alla società, il bene giuridico da tutelare sembra essere in via esclusiva la tutela della concorrenza del mercato da intendere in una visione microeconomica, ma il richiamo a due regimi di procedibilità diversi confonde, e non poco, la ricostruzione del bene da tutelare. Non pare possibile ignorare che, con due regimi di

³⁰ E. La Rosa, *Verso una nuova riforma della corruzione tra privati: dal modello patrimonialistico a quello lealístico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016.

procedibilità differenti, rimanga comunque possibile intravedere due beni giuridici tutelati: la società e il suo patrimonio e la concorrenza. La struttura della fattispecie è stata resa omogenea in modo completo alla normativa europea, ma il mantenimento della doppia procedibilità, non ha permesso di fare quel salto in avanti che avrebbe potuto permettere di intravedere nella tutela della concorrenza del mercato l'interesse da proteggere.

Al più si è passati dalla tutela secondo un modello patrimonialistico al modello lealistico, nel quale l'offesa colpisce la relazione fiduciaria che lega il soggetto corrotto alla società o all'ente nel cui ambito svolge la propria attività.

5. *Osservazioni conclusive*

Il contrasto alla corruzione è un'esigenza attualmente molto avvertita, su diversi ambiti e in diversi settori, numerose sono le convenzioni e i trattati internazionali in materia, così come le direttive del legislatore europeo. Su questa scia, anche il legislatore interno ha dovuto, nonostante le incertezze e le titubanze iniziali, adeguarsi ad un contrasto della corruzione sempre più deciso e ampliato, non solo all'ambito della corruzione pubblica, ma anche all'ambito della corruzione privata. Dopo molti anni, rispetto alle indicazioni del legislatore sovranazionale, anche l'Italia si è adeguata alle indicazioni europee nel contrasto alla corruzione tra privati, nei modi e con i risultati che in queste poche righe si è cercato di mettere in evidenza. Il punto è che la corruzione, sia in ambito pubblico che privato, è certamente capace di creare un sistema economico suo proprio, circolare ed autonomo, chiuso ed inaccessibile, che però priva dello sviluppo economico, della concorrenza, della trasparenza, dell'efficienza, dell'efficacia, della ricchezza anche, il sistema economico generale, quello a cui tutti dovrebbero poter accedere secondo regole e meccanismi non erosi dalla corruzione. È opinione piuttosto consolidata quella secondo cui gli Stati meno corrotti siano quelli che generano maggiore ricchezza. Di questo si è preso coscienza in modo piuttosto diffuso. Di fatti, il sentire sociale, negli ultimi anni, è molto mutato: non si avverte più solo la necessità di sanzionare con maggiore severità i fatti corruttivi posti in essere nell'ambito dell'Amministrazione Pubblica, si avverte anche la necessità che ogni mercimonio, pure nell'ambito privato, sia evitato. Il che probabilmente corrisponde, in una certa misura, ad una sorta di moralizzazione dei costumi.

Una sorta di moralizzazione della quale devono, in qualche modo, aver risentito anche gli interventi legislativi in tema di contrasto alla corruzione degli ultimi anni. La prima sostanziale riforma in tema di anticorruzione (pubblica e privata), la legge n. 190 del 6 novembre 2012, ha rappresentato, certamente, la

volontà del legislatore di inasprire la lotta alla corruzione, come fenomeno sempre più diffuso, attraverso l'aumento della forbice edittale, l'introduzione di nuovi reati, il delineare fattispecie più descrittive e il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione e controllo della corruzione. Una riforma certamente necessaria, che ha portato, pur nei limiti poi emersi, il tema della lotta alla corruzione ad allinearsi con i tempi, con il nuovo sentire sociale, con le istanze europee e con la necessità pratiche emerse, negli anni precedenti, dagli sviluppi giurisprudenziali, ma che non è sfuggita a tale spinta moralizzatrice. Del resto, anche i successivi interventi legislativi alla legge del 2012, fino alla legge n. 3 del 9 gennaio 2019, in tema di *Misure per il contrasto nei reati contro la Pubblica amministrazione, nonché in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*, si muovono (anche) in una direzione moralizzatrice che spinge ad inasprire sempre più la lotta alla corruzione, attraverso l'estensione delle condotte tipizzate, la platea dei soggetti interessati, la maggiore severità delle sanzioni previste. Alla luce di queste considerazioni, ci si chiede, in particolare, che cosa possa fare il diritto penale contro la corruzione. Quale sia il ruolo della repressione penale in questo ambito. Alcuni sostengono che possa fare poco, in quanto sia una questione di costumi, che bisogna intervenire in un cambio di mentalità generale, altri che sia più efficace contrastare la corruzione, soprattutto in ambito privato, tramite soluzioni civilistiche. Altri ancora che sia più opportuno agire in chiave preventiva e di controllo *ex ante*. E, su questo aspetto, la riforma del 2012 ha gettato delle buone basi. Sicuramente una modifica nei costumi e nella mentalità è quanto mai più che auspicabile. Di certo, non vi è una visione univoca sul ruolo della repressione penale nella lotta alla corruzione, con un sentire sociale ed un legislatore interno che negli ultimi anni continuano a sottolineare direzioni di inasprimento negli interventi legislativi, che non sempre portano ai risultati attesi. Il *Transparency International* riporta nella classifica del *Corruption perception index* miglioramenti minimi dell'Italia negli ultimi dieci anni.

In merito al contrasto alla corruzione tra privati, certamente, nel nostro ordinamento, mancava una fattispecie chiara, ampia e incisiva che individuasse puntualmente i soggetti attivi, le condotte rilevanti, il bene giuridico da tutelare in relazione alla corruzione tra privati. Il punto resta sempre però legato all'opportunità dell'introduzione di un nuovo reato, che crei la tutela giuridica di un nuovo bene giuridico, la tutela della concorrenza e del libero accesso al mercato, ma che non sempre comporta vantaggi pratici. Del resto, in tema di corruzione tra privati, si è spesso parlato dell'introduzione di una norma simbolica, di una di quelle figure criminose che vengono introdotte nell'ordinamento senza che abbiano un'utilità pratica. Infatti, la conoscenza dello stato della corruzione nel sistema economico è molto limitata. In Francia, per esempio, la corruzione tra

privati è perseguita molto raramente e questo reato, negli Stati Uniti d'America, rappresenta solo lo 0,05% di tutti i reati federali. In senso contrario, l'opinione pubblica e i mezzi di comunicazione sottolineano costantemente un aumento del fenomeno. Si è creata una discrasia tra la percezione della corruzione tra privati e la reale diffusione del fenomeno nel riscontro applicativo nelle aule di giustizia.

Non resta che monitorare per un altro po' di tempo lo sviluppo giurisprudenziale in tema di corruzione tra privati, per verificare se l'introduzione di questo nuovo reato sia da considerare uno strumento efficace nel contrasto al fenomeno della corruzione o sia davvero una figura criminosa senza utilità pratica, con più costi sociali e nessun vantaggio.

La corruzione tra privati. Tra circolarità ed autonomia

Cosa può fare il diritto penale contro la corruzione e, in particolare, contro la corruzione tra privati? Il presente lavoro analizza l'evoluzione del reato di corruzione tra privati nel nostro ordinamento, partendo dalle sollecitazioni sovranazionali, per evidenziarne l'effettiva attuale portata applicativa a seguito della riforma del 2012 e del 2017. Si cercherà, in particolare, di comprendere se, malgrado le incertezze iniziali, si stia affermando la tutela della concorrenza e della lealtà anche nelle attività economiche private come bene socialmente rilevante e se l'attuale configurazione normativa del reato di corruzione privata ex art. 2635 c.c. abbia la capacità deterrente auspicabile.

Private corruption between circularity and autonomy

What can criminal law do against corruption and, in particular, against private corruption? The present work analyses the evolution of the crime of corruption between individuals in our legal system, starting from supranational pressure, to highlight the current scope of application following the reforms of 2012 and 2017. In particular, we will attempt to ascertain whether, despite initial uncertainties, the protection of competition and loyalty is affirmed even in private economic activities as a socially relevant asset, and whether the current regulatory configuration of the crime of private corruption pursuant to art. 2635 c.c. has the desired scope to act as a deterrent.

I confini incerti delle patologie e la tutela del terzo nel silenzio assenso fra (de)procedimentalizzazione e semplificazione

Enrico Guarnieri

SOMMARIO: 1. Ancóra sulla tutela del terzo nei casi di silenzio assenso? – 2. Alcune incertezze sulle “vicende patologiche” del silenzio assenso. – 3. (... *Segue*): illegittimità e procedimento. Il punto di vista del terzo. – 4. Riflessioni a margine della sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale. “Autotutela” e dovere di procedere. – 5. Alcune considerazioni conclusive sulla semplificazione per “silenzi”.

1. *Ancóra sulla tutela del terzo nei casi di silenzio assenso?*

A seguito della sentenza della Corte costituzionale del 13 marzo 2019, n. 45, nell'ambito dei Seminari Sassaresi di Diritto Amministrativo è stata offerta l'opportunità di riflettere in ordine alla tematica della tutela del terzo nei casi di silenzio assenso¹.

L'attribuzione del tema ha suscitato almeno due dubbi in merito allo svolgimento della relazione: vi erano (e vi sono) «clamori di novità»² per il terzo sul fronte del silenzio assenso? Poteva (e può) trarsi qualche suggerimento da una sentenza riferita esclusivamente alla s.c.i.a. (*infra* par. 4)? Dubbi, questi, peraltro aggravati dall'imbarazzo di dover trattare di un istituto la cui sistematizzazione è stata portata a compimento dalla migliore dottrina già negli anni '70 e '80³.

¹ Il presente scritto rielabora e sviluppa la relazione dal titolo “La tutela giurisdizionale del terzo nelle attività autorizzate con silenzio-assenso” tenuta il 24 maggio 2019 all'Università degli Studi di Sassari, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito dei Seminari Sassaresi di Diritto Amministrativo 2018/2019 su “Attività private a regime amministrativo e tutela del terzo: riflessioni dopo Corte cost. 45/2019”.

² Per riprendere la formula impiegata da F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.

³ Cfr. F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 173 ss., e A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

Ad ogni modo, oggi, parte delle conclusioni possono essere già da subito anticipate. Poco è cambiato tanto sul fronte delle certezze quanto su quello delle perduranti incertezze (*infra* par. 2 e 3.). Ma ciò che più rileva è che proprio il problema del terzo nei casi di silenzio assenso apre ad una riflessione ben più generale, alla quale normalmente si perviene trattando della tutela degli interessi sensibili nei casi di silenzio assenso endoprocedimentale: l'utilità della abdicazione all'adempimento, solo impropriamente ritenuto formale, dell'adozione del provvedimento (*infra* par. 5).

2. Alcune incertezze sulle "vicende patologiche" del silenzio assenso

Come per ogni ipotesi di silenzio della pubblica amministrazione, l'aspetto qualificatorio ha assunto anzitutto una valenza più pratica che teorica. A fronte di un modello processuale univocamente improntato alla tutela costitutiva, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha variamente cercato di giustificare la natura attizia del silenzio (inadempimento o significativo che fosse): e ciò era logico, perché era necessario identificare un atto contro cui versare l'azione impugnatoria.

Vero è però che ben prima della riforma del codice di rito del 2010 – l'“anno zero” della consacrazione del passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto – la suesposta ricostruzione del silenzio assenso è stata da più parti criticata. Scindendo l'atto dai suoi effetti e affermando che l'impugnazione non dovesse necessariamente cadere sul primo, ma potesse interessare anche i secondi, è stato così possibile garantire il terzo pur in mancanza di un provvedimento espresso⁴.

L'elaborazione dottrinale che ne è seguita non si è tendenzialmente dissociata da quelle conclusioni: con la conseguenza che oggi il silenzio assenso non è da considerarsi provvedimento tacito⁵, ma dichiarazione con valore legale tipico o valutazione legale tipica⁶.

⁴ A. Travi, *op. cit.*, 205 ss.

⁵ Per una qualificazione “attizia” del silenzio assenso cfr. A. Predieri, *Commento all'art. 7*, in *Casa e urbanistica nella legge 25 marzo 1982, n. 94*, a cura di A. Predieri, M.P. Chiti, Milano, 1982, 297 ss., spec. 315, secondo cui «il prodotto del meccanismo del silenzio-accoglimento è un provvedimento implicito»; in corrispondenza della disciplina recata dall'art. 20, l. n. 241/1990, ma in epoca antecedente al 2005, si v. M.E. Schinaia, *Notazioni sulla nuova legge del procedimento amministrativo e deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori e all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 184 ss., spec. 190; A. Pajno, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1994, 22 ss., spec. 50; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 154 ss.

⁶ Sulla distinzione delle due formule, riferibili rispettivamente agli studi di F.G. Scoca e di A. Travi, si v. A. Travi, *op. cit.*, 92 ss. La tesi dell'equivalenza è sostenuta anche da G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo, I, Parte generale*, a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roveri Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 531 ss., spec. 716. Si v. anche V. Cerulli Irelli, *Modelli procedimen-*

A comprova dell'assunto è tradizionalmente evocata la modifica dell'art. 20 recata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80⁷. Il legislatore avrebbe rinunciato alla qualificazione attizia del silenzio assenso, essendo venuto meno il riferimento all'«atto di assenso illegittimamente formato» ed essendo stata impiegata una formula che valorizza l'equivalenza degli effetti⁸. Vi è però motivo di dubitare della piena consapevolezza del legislatore, tenuto conto che l'art. 21-*novies*, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, tuttora si riferisce al «provvedimento» che si è formato ai sensi dell'art. 20. E che vi sia una forte incertezza sul punto è possibile affermarlo considerando gli orientamenti giurisprudenziali più recenti: dall'analisi condotta, è dato rilevare che talvolta del silenzio assenso se ne afferma la natura di valutazione legale tipica e tal'altra quella di provvedimento tacito di assenso⁹.

ali alternativi in tema di autorizzazioni, in *Dir. amm.*, 1993, 55 ss., spec. 68 s. *Contra*, G. De Minico, *Note sugli artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 1993, 267 ss., spec. 290 s., nonché S. Baccarini, *Silenzio della pubblica amministrazione e comportamenti legalmente tipizzati*, in *Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del XXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 1982*, Milano, 1985, 371 ss., secondo cui si sarebbe dinanzi «ad un fatto giuridico in senso stretto». Ai fini del presente scritto si consideri in particolare la tesi di A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99 ss., il quale, una volta rifiutata la teoria dell'equivalenza (165 ss.), definisce il silenzio assenso come «mero fatto giuridico assunto dall'ordinamento per ragioni di equità e di tutela, e destinato a produrre un effetto giuridico non equivalente all'efficacia di provvedimento bensì «minimale»» (181). Per quanto si dirà più oltre (specialmente in relazione ai profili dell'invalidità), può utilmente indugiarsi sull'interpretazione offerta dall'Autore. È condivisa la «ragion pratica» perseguita dalla teoria dell'equivalenza, ovvero «il concetto di garanzia» (191); sul piano teorico, però, l'Autore si discosta da quella dottrina sulla base di un'articolata argomentazione che, se ben si è inteso, può in sintesi essere ricostruita attorno alla scissione tra effetto ed efficacia giuridica (163 e 181 ss.). Nell'effetto dell'assenso non v'è l'efficacia del provvedimento, ma questa permane come termine di paragone per determinare la consistenza del primo, perché se «l'effetto del silenzio assenso non può non presentarsi che come fatto minimo o ridotto» esso è tale «rispetto alla efficacia del provvedimento» (184); e quel carattere minimale si risolve, da un lato, nell'impossibilità di cancellare il dovere di provvedere (185) e, dall'altro lato, nel non avere retroterra costitutivo ma soltanto di «mera legittimazione» dell'attività oggetto dell'istanza privata (186). Delle implicazioni della tesi – che, può anticiparsi, si sostanziano nella mancanza nel silenzio assenso del regime tipico del provvedimento – si dirà in nota 33.

⁷ N. Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2019, 329 ss., spec. 337 ss.; P. Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, 2018, 140.

⁸ Sul punto rimangono fondamentali le osservazioni critiche di A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 489 ss. L'Autore considera il problema dell'equivalenza fra fattispecie provvedimentale e silenzio assenso come un problema di insanabile diversità tra l'autonomia pubblica – «il preminente tratto che è proprio dei provvedimenti» (503) e che ne definisce contenuto ed effetti – e l'eterodeterminazione (*ex lege*) degli effetti nel silenzio assenso: «né può cambiare la sostanza della vicenda, l'analogia [...] di tali effetti con quelli che avrebbe prodotto il provvedimento mancante: perché, al contrario, è la previsione legislativa che li produce direttamente; quindi, una causa irrimediabilmente eterogenea rispetto ad un atto che potesse essere configurato espressione di autonomia» (508).

⁹ A titolo esemplificativo, si v., nel primo senso, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 2 luglio 2018, n. 1640, e Id., sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521. Nel secondo senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2019, n. 3268 e Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2018, n. 4033 (salvo indicazioni diverse, le sentenze citate nel presente contributo sono reperibili da www.giustizia-amministrativa.it).

Ciò posto, è bene evidenziare che nella peculiarità qualificatoria dell'istituto si annida in realtà tutt'altro problema, che ad oggi appare ancora irrisolto, ovvero l'applicazione dei canoni dell'illegittimità e dell'inesistenza tradizionalmente predicati per il provvedimento amministrativo¹⁰.

Le esigenze di chiarezza in relazione al profilo qui dapprima considerato si pongono sicuramente in termini dirimenti per il soggetto istante, l'incedere della cui attività, a seconda dell'estensione dell'area dell'inesistenza, sarà più o meno incerto; eppure, l'insicura definizione dei presupposti dell'inesistenza e dell'illegittimità del silenzio può essere foriera di implicazioni anche per il terzo. Anzitutto perché nell'un caso il terzo può esperire un'azione di mero accertamento volta a verificare la formazione del silenzio – se del caso, unitamente alla domanda di risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'attività esercitata in assenza del titolo – mentre nell'ipotesi dell'illegittimità, la reazione si “esaurisce” nell'impugnazione degli effetti illegittimi nel ristretto termine decadenziale di sessanta giorni. In secondo luogo, perché, per definire la strategia processuale e per non vedersi opporre la decadenza dall'impugnazione, il terzo deve avere certezza sui confini dell'una e dell'altra patologia.

Come si anticipava, il tema delle patologie (al plurale) non è affatto scontato, tenuto conto della tesi, autorevolmente sostenuta, favorevole ad una loro *reductio ad unum*: «mentre nel campo degli atti giuridici, oltre all'alternativa esistenza-inesistenza [...] opera l'alternativa validità-invalidità [...] nel campo dei meri fatti opera unicamente l'alternativa esistenza-inesistenza»¹¹. D'altronde, che l'illegittimità degli effetti fosse una “strana vicenda”¹² è circostanza in relazione alla quale si era già interrogata la dottrina favorevole alla tesi “dualista”.

Ciò che più rileva è che nell'ondivaga giurisprudenza permangono numerose incertezze in relazione al profilo delle vicende patologiche del silenzio assenso: e, si badi, sono le stesse incertezze del passato, ma spesso sprovviste delle basi argomentative dell'elaborazione dottrinale.

Per la dottrina, infatti, l'ammissibilità dell'illegittimità del silenzio assenso si fonda(va) su di una complessa, ma convincente, scomposizione degli interessi pub-

¹⁰ Di recente, M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, 2019, 639 ss.

¹¹ A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 715 ss., spec. 731. Per B.E. Tonoletti, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 182, la tesi patrocinata da Sandulli raggiunge «il risultato di massima garanzia per la legalità e per l'interesse pubblico, dal momento che elimina in radice la possibilità che, attraverso il silenzio-assenso, si producano effetti giuridici contrari alla legge». Secondo F. Volpe, *L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Giustamm.it*, 2015, 10, «se, nel caso del s.a., gli effetti derivano direttamente dalla legge, allora essi non possono essere considerati come il risultato di una illegittimità (da chiunque compiuta), perché la legge non può violare se stessa». Ma sul punto si v. anche *infra* nota 33.

¹² F.G. Scoca, *op. cit.*, 204.

blici. Da un lato, vi sono quelli relativi al traffico giuridico, ovvero quelli perseguiti direttamente dalla norma; dall'altro lato, vi sono quelli pubblici in senso proprio, ovvero in titolarità dell'amministrazione e dei quali la norma si disinteressa¹³.

Del tutto differente è l'approccio di una parte della giurisprudenza, che risulta fondato su postulati talvolta autoevidenti, talaltra non condivisibili (v. *infra*), e rispetto ai quali si vanno distinguendo solo le argomentazioni di alcune (invero poche) pronunce capaci di restituire un po' di chiarezza al sistema.

In tal senso è stato correttamente sostenuto che se vi è un parallelismo non di forma ma di sostanza fra silenzio assenso e fattispecie provvedimentale, o meglio se di quest'ultimo il primo ne produce gli effetti, «tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo»¹⁴, con la conseguenza che «come un provvedimento amministrativo può essere esistente ma invalido così la fattispecie del silenzio assenso può dirsi perfezionata nei suoi elementi costitutivi e, tuttavia, essere in contrasto con la normativa vigente»¹⁵. O, ancora, è stato affermato che se è previsto l'annullamento d'ufficio del silenzio assenso (cfr. art. 20, comma 3, l. n. 241/1990) allora è presupposto indefettibile (sebbene non esclusivo) che ricorra un'ipotesi di illegittimità¹⁶: altro è poi il problema di quali ne siano i presupposti.

Se la coppia inesistenza-illegittimità trova oggi conferme (ma si dirà a breve di alcune smentite), è opportuno identificarne sin d'ora i presupposti più attendibili e chiari, non potendosi trascurare che proprio la chiarezza della disciplina e dell'esegesi costituisce uno dei requisiti per misurare la buona riuscita della semplificazione amministrativa (*infra* par. 5).

¹³ Ivi, 204. Cfr. altresì R. Alessi, *Rilievi in ordine alle impugnative del comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 528 ss., spec. 534 ss.

¹⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, cit. Tesi questa che ricorda l'insegnamento di A. Travi, *op. cit.*, 185, secondo cui «se gli effetti del silenzio-assenso sono equipollenti a quelli di un provvedimento, devono essere passibili anche dello stesso ordine di qualificazione (in termini di legittimità o illegittimità)». Nello stesso senso, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, nonché Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210. Sembra aderire a questo orientamento anche il Tar Campania, Napoli, sez. II, 18 ottobre 2019, n. 4983, laddove, salvo alcuni incidentali richiami a giurisprudenza di segno contrario, si afferma che «la formazione del silenzio assenso su domanda di condono edilizio [presuppone] la completezza della domanda di sanatoria, accompagnata dall'integrale pagamento di quanto dovuto a titolo di oblazione, con la conseguenza che, in caso di incompletezza della domanda o (come nella specie) della documentazione inoltrata a suo corredo, il termine per il maturarsi del silenzio assenso inizia a decorrere soltanto dal momento in cui dette carenze sono state eliminate ad opera della parte interessata».

¹⁵ Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8 novembre 2018, n. 411.

¹⁶ Così, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, cit. Si deve poi aggiungere che se l'art. 21, comma 1-ter, l. n. 241/1990, fa salva la responsabilità del dipendente che non sia intervenuto tempestivamente in relazione ad un'istanza non conforme alle norme vigenti, ciò implica, nei casi di non conformità alla normativa, l'esistenza (e quindi al più un problema di illegittimità) del silenzio assenso. In dottrina, si v. F. Fracchia, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 429 ss., spec. 433, il quale peraltro osserva acutamente che nel campo del silenzio assenso «nessuno spazio è riservato dall'ordinamento alla figura dell'irregolarità» e che tale rigore (descritto dalla coppia inesistenza-illegittimità) è attenuato dai modelli di regolarizzazione dell'istanza irregolare e dall'istituto della sanatoria (435 s.).

Facendo seguito all'interpretazione dottrinale, per parte della giurisprudenza il silenzio assenso non si forma allorché l'istanza del privato sia incompleta, ovvero non sia presentata nei termini e secondo le modalità (vi è da aggiungere, intese in senso materiale/formale) indicate dalla legge¹⁷ o laddove l'istante non sia legittimato a chiedere il provvedimento richiesto o ancora quando l'istanza sia inoltrata ad un'amministrazione incompetente¹⁸. L'illegittimità (degli effetti) del silenzio è invece predicata in relazione ai casi di non conformità dell'istanza alla normativa vigente sotto il profilo sostanziale¹⁹. Insomma, mentre l'inesistenza atterrebbe essenzialmente al contenuto formale dell'istanza – si pensi alla mancata allegazione dei documenti richiesti dalla normativa di settore²⁰ – l'illegittimità degli effetti deriverebbe da un vizio del contenuto sostanziale della domanda (si pensi al caso in cui l'opera progettata contrasti con le prescrizioni della disciplina urbanistica).

Fra le ulteriori fattispecie che dovrebbero condurre a dichiarare l'inesistenza del silenzio assenso vi è anche quella relativa alle istanze contenenti dichiarazioni false e mendaci. D'altronde, l'istante che dichiara volontariamente una situazione difforme dalla realtà, avendo egli stesso violato il dovere di buona fede, non può fare affidamento né sulla stabilità degli effetti né sulla stessa esistenza del silenzio²¹. Per la dottrina da ultimo richiamata, con il seguito di altra parte degli interpreti²², la tesi sarebbe supportata anche dallo stesso dato positivo, ovvero dall'art. 21, comma 1, l. n. 241/1990²³.

Sennonché, proprio a quest'ultimo riguardo, vi è da evidenziare il problema conseguente all'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 21-*novies* (articolo a cui fa rinvio il comma 3 dell'art. 20). Secondo il disposto del comma 2-*bis* i provvedimenti amministrativi, conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, «possono essere annullati dall'amministrazione

¹⁷ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 luglio 2018, n. 1646 e Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 753, secondo cui «l'art. 35, commi 1 e 3, l. 28 febbraio 1985, n. 47, nel disciplinare il procedimento per la sanatoria, prevede che la domanda di concessione edilizia sia corredata dalla prova dell'eseguito versamento dell'oblazione e che alla stessa debbano essere allegati i documenti che vengono specificamente indicati; da tale norma emerge come il silenzio assenso si possa formare soltanto in presenza di tutti i presupposti da essa indicati e, in particolare, in presenza di una documentazione completa degli elementi richiesti».

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7012.

¹⁹ Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8 novembre 2018, n. 411, cit., e Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, cit.

²⁰ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 5 settembre 2012, n. 3750, che richiama Tar Lazio, Latina, 19 dicembre 2008, n. 1865; si v. anche Tar Lazio, Latina, 5 agosto 2005, n. 652.

²¹ M. Occhiena, *L'«autorizzazione» edilizia tra semplificazione, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori*, *Foro amm. TAR*, 2002, 1853 ss., spec. 1864.

²² P. Otranto, *op. cit.*, 154 ss.

²³ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2018, 537, e F. Fracchia, *op. cit.*, 439.

anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1». Il problema non risiede tanto nel fatto che in caso di attestazioni false e mendaci il privato istante non possa beneficiare del breve termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere di autotutela, quanto piuttosto nel fatto che la disposizione fa riferimento al potere di annullamento: un potere ritenuto evidentemente inservibile dai sostenitori della tesi dell'inesistenza del silenzio nei casi di falsità e mendacio.

Le tesi dottrinali e giurisprudenziali sul punto sono duplici e coprono l'intero ventaglio di possibilità offerte dalla contraddizione fra il disposto dell'art. 21, comma 1, e quello dell'art. 21-*novies*, comma 2-*bis*: inapplicabilità del primo ed esercizio del potere di autotutela per causa della illegittimità²⁴; inapplicabilità del secondo e rimozione «in ogni tempo e senza i limiti derivanti da (insussistenti) esigenze di tutela dell'affidamento del privato»²⁵.

La contraddizione, per quanto attiene al silenzio assenso, appare risolvibile sotto un profilo ulteriore a quello tradizionalmente posto a giustificazione della perdurante applicabilità dell'art. 21, comma 1. Non che si voglia escludere che l'applicazione dell'art. 21, comma 1, risponda all'esigenza di sanzionare il privato che abbia dichiarato il falso, ma si ritiene che la questione vada risolta anche tenendo conto del profilo qualificatorio della fattispecie. Accettata la natura non provvedimentale del silenzio assenso e attesa la sua configurazione alla stregua di una valutazione legale tipica, l'art. 21-*novies*, comma 2-*bis*, risulterebbe inapplicabile per il sol fatto di riferirsi ai «provvedimenti amministrativi»: con la conseguenza che il rinvio che l'art. 20, comma 3, fa all'art. 21-*novies* – peraltro di precedente formulazione rispetto all'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 21-*novies* – deve operare entro il perimetro della sua compatibilità.

Ebbene, la chiarezza del riparto fra i presupposti della (in)esistenza e della (il)legittimità che si è cercato di restituire nelle brevi righe che precedono è in realtà minata (e quindi contraddetta), come si anticipava, da una giurisprudenza spesse volte incerta. E d'altronde che in giurisprudenza non vi sia affatto chiarezza sul punto è considerazione pacifica già dall'inizio del nuovo millennio, parte della dottrina avendo rilevato che «i repertori offrono un'ampia casistica che pare soffrire dell'organicità e, soprattutto, dell'uniformità di interpretazione necessarie per decretare il successo applicativo di un'interpretazione giurisprudenziale»²⁶.

²⁴ E. Boscolo, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a S.C.I.A. (già D.I.A.) e a silenzio assenso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 987 ss., spec. 992, secondo il quale «la possibilità di colpire con la misura dell'annullamento dell'atto tacito formatosi in conseguenza di una istanza recante indicazioni e produzioni false e travisatorie postula infatti un ripensamento radicale del ruolo e della funzione dell'art. 21, comma 1».

²⁵ P. Otranto, *op. cit.*, 161, il quale richiama altresì G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss., spec. 161.

²⁶ M. Occhiena, *op. cit.*, 1860.

Appare sintomatica una vicenda giurisprudenziale nella quale il Consiglio di Stato “rimproverava” al Tar di «aver fatto malgoverno della giurisprudenza»²⁷. La vicenda è particolare, perché leggendo le pronunce si comprende che in realtà è proprio il Consiglio di Stato ad aver male interpretato le affermazioni pretorie.

In breve, una società presentava istanza per il rilascio del permesso di costruire e l'amministrazione competente per l'emanazione del suddetto provvedimento comunicava il diniego oltre il termine di conclusione del procedimento. Il Tar Calabria, forte del richiamo ad un precedente del Consiglio di Stato (sentenza n. 3805/2016), annullava il provvedimento di diniego perché adottato al di fuori delle forme e dei modi di cui all'art. 21-*novies*, l. n. 241/1990. La sentenza veniva impugnata e il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso del Comune sul presupposto che il provvedimento di diniego fosse stato legittimamente adottato stante la mancata formazione del silenzio assenso per difetto dei presupposti richiesti ai fini della conformità urbanistico/edilizia. E ciò veniva dichiarato sostenendo che il Tar avesse fatto «malgoverno della suddetta giurisprudenza, pure richiamata, omettendo di dare rilievo» ad un'affermazione contenuta nella stessa sentenza n. 3805 del 2016.

Senonché quel precedente controverso statuiva esattamente quanto in effetti compreso dal Tar, ovvero che si fosse in presenza di una mera illegittimità del silenzio e non già della sua inesistenza: «la necessità del possesso dei requisiti di volta in volta prescritti – perché possa parlarsi di legittimo provvedimento implicito di assenso – risulta dalla stessa l. n. 241 del 1990 [...]». Basterebbe ciò – ovvero il riferimento al «legittimo provvedimento» – per comprendere a chi fosse realmente imputabile l'errore interpretativo. Ma vi è di più. Il Consiglio di Stato ometteva di citare il passaggio più esplicito contenuto nel proprio precedente: «quanto sinora esposto comporta che, in difetto di condizioni e presupposti, il provvedimento implicito di assenso è illegittimo e, sullo stesso, l'amministrazione può esercitare i poteri di autotutela, e segnatamente il potere di annullamento, alle ordinarie condizioni previste dall'art. 21-*novies* l. 241/1990». Appare sinceramente superfluo dilungarsi oltre. Il Tar Calabria aveva fatto “buon governo” della giurisprudenza, trattandosi di un caso di illegittimità del silenzio assenso.

Al di là delle incomprensioni, che pure celano una aprioristica interpretazione della materia, che l'unitarietà giurisprudenziale sul punto sia lungi dal realizzarsi è un dato che può essere evidenziato considerando una recente pronuncia – inscritta in un ben consolidato orientamento – la cui estrema rilevanza è dovuta all'impossibilità di addivenire ad una differente decodificazione della statuizione tramite la quale il giudice amministrativo attrae (in termini perentori e definitivi) all'area dell'inesistenza anche le violazioni sostanziali: la formazione del silenzio

²⁷ Tar Calabria, Catanzaro, 29 maggio 2017, n. 865 e Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4273.

assenso, afferma infatti il Consiglio di Stato, presuppone anche la piena rispondenza dell'istanza ai «requisiti di legittimità normativamente fissati, *in primis* alla conformità urbanistica»²⁸. «Del resto», ammonisce il Consiglio di Stato, «il silenzio-assenso [...] non può essere utilizzato per assumere l'avvenuto rilascio di titoli contrastanti con la locale disciplina urbanistica»²⁹.

3. (... Segue): *illegittimità e procedimento. Il punto di vista del terzo*

Rispetto all'orientamento da ultimo esposto sorge un duplice interrogativo. Si è sicuri che, come afferma il Consiglio di Stato, il silenzio assenso sia «volto ad alleggerire gli oneri dell'amministrazione (contestualmente facilitando le iniziative dei cittadini)»?³⁰ E, ancora, se la semplificazione operasse realmente in modo bidirezionale (verso l'amministrazione e verso i cittadini), in ottemperanza ai doveri parimenti bidirezionali³¹ di buona fede e correttezza³² l'amministrazione non dovrebbe rigettare tempestivamente la domanda non conforme sul piano sostanziale, adottando previamente il preavviso di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990?

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529.

²⁹ Questo orientamento, che si contrappone a quello evidenziato *supra* nelle note 14-15 e 17-20, pare ad oggi essere quello maggioritario, così come emerge dai più recenti interventi pretori. In tal senso, cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 20 aprile 2020, n. 252; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2020, n. 634; Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; Tar Puglia, Bari, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 102; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 agosto 2019, n. 1422; Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, ove si afferma che affinché si formi il silenzio assenso è necessaria la «contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista». Talvolta il profilo della rilevanza della conformità sostanziale dell'istanza è enfatizzato in relazione all'incompletezza dell'istanza. Questo orientamento non rappresenta una «terza via», perché lì l'interessamento per i discostamenti sostanziali non si riferisce ad «attuali» divergenze rispetto alle prescrizioni normative, ma solo a quelle «potenziali» distonie che non potrebbero essere rilevate dall'amministrazione a causa dei *deficit* formali della domanda. In tal senso cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173, secondo cui perché il silenzio assenso si formi è necessario «che la domanda sia corredata dalla indispensabile documentazione pure prevista dalla normativa, atteso che il silenzio assenso non implica alcuna deroga al potere dovere dell'Amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 Cost. e presuppone quindi che essa sia posta nella condizione di poter esercitare il proprio potere quanto meno nel senso di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali affinché l'auto-rizzazione implicitamente connessa al decorso del tempo sia coerente alle previsioni di legge».

³⁰ Si consideri, peraltro, che per R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 160, il silenzio assenso costituisce un «emblematico e corrosivo punto di approdo di una semplificazione amministrativa costruita e progettata senso unico, secondo una sola direzione di marcia, nel segno dell'ottica sbilanciata della massima considerazione possibile per le attese e le aspettative del privato». Ma sul punto si v. *infra* par. 5.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351.

³² Recentemente riaffermati da Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. Per un'analisi volta a valorizzare l'estensione della pronuncia oltre l'ambito dell'evidenza pubblica si rinvia a F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 1555 ss.

La risposta negativa, qui non condivisa, segue l'orientamento da ultimo esposto: se l'istanza sostanzialmente errata non consente la formazione del silenzio assenso, allora l'amministrazione potrà adottare il preavviso di rigetto e l'atto di diniego anche oltre i termini di conclusione del procedimento.

La risposta positiva (dovere dell'amministrazione di opporre il diniego nei termini, a pena della formazione del silenzio assenso) riprende invece la diversa interpretazione del rapporto fra inesistenza e illegittimità esposta *supra* par. 2 e si fonda su un altro rapporto, quello di genere a specie, che intercorre fra la fattispecie provvedimentale e quella silenziosa, caratterizzate dall'essere modalità di conclusione del procedimento (equivalenza degli effetti) e che si differenziano pressoché unicamente sul piano della materialità dell'atto terminale.

Si consideri allora quanto segue. Al di fuori delle esclusioni di cui all'art. 20, comma 4, l. n. 241/1990, l'istanza privata (non conforme sul piano sostanziale alla normativa) dà origine ad un procedimento che può terminare o meno con un provvedimento espresso. Ebbene, a dar seguito alla giurisprudenza da ultimo citata, se l'amministrazione lasciasse decorrere il termine, si dovrebbe escludere tanto la formazione del silenzio assenso quanto la produzione degli effetti giuridici; al contrario, e del tutto curiosamente, se l'amministrazione concludesse il procedimento tramite l'adozione di un provvedimento comunque favorevole ("riproduttivo" del contenuto *contra ius* dell'istanza privata), questo sarebbe illegittimo, ma gli effetti sarebbero prodotti.

L'incongruenza è palese e consiglia di discostarsi da un siffatto indirizzo pretorio. Per farlo, certo, devono essere individuate altre ragioni, ma si tratta di un compito agevole perché di alcune di esse (se non di tutte) si è già detto: quelle coprono un ventaglio che va dai presupposti teorici – equivalenza quanto agli effetti tra fattispecie provvedimentale e silenzio assenso, con equiparazione dei regimi applicabili – fino alle considerazioni più "elementari", quale l'espressa previsione del possibile assoggettamento della fattispecie all'annullamento d'ufficio (*supra* par. 2).

Ciò che allora rimane da evidenziare è che quei rilievi sono essenzialmente obliterati dall'orientamento maggioritario. Lì, infatti, l'esclusione del regime dell'illegittimità non è giustificata dall'aderenza a robusti e, per quanto qui non condivisi, apprezzabili capisaldi teorici³³; né la giurisprudenza si interroga sul sostanziale svuotamento dell'annullamento officioso. Pare, invece, che la giustifi-

³³ Il riferimento è fatto alla tesi di A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso*, cit. (di cui si è detto *supra*, nota n. 5). Per l'Autore, infatti, mancando il regime giuridico tipico del provvedimento «mancano [anche] la legittimità, l'annullabilità [...]», che non sono correttamente invocabili per un mero fatto giuridico «al quale si addice una valutazione di esistenza o di inesistenza» (187). Non rimane neppure irrisolto il problema del rinvio agli atti in autotutela, giacché si afferma che l'amministrazione «può giovare di poteri interdittivi e repressivi, ma non di autoannullamento o di revoca» (188). Si noti, peraltro, che, se ben si è inteso, l'Autore è ben più generoso, di quanto non lo si sia qui, nei confronti della giurisprudenza che attrae all'area dell'inesistenza anche i discostamenti sostanziali delle previsioni normative, giacché quella rivelerebbe che «i vizi del

cazione sia fondamentalmente ancorata ad un *minus*. In tal senso, si consideri che quell'orientamento pretorio è radicato attorno ad un determinato provvedimento – il permesso di costruire – e, soprattutto, ad una ben specifica (interpretazione di una) disposizione, ovvero l'art. 20, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Il dato non è irrilevante perché consente di comprendere come sia articolato e “giustificato” il ragionamento dell'orientamento in parola: se l'istanza per il rilascio del permesso di costruire va presentata assieme alla dichiarazione di un progettista abilitato «che asseveri la conformità» del progetto alle prescrizioni urbanistiche, allora l'assenza di conformità implica la mancanza di uno dei presupposti della domanda funzionali alla formazione del silenzio assenso³⁴.

Tuttavia, vi è motivo di ritenere che quella disposizione (o, meglio, l'interpretazione di quella disposizione) non sia così determinante³⁵, perché già lo stesso art. 3, comma 2, d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300, vuole che l'istanza privata contenga le dichiarazioni sulla ricorrenza dei requisiti oggettivi e soggettivi variamen-

presunto silenzio assenso sono vizi non dell'atto, ma della domanda privata e dei presupposti normativi della fattispecie» (189).

³⁴ *Ex multis*, oltre a quanto citato in nota 29, cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 marzo 2020, n. 690; Tar Puglia, Bari, sez. III, 7 gennaio 2019, n. 11; Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 2019, n. 11003, dove è impiegata una ricorrente affermazione giurisprudenziale: «ai sensi dell'art. 20, comma 8, d.p.r. n. 380/2001, il silenzio assenso previsto in tema di permesso di costruire non si forma per il solo fatto dell'inutile decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'Amministrazione e dell'adempimento degli oneri documentali necessari per l'accoglimento della domanda, ma occorre altresì la prova della sussistenza di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi a cui è subordinato il rilascio del titolo edilizio, tra i quali rientra, dal punto di vista oggettivo, la conformità dell'intervento progettato alla normativa urbanistico-edilizia». Il percorso per giustificare la mancata formazione del silenzio assenso pare essere per certi versi paragonabile a quello che, in passato, è stato intrapreso dalla giurisprudenza per giustificare l'unica eccezione – inesistenza “del silenzio assenso” per sussistenza di vincoli di inedificabilità (Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 834, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1145) – alla regola generale rappresentata dalla formazione del silenzio assenso in materia edilizia «indipendentemente [...] dalla sua legittimità, e in particolare dalla conformità del progetto alla normativa urbanistica di cui al comma 5 dello stesso art. 8» (Tar. Basilicata, 14 novembre 1984, n. 301, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, 386, e similmente, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 1987, n. 588, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 455, con nota di A. Travi, *Sugli elementi costitutivi e sui requisiti di efficacia e di validità del c.d. silenzio-assenso*). La ragione dell'accostamento si fonda sul fatto che, come osservato da B.E. Tonoletti, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., quel risalente orientamento si basava (oggi verrebbe da dire, anch'esso) «sulla interpretazione, per quanto non condivisibile, di una norma positiva». E, se così è, può allora dirsi che, come in passato si è creduto che la disposizione di cui all'art. 8, d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, configurasse «l'edificabilità dell'area come requisito per la formazione del silenzio-assenso», oggi si crede che nell'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, il “requisito per la formazione del silenzio-assenso” sia la conformità *tout court* alla normativa di settore.

³⁵ Come non lo è la giustificazione fondata sulla *ratio* del meccanismo del silenzio assenso che «costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione» (Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113). Sul punto è allora bene evidenziare che proprio valorizzando il “senso” della normativa, il Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, cit., giunge a conseguenze opposte (come si è detto *supra* nota 14): «ove si ammettesse che il silenzio assenso non possa formarsi per difetto delle condizioni sostanziali, in concreto verrebbe svuotata di contenuto la previsione di legge, consentendo di fatto all'Amministrazione di poter provvedere in ogni tempo; ciò in spregio delle ragioni sottese alla norma, che da un canto tutelano l'interesse del privato e, d'altro canto, pongono l'esigenza di responsabilizzare la Pubblica Amministrazione, non tollerandosi la sua inerzia sull'istanza rivolta dall'interessato».

te richiesti dalla normativa di settore³⁶; e ciò che più conta è che la disposizione non ha impedito di ricondurre all'alveo dell'illegittimità i casi in cui il silenzio assenso si sia formato sulla base di istanze non conformi sotto il profilo sostanziale alle prescrizioni normative³⁷. Il che – è bene evidenziarlo – è stato sostenuto muovendo da saldi presupposti teorici³⁸, cioè con un approccio che la giurisprudenza maggioritaria, al contrario di quella minoritaria (*supra* par. 2), non ha saputo fare proprio.

L'incongruenza di cui sopra, in uno ai rilievi ora svolti, induce a riaffermare che, fuori dal caso del mendacio, le violazioni sostanziali dovrebbero essere sempre sanzionate con l'illegittimità, salvo non voler ammettere che nei casi di silenzio assenso il vero assente sia proprio il procedimento, con la conseguenza che l'inesistenza diverrebbe allora una sanzione per il privato a copertura dell'inadempimento amministrativo.

Ecco allora emergere il vero nodo della questione. Vi è un dato avvertito da più parti, ovvero che nei casi di silenzio assenso si riscontra spesso una totale inerzia dell'amministrazione³⁹; ma ciò, come tutte le percezioni, richiede qualche indizio a riprova.

Una prima testimonianza è ricavabile dal tenore di una reiterata statuizione giurisprudenziale formulata in relazione all'impugnabilità, da parte del terzo, del provvedimento postumo di assenso: «il provvedimento espresso che reitera

³⁶ Per chiarezza: «la denuncia e la domanda devono identificare le generalità del richiedente e le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere; inoltre, alla denuncia o alla domanda deve essere allegata una dichiarazione del richiedente che indichi la sussistenza dei presupposti, ivi compreso il versamento di eventuali tasse e contributi, e dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento di quell'attività. Quando la legge richieda particolari requisiti soggettivi, la denuncia e la domanda devono contenere anche i dati necessari per verificare il possesso o conseguimento dei requisiti stessi» (art. 3, comma 2, d.P.R. n. 300/1992).

³⁷ Per G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., infatti, «l'interessato con la propria domanda, deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti» (719), ma ciò non impedisce che ricorrano vizi di legittimità «rappresentati dalla difformità tra l'autorizzazione richiesta e le prescrizioni normative: ad es., se la licenza di agibilità richiesta non è conforme alle norme igieniche comunali il relativo assenso si forma comunque, ma è annullabile» (così anche Id., *Il silenzio amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2016, 265 ss., spec. 278 s.). Nello stesso senso, cfr. R. Chiappa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 337, nonché F. Basilica, F. Barazzoni, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 335.

³⁸ G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 721 e Id., *Il silenzio amministrativo*, cit., 278. Non esclude il regime dell'illegittimità anche A. Romano, *op. cit.*, 508 ss. Vero è che per l'Autore «nel caso del c.d. silenzio-assenso, non sarebbe assolutamente configurabile un sindacato giurisdizionale che abbia a oggetto la legittimità-illegittimità di un provvedimento», ma ciò lo si afferma perché un provvedimento «non c'è» (511). La legittimità, infatti, interesserebbe gli effetti (li ritenuti *ex lege*) e questi potrebbero essere annullati dall'amministrazione – laddove questa «riscontri la carenza di elementi di fatto o di requisiti soggettivi, solo sulla cui sussistenza il legislatore li aveva disposti» (508) – o dal giudice sulla base di una «verifica della reale sussistenza-insussistenza, in concreto, di quegli elementi oggettivi e di quei requisiti soggettivi che il legislatore ha preso a presupposto per la produzione degli effetti che è la sua disposizione a prevedere» (511).

³⁹ Per S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 211, «in tali ipotesi si è notato come, per quanto non dovrebbe essere così, la valutazione amministrativa (*rectius* il bilanciamento degli interessi) finisca in realtà per essere compiuta per la prima volta in sede di autotutela».

gli effetti del provvedimento implicito di assenso non costituisce atto meramente confermativo di quest'ultimo in quanto presuppone, con tutta evidenza, l'esperienza di un'autonoma istruttoria, i cui risultati devono confluire nella motivazione del provvedimento espresso»⁴⁰. L'affermazione è eloquente perché, a tacere del fatto che il decorso del termine dovrebbe esaurire il potere⁴¹, in sostanza ammette che nella vicenda che porta al silenzio assenso vi è di regola un *deficit* di istruttoria, tanto che ve ne è bisogno di una ulteriore per confermare (nei fatti) ciò che è già stato "voluto" dalla norma⁴².

Un ulteriore indizio della assenza (almeno tendenziale) del procedimento emerge dalla ipotesi di mancata formazione del silenzio assenso per incompletezza dell'istanza, essendo a tal fine sufficiente ripensare ad una coppia di disposizioni – l'art. 2, comma 1, ultima alinea, e l'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990 – la cui corretta applicazione dovrebbe di fatto rendere quell'inesistenza un caso di scuola, piuttosto che una costante giurisprudenziale⁴³. Ma si avverte già la confutazione, ovvero che il soccorso istruttorio dell'art. 6 opererebbe solo nel caso di istanze idonee a determinare l'avvio procedimentale⁴⁴ e tali non sarebbero quelle incomplete nelle ipotesi passibili di conclusione silenziosa; sennonché, fermo restando che la semplificazione può certamente implicare anche la responsabilizzazione dell'istante, non solo rimarrebbe comunque da spiegare perché la richiesta passibile di accoglimento per silenzio debba subire un trattamento diverso e deteriore rispetto al normale, ma per di più deve tenersi conto che l'art. 3, comma 3, d.P.R. n. 300/1992, prevede per le attività private sottoposte alla disciplina dell'art. 20, l. n. 241/1990, uno specifico caso di "soccorso" per le istanze irregolari o incomplete.

A ben vedere, che un procedimento (ed in particolare un'istruttoria) debba esservi è soluzione che può pianamente farsi derivare dai numerosi rinvii che l'art. 20 fa ad altre disposizioni della l. n. 241/1990: così, con riferimento alla possibilità che sia indetta una conferenza di servizi (comma 2), all'esperibilità di valutazioni tecniche *ex art.* 17, all'evenienza dell'acquisizione di informazioni o di cer-

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63, in *Foro amm.*, 2014, 69 e Id., 11 settembre 2013, n. 4507.

⁴¹ Questa è la tesi sostenuta da A. Travi, *op. cit.*, 147 ss. e da F.G. Scoca, *op. cit.*, 207.

⁴² Vi è infatti motivo di ritenere che, laddove fosse esperita realmente una previa istruttoria, l'unico procedimento che avrebbe (logicamente) senso riavviare sarebbe quello per l'adozione di provvedimenti in autotutela.

⁴³ Dal combinato disposto degli articoli richiamati deriverebbe infatti che a fronte dell'istanza privata incompleta il responsabile del procedimento dovrebbe attivare la procedura di soccorso istruttorio e laddove l'istante rimanesse inadempiente il procedimento dovrebbe essere concluso con un provvedimento "di rito" in forma semplificata. Si consideri ad esempio la controversia recentemente decisa dal Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 12 febbraio 2020, n. 337, ove si dà atto del fatto che solo in giudizio l'amministrazione intimata ha rilevato l'assoluta insufficienza e carenza della documentazione prodotta dall'istante.

⁴⁴ Si badi, l'osservazione nella sua portata generale è sicuramente corretta (in tal senso valga il rinvio a S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, 83).

tificazioni, nonché all'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* (comma 5)⁴⁵.

Ma non vi è contraddizione fra procedimentalizzazione e risoluzione legale della fattispecie concreta? D'altronde, il silenzio assenso sarebbe stato introdotto proprio al fine di porre rimedio all'inerzia amministrativa.

Ebbene, si tratta di intendersi sul significato dell'inerzia. Si crede di poter escludere l'antinomia se, come pare corretto, l'inerzia non sia da interpretare come totale inattività, ma solo come mancata adozione del provvedimento. E difatti anche laddove si condividesse la tesi della degradazione del dovere in onere di provvedere⁴⁶, ciò non escluderebbe l'obbligo di procedere: l'amministrazione infatti non saprebbe sin da principio se sia da adottare un provvedimento negativo, ma potrebbe determinarsi in tal senso (adempiendo quindi all'onere) solo nell'ambito e a seguito dell'espletamento di un procedimento⁴⁷.

Ciò che più rileva nell'economia dello scritto è poi che circoscrivere l'annullabilità del silenzio assenso ai soli casi di illegittimità sostanziale⁴⁸ significa anche dequotare i vizi procedimentali oltre quanto previsto dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990: con la conseguenza che l'assenza del procedimento, e in particolare dell'istruttoria, non sarebbe un fatto di cui dolersi, ma solamente una costante di cui prendere atto.

Del tutto condivisibilmente, è stato sostenuto che «il silenzio dovrebbe considerarsi legittimo nel caso di svolgimento del procedimento con mancanza solo del provvedimento conclusivo; non quando, invece, la pubblica amministrazione sia rimasta del tutto inerte»⁴⁹.

⁴⁵ Diffusamente sul punto, C. Benetazzo, *Silenzio-assenso e dovere dell'amministrazione di svolgere l'istruttoria: spunti di riflessione offerti da una fattispecie in tema di sanatoria di opere edilizie abusive, in federalismi.it*, 2011, 25, nonché F. Gambardella, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *Giustamm.it*, 2007, il quale parla, per l'appunto, di «doverosa istruttoria». Per E. Scotti, *Silenzio-assenso*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 686, nei procedimenti soggetti al regime del silenzio assenso resta «fermo il dovere primario di un corretto e fisiologico esercizio della funzione amministrativa fondato sull'acquisizione e sulla ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati». Si consideri poi che il comma 1 dell'art. 20 nella sua prima versione conteneva un riferimento alla «complessità del rispettivo procedimento».

⁴⁶ F.G. Scoca, *op. cit.*, 177. Sul punto, però, si v. la critica di A. Cioffi, *op. cit.*, 172, secondo cui «ancor più improbabile è che l'onere possa cancellare il dovere di provvedere – ché a eliminare quel dovere si toglie al potere il nesso con l'interesse pubblico – dacché, si sa, è il dovere che connette il potere amministrativo all'interesse pubblico specifico».

⁴⁷ Per S. Vernile, *op. cit.*, 36, «l'amministrazione è esonerata dall'adottare un provvedimento espresso, ma non certo dall'esercizio della funzione, nel senso della concreta valutazione della situazione di fatto e di diritto rappresentata nell'istanza».

⁴⁸ F.G. Scoca, *op. cit.*, 210 ss. Cfr. anche G. Morbidelli, *Il silenzio amministrativo*, cit., 278.

⁴⁹ M.P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1057 ss., spec. 1071. Si v. però F. Fracchia, *op. cit.*, 347 s., il quale, se non si va errando, afferma che la formazione del silenzio assenso può prescindere dallo svolgimento di un procedimento e che, anzi, la disciplina stessa del silenzio risulta «caratterizzata dall'assenza del tradizionale procedimento». Si consideri però

È chiaro che questa conclusione muove su binari e persegue la tutela di interessi in parte differenti rispetto a quelli dell'istante. Vero è che pure quest'ultimo potrebbe avere interesse allo svolgimento di un procedimento che, nella prospettiva della vincolatezza in concreto⁵⁰, argini l'amplissima discrezionalità dell'amministrazione in sede di determinazioni di secondo grado⁵¹; ma è altresì evidente che in caso di totale inerzia l'istante (di regola, e salvo quanto si è detto *supra*) vedrebbe comunque accolta la sua domanda.

La dimensione procedimentale, al netto della sua funzione di tutela dell'interesse pubblico, rileverebbe pertanto primariamente come strumento di contraddittorio e quindi di garanzia per il terzo⁵². Assunto, questo, che sarebbe forse revocabile in dubbio se il silenzio assenso fosse riferibile soltanto a poteri vincolati⁵³; ma è risaputo (anche se non unanimemente accettato) che il *trend* legislativo così come l'orientamento di una consistente parte della dottrina vanno nel verso opposto⁵⁴, quest'ultima talvolta avendo saggiamente valorizzato la distinzione tra il piano giuridico (che non consentirebbe di escludere il potere discrezionale dall'alveo applicativo del silenzio assenso) e quello dell'opportunità (che al contrario consiglierebbe di riferire il silenzio assenso ai soli poteri vincolati)⁵⁵.

che l. A. scrive nel 2002 mentre i rinvii agli istituti procedimentali, oggi recati dall'art. 20, l. n. 241/1990, sono stati introdotti dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

⁵⁰ In tema si v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 127 ss.

⁵¹ Il «problema» dell'annullamento d'ufficio è stato recentemente considerato fra i motivi di inefficacia del silenzio assenso da M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss., spec. 171.

⁵² Per P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo tra procedimento e processo*, Torino, 2018, 69 ss., la partecipazione procedimentale è informata al «modello della duplicità funzionale, di tipo sia garantistico che collaborativo, in un'ottica che privilegia la prima delle due funzioni».

⁵³ Secondo G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 722 ss., il silenzio assenso non è ammissibile nei casi in cui sussiste un potere discrezionale dell'amministrazione, potendo invece operare solo a fronte di provvedimenti vincolati o, al più, nelle ipotesi caratterizzate dall'esercizio della discrezionalità tecnica; e, si badi, è per questa ragione che è possibile affermare che il silenzio assenso «toglie di mezzo l'istruttoria (seppur non necessariamente, perché non elimina la facoltà di compierla e di provvedere espressamente)». Ciò però non significa che un procedimento non vi sia, perché, come rileva l'Autore, dell'avvio del procedimento se ne deve comunque dare comunicazione ai terzi (648). Nello stesso senso, Id. *Il silenzio assenso*, cit., 276 s.

⁵⁴ In primo luogo, l'art. 20, a differenza di quanto previsto all'art. 19, l. n. 241/1990, nulla dispone in merito al carattere del potere, con la conseguenza che se la s.c.i.a. «copre il sub-settore delle autorizzazioni vincolate [...] il campo di elezione del silenzio-assenso coincide (non può che coincidere) con quello delle autorizzazioni discrezionali» (F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *op. cit.*, 450). Si v. anche M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 254, secondo cui il silenzio assenso «può applicarsi anche a provvedimenti discrezionali (quelli vincolati sono sostituiti di regola dalla segnalazione certificata di inizio attività)». In secondo luogo, si consideri che talvolta l'estensione della fattispecie silenzio ai poteri discrezionali è (seppur solo implicitamente) ammessa dallo stesso legislatore (così, in relazione al permesso di costruire di cui all'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2018, 149 ss.).

⁵⁵ A. Travi, *op. cit.*, 252 s. In tal senso anche P.G. Lignani, *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, secondo il quale «la maggiore o minore discrezionalità del provvedimento, invece, non è una caratteristica strettamente determinante in ordine alla possibilità di utile impiego del silenzio-assenso. S'intende che questo strumento trova il suo terreno d'elezione nel campo dei provvedimenti che implicano una mera verifica di presupposti documentabili (esempio: corrispondenza del progetto alle prescrizioni del piano regolatore),

Sennonché, se un procedimento deve esservi, non è detto che un provvedimento vi sia. Con la conseguenza che il terzo può trovarsi in quella medesima (o quantomeno equiparabile) situazione di incertezza che troppo spesso è evocata dal solo punto di vista dell'istante: il terzo infatti, in caso di conclusione silenziosa, non saprebbe (salvo successiva e parziale ricostruzione dell'istruttoria tramite accesso agli atti) né il motivo della reiezione delle sue ragioni né se una ponderazione effettivamente vi sia stata.

Non sorprende, quindi, che in dottrina sia stato sostenuto che la partecipazione attiva del terzo in seno al procedimento amministrativo escluderebbe la possibilità di una conclusione silenziosa⁵⁶. Il terzo sarebbe infatti titolare di una aspettativa procedimentale qualificata (un legittimo affidamento) all'adozione di un provvedimento espresso in cui si dia conto delle ragioni per le quali il suo punto di vista non è risultato determinante ai fini del diniego all'istanza altrui; con la conseguenza, tutt'altro che scontata, che la fattispecie silenziosa sarebbe passibile di annullamento⁵⁷.

Se non si va errando, la conclusione contraddice le premesse. Se la partecipazione del terzo obbliga l'amministrazione ad adottare un provvedimento espresso, il decorso del termine non consentirebbe neppure la formazione del silenzio assenso, ma implicherebbe solo una situazione di silenzio inadempimento, rilevante solo (o maggiormente) per il privato istante. Il dato legislativo, però, non pare consentire di percorrere neppure questa via mediana, se non altro perché è l'art. 20, comma 2, che allo stesso tempo "impone" di tenere conto delle situazioni giuridiche dei controinteressati, ma obbliga la conclusione esplicita solo laddove sia indetta la conferenza di servizi.

L'elaborazione dottrinale poc'anzi esposta, per quanto non ritenuta ammissibile nei suoi possibili risvolti applicativi, è però foriera di spunti di riflessione per le premesse da cui parte.

Invero, anche a non ammettersi che l'ingresso delle ragioni del terzo abbia potere preclusivo rispetto alla conclusione silenziosa, il fatto che il terzo abbia partecipato attivamente e non sia poi stato messo a conoscenza della valutazione delle sue allegazioni impone di saggiare la sussistenza di qualche ipotesi (o forma) alternativa di tutela. Ed è su questo piano che la sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019, pur se riferita alla s.c.i.a., può venire in soccorso.

ma non è incompatibile con situazioni nelle quali si esercita una certa discrezionalità (esempio: certi nulla-osta o licenze). Sta naturalmente al legislatore decidere se e quando convenga introdurre il silenzio-assenso anche in relazione ad atti discrezionali».

⁵⁶ R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1024 ss., spec. 1061 e, più di recente, P. Lombardi, *op. cit.*, 160.

⁵⁷ R. Ferrara, *op. cit.*, 1063.

4. *Riflessioni a margine della sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale. “Autotutela” e dovere di procedere*

Per comprendere le ragioni del collegamento (solo mediato) fra la sentenza della Corte costituzionale e il tema oggetto dello studio è necessario anzitutto esporre la questione di legittimità costituzionale, seppure nei suoi termini generali ma essenziali alle considerazioni che si andranno a svolgere⁵⁸.

La vicenda è ampiamente nota. Una volta risolto nel comma 6-ter dell'art. 19 il doppio problema della natura della s.c.i.a. (atto privato) e delle forme di tutela del terzo (azione ex art. 31 c.p.a.), residuava la questione (poi divenuta, per l'appunto, di legittimità costituzionale) relativa alla mancata previsione nel citato comma 6-ter di un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche spettanti alla pubblica amministrazione.

Due sono essenzialmente gli assunti del Tar rimettente ed entrambi si appuntano sui poteri postumi riconosciuti dall'art. 19 all'amministrazione destinataria della segnalazione certificata.

In primo luogo, il Tar esclude che il comma 6-ter si riferisca al potere da esercitarsi, ai sensi del comma 4, nelle forme e modi di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990; si badi, una conclusione questa giustificata dall'aderenza a quel tradizionale e maggioritario orientamento del giudice amministrativo che da sempre ha negato che sull'istanza di riesame si formi un silenzio rifiuto, sul presupposto che i poteri di “autotutela”, in quanto caratterizzati da ampia discrezionalità, sarebbero incoercibili dall'esterno⁵⁹.

⁵⁸ Per un'analisi esaustiva si rinvia a E. Frediani, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 579 ss.

⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3426; Id., sez. V, 22 gennaio 2014, n. 322; nonché con precipuo riferimento alla s.c.i.a., cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 23 ottobre 2015, n. 4998. È ampiamente noto in dottrina il dibattito sulla natura del potere di annullamento officioso e qui non può darsene pienamente conto. Basti ricordare che, il contrasto assestatosi attorno alla natura dell'annullamento d'ufficio, alternativamente descritta come obbligatoria (V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939) o siccome ampiamente discrezionale (G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939), in tempi recenti si sta ricomponendo attorno all'idea della necessità «di procedere quantomeno ad una prima sommaria delibazione, dalla quale semmai nascerà il procedimento d'ufficio» (G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 251 ss., spec. 252). Così, da un lato – scomponendo la condizione in astratto dei privati (i quali «in via generale, e in astratto, non hanno una vera e propria pretesa qualificata a vedere decise le proprie istanze di autotutela») dalle situazioni, evidenziate dalle istanze private, «in cui in concreto» l'amministrazione ha il potere-dovere di provvedere (sussistendo i presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990) – si è affermato che, gli interessati «possono censurare» la decisione dell'amministrazione di non provvedere ad annullare l'atto, perché «opinando diversamente, si dovrebbe ritenere che il potere in parola si risolve in una qualche sorta di mera facoltà: il che però cozzerebbe contro la segnalata doverosità dell'azione amministrativa» (G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 ss., spec. 331); dall'altro lato, ripercorrendo la tesi di A. Meloncelli, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, si è detto che la doverosità nell'*an* dell'*agere* non solo implica

Affermato che l'unico potere a cui fa riferimento il comma 6-ter dell'art. 19 è quello inibitorio, perché doveroso e vincolato, il Tar esclude però che il termine entro cui sollecitare l'amministrazione sia quello previsto dai commi 3 (60 giorni) e 6-bis (30 giorni, per la s.c.i.a. in materia edilizia), così come nega fondatezza alle altre molteplici tesi giurisprudenziali intervenute sul punto.

La questione di legittimità costituzionale giunta dinanzi alla Corte viene risolta in poche battute e per farlo, una volta negato il fondamento alla tesi del rimettente atta a riconoscere un «potere “in bianco”», il giudice delle leggi conferma la legittimità costituzionale dell'attuale impianto normativo, riconducendo le verifiche prescritte dal comma 6-ter ai poteri (e ai relativi termini già) disciplinati dai commi 3, 6-bis e 4.

A margine di queste premesse generalissime emerge un dato ben più rilevante per l'analisi qui condotta. Includendo fra i poteri astrattamente contemplati dal comma 6-ter non solo quelli inibitori dei commi 3 e 6-bis ma anche quello recato dal comma 4 – che per praticità il Tar definisce di “autotutela” – la Corte ha sovvertito il consolidato orientamento giurisprudenziale – già portato all'attenzione della Consulta dal giudice rimettente – per il quale non sussiste(va) un obbligo di procedere in relazione alle istanze di riesame ampiamente discrezionali.

Senonché, la Corte non ha giustificato l'assunto, se non attraverso autoevidenti (e pertanto non provanti) considerazioni. Ricercare per via interpretativa la giustificazione del non detto può apparire un esercizio oltremodo infruttuoso, ma si può ipotizzare che le ragioni della Corte risiedano sull'esigenza di bilanciare l'affidamento del segnalante con l'interesse del terzo. Insomma, poiché il termine di sessanta e trenta giorni sarebbe eccessivamente ristretto e siccome il terzo nei casi di s.c.i.a. risulta (almeno in principio) completamente estromesso, si è riconosciuto, per finalità “equitative”, il beneficio del termine di diciotto mesi⁶⁰ e con ciò anche l'obbligo dell'amministrazione di procedere sull'istanza volta ad attivare un potere caratterizzato dall'ampia discrezionalità garantita dal rinvio alle condizioni di cui all'art. 21-nonies⁶¹.

«il dovere di prendere in considerazione l'istanza di autotutela» ma comporta anche il «dare conto del fatto che l'ipotesi di riesame è stata valutata» (S. Tuccillo, *op. cit.*, 208). Per una ampia analisi del tema, cfr. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.

⁶⁰ Per L. Bertonazzi, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711 ss., spec. 722 s., le tempistiche della vicenda sostanziale e processuale impongono di affermare che «mai e poi mai è ipotizzabile un ordine giudiziale di provvedere ai sensi dell'art. 19, comma 3, cit.: è lo stesso legislatore, si noti, ad escludere matematicamente una siffatta eventualità»; sicché «le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter cit. coincidono con il potere inibitorio/repressivo di cui all'art. 19, comma 4, esercitabile in presenza delle condizioni di cui all'art. 21-nonies cit. perché così vuole il legislatore».

⁶¹ In questo senso il pt. 4 dell'ordinanza di remissione del Tar Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667.

Se queste sono le ragioni sottese al *revirement*, pare allora legittimo domandarsi se l'obbligo di attivazione in ordine all'istanza di riesame, riconosciuto esplicitamente nei casi di s.c.i.a., sia estendibile anche alle ipotesi di silenzio assenso.

La risposta può essere di segno positivo, ma a condizione che si argomenti a partire dalle innegabili differenze che intercorrono fra la s.c.i.a. e il silenzio assenso, perché non si può tacere del fatto che proprio sulla base di esse si può giungere a conclusioni del tutto contrarie a quelle qui proposte.

Nelle ipotesi di s.c.i.a. un procedimento è assente e il terzo, che non è neppure messo a conoscenza della segnalazione, subisce una lesione non per effetto dell'esercizio del potere, ma in virtù del mero avvio dell'attività privata. In questi casi la garanzia partecipativa del terzo controinteressato è recuperata solo *ex post*, in sede di sollecitazione all'esercizio dei poteri inibitori e di "autotutela", con la conseguenza che la doverosità di procedere, seppur a fronte di un «potere di merito»⁶², diviene quindi precisa risposta ad istanze di garanzia (o, come si diceva, equitative) a tutela del terzo.

Nelle ipotesi di silenzio assenso, invece, si è – o quantomeno si dovrebbe essere (v. *supra* par. 3.) – in presenza di fattispecie proceduralizzate, sicché il terzo può assumere la posizione di controinteressato procedimentale necessario, se facilmente individuato o individuabile (art. 7, l. n. 241/1990), o di intervenitore eventuale (art. 9), con la conseguente possibilità di spiegare sin da subito le prerogative riconosciutegli dall'art. 10. Tenuto conto della possibilità del terzo di rappresentare già nel procedimento il suo "punto di vista", assicurare il dovere di attivazione dell'amministrazione a fronte dell'istanza in autotutela potrebbe allora risultare una garanzia esorbitante. Così come potrebbe essere opposto il fatto che nei casi di silenzio assenso, diversamente dalla s.c.i.a., il terzo avrebbe comunque il diritto di impugnare gli effetti illegittimi, con la conseguenza che riconoscere la doverosità dell'avvio del procedimento di autotutela porrebbe il problema dell'elusione dei termini decadenziali di ricorso⁶³.

Ma sono proprio le controverse condizioni di generica "contestabilità" del silenzio, prima ancora di quelle relative alla sua impugnabilità, a fornire lo spunto per una conclusione differente.

A ricordarsi infatti degli incerti confini fra inesistenza e illegittimità del silenzio e finanche dell'orientamento che riconduce sostanzialmente alla prima tutte le vicende patologiche del silenzio (*supra* par. 2 e 3.), il problema dell'elusione del termine non sarebbe più tale. Problematico diviene semmai lo stato di incertezza in cui versa il terzo, il quale, nella controversa dinamica interpretativa

⁶² R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 642.

⁶³ Si consideri però quanto auspicato da R. Resta, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Foro amm.*, 1937, 121 ss., il quale si pronunciava «*de iure condendo*» a favore di un rimedio atto ad evitare il permanere di uno stato di fatto contrario al diritto.

dell'istituto, avendo magari legittimamente confidato nell'inesistenza del silenzio e avendo lasciato decorrere i termini di ricorso, in sede di azione di mero accertamento potrebbe comunque sentirsi opporre in uno all'esistenza del silenzio anche la decadenza dall'impugnazione. La doverosità dell'avvio del procedimento in *autotutela* si giustificerebbe allora in quanto strumento di garanzia a presidio delle esigenze di *tutela*. E proprio a questo riguardo non può tacersi di un recente orientamento che, ponendo correttamente l'accento sul passaggio «dall'autotutela alla tutela», ha avanzato vigorose critiche all'orientamento pretorio maggioritario che frena le pretese private di autotutela. L'interesse sull'articolato studio dell'Autrice va necessariamente circoscritto, per motivi di sintesi, ad alcune delle riflessioni condotte sul principale limite rappresentato dall'inoppugnabilità. Brevemente, non solo lì si dimostra che «il concetto di inoppugnabilità è tutt'altro che assoluto» e che la giurisprudenza ha via via elaborato ben più di una eccezione alla regola, ma si “conclude” ricordando «che l'inoppugnabilità è istituto che opera sul piano processuale e giustiziale» e che essa «non estingue affatto la posizione soggettiva sul piano sostanziale. L'interesse legittimo, cioè, persiste»⁶⁴.

Sotto il profilo della “stretta” illegittimità degli effetti del silenzio è opportuno invece tener conto delle considerazioni svolte in merito alla lesione dell'affidamento del terzo per il caso in cui, pur avendo egli partecipato attivamente al procedimento, questo si sia poi concluso con un silenzio dal valore legale di assenso (*supra* par. 3.). Se è considerazione tralatizia che l'impugnazione del silenzio assenso, soprattutto nei casi di potere discrezionale, sia difficoltosa per il terzo data l'assenza (fisiologica) della motivazione; se è corretto escludere che la partecipazione del terzo imponga necessariamente la conclusione provvedimentoale; allora potrebbe sostenersi che la posizione di legittimo affidamento del terzo a prendere cognizione delle ragioni della reiezione delle proprie allegazioni possa giustificare l'obbligatorietà di avviare, su istanza di parte, il procedimento di riesame anche nei casi di silenzio assenso⁶⁵. Pur laddove l'amministrazione ritenesse sussistenti le ragioni per confermare gli effetti legali già prodottisi, ciò consentirebbe al terzo di recuperare in un secondo momento la parte motiva rimasta precedentemente inevasa⁶⁶: se è consentito prendere a prestito una felice formula elaborata

⁶⁴ M. Allena, *L'annullamento d'ufficio, dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 96 e 99, ma più in generale 49 ss.

⁶⁵ Sul presupposto generale dell'inconfigurabilità di un obbligo ad avviare il procedimento ad istanza di parte nei casi in cui l'individuazione dell'interesse pubblico è legalmente rimessa all'amministrazione (come nell'ipotesi dell'autotutela decisoria), F. Trimarchi Banfi, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss., precisa che nei «rapporti giuridici multipolari, coloro i cui interessi sono rilevanti nella disciplina dell'attività hanno titolo, per ciò stesso, a pretendere l'attuazione di questa disciplina con tutti i mezzi che la legge conferisce all'amministrazione a questo scopo: non vi sono di regola poteri amministrativi riservati che possano essere opposti a questa pretesa» (35).

⁶⁶ La tesi qui proposta trova il conforto di S. Tuccillo, *op. cit.*, 210 ss., la quale, muovendo dal critico binomio assenza di provvedimento-termine di decadenza per il riesame, del tutto condivisibilmente afferma che

ta in tema di ADR, il tutto avverrebbe nell'ottica della «ricerca di una possibilità di permanenza e di convivenza proiettata nel futuro, piuttosto che dall'intento di stabilire chi abbia avuto ragione o torto nel passato»⁶⁷.

5. *Alcune considerazioni conclusive sulla semplificazione per "silenzi"*

La Corte costituzionale nella sentenza n. 45/2019 concludeva affermando «l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini [...] di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata». La statuizione è qui utile perché con essa la Corte pare aver voluto suggerire la previsione di un obbligo di comunicazione da adempiere nei confronti dei terzi (quantomeno di quelli facilmente identificabili)⁶⁸.

Si tratta di tutta evidenza di un esito che meriterebbe ben più ampia analisi, ma che ai limitati fini dello scritto consente di rievocare il tema dell'irriducibile tensione fra liberalizzazione/semplificazione, da un lato, e tutela del terzo, dall'altro. Un conflitto questo che mette in discussione solo il primo dei due termini della contesa, essendo sufficiente considerare che la copertura costituzionale recata dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. impedisce da sé che la conformazione in senso "efficientistico" dell'attività amministrativa – benché «funzione permanente»⁶⁹ e «imposta [...] dai principi generali dell'ordinamento costituzionale ed eurounitario»⁷⁰ – si risolva anche in una lesione della tutela del terzo⁷¹.

Per quanto si è detto nelle pagine che precedono non può esitarsi nell'affermare che la disciplina positiva e l'interpretazione giuridica assicurano formalmente una tutela al terzo.

«potrebbe allora ipotizzarsi, con riferimento alle fattispecie ad esito silenzioso, che l'istanza di autotutela faccia sorgere l'obbligo di procedere – o quantomeno di esplicitare le ragioni per le quali si reputa di non procedere – onde controbilanciare l'assenza del provvedimento espresso e ampliare il ventaglio delle tutele disponibili. Per questa via, considerata la mancanza del provvedimento espresso e la situazione di asimmetrie informativa dell'amministrazione, si potrebbe giungere al risultato di fare emergere la motivazione sottesa all'atto di assenso tacito o quantomeno di fornire una giustificazione alla sua assenza» (212 s.).

⁶⁷ M. Ramajoli, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557 ss., spec. 561.

⁶⁸ Sul punto però si v. L. Bertonazzi, *op. cit.*, 725 s.

⁶⁹ G. Piperata, *Lo sportello unico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 41 ss., spec. 43.

⁷⁰ M.A. Sandulli, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss., spec. 441 (si v. anche la giurisprudenza ivi citata).

⁷¹ Per F. Trimarchi Banfi, *Il "terzo" nel diritto amministrativo*, cit., la semplificazione modifica solo la posizione giuridica di chi intende svolgere l'attività regolata, mentre «la garanzia dell'interesse [dei terzi] resta impregiudicata» (42 s.), giacché «non vi è nulla nella disciplina della semplificazione che implichi la modificazione della situazione del terzo, il quale conserva le pretese che gli derivano dal regime pubblicistico dell'attività, del quale l'amministrazione è garante» (47).

Vero è però che la giurisprudenza e la dottrina non hanno fornito risposta univoca a quasi nessuno degli interrogativi di cui si è dato conto nell'elaborato, con la conseguenza che (non solo l'istante, come troppo spesso si tende a dire, ma anche) i terzi si trovano calati in una posizione di perdurante incertezza circa: i) la formazione del silenzio assenso, che dipende talvolta dalla sensibilità del giudice adito; ii) le ragioni sottese alla conclusione *per silentium* (totale inerzia o "scelta" volontaria); iii) l'esercizio del potere di riesame, in particolare con riferimento alla sua doverosità nell'*an* e alla "libertà" nel *quid*⁷². E già sotto questo aspetto, cioè dal punto di vista dell'operatore e dei terzi, può dirsi che non si è dinanzi ad una "buona" semplificazione se da essa non deriva alcuna certezza nell'applicazione e nell'interpretazione della disciplina di riferimento⁷³.

Vi è allora che le misure di semplificazione possono (e forse devono) essere valutate anche sotto il profilo dell'opportunità e quindi della loro utilità. D'altronde, se quelle si pongono nell'ottica dell'amministrazione di risultato⁷⁴, ebbero anche per quelle dovrebbe poter essere applicata la logica della valutazione delle *performance* propria di quel sistema⁷⁵.

In questa prospettiva deve essere evidenziato che il tema della tutela del terzo ha consentito di accentuare un dato, quello della necessità del procedimento, che normalmente è valorizzato in relazione alla ponderazione degli interessi sensibili nei casi di silenzio assenso endoprocedimentale. E non vi è chi non veda come sia strana questa vicenda in cui (in nome della semplificazione) l'amministrazione sia sgravata solo del dovere di adottare il provvedimento finale, ma sia al contempo obbligata (almeno formalmente) ad ottemperare a tutti gli adempimenti procedurali. Vero è che si sta vivendo l'epoca del «declino della decisione motivata»⁷⁶, ma ciò, se è consentito dirlo, è una patologia e non già un esempio su cui ergere un giudizio di valore.

⁷² M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 254 s.

⁷³ Come osservato da P. Otranto, *op. cit.*, 172, «se la semplificazione deve costituire anche uno strumento utile a superare la crisi economica [...] l'incertezza derivante dall'assenza del provvedimento amministrativo sembra incompatibile con i compiti affidati all'Amministrazione nello "Stato del mercato"». Sul legame fra semplificazione e competitività del Paese si vedano le riflessioni di T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.

⁷⁴ Per V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617 ss., l'idea della semplificazione è una «idea un po' complessa, che ha origine in una nuova concezione dell'amministrazione, tradizionalmente ignorata nella scienza giuridica, interessata piuttosto alla legittimità dell'azione amministrativa, anziché alla sua efficacia» (617).

⁷⁵ Secondo M. Cammelli, *Intervento*, in *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, a cura di G. Sciuillo, Bologna, 2008, 205 ss., «la semplificazione non può essere presa come bene 'in sé', ma va collegata agli obiettivi che si propone e valutata in termini di proporzionalità o, se si preferisce, di analisi costi-benefici» (205).

⁷⁶ Così come chiaramente ammesso da quella attenta dottrina che ha (ironicamente) ricordato l'assunto giurisprudenziale per il quale l'allargamento dei confini della motivazione *per relationem* avverrebbe «in omag-

Si impongono pertanto alcune considerazioni più generali sotto il profilo della semplificazione.

Nel Vocabolario Treccani la semplificazione è definita come «il fatto di semplificare» e quindi come l'effetto del «rendere semplice o più semplice»⁷⁷ o meno complicato. Nella tradizione giuridica, invece, della semplificazione non è agile fornire una definizione puntuale, o quantomeno unitaria⁷⁸, giacché essa non sfugge ad una pluralità di articolazioni⁷⁹.

Se della semplificazione amministrativa non è pertanto conveniente parlare in termini di essere, diverso è a dirsi in relazione al dover essere della semplificazione procedimentale, specie se il discorso viene condotto sul piano della differenziazione fra i profili della «complicatezza» e della «complessità»⁸⁰.

La complessità è «qualcosa di cui la nostra società non può fare a meno»⁸¹, perché è il carattere della realtà, è l'intreccio degli interessi pubblici e privati (e quindi anche di quelli in titolarità dei terzi) e per osmosi è il carattere della funzione amministrativa⁸². La complicatezza dell'amministrazione, invece, è il «bizantinismo» burocratico, ovvero il prodotto dell'eccessiva o carente (o comunque cattiva) normazione primaria e secondaria. In altre parole, mentre la com-

gio ad una visione... coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 Cost.» (M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss., spec. 908 s.).

⁷⁷ In *Vocabolario della lingua italiana. Il conciso*, Roma, 1998.

⁷⁸ Per A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di G. Sala, G. Sciullo, Napoli, 2017, 3 ss., la semplificazione deve essere intesa non come «mera tecnica», ma è anzitutto scelta «politica» in relazione all'introduzione di nuove gerarchie di interessi e al «riposizionamento» dell'amministrazione e della sua «strategia complessiva» (5 s.).

⁷⁹ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 156, descrive la semplificazione come fenomeno «plurimo e pluristrutturato» e come espressione «marcatamente polisemica, e dunque apprezzabile sul piano meramente descrittivo». La semplificazione amministrativa è tradizionalmente distinta dalla liberalizzazione, che è cosa differente perché essa «ove attuata, porta all'eliminazione totale o parziale della cornice pubblicistica di talune attività» (M.P. Chiti, *op. cit.*, 1066). A loro volta le misure di semplificazione amministrativa si distinguono a seconda dell'oggetto (organizzazione e/o procedimento) su cui gravano (imprescindibile è il riferimento a L. Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 385 ss., ma anche a E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss., spec. 341, il quale evidenzia lo stretto legale che intercorre fra la semplificazione dell'azione e quella dell'organizzazione, rimarcando che «la riduzione e l'accorpamento dei procedimenti corrisponda anche al riordino di molte amministrazioni e alla soppressione o trasformazione in soggetti privati di molti enti»). All'interno di tale bipartizione dal valore eminentemente descrittivo, vi è poi chi ha definito una scala valoriale identificando nella semplificazione procedimentale «la madre di tutte le semplificazioni» (M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss., spec. 690).

⁸⁰ In tema si v. M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. app.*, 2016, 758 ss., spec. 763 ss.; Id., *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss.

⁸¹ G. Arena, *Semplificazione normativa: un'esperienza e alcune riflessioni*, in *Le Regioni*, 1999, 851 ss., spec. 875.

⁸² Secondo F. Benvenuti, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1828 ss., «per questa capacità propria dello Stato e degli organismi intermedi di esprimere tutta intera la nostra vita sociale, già si manifesta come si sia in presenza di un fenomeno complesso».

plexità è il carattere della funzione, la complicatezza è il difetto della forma dinamica della funzione, ovvero del procedimento.

Da qui la constatazione che oggetto della semplificazione procedimentale dovrebbe essere la complicatezza e non già la complessità che è invece «un aspetto caratteristico e ineliminabile del sistema giuridico di una società democratica e pluralista, di cui si deve prendere atto e che si deve imparare a gestire in modo adeguato»⁸³.

Se questo è (o quantomeno dovrebbe essere) il senso della semplificazione procedimentale, occorre allora indagare su che piano operi il silenzio assenso.

Poiché il carattere della complessità è proprio del (ed è risolto dal) potere discrezionale, sarebbe opportuno comprendere una volta per tutte se il silenzio assenso riguarda effettivamente solo le ipotesi di attività vincolata: in tal caso non si porrebbe neppure il problema, perché la soluzione alla fattispecie reale complessa sarebbe già definita *ex ante* dal legislatore. Ma come si è visto, l'interpretazione dottrinale maggioritaria apre anche alle fattispecie discrezionali.

Ebbene, quando la semplificazione (e per essa il silenzio assenso) agisce nel campo delle funzioni caratterizzate da discrezionalità, intervenendo sulla parte terminale del procedimento, ovvero sul provvedimento – che nell'azione discrezionale regola l'intreccio della pluralità degli interessi e ne dà evidenza esterna – essa finisce per operare impropriamente. Solo apparentemente essa interviene sul piano della sola complicatezza (rimuovendo un adempimento formale), ma in realtà essa agisce indirettamente nell'alveo della complessità, perché quella rimozione attiene ad un atto che ha una valenza anche sostanziale.

L'azione discrezionale è un'attività necessariamente complessa e, al netto dei deprecabili bizantinismi burocratici (i quali introducono il diverso significato di “complicatezza”), se di semplicità *tout court* si vuol parlare, essa è nella migliore delle ipotesi una banalizzazione lessicale⁸⁴ o, nella peggiore, un'insidia ai caratteri peculiari del diritto amministrativo.

E proprio a quest'ultimo riguardo, vi è da dire che dietro al vessillo della semplificazione sono stati intrapresi inadeguati percorsi di riduzione a semplicità della complessità dell'*agère* amministrativo: l'idea della superfluità della legalità è andata evolvendo progressivamente allo sviluppo (e quindi alla generalizzazione) dell'azione *iure privatorum*⁸⁵ e della (in)attività per silenzi.

⁸³ M. Bombardelli, *Il silenzio assenso*, cit., 764.

⁸⁴ M.P. Chiti, *op. cit.*, 1067 e 1072.

⁸⁵ Nei *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, Fabio Merusi ammonisce del fatto che per liberarsi dai vincoli della legalità si è cercato di dissolvere il confine fra pubblico e privato, «inventandone di tutte: [...] si è tentato di distinguere fra atti imperativi di esercizio della sovranità e atti non autoritativi, per poi concludere che la legalità serviva solo per i primi e non per i secondi [...]» (11 s.).

Sul fronte del silenzio assenso il risultato prodotto è stato duplice. Su di un piano più prettamente materiale e concreto si è persa la motivazione, con conseguente complicazione del sistema di tutela; sul piano della teoria generale, si è assistito invece allo smarrimento della legalità e della doverosità dell'azione amministrativa: caratteri resi impalpabili dall'assenza di qualsiasi forma di evidenza della conduzione e della conclusione dei procedimenti⁸⁶.

Si tratta di una prospettiva coerente con la lettura, per così dire, micro del fenomeno dell'amministrazione di risultato⁸⁷. Una lettura secondo la quale il risultato, lungi dal descrivere una più complessiva prospettiva di responsabilizzazione della p.a.⁸⁸, corrisponderebbe all'*output* delle solitarie vicende di attività amministrativa puntuale; con la conseguenza che, in nome della cosiddetta «ansia di provvedere»⁸⁹ e della «massima considerazione possibile per le attese e aspettative del privato»⁹⁰, il valore dell'amministrare viene risolto nella economicità e celerità della risposta, ovvero nell'esigenza contingente di garantire comunque un esito⁹¹.

Sennonché, come è stato correttamente osservato, la semplificazione può porre le basi per un'amministrazione più efficace ed efficiente, ma ciò non implica anche che essa debba immediatamente fornire «positivo rilievo dei risultati sostanziali dell'amministrazione»⁹². È superfluo insistere sul fatto che le vicissitudini del silenzio assenso hanno seguito invece una parabola differente, ovvero quella in cui lo strumento coincide con il fine: le costruzioni teoriche volte ad aumentare le garanzie di tutela per i terzi (e per gli interessi pubblici) sono parte della dimostrazione.

Insomma, per dirla con Cassese, «se vogliamo, continuiamo pure a parlare di amministrazione di risultati. A condizione, però, di essere avvertiti che – a rigo-

⁸⁶ In tal senso, R. Politi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e riflessi sulla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 92 ss., spec. 105.

⁸⁷ Cfr. M. Gioiosa, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, 162 ss. Più in generale sul legame fra semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato si v. F. Figorilli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004, 210 ss.; M.A. Sandulli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, ivi, 231 ss.

⁸⁸ Per M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss., riferirsi all'amministrazione di risultato significa «riconoscere all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque la possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali» (109).

⁸⁹ Espressione formulata da E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, cit., 344, il quale sottolinea che «la legge, disciplinando la semplificazione, vuole garantire il raggiungimento di un risultato, indipendentemente dalle «resistenze» o dalle «difficoltà» che nel corso del procedimento possano configurarsi» (342).

⁹⁰ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 160.

⁹¹ Secondo F. Figorilli, *op. cit.*, 211, l'idea che il risultato sia espressione dell'ansia di provvedere «coincide con l'intento prevalente del legislatore di far fronte ad una situazione di emergenza», più oltre identificata nel «malfunzionamento degli apparati pubblici» (217).

⁹² M.P. Chiti, *op. cit.*, 1067.

re – la formula è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò [...]. Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata»⁹³.

A chiusura, sia consentita una postilla.

Nella locandina del Seminario compariva l'opera "Tre per tre (Ognuno è l'altro o nessuno)" di Giulio Paolini. Un'immagine, si diceva in quella sede, alquanto appropriata perché delle tre figure ivi rappresentate, ve ne è una, più defilata, anzi isolata, che rappresenta chiaramente la posizione del terzo nelle ipotesi di s.c.i.a. e di silenzio assenso. Vi è poi però che l'opera raffigura lo stesso soggetto in tre ruoli diversi: modello, pittore e osservatore. Non credo sia un caso che l'unicità del tema dell'incontro, cioè il regime amministrativo delle attività private, fosse declinato secondo le tre fattispecie della s.c.i.a., del silenzio assenso e del provvedimento espresso. Ora, se mi è consentito, mi piacerebbe poter immaginare e descrivere lo studioso del silenzio assenso come se fosse il ritrattista: ritrae (aspirando che il risultato sia) il modello, ovvero la vicenda provvedimentale.

⁹³ S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941.

I confini incerti delle patologie e la tutela del terzo nel silenzio assenso fra (de)procedimentalizzazione e semplificazione

L'articolo analizza in prospettiva critica l'istituto del silenzio assenso per identificare, e cercare di risolvere, alcuni dei limiti applicativi che si oppongono alla piena tutela del terzo. In particolare, l'attenzione sarà dedicata dapprima alle forme di invalidità (inesistenza e illegittimità), dando conto dell'alto grado di incertezza applicativa; in secondo luogo, valorizzata la dinamica procedimentale, sarà proposto un collegamento con alcune delle implicazioni derivanti dalla sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale, seppur riferita alla s.c.i.a. La connessione si rivelerà funzionale a individuare per i soggetti terzi un regime di tutela "rafforzato" a fronte di una disciplina che, nel perseguire la semplificazione, non si è rivelata affatto neutra per le posizioni dei soggetti privati coinvolti.

The uncertain boundaries of pathologies and the protection of third parties in tacit consent amid (de)proceduralisation and simplification

The article aims to analyse the so-called 'tacit consent' in order to identify (and to seek a solution for) some issues which impede a full protection of the interests of third parties. Firstly, particular attention will be paid to invalidities (their non-existence and unlawfulness) and to the uncertainties in their jurisprudential application. Secondly, once the procedural scheme is enhanced, a connection will be proposed with judgement no. 45/2019 of the Italian Constitutional Court. Although the judgment is referred to the so-called 'S.C.I.A.' (the certified report of the start of activity), the link will be useful to establish a strengthened protection for third parties, before regulations which, in its pursuit of simplification, have proved to be far from harmless for all the private parties involved.

Cessione di credito o delegazione di pagamento? Analisi del ruolo della cessione del quinto in un'economia di crisi

Leopoldo Esposito

SOMMARIO: 1. Note introduttive e delimitazione dell'indagine. – 2. Il credito al consumo dalle origini: evoluzione normativa ed influenza nei sistemi economici. – 3. La disciplina attuale del credito al consumo: l'indispensabilità del finanziamento per i consumatori. – 4. Il credito al consumo e l'impatto della trasparenza bancaria. – 5. La Cessione del quinto come mero finanziamento per il consumatore, credito o debito? – 6. L'evoluzione normativa della cessione del quinto: tra disciplina di principio e attuazioni secondarie. – 7. Elementi fondamentali della Cessione del Quinto: parti, istituti autorizzati, beneficiari, datore di lavoro. – 7.1. Gli istituti autorizzati ad erogare i prestiti. – 7.2. I soggetti che possono accedere al finanziamento. – 7.3. Il datore di lavoro. – 8. Cessione del quinto: cessione di credito o delegazione a riscuotere? – 9. Giurisprudenza di legittimità e vigilanza della Banca d'Italia.

1. *Note introduttive e delimitazione dell'indagine*

A seguito della recente crisi economico-finanziaria è scaturito un animato dibattito teorico¹ che ha toccato diversi ambiti. Un tema in primo piano² è sen-

¹ Al susseguirsi della crisi economica iniziata nel 2007, si è assistito all'intervento di vari studiosi nel tentativo di ritrovare una soluzione alla crisi. Tra i giuristi ad esempio c'è chi ha ritenuto che l'integrazione economica e culturale dovesse provenire dall'area euro-legislativa, in questo senso ad esempio C. Joerges, *Il diritto privato nella politica economica europea dopo la crisi finanziaria*, in *Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi*, 2017, 200; l'autore suggerisce, infatti, il «*One size fits all*», consistente nel messaggio dell'integrazione attraverso un progetto legislativo, sostenendo appunto l'importanza del diritto privato europeo come strumento per ritrovare la strada della risoluzione della crisi economica. Altri autori ritengono invece che la crisi economica odierna sia di derivazione politica, G. Marazzita, *Emergenza costituzionale e crisi economica*, in *Ragion Pratica*, 2017, 77; sembrerebbe in questo senso che la causa della crisi, ed eventuale soluzione, sia la politica e non l'economia. Altri autori si sono premurati di verificare l'incidenza della crisi sui consumi delle famiglie, oltre che dell'aumento rapido del gioco d'azzardo allo scaturire della crisi, si veda in questo senso A. De Felice, I. Martucci, *La spesa per consumi delle famiglie italiane tra crisi economica e gioco d'azzardo*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2016, 503. È stato ad ogni modo ritenuto che la crisi in oggetto sia soprattutto molto diffusa sul territorio globale, «L'instabilità sistemica prodotta dalla crisi economico-finanziaria ha indotto i paesi europei a intraprendere azioni di carattere politico e tecnico, di natura strutturale e congiunturale, per rispondere in modo efficace ed unitario alle tensioni macroeconomiche globali, in un contesto in cui la cooperazione e il coordinamento delle *policy* a livello europeo sono stati, in questi ultimi tempi, spesso disattesi e le difficoltà strutturali, latenti nelle economie dei paesi occidentali ma che tuttavia stavano emergendo da tempo, sono state accentuate dalla crisi finanziaria», E. Scannella, *Crisi economica e vigilanza unica europea sulle banche: alcuni riflessi sul mercato dei servizi finanziari*, in *Economia dei Servizi*, 2015, 65.

² L'importanza della cessione del quinto, ed il suo utilizzo come mezzo utile al fine della risoluzione della crisi economica, quale palliativo alla mancanza di disponibilità di credito per i consumatori, sta nel fatto che si

za dubbio il ruolo che la moneta e il credito sono chiamati a svolgere in un'economia come quella attuale, sempre più globalizzata, che si caratterizza per un'impetuosa evoluzione tecnologica e che reca evidenti segni di aggressive politiche di deregolamentazione. Molti studiosi³ si sono limitati ad auspicare una revisione dell'attuale sistema di controlli in materia monetaria e creditizia, ritenuto ormai inadeguato, sull'assunto che il passaggio dall'approccio attuale a uno macro prudenziale, più articolato e pervasivo, sia sufficiente a prevenire una crisi economica come quella del 2007.

A tale modo di intendere la crisi se ne è contrapposto un altro, per il quale il crollo delle borse del 2007, così come avvenuto per altre in un passato più o meno recente, ha assunto carattere sistemico e ha rappresentato una conferma delle disfunzioni che connotano l'economia capitalistica. Di talché sembra necessaria una nuova stagione di riflessioni sul ruolo centrale che la moneta e il credito svolgono nell'ambito nazionale e internazionale, sia nell'ipotesi di corretto funzionamento dell'economia che nel caso di crisi.

2. *Il credito al consumo dalle origini: evoluzione normativa ed influenza nei sistemi economici*

L'analisi dell'istituto della cessione del quinto non può prescindere da un preliminare *focus* sul concetto di credito al consumo.

Il credito al consumo costituisce una modalità di erogazione del credito al fine strumentale di acquisizione di determinati beni o servizi oppure per far fronte ad altre esigenze di natura personale. L'articolo 121 del Testo Unico Bancario definisce il credito al consumo come «la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore)».

Preliminarmente, sembrerebbe utile evidenziare come il credito al consumo sia uno strumento moderno, che tuttavia non rappresenta una novità nel panorama giuridico, tenuto conto che la sua diffusione in Italia è molto più recente rispetto a quella avvenuta nel Regno Unito o in altri paesi dell'Unione europea⁴.

tratta di uno strumento trasversale e, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, rivolto a diverse fasce di consumatori.

³ Tra gli altri si veda C. D'Antonio, *Il credito alle famiglie e le relative coperture assicurative: problemi di trasparenza e di liberalizzazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 85-122. Nello stesso senso è notevole anche l'intervento di U. Malvagna, *Nel "focus" del credito al consumo: gli oneri economici della cessione del quinto*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 1532-1564.

⁴ Per un'attenta valutazione sulla diffusione del credito al consumo in Europa, S. Cosma, *Verso il relationship lending: nuovi modelli di business nel credito al consumo*, in *Bancaria*, 2018, 48 ss.

La lenta affermazione del credito al consumo in Italia⁵ sembrerebbe doversi associare all'anacronistica⁶ idea che il ricorso all'indebitamento⁷, e la restituzione del pagamento rateizzato, costituisse una peculiarità di un paese povero e/o di una nazione in crescita, in via di sviluppo. Sembra però altrettanto evidente che senza l'ausilio di questo, e di altri importanti strumenti di finanziamento, sarebbe stato inverosimile anche solo auspicare la crescita economica di un paese che, dal primo dopo guerra, e fino alla ripresa economica degli anni '80, ha sofferto grosse lacune in termini di capitali, rallentando il processo di sviluppo economico. Tra i principali motivi di affermazione del credito al consumo vi è sicuramente la capacità dello stesso di intervenire a favore dei consumatori a trovare un'immediata soddisfazione alle loro esigenze, nonché una più agevole gestione dei flussi finanziari⁸.

Una tale interpretazione consentirebbe di ritenere il credito al consumo come un canale di finanziamento attraverso cui la domanda di beni può essere soddisfatta oltre il limite del reddito del richiedente mediante differimento temporale dei pagamenti.

Il consumo al credito, oltre a far parte di un comparto dell'intermediazione finanziaria in forte crescita, pare essere caratterizzato da un dinamismo nelle modalità di utilizzo (e dunque delle finalità) delle somme erogate. Invero, si assiste al progressivo sviluppo di politiche di prodotto indirizzate a sostituire la componente finalizzata con quella non finalizzata. In particolare, si è diffuso in modo rilevante il credito *revolving* veicolato attraverso le carte di credito, che rappresenta per le banche un *business* interessante in quanto, oltre a fornire all'intermediario dati utili per migliorare le proprie politiche di *cross-selling* attraverso il monitoraggio quotidiano delle spese del cliente, genera sia ricavi da commissioni, sia interessi attivi connessi alla rateizzazione dei rimborsi⁹.

L'origine del credito al consumo in Italia deve considerarsi direttamente collegata al fenomeno della vendita a rate, che solo dopo lo sviluppo di tale strumento ha consentito una diversificazione delle forme tecniche di erogazione del credito. La necessità di stratificare le modalità di erogazione del credito è stata per un verso oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore e, per altro verso, ha imposto una massiccia valutazione dei rischi e delle necessità da parte degli erogatori di prestiti.

⁵ Sulla diffusione del credito al consumo in Italia, cfr. G. Barone, R. Felici, M. Pagnini, *Il credito al consumo in Italia: prodotti, intermediari e diffusione territoriale*, in *Banca Impresa Società*, 2006, 477.

⁶ Sull'evoluzione della *forma mentis* delle famiglie italiane si veda anche S. Cosci, A. Isopi, V. Meliciani, L. Mirra, A.F. Pozzolo, *Credito al consumo e comportamento economico delle famiglie*, in *Economia, Impresa e Mercati Finanziari*, 2005, 9-83.

⁷ R. Ruozzi, *Alcuni pericoli del credito al consumo*, in *Banche e banchieri*, 1995, 123-132.

⁸ L. Munari, *Strumenti finanziari e creditizi*, in *McGraw-Hill Education*, 2011, 1 e ss.

⁹ B. Cavalletti, C. Lagazio, D. Vandone, *Credito al consumo e fragilità finanziaria*, in *Economia dei Servizi*, 2011, 81.

Il legislatore, come già anticipato, si è mostrato piuttosto reticente rispetto all'inserimento di questa nuova forma di credito che, invece, nel resto d'Europa¹⁰ aveva già avuto una grossa diffusione. A ben vedere, lo *spread* di questo strumento a livello internazionale prima, e in Italia poi, sembra essere conseguenza dei cambiamenti strutturali collegati alla concezione della collettività rispetto al risparmio, evidenziando una graduale riduzione della propensione verso quest'ultimo¹¹ cui si è associato un considerevole aumento delle attività finanziarie rispetto al PIL.

Uno dei periodi più intensi di regolamentazione in materia di credito al consumo, che si intende brevemente passare in rassegna – definito da alcuni di fluviale legislazione¹² – è circoscrivibile a tutti i provvedimenti in materia di disciplina del credito al consumo (articolo 18-24 l. 19 febbraio 1992 n. 142 contenente «disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee», legge comunitaria del 1991) e quelli in tema di trasparenza nelle operazioni e servizi bancari e finanziari (legge 17 febbraio 1992 n. 154 e successiva disciplina attuativa) che stimolano sotto più versanti l'interesse della dottrina¹³.

In primo luogo, pare utile analizzare il Regio Decreto Legge n. 375 del 12 marzo 1936 (c.d. legge bancaria), ed in particolare l'articolo 32, lett. b) e c), che sottopone le aziende di credito alle istruzioni della Banca d'Italia e del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, relativamente «ai limiti dei tassi attivi e passivi ed alle condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente» (lett. t) ed «alle provvigioni per i diversi servizi bancari» (lett. c).

La normativa sulla trasparenza bancaria ha evidenziato sin dall'inizio una forte tendenza alla tutela del contraente debole¹⁴, e questo perché credito e liquidità non sono obbligatoriamente da considerarsi antinomici rispetto alla tutela del consumatore. E infatti, come già sostenuto in passato «con il promuovere maggiore informazione vengono insieme perseguiti il fine di equità, che richiede la protezione del contraente debole, e il fine di efficienza del sistema bancario e finanziario»¹⁵. La trasparenza non può far altro che generare maggiore chiarezza

¹⁰ Sulla situazione economica e la propensione a risparmio e all'opposta utilizzazione del credito al consumo, seppure parzialmente, J. Crook, *The Demand and Supply for Household Debt: A Cross Country Comparison*, in *Credit Research Centre University of Edinburgh*, 2003, 2.

¹¹ L. Anderloni, *Il sovra indebitamento in Italia e in Europa*, in *L'usura in Italia: ricerca coordinata da Roberto Ruozi*, Bologna, 1997, 231.

¹² G. Carriero, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Il Foro Italiano*, 1992, 377.

¹³ Sul punto si veda anche G. Di Martino, *Comunicazioni periodiche della banca alla clientela e trasparenza bancaria*, nota a *Decisione n. 14168 ABF Collegio di Torino dell'8 novembre 2017*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2018, 727.

¹⁴ P.L. Fabrizi, G. Forestieri, P. Mottura, *Strumenti e servizi finanziari*, Milano, 2003, 57-89.

¹⁵ C. A. Ciampi, *Intervento all'Associazione bancaria italiana (ABI)*, Banca d'Italia, Documenti, Roma, 370/92, 2.

per il consumatore¹⁶, che in questi termini si appropria con maggiore propensione e celerità agli strumenti di credito, oltre che con minor timore, tale da generare indirettamente un arricchimento del settore bancario e creditizio in generale.

3. *La disciplina attuale del credito al consumo: l'indispensabilità del finanziamento per i consumatori*

L'analisi dell'andamento del credito al consumo in Italia evidenzia una crescita notevole a partire dal 2005¹⁷, che con un'impennata del 23,5% ha generato un valore complessivo di oltre 85 miliardi di euro¹⁸. Al primo trimestre 2017 il credito al consumo ha segnato un +15,4% di erogazioni rispetto allo stesso periodo nel 2016, mentre i prestiti personali hanno raggiunto il +23%. Anche il 2018 è stato un anno di crescita e che ha fatto «registrare una crescita del +6,1%, maggiore di quella rilevata l'anno precedente»¹⁹. I mutui per l'acquisto della prima casa registrano un aumento di oltre un quarto, più o meno quanto hanno segnato i finanziamenti destinati all'acquisto di un'auto o di una moto²⁰. I cambiamenti²¹ delineati meritano ulteriori approfondimenti. La rapida penetrazione di segmenti diversi di mercato e tipologie differenti di debitori rischia di determinare pro-

¹⁶ M. Di Giulio, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e credito al consumo. Un curioso incidente di percorso*, in *Impresa*, 1992, 1598.

¹⁷ Una nota a parte merita invece il dato statistico rilevato nel primo trimestre 2020. Si registra infatti un netto calo delle operazioni di finanziamento di credito al consumo in concomitanza con l'emergenza in corso sul territorio nazionale. A seguito della diffusione del virus COVID-19 infatti Assofin riporta nell'osservatorio sul credito al consumo una variazione percentuale negativa, con un calo del 12,4% dei flussi finanziati e una riduzione del 2,1% delle operazioni. Si veda per ulteriori approfondimenti <https://www.assofin.it/servizi/statistiche>.

¹⁸ A. Lopes, *Credito al consumo, ristrutturazione del sistema bancario e squilibri territoriali in Italia. Alcune considerazioni critiche*, in *I Contratti Bancari*, UTET, 2016, 546.

¹⁹ Così come riportato sul sito Assofin: https://www.assofin.it/images/Download/_nuovi-2019/Statistiche_congiunte_credito_alle_famiglie_factoring_leasing_-_Anno_2018.pdf.

Non sono invece ancora state rese note le statistiche relative all'aumento in percentuale dei finanziamenti di credito al consumo del 2019 rispetto al 2018, mentre sono note 349.863 operazioni di cessione del quinto nell'anno 2019. Si rinvia per aggiornamenti sul tema a https://www.assofin.it/images/Download/Statistiche/Dati_disaggregati__CreditoalConsumo_Anno2019.pdf.

²⁰ Interessante in questo senso è il Protocollo di intesa tra ASSOFIN – Associazione del credito al consumo e immobiliare e le associazioni dei consumatori aderenti al consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti partecipanti al tavolo associazioni consumatori – Assofin <http://www.ilsole24ore.com/art/impresa-e-territori/2017-06-16/resta-alta-febbre-italiani-i-prestiti-personali-101107.shtml?uuid=AEZwjfjB>, report dell'Osservatorio sul credito al dettaglio curato da Assofin, Crif e Prometeia 20 Giugno 2017.

²¹ J.N. Crook, D.B. Edelman, L.C. Thomas, *Recent Developments in Consumer Credit Risk Assessment*, in *European Journal of Operational Research*, 2007, 1447-1465.

blemi di eccessivo indebitamento²² e vulnerabilità finanziaria, con conseguenze negative sui singoli individui e sulla collettività nel suo complesso²³.

Il dato più sorprendente rispetto all'aumento del credito al consumo nel 2017 è che il crescente indebitamento delle famiglie è accompagnato da un modesto aumento del saldo finanziario, salito in percentuale del reddito disponibile del +1,8 % in termini nominali e +1,7 % in termini di potere d'acquisto rispetto al 2014²⁴. Tuttavia, dati empirici hanno dimostrato come all'aumento del reddito e del ricorso al credito al consumo non è seguito un aumento reale della ricchezza delle famiglie²⁵ ma, piuttosto, un incremento della disuguaglianza economica.

4. *Il credito al consumo e l'impatto della trasparenza bancaria*

La codificazione della normativa nazionale sulla trasparenza bancaria ha preso le mosse nel 1992 ma, nonostante si riscontri una lacuna legislativa in materia, il credito al consumo²⁶ ed i relativi rapporti giuridici trovavano un fondamento di regolazione già attraverso il richiamo alle norme generali del codice civile²⁷.

La prima normativa che si è occupata del tema risale all'attuazione delle direttive comunitarie 87/102/CEE e 90/88/CEE, che hanno introdotto le prime disposizioni di riferimento del settore (legge del 19 febbraio 1992, n. 142), con finalità di tutela sostanziale del consumatore, identificato quale parte più debole nei rapporti con i professionisti. Contemporaneamente il credito al consumo veniva disciplinato dalle leggi in materia di trasparenza bancaria (legge del 17 febbraio 1992, n. 154) e di prevenzione del riciclaggio dei capitali (legge del 5 luglio 1991, n. 197, ora d.lgs. del 21 novembre 2007, n. 231). Le critiche riserva-

²² C. Grant, M. Padula, *Informal Credit Markets, Judicial Costs and Consumer Credit: Evidence from Firm Level Data*, CSEF – Centre for Studies in Economics and Finance Working Paper, 2006, 155.

²³ Osservatorio sul credito al dettaglio curato da Assofin, Crif e Prometeia 20 Giugno 2017, «I volumi di erogazioni di credito al consumo sono tornati ai livelli pre crisi, contribuendo agli acquisti delle famiglie, in particolare in beni durevoli. È proseguita la leggera crescita dei ticket medi erogati e delle durate contrattuali. Come nei due anni precedenti hanno trainato il comparto, i finanziamenti finalizzati all'acquisto di auto/moto e i prestiti personali, tuttavia la crescita delle erogazioni ha interessato tutte le tipologie di prestiti. Si conferma la multicanalità nella distribuzione del credito al consumo, con un maggiore orientamento verso i canali tradizionali, che intercettano clientela con migliore profilo di rischio, quali i punti vendita convenzionati e gli sportelli bancari. Il canale online, seppure in lenta crescita, resta marginale».

²⁴ Si rimanda <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2017-12-06/istat-cresce-reddito-disponibile-maumentano-disuguaglianze-100917.shtml?uuiid=AEvZJ5ND>.

²⁵ M. Fiasco, *Campagna informativa dell'ADICONSUM: il sovraindebitamento delle famiglie, definizioni, profili e dimensioni di un fenomeno sommerso, atti della campagna informativa ADICONSUM*, svoltasi a Roma il 18 giugno 1999.

²⁶ L. Peccati, *I tassi, il piano finanziario e la redditività delle operazioni*; in U. Filotto (a cura di), *Manuale del credito al consumo*, Milano, 1999, 113-132.

²⁷ U. Filotto, *op. cit.*, 365.

te alla frammentazione delle discipline hanno reso così necessaria l'introduzione del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. del 1° settembre 1993, n. 385²⁸), attraverso cui si opera una generalizzazione della materia di tutela del consumatore²⁹.

La normativa sul credito al consumo è stata poi oggetto di un'importante modifica dettata dall'attuazione della direttiva³⁰ 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché dalle modifiche del titolo VI del Testo Unico Bancario in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi che con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141³¹ ha apportato importanti modifiche a tutto il decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385³².

La necessità di cambiamento della normativa di settore, nel senso di una progressiva e necessaria conformazione delle discipline, si era già avvertita in passato. In un documento del 2001³³, la Commissione europea individuava gli obiettivi della nuova legge nell'adeguamento della disciplina all'innovazione creditizia, nel riequilibrio della relazione tra prestatore e prenditore del credito, nonché nel perseguimento di un alto grado di protezione del consumatore, al fine di favorire lo sviluppo di un mercato più trasparente, efficiente ed integrato. Nonostante l'approvazione della direttiva, rimangono sullo sfondo ulteriori nodi da sciogliere, che attengono a diversi aspetti dell'istituto in analisi: l'ambito di applicazione; la determinazione di un tasso indicatore del costo complessivo del credi-

²⁸ Il legislatore, dall'entrata in vigore del Testo Unico, ha tuttavia proceduto ad una produzione assidua di aggiornamenti di quest'ultimo, *inter alios*, con il decreto legislativo 15 dicembre 2017, n. 218.

²⁹ Disposizioni in tema di: vendita a distanza di servizi finanziari (d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, ora artt. 67-*bis* e ss. del Codice del Consumo); modifica delle condizioni contrattuali (articolo 10 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223); intermediazione assicurativa (regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5); pratiche commerciali scorrette (artt. 20 e ss. del Codice del Consumo); risoluzione alternativa delle controversie (articolo 128-*bis* del T.U.B.); azioni collettive (articolo 140-*bis* del Codice del Consumo); portabilità dei contratti di finanziamento (articolo 7 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7).

³⁰ S. Cosma, S. Cotterli, *La direttiva sul credito ai consumatori: alcune implicazioni giuridiche ed economiche*, in *Banca Impresa Società*, 2008, 291.

³¹ Il decreto nel giro di pochi mesi è stato oggetto di un triplice intervento di modifica ed integrazione attraverso due decreti correttivi (d.lgs. del 14 dicembre 2010, n. 218 e d.lgs. del 19 settembre 2012, n. 169) e un decreto integrativo (d.lgs. dell'11 aprile 2011, n. 64). Il d.lgs. 141 del 2010 è stato emanato in attuazione dell'articolo 33 della legge 7 luglio 2009, n. 88 (legge comunitaria 2008), con il quale il Governo è stato delegato ad adottare un decreto per recepimento della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori. L'articolo 33 ha previsto inoltre che, con il recepimento della direttiva, si apportassero modifiche ed integrazioni alla disciplina relativa ai soggetti operanti nel settore finanziario di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 (Testo Unico Bancario – T.U.B.) e ai mediatori creditizi ed agli agenti in attività finanziaria.

³² G. De Cristofato, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, 1045, il quale afferma che le modifiche apportate dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 «costituiscono sicuramente la più importante e la più profonda fra le (numerose) riforme subite dal t.u. bancario posteriormente alla sua entrata in vigore».

³³ *European Commission, Discussion paper for the amendment of Directive 87/102/EEC concerning consumer credit*, 2001, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/fin_serv/cons_directive/cons_cred1a_en.pdf.

to³⁴; l'estensione delle regole ai mediatori creditizi; l'ampliamento degli obblighi informativi; i diritti di pagamento anticipato; le tutele in caso di inadempimento; la responsabilità solidale del finanziatore e del venditore; e il contenimento del fenomeno del sovra-indebitamento.

Il legislatore italiano³⁵, nel recepire la direttiva europea, ha anche coniato da quest'ultima direttiva il concetto di "prestito responsabile". Nel decreto attuativo

³⁴ In dottrina, la letteratura sul costo totale del credito al fine di garantire al consumatore la piena consapevolezza delle spese cui si obbliga quando sottoscrive un contratto di finanziamento è densa. Si veda, tra gli altri, L. Pincione, *Il calcolo del "tasso di soglia" tra usura e interessi di mora*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, 2741-2755; F. Piraino, *Usura e interessi*, in *Economia e diritto del terziario*, 2016, 95 ss.; V. Sangiovanni, *Interessi corrispettivi e moratori, tasso-soglia usura e clausola penale in Danno e responsabilità*, 2015, 525; V. Lenoci, *Commissione di massimo scoperto ed usurarietà del tasso di interesse*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 983 ss.; M. Piloni, *Usura bancaria e commissione di massimo scoperto: l'elemento oggettivo e soggettivo del reato*, in *Diritto penale processuale*, 2012, 736. Al fine del calcolo del tasso usura ai sensi dell'articolo 644 Codice Penale devono essere compresi tra i costi tutte le spese, da intendersi come ogni costo del credito. Ed invero sul tema è intenso il dibattito tra dottrina e giurisprudenza; in dottrina la *view* maggioritaria (vedi V. Sangiovanni, *op. cit.*, 67 e E. Quadri, *Profili civilistici dell'usura*, in *Il Foro Italiano*, 1995, 344) ritiene di computare la totalità dei costi sostenuti dal consumatore al fine di calcolare il tasso usura, mentre la giurisprudenza ha assunto una visione estensiva di questo principio, tale per cui l'articolo 644 Codice Penale includerebbe non solo i costi direttamente connessi all'erogazione del credito, ma anche i costi trasversali e/o accessori, e quindi anche quelli relativi alla polizza obbligatoria che il prenditore del finanziamento dietro cessione del quinto deve stipulare. In questo senso, da ultimo, una recente sentenza della Corte di Cassazione del 24 settembre 2018 n. 22458. La sentenza in esame trae origine da un'ordinanza della Corte di Cassazione di qualche mese precedente, ordinanza del 16 aprile 2018, n. 9298, con la quale la Suprema Corte indicava che «Il costo della polizza assicurativa accessoria al finanziamento rientra nel concetto di spesa indicato dall'articolo 644 c.p., ai fini della determinazione del tasso usurario, a nulla valendo la circostanza che la polizza fosse stata contratta per autonoma scelta del debitore finanziario; ne derivano la nullità del contratto per superamento del c.d. tasso-soglia». La Corte ha poi appunto consolidato questa interpretazione estensiva per il calcolo dei costi di erogazione del credito con la sentenza numero 22458/2018, ritenendo appunto che «ai fini rilevanti nel giudizio, "deve essere condotta tenendo conto di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse solo quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito", principio che discende immediatamente dall'articolo 644 c.p., comma 4». La Corte richiama inoltre una altrettanto recente giurisprudenza di merito (Cassazione del 5 aprile 2017 n. 8806) con la quale era stato affermato che «Ai fini della valutazione dell'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'articolo 644 c.p., comma 4, essendo, all'uopo, sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito», aggiungendo poi «La sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo». In conclusione, deve ritenersi corretta l'interpretazione che la Suprema Corte ha fornito della norma, in quanto, l'articolo 644 Codice Penale non concede spazio a diverse esecuzioni. Più in generale, e considerando che la norma è a tutela della parte debole, inevitabilmente deve ritenersi che nei costi sopportati per ricevere un finanziamento dietro cessione del quinto devono includersi anche quelli relativi alla polizza assicurativa, che è sì a tutela del consumatore, ma pur sempre una spesa a suo carico, che va quindi computata per il calcolo del tasso usura.

³⁵ Il recepimento della direttiva comunitaria ha offerto al legislatore italiano l'occasione per realizzare un'ampia riforma di sistema che ha avuto per oggetto non solo il credito ai consumatori, ma anche la disciplina, l'organizzazione e la vigilanza degli intermediari finanziari e dei soggetti non bancari abilitati a erogare finanziamenti a titolo professionale, nonché dei relativi canali distributivi rappresentati da agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi. Il decreto si articola pertanto in quattro titoli operando in modifica del T.U.B.: sostituzione integralmente i Capi I, II e III del Titolo VI rispettivamente in tema di trasparenza, credito al consumo, regole e controlli; sostituendone integralmente anche il Titolo V in materia di intermediari finanziari non bancari; aggiungendovi un Titolo VI-bis in materia di agenti e mediatori creditizi. Il decreto, inoltre, apporta svariate innovazioni anche ad altri provvedimenti normativi vigenti nel nostro ordinamento (Codice del Consu-

della direttiva³⁶ si legge infatti «[...] gli stati membri dovrebbero adottare misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito [...]. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio [...]». Un'evoluzione che nel settore bancario in passato non era nemmeno ipotizzabile, ma che ha determinato il mutamento ermeneutico dell'istituto di credito, il quale dalla mera logica di prodotto è dovuto passare a quella di servizio.

La direttiva³⁷ ed il decreto di attuazione hanno introdotto importanti novità all'interno del nostro ordinamento. In primo luogo, l'ordinamento nazionale accoglie il principio di piena armonizzazione, vietando sia le deroghe in tutte le materie che sono già state armonizzate dal legislatore (c.d. armonizzazione esterna espressa dal considerando n. 9³⁸), sia l'introduzione di una disciplina speciale per i singoli contratti bancari, per tutti gli aspetti non integrati dalla direttiva (c.d. armonizzazione interna disposta dal considerando n. 11³⁹).

Anche la disciplina del credito del consumatore, alla luce dell'entrata in vigore del T.U.B. è stata in parte stravolta.⁴⁰

Le modifiche sono circoscritte. Il processo di riforma ha riguardato l'introduzione della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (articolo 118 commi 1° e 2° del T.U.B.)⁴¹ in materia di *ius variandi*; la distinzione tra contratti a tempo indeterminato e contratti di durata; la previsione nel capo III del T.U.B. di

mo, Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria, legge sulle cartolarizzazioni dei crediti, decreto c.d. anticiclaggio, etc.). Cfr. A. Antonucci, *Credito al consumo e zone limitrofe. Una scheda di lettura del decreto legislativo n.141 del 2010*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 297.

³⁶ L'obiettivo ultimo della direttiva sembra essere comunque quello di un'unificazione della normativa bancaria tutta, ovvero sia di armonizzazione, cfr. anche L.F. Signorini, *L'armonizzazione europea della regolamentazione bancaria: Autorità bancaria europea e autorità di vigilanza nazionali, Intervento al Ciclo di incontri «Verso l'Unione bancaria europea»*, Università Cattolica, Milano, 27 Marzo 2014.

³⁷ E. Minervini, *La direttiva 93/13/CE ed il suo recepimento in Italia*, in A. Gentili, *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, 2006, Milano, 520.

³⁸ «È necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva. Tuttavia, tale restrizione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate dalla presente direttiva. Laddove tali disposizioni armonizzate mancassero, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali [...]».

³⁹ «Per quanto riguarda contratti di credito specifici, cui sono applicabili soltanto alcune disposizioni della presente direttiva, non dovrebbe essere consentito agli Stati membri di adottare norme nazionali che attuino altre disposizioni della presente direttiva. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia conservare la facoltà di disciplinare nella legislazione nazionale tali tipi di contratti di credito per quanto riguarda altri aspetti non armonizzati dalla presente direttiva».

⁴⁰ P. Carriero, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 509-512.

⁴¹ Applicabile integralmente ai contratti di credito ai consumatori in virtù del richiamo del comma 2 dell'articolo 125-bis del T.U.B.

una disciplina comune ai contratti bancari, ai contratti di credito ai consumatori, ai servizi di pagamento. Ulteriore novità di rilievo riguarda l'articolo 127 T.U.B., il quale prevede che i poteri accordati alle Autorità creditizie debbano essere esercitati avendo a riguardo, oltre che l'articolo 5 del T.U.B., anche alla trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela. Cambia inoltre la definizione di TAEG⁴², che esprime il costo totale del credito per il consumatore includendo alcuni costi che erano esclusi dalla precedente definizione.

Nel complesso, le novità introdotte dal Testo Unico Bancario hanno determinato senz'altro un significativo incremento di tutela del consumatore, attraverso il ricorso a misure sicuramente più efficaci rispetto al passato quali, ad esempio, la ridefinizione del TAEG, la regolamentazione del recesso da parte del finanziatore, la delimitazione dell'indennizzo a carico del consumatore in caso di rimborso anticipato (articolo 125-*sexies*), e l'introduzione di obblighi informativi precontrattuali prima non presenti e maggiori vincoli per quanto riguarda affidamenti e scoperture (rispettivamente previste dagli articoli 125-*septies* e 125-*octies*). Inoltre, accanto ai rimedi che il Codice Civile attribuisce alla tutela del singolo consumatore, sono da segnalare, nella logica di un profilo di doppio binario sanzionatorio, anche misure inibitorie (con la previsione di sanzioni fino a 258,225 euro) azionabili dalla Banca d'Italia, nonché dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La breve rassegna della direttiva⁴³ ha dimostrato come l'ordinamento comunitario abbia fortemente inciso sulla diffusione del credito al consumo in Italia⁴⁴; diffusione che, inoltre, è stata stimolata dal processo di aggregazione che ha caratterizzato sia le banche che le società finanziarie specializzate⁴⁵. Il ruolo degli inter-

⁴² La definizione di TAEG è ora rinvenibile nel glossario disponibile sul sito della Banca d'Italia, in particolare «Il TAEG rappresenta lo strumento principale di trasparenza nei contratti di credito al consumo. È un indice armonizzato a livello comunitario che nelle operazioni di credito al consumo rappresenta il costo totale del credito a carico del consumatore, comprensivo degli interessi e di tutti gli altri oneri da sostenere per l'utilizzazione del credito stesso. Il TAEG è espresso in percentuale del credito concesso e su base annua. Deve essere indicato nella documentazione contrattuale e nei messaggi pubblicitari o nelle offerte comunque formulate».

⁴³ Per un approfondimento sul punto si consulti G. Oppo, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Rivista Diritto Civile*, 1987, 539.

⁴⁴ D. Vandone, *La diffusione del credito al consumo e le specificità territoriali*, in *Banche italiane: un'industria al bivio*, in G. Bracchi, D. Masciandaro (a cura di), *Dodicesimo Rapporto Fondazione Rosselli*, Roma, in *Bancaria*, 2007.

⁴⁵ Quindi anche la concentrazione degli intermediari già presenti nel mercato, ossia: banche generaliste, banche specializzate e società finanziarie specializzate. Le banche generaliste comprendono tutte le banche *retail*, caratterizzate da un elevato grado di diversificazione dell'offerta e che operano in più mercati e con differenti segmenti di clientela. Le banche specializzate comprendono tutti gli operatori con attività prevalente nel finanziamento delle famiglie che possiedono la forma giuridica di banca. Le società finanziarie specializzate sono intermediari specializzati nel credito al consumo o in uno specifico prodotto di finanziamento (prestiti contro cessioni del quinto dello stipendio, carte di credito revolving, ecc.). Esse sono in gran parte di emanazione bancaria, controllate o partecipate in modo qualificato da gruppi bancari stranieri o italiani, su questo punto si veda G. Cau, A. Salvio, *Il credito al consumo in Italia*, in *Bancaria*, 2007, 356.

mediari del credito costituisce una specificità del mercato del credito al consumo italiano. Essi rappresentano da un lato, un elemento positivo in grado di aumentare la disponibilità e la facilità di accesso al credito attraverso una più ampia articolazione distributiva, dall'altro un fattore critico poiché scarsamente regolamentati e controllabili e, dunque, autori di politiche commerciali più aggressive nei confronti del consumatore.

Alla direttiva vanno comunque riconosciuti due meriti, ossia l'ampliamento dei confini del mercato del credito al consumo lungo due direzioni, da un lato con l'estensione dell'offerta, con l'inclusione degli intermediari del credito, e dall'altro con la qualificazione quali-quantitativa del significato del credito al consumo e, quindi, dei prodotti che concorrono a formare il relativo mercato.

5. *La Cessione del quinto come mero finanziamento per il consumatore, credito o debito?*

Pur essendo ormai accolta la classificazione della cessione del quinto dello stipendio come una forma di finanziamento⁴⁶, non si può non tenere in considerazione l'interpretazione di quella dottrina in virtù della quale la cessione del quinto evocherà in ogni caso il limite⁴⁷ di pignorabilità, cioè di sequestro e cessione dei salari, pensioni ed altri emolumenti in materia debitoria.

Il tema della pignorabilità degli stipendi e delle pensioni è stato, da ultimo, riformato con il decreto legge n. 82 del 2015, con il quale il legislatore ha, tra le

⁴⁶ M. Marchesi, *La cessione del quinto: dallo stipendio agli altri emolumenti*, in *Mondo bancario*, 2006, 66.

⁴⁷ Su questo punto sembra utile operare una distinzione. Infatti, se in materia di limiti di pignorabilità ex articolo 545 Codice di Procedura Civile il "quinto" è sicuramente inderogabile, sulla cessione del quinto dello stipendio/pensione, il limite del quinto può considerarsi relativo, questo perché se pure la norma è chiara nel ritenere il quinto il massimo cedibile, talvolta la giurisprudenza si è mostrata di opinione opposta. Si veda in questo senso la decisione del Tribunale S. Maria Capua Vetere, sez. lav., 11 luglio 2012, per il quale «Qualora il dipendente acconsenta ad una decurtazione dello stipendio oltre il limite del quinto, la violazione del divieto posto dall'articolo 5 del d.P.R. 180 del 1950 non comporta la nullità della cessione stessa, non configurandosi alcuna violazione di norma imperativa, però il datore di lavoro potrebbe opporsi alla cessione e rifiutarsi di operare la decurtazione in violazione del disposto di cui all'articolo 5 citato». Va però segnalato un orientamento opposto del Tribunale di Napoli per il quale «In tema di pignorabilità della retribuzione corrisposta da soggetti pubblici, la disciplina di cui al d.P.R. n. 180 del 1950 consente la cessione – in una o più soluzioni – dello stipendio o salario percepito dal lavoratore pubblico con un duplice limite, di ordine temporale (per periodi non superiori a dieci anni) e (per quanto interessa nel caso di specie) di natura quantitativa, circoscrivendo le quote cedibili nel limite massimo di un quinto della retribuzione, considerata al netto delle ritenute previdenziali, fiscali ed assistenziali; quindi, ogni cessione operata in misura eccedente siffatto limite deve reputarsi, anche "ex officio", inefficace poiché permetterebbe surrettizie modalità di elusione del dettato normativo e determinerebbe forme di impignorabilità al di là del tipizzato catalogo legislativo, con sottrazione del debitore alla garanzia generale ex articolo 2740 c.c., Tribunale Napoli, sez. V, 10 febbraio 2009. Sarebbe auspicabile in questo senso un intervento della Cassazione S.U. al fine di definire se il limite del quinto determina, in caso di superamento, la nullità o l'annullabilità del contratto di cessione».

altre cose, modificato il limite storico fissato dall'articolo 545 Codice di Procedura Civile, innalzando sia le soglie di pignorabilità della pensione in generale, che quelle di stipendi e pensioni che vengono accreditati direttamente sul conto corrente oggetto di pignoramento.

In particolare, l'articolo 13 del decreto legge n. 83 del 2015 ha introdotto un nuovo comma all'articolo 545 Codice di Procedura Civile prevedendo che «le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione o di altri assegni di quiescenza, non possono essere pignorate per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell'assegno sociale⁴⁸, aumentato della metà. La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, quarto e quinto comma nonché dalle speciali disposizioni di legge». Dall'analisi della disposizione emerge come la parte di pensione, pari ad una volta e mezzo la misura dell'assegno sociale, sarà assolutamente impignorabile, rimanendo invece assoggettato al pignoramento, nei limiti del quinto, l'importo residuo risultante dalla differenza tra la somma globale del trattamento e quella corrispondente all'assegno sociale aumentato della metà.

Quanto al pignoramento degli stipendi e pensioni accreditati sul conto corrente bancario o postale intestato direttamente al debitore, pare utile distinguere che secondo le disposizioni previgenti, il pignoramento poteva essere effettuato nella misura del quinto se notificato al datore di lavoro o all'ente previdenziale, ovvero integralmente sulle somme depositate se notificato alla banca.

Le ulteriori modifiche apportate dal decreto legge n. 83 del 2015 all'articolo 545 Codice di Procedura Civile attengono all'introduzione di nuovi limiti al minimo vitale impignorabile e, contestualmente, alla previsione di un criterio di distinzione per quanto riguarda la data di accredito delle somme. La distinzione non è di poco conto, in quanto l'accREDITAMENTO delle somme si colloca temporalmente in data anteriore al pignoramento e possono essere pignorate somme per l'importo eccedente il triplo dell'assegno sociale; se invece l'accREDITO è avvenuto alla stessa data del pignoramento o successiva, le somme possono essere pignorate nei limiti previsti dal terzo, quarto, quinto e settimo comma dell'articolo 545 Codice di Procedura Civile, nonché dalle speciali disposizioni di legge, derogando così al principio secondo cui il limite del quinto vale soltanto quando il terzo pignorato era il datore di lavoro o l'ente previdenziale.

La riforma ha previsto inoltre precise conseguenze processuali nell'ipotesi in cui il creditore agisca in violazione delle norme del Codice di Procedura Civile, andando a pignorare somme superiori a quelle determinate. In tal caso, infat-

⁴⁸ L'assegno sociale è una prestazione economica, erogata a domanda, dedicata ai cittadini italiani e stranieri in condizioni economiche disagiate e con redditi inferiori alle soglie previste annualmente dalla legge. Dal 1° gennaio 1996, l'assegno sociale ha sostituito la pensione sociale, si veda anche <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=50184>.

ti, per le somme eccedenti le soglie prefissate e dunque impignorabili, il debitore, ovvero il giudice (d'ufficio), possono utilizzare lo strumento processuale della riduzione del pignoramento, ai sensi dell'articolo 496 Codice di Procedura Civile, non soltanto al fine di rendere proporzionato il rapporto tra il diritto di credito vantato dal creditore e l'obbligazione al cui adempimento è tenuto il debitore esecutato, ma anche per ottenere una pronuncia volta a dichiarare l'inefficacia (anche parziale) del pignoramento.

Quanto all'applicazione delle norme enunciate, esse trovano attuazione immediata anche per i procedimenti già pendenti alla data dell'entrata in vigore del decreto ossia dal 27 giugno 2015. Molto interessante è in questo caso cercare di comprendere perché il legislatore abbia riformato nel modo sopra descritto. Se da un lato appare evidente l'intenzione di ampliare la tutela del creditore, aumentando, se pur in misura percentuale piuttosto bassa il limite di pignorabilità, dall'altro lato preserva il debitore dal rischio di sovra indebitamento⁴⁹, differenziando, nei criteri e limiti alla pignorabilità, il momento preciso di perfezionamento del pignoramento.

6. *L'evoluzione normativa della cessione del quinto: tra disciplina di principio e attuazioni secondarie*

La cessione del quinto assume oggi un ruolo centrale nel dibattito giuridico di settore, considerate anche le indicazioni provenienti dalla Banca d'Italia, dalla Banca centrale europea e dal Fondo monetario internazionale tale da sostenere che «una ripresa economica strutturale non può certamente prescindere dall'incremento della domanda interna»⁵⁰.

La cessione del quinto è una forma di prestito personale garantito a tasso fisso, svincolato da particolari finalità, in cui i pagamenti delle rate avvengono tramite trattenuta di una parte, non eccedente il quinto dello stipendio o della pensione da parte del datore di lavoro o dell'ente previdenziale e corrisposta all'istituto che ha concesso il prestito⁵¹. Inoltre, assume le vesti di credito al consumo riservata a dipendenti, sia pubblici che privati, a lavoratori atipici e a pensionati di aziende private, enti statali o parastatali, mentre non può essere richiesta da

⁴⁹ G. De Leo, L. Volpini, S. Landi, *Sovra indebitamento e usura: rapporto di ricerca sugli aspetti psicologico-sociali del fenomeno per una strategia di prevenzione*, atti del Forum, "Fattori psicosociali del sovra indebitamento e dell'usura: aspetti formativi per gli operatori sociali e di sportello", organizzato da ADICONSUM in collaborazione con ABI, 2003.

⁵⁰ G. Benvenuto, U. Filotto, *Dalla cessione del quinto ai finanziamenti garantiti. Raccolta di normativa, giurisprudenza e prassi* – in *Millenovecentocinquanta duemilasette*, 2007, 41.

⁵¹ G. Rocco, *Cessione del quinto e previdenza complementare*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2015, 1592.

imprese, piccole aziende o ditte individuali. A ben vedere, questo strumento di finanziamento, contrariamente alla sua lenta diffusione, è tutt'altro che di recente introduzione. In Italia fu introdotto per i dipendenti statali nel 1861, ma solo nel 1950 è stato però ufficialmente regolamentato dal D.P.R. n. 180 del 5.1.1950 e dal suo regolamento di attuazione, ossia il D.P.R. n. 985 del 28.7.1950.

Il decreto in oggetto costituisce ancora oggi la normativa di riferimento per la cessione del quinto, tenuto conto che il legislatore, prescindendo da alcuni interventi sulla materia⁵², non si è preoccupato di tracciare un percorso evolutivo

⁵² Sembra utile ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione normativa in punto di cessione del quinto.

a) Legge n. 1139 del 25 novembre 1957, *Nuove norme per l'assistenza creditizia ai dipendenti statali e miglioramenti al trattamento previdenziale*; con la legge in oggetto è stato innanzitutto soppresso il Fondo per il credito ai dipendenti dello Stato, fondo precedentemente istituito da d.P.R. 985 del 1950. In secondo luogo, è stato istituito in sostituzione del fondo, trasferendo ad esso tutte le sue attribuzioni l'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i dipendenti statali.

Ad avviso di chi scrive, con questa modifica, che ai più potrebbe apparire come una mera sostituzione, il legislatore ha voluto introdurre una importante garanzia per i dipendenti statali, che pur essendo già soggetti a regole ferree per l'ottenimento di prestiti dietro cessione del quinto, guadagnano con l'introduzione di questo Ente, e con l'attribuzione allo stesso di tutti i poteri già esercitati dal Fondo, una ulteriore garanzia. Ed infatti il legislatore, che avrebbe potuto definire la mera sostituzione del Fondo con l'Ente con una legge composta da un solo articolo, dimostra la peculiarità di questo Ente definendone compiti, poteri e limiti con 11 articoli, nei quali per la maggiore viene semplicemente ribadito il ruolo dell'Ente così come era già per il Fondo, ma enfatizzandone i limiti garantistici. Il legislatore che all'epoca dimostrava ancora una forte reticenza nell'apertura di queste forme di finanziamento a dipendenti che non sono statali, (vedremo più avanti la svolta della legge 80/2015). Con l'articolo 7 della legge 1139 del 1957 è inoltre istituito anche un Comitato speciale per il credito al quale vengono affidati importanti compiti di controllo, ossia le delibere sulla concessione dei prestiti, proposte di stanziamento dei fondi necessari per l'attività creditizia ed altri tra cui la misura e valutazione dei tassi d'interesse e delle ritenute per le spese di gestione e per i rischi di insolvenza da applicare sui prestiti. All'articolo 9 della legge 1139 del 1957 è ribadita l'unicità della garanzia, e quindi sottolineando che «Le cessioni [...] non possono avere altra garanzia che quella dell'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i dipendenti statali». Ente che dimostra inoltre che la sua unica Finalità patrimoniale articolo 11 legge 1139/57 di accrescere la solidità del Fondo di previdenza per il personale civile e militare dello Stato.

b) Legge n. 656 del 29 giugno 1960, *Disciplina dei piccoli prestiti da parte delle casse mutue o sovvenzioni ministeriali e di istituti similari*, con questa legge il legislatore ha fornito un'importante strumento in materia di recupero dei crediti concessi da parte delle casse mutue ed enti simili, le quali «[...] possono chiedere al Ministero del tesoro tramite l'amministrazione centrale presso la quale sono costituite o ce su di esse abbia la vigilanza, che il recupero dei prestiti da esse effettuati avvenga mediante ritenuta diretta sugli stipendi o salari degli uffici centrali o periferici che amministrano il personale che ha contratto il prestito». Il legislatore con le definizioni contenute nell'articolo 1 della legge su riportata ha dimostrato una certa ulteriore apertura verso la cessione, concedendo se non proprio con gli stessi termini indicati nel d.P.R. n. 985 del 1950, ma con una tecnica molto simili, un'ulteriore ed importante strumento per le casse mutue in materia di recupero credito, che con la legge in oggetto concedere a questi enti la possibilità di chiedere l'autorizzazione a trattare direttamente dagli stipendi dei dipendenti una quota a rimborso del finanziamento concesso a priori.

c) Legge n. 1750 del 20 dicembre 1962, *Integrazione all'articolo 5 della legge 656 del 29 Giugno 1960 relativa alla disciplina dei piccoli prestiti da parte delle casse mutue o sovvenzioni ministeriali e di istituzioni similari*. La legge in oggetto si compone di un unico articolo, con il quale il legislatore ha concesso ai dipendenti pubblici di raddoppiare i piccoli prestiti, ovvero sia per il caso in cui «... il richiedente non fruisca di cessione del quinto dello stipendio o salario contratta con gli enti di cui al comma precedente, i prestiti di cui all'articolo 3 della presente legge possono essere concessi anche in misura doppia».

di questa forma di finanziamento fino all'introduzione del Testo Unico in materia di diritto bancario del 1993.

Il prestito contro cessione del quinto è tra le forme di finanziamento più dettagliate in materia, in quanto sono state ben specificate e definite struttura, regole, caratteristiche e processo di erogazione. Come già chiarito nei paragrafi precedenti, le norme inerenti questa forma di finanziamento sono state riunite⁵³ dal d.P.R. n. 180 del 1950, con il quale è stato approvato il Testo Unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi e salari dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Questo decreto di matrice generalizzata e unitaria, e il suo regolamento attuativo (d.P.R. n. 895 del 1950), rappresentano tuttora, seppur modificato nel suo impianto originario, la principale fonte normativa della cessione del quinto.

Si osserva che la struttura normativa del testo risalente al 1950 si basava su punti ben definiti che, in un momento successivo, sono stati sottoposti ad un processo di riforma derivato dalla necessità di estendere l'utilizzo di questo strumento di finanziamento. Innanzitutto l'ambito di applicazione era limitato sotto diversi aspetti. Sotto l'aspetto soggettivo l'applicazione consisteva di una riserva ai soli dipendenti pubblici, oltre che per i soggetti che presentassero determinate caratteristiche definite dalla legge. Inoltre vi erano ulteriori limitazioni oggettive quali la riserva dell'attività di concessione dei prestiti; l'obbligatorietà della garanzia a favore degli enti erogatori per i rischi di morte; la cessazione del servizio o riduzione dello stipendio⁵⁴; l'ulteriore garanzia della restituzione dell'importo mutuato nel caso di cessazione dal servizio prima dell'estinzione della ces-

d) Decreto del presidente della Repubblica n. 1032 del 29 dicembre 1973, *Testo unico delle norme sulle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti civili e militari dello Stato*. Il decreto in oggetto si componeva di un unico articolo poi abrogato con la legge 311 del 30 dicembre 2004. Con l'abrogazione di quest'articolo, che, di fatto, imponeva la garanzia unica dell'ente nazionale di previdenza ed assistenza per i dipendenti statali per la concessione del prestito dietro cessione del quinto, ha di fatto abolito il monopolio dell'Inpdap in merito al rilascio della garanzia prevista dal Dpr n. 180 del 5 Gennaio 1950 relativa alla copertura del rischio impiego e vita.

⁵³ Sarebbe, infatti, errato sostenere che la cessione del quinto è stata introdotta solo nel 1950, poiché, come si evince nella prima parte della trattazione del paragrafo in oggetto, una forma primordiale di cessione esisteva già nel 1861. La disciplina del 1950 era stata concepita per consentire ai dipendenti pubblici con stipendio fisso di far fronte ad esigenze immediate ed impreviste, senza dover ricorrere al credito bancario. Il credito, più diffuso rispetto ai primi del Novecento, era, di fatto, ancora difficoltoso, dati i bassi livelli di "bancarizzazione" e il disvalore sociale ad esso associato per un impiegato o funzionario dello stato.

⁵⁴ Articolo 16 *Fondi per il credito ai dipendenti dello Stato e sue funzioni* per i dipendenti delle amministrazioni dello Stato viene istituito, presso il Ministero del tesoro, il *Fondo per il credito ai dipendenti dello Stato*. Il fondo, alimentato dai contributi dei dipendenti dello Stato, è destinato « [...] 1) a garantire gli istituti indicati nell'articolo 15 contro i rischi di perdite per mutui accordati verso cessione di quote di stipendio o salario, per i quali l'amministrazione del Fondo abbia prestato garanzia; 2) a concedere prestiti diretti, verso cessione di quote di stipendio o salario agli impiegati e ai salariati dello Stato e ai personali di cui agli articoli 9 e 10, nei casi di accertate necessità familiari, entro i limiti delle disponibilità liquide di ciascun esercizio. I rischi delle operazioni di prestito diretto fanno carico al Fondo». Per gli altri dipendenti l'articolo 54 *Garanzia dell'assicurazione o altre malleverie* del citato decreto stabilisce che le norme del Titolo III devono avere «[...] la garanzia dell'assicurazione sulla vita o contro i rischi di impiego o altre malleverie che ne assicurino il ricupero nei casi in cui

sazione⁵⁵; la predeterminazione della durata del finanziamento in cinque o dieci anni, indipendentemente dall'entità della somma erogata; la previsione di limiti per il rinnovo e l'estinzione⁵⁶; ed infine un'ampia documentazione per il perfezionamento della pratica e l'adempimento di una complessa serie di formalità procedurali stabilite dal regolamento adottato con d.P.R. 895/1950.

Il legislatore del Testo Unico, nel tentativo di operare un processo di generalizzazione di tale forma di finanziamento ai dipendenti pubblici, aveva dunque stabilito un articolato sistema di limiti e garanzie, prevedendo inoltre l'intervento solidaristico di organismi di previdenza, sia nell'erogazione dei finanziamenti, sia nella prestazione di garanzie. Con il trascorrere degli anni, da un lato la prassi e la giurisprudenza, dall'altro l'attività legislativa, hanno condotto alla modifica del *framework* dell'istituto introdotto nel 1950. Tuttavia, rilevanti modifiche si rinvennero, in un primo momento, nella legge Finanziaria n. 311 del 2004⁵⁷, poi successivamente con la legge n. 80 del 2005⁵⁸ e infine con la legge Finanziaria n. 266 del 2005⁵⁹. La modifica più significativa deve considerarsi quella introdotta dagli articoli 137 e 138 della "Finanziaria" del 2004⁶⁰ in virtù della quale è stata estesa la possibilità di contrarre prestiti contro cessione del quinto anche ai dipendenti di aziende private⁶¹ stabilendo, inoltre, che i dipendenti statali all'atto della stipulazione di un contratto di cessione di quinto possono avvalersi di polizze di assicurazioni private oltre che di quelle dell'Inpdap, abolendo di fatto il monopolio dell'istituto. Il Testo Unico così riformato però presentava tratti di disparità di

la cessazione o riduzione di stipendio o salario o per liquidazione di un trattamento di quiescenza insufficiente non sia possibile la continuazione dell'ammortamento o il recupero del residuo credito».

⁵⁵ Articolo 43 che stabilisce l'estensione della garanzia sulla pensione o altro assegno continuativo equivalente liquidato, a titolo di indennità o di capitale assicurativo, in seguito alla cessazione del rapporto di lavoro.

⁵⁶ Articolo 6 e articolo 52 sulla durata dei prestiti e gli artt. 38 e 39 concernenti l'estinzione e il rinnovo del prestito.

⁵⁷ Legge del 30 dicembre 2004, n. 311.

⁵⁸ Legge del 14 maggio 2005, n. 80.

⁵⁹ Legge del 23 dicembre 2005, n. 266.

⁶⁰ In conformità a quanto previsto dall'Articolo 137, al Testo Unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, approvato con Decreto del Presidente della Repubblica 5 Gennaio 1950 n. 180, sono apportate le seguenti modifiche: 1. Articolo 1 a. Al primo comma, dopo le parole «di comunicazione o di trasporto» è inserita la frase «e le aziende private». b. La rubrica del titolo III è sostituita dalla seguente: «Della cessione degli stipendi e salari dei dipendenti dello Stato non garantiti dal Fondo, degli impiegati e dei salariati non dipendenti dallo Stato e dei dipendenti di soggetti privati». c. L'articolo 34 è abrogato. 2. Articolo 54 lettera a, Al primo comma, le parole «a norma del presente titolo» sono sostituite dalla frase «a norma del titolo II e del presente titolo». L'articolo 34 attribuiva all'Inpdap, quale ente gestore del fondo per il credito ai dipendenti dello Stato, l'esclusiva competenza per la copertura assicurativa obbligatoria sulla vita e i rischi d'impiego delle cessioni effettuate da parte dei dipendenti statali e prevedeva la nullità di ogni diversa garanzia.

⁶¹ In questa circostanza sembrerebbe doversi rinvenire una delle modifiche più importanti dell'istituto della cessione, è dettata da un cambiamento necessitato. L'evoluzione in questo caso, infatti, è frutto di un grande sforzo evolutivo del legislatore che si è preoccupato anche dei dipendenti privati, vale a dire di un'ampia fetta di risparmiatori e possibili consumatori.

trattamento in relazione alle figure dei lavoratori dipendenti, privati, autonomi e pensionati, oltre che sulla anzianità di servizio del lavoratore.

In seguito con la legge n. 80 del 14 maggio 2005 è stata ampliata la flessibilità in merito alla durata del finanziamento, consentendo anche le durate intermedie tra 24 e 120 mesi⁶² e prevedendo, inoltre, l'abolizione dell'anzianità minima di servizio.⁶³ Al tempo stesso, sono state autorizzate le cessioni anche ai pensionati pubblici e privati⁶⁴, tutelandone il trattamento pensionistico minimo, e ai lavoratori a tempo determinato⁶⁵. Un importante intervento è stato sicuramente quello realizzato con la legge n. 266 del 26 dicembre 2005, con il quale il legislatore ha opportunamente conformato gli effetti del contratto in merito alla cessione del quinto alla disciplina in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali per i servizi bancari, finanziari e assicurativi⁶⁶.

Al fine di fornire un'immagine completa del quadro normativo, si ritiene opportuno menzionare le circolari e decreti emanati dalla Ragioneria Generale dello Stato, dal Ministero dell'Economia e Finanze, dagli Istituti previdenziali, con particolare riferimento alle modifiche introdotte dalla finanziaria 2005. Con la Circolare n. 21 del 3 giugno 2005, la Ragioneria ha ritenuto di dover definire le procedure sulle cessioni del quinto ai dipendenti statali che hanno scelto di avvalersi di una polizza assicurativa di compagnia privata a copertura del rischio impiego e vita sul loro finanziamento. Con la Circolare n. 554 del 29 luglio 2005 si è inteso disciplinare le procedure relative ai finanziamenti dietro cessione del quinto a dipendenti statali, *ex* Titolo III del d.P.R. n. 180 del 1950 come

⁶² I periodi del prestito erano stabiliti dall'articolo 52 in cinque o dieci anni. Con la nuova normativa la durata massima della cessione del quinto è fissata in dieci anni.

⁶³ Abolito il requisito dei cinque anni di servizio per richiedere la cessione quinquennale e dei dieci anni di servizio per richiedere la cessione decennale.

⁶⁴ Al nuovo articolo 1 è aggiunto il seguente comma: «I pensionati pubblici e privati possono contrarre con banche e intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo di cui al Decreto Legislativo 1° Settembre 1993 n° 385 prestiti da estinguersi con cessione di quote della pensione fino al quinto della stessa, valutato al netto delle ritenute fiscali e per periodi non superiori a dieci anni».

⁶⁵ All'articolo 52 dopo il primo comma sono aggiunti i seguenti paragrafi: «Nei confronti dei medesimi impiegati e salariati assunti in servizio a tempo determinato, la cessione del quinto dello stipendio o del salario non può eccedere il periodo di tempo che, al momento dell'operazione, deve ancora trascorrere per la scadenza del contratto in essere. Alla cessione del trattamento di fine rapporto posto in essere dai soggetti non si applica il limite del quinto. I titolari dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile con gli enti e le amministrazioni di cui all'articolo 1, primo comma, del presente testo unico, di durata non inferiore a dodici mesi, possono cedere un quinto del loro compenso, valutato al netto delle ritenute fiscali, purché questo abbia carattere certo e continuativo. La cessione non può eccedere il periodo che, al momento dell'operazione, deve ancora trascorrere per la scadenza del contratto in essere. I compensi corrisposti a tali soggetti sono sequestrabili e pignorabili nei limiti di cui all'articolo 545 del codice di procedura civile».

⁶⁶ Alla fine del comma 1° dell'articolo 5 del decreto del 1950 è aggiunto il seguente periodo: «Le operazioni di prestito concesse ai sensi del presente testo unico devono essere conformi a quanto previsto dalla delibera del Comitato Interministeriale per il credito e il risparmio del 4 marzo 2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 72 del 27 marzo 2003, e dalla vigente disciplina in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali per i servizi bancari, finanziari ed assicurativi».

modificato dalla “Finanziaria” 2005. I dettami legislativi sono rivolti agli istituti mutuanti, alle amministrazioni competenti e ai richiedenti, così da poter gestire in modo rapido e puntuale i diversi passaggi dell’*iter* procedurale. Ad integrazione e parziale modifica di quanto stabilito dalla Circolare n. 21 del 2005, è stata emanata la Circolare del 13 marzo 2006, n. 13. Le specifiche summenzionate fanno riferimento in particolare alle procedure per la compilazione dei Modelli A e B1 e pongono l’accento sui limiti da rispettare in caso di cessione del quinto e di coesistenza tra cessione del quinto e delega di pagamento. Il d.m. del 27 dicembre 2006, n. 313, anche noto come Regolamento di Attuazione dell’articolo 13-*bis* del decreto legge del 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modifiche dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, rende esecutive alcune importanti novità riguardanti la normativa della cessione del quinto stabilita dal decreto del 1950. Tra le novità più importanti pare utile sottolineare la fissazione dei requisiti di cui devono essere in possesso gli intermediari finanziari per concedere finanziamenti rimborsabili tramite la cessione del quinto dello stipendio e stabilisce che gli Enti Previdenziali e gli Istituti Finanziatori possano stipulare cessioni del quinto ai pensionati in convenzione, in modo da garantire ai pensionati condizioni contrattuali più favorevoli rispetto a quelle medie di mercato. La Circolare Inpdap del 3 marzo 2007, n. 8 è rivolta alle amministrazioni degli Enti Previdenziali e agli Istituti di Credito e fornisce le istruzioni operative necessarie a evadere le pratiche relative a prestiti erogati tramite la cessione di quote della pensione. Infine, la Circolare Inps n. 91 del 31 maggio 2007, emanata a completamento di quanto previsto dal decreto ministeriale n. 313 del 2006, ha stabilito in via definitiva i parametri e le modalità per richiedere i prestiti con cessione del quinto per i pensionati.

7. *Elementi fondamentali della Cessione del Quinto: parti, istituti autorizzati, beneficiari, datore di lavoro*

Appare indispensabile a questo punto della trattazione preoccuparci di determinare quali siano, e con quali deroghe e priorità nella realizzazione del contratto di cessione del quinto dello stipendio, gli elementi indispensabili del contratto. E, infatti, nella sua peculiarità di contratto di finanziamento basato sulla cessione di un credito⁶⁷, stipendio o pensione, si compone di taluni elementi essenziali. Sin dal primo approccio allo studio di questa forma di credito al con-

⁶⁷ U. Malvagna, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della cessione del quinto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2015, 1532.

sumo si evince che sono quattro i soggetti fondamentalmente coinvolti in questa operazione, e quindi: cessionario, cedente, datore di lavoro e assicurazione⁶⁸.

In *primis* per quello che riguarda il cessionario, altro non è che l'Ente erogatore, ossia l'istituto cessionario, che ai sensi della disciplina del Testo Unico⁶⁹ e della normativa vigente in materia bancaria, deve essere obbligatoriamente una banca, ovvero un'assicurazione o un intermediario finanziario iscritto in un apposito elenco dalla Banca d'Italia. Altra figura è quella del cedente o mutuuario, e quindi il cliente, il quale stipulando il contratto di finanziamento, cede all'erogatore del finanziamento stesso un quinto del proprio stipendio o pensione su base mensile. Chiaramente altro soggetto indispensabile all'interno di questo contratto è il datore di lavoro, ovvero l'amministrazione terza ceduta o l'ente pensionistico. Un amministratore quindi pubblico o privato, presso il quale il cedente o l'ente che eroga la pensione, provvederanno, dopo la notifica del contratto, al versamento mensile delle quote relative al rimborso del prestito, trattenute dalle competenze dell'interessato. Caso limite è quello in cui il cessionario e l'amministratore coincidono con lo stesso soggetto, vale a dire il caso in cui la società concedente il prestito è quella presso cui il cedente ha anche un rapporto di lavoro subordinato.

L'amministrazione o ente pensionistico, pur avendo una parte attiva nell'operazione, non intervengono ai fini della sottoscrizione del contratto, che resta un accordo bilaterale esclusivamente tra la banca/intermediario finanziario e il cliente, mentre l'amministrazione o ente pensionistico partecipano solo alla sottoscrizione della documentazione richiesta per l'istruzione della pratica.

⁶⁸ A proposito dell'assicurazione occorre evidenziare come in realtà l'onere assicurativo sia in realtà un obbligo assolutamente inderogabile per le parti, e infatti a sostegno di ciò recente giurisprudenza si è così espressa «Nel caso in esame – indipendentemente dalla valenza attribuibile alle istruzioni emanate dall'organo di vigilanza – appare decisivo rilevare che relativamente alle operazioni di finanziamento con cessione del quinto della retribuzione, l'articolo 54 del d.P.R. 180/1950 prevede l'obbligo del mutuuario di stipulare l'assicurazione sulla vita. Tale onere non rappresenta una remunerazione per il creditore-mutuante ma solo per l'impresa di assicurazioni che emette la polizza e incassa il premio. Avuto riguardo al fatto che tale componente di costo non rientra nell'autonomia negoziale delle parti e non deriva dalla volontà del creditore ma da un requisito di legge, non può che assimilarsi tale voce a quella relativa alle "imposte e tasse", cioè a tutti i costi imposti dalla legge che, ai sensi dell'articolo 644, c. 4, Codice Penale e articolo 2, c. 2, legge n. 108/1996, non possono essere inclusi nel calcolo del T.E.G.M». cfr. pp. 5-7 sentenza n. 1354/2016.

⁶⁹ Articolo 106 T.U.B.: «1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia. 2. Oltre alle attività di cui al comma uno gli intermediari finanziari possono: a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo; b) prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge e attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia. 3. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, specifica il contenuto delle attività indicate nel comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l'esercizio nei confronti del pubblico».

La quarta e ultima parte è la compagnia assicuratrice che si impegna a garantire l'operazione; ed infatti la normativa in tema di cessione del quinto prevede che il finanziamento debba essere sempre garantito da una polizza assicurativa che copra il rischio della morte del cedente o della perdita dell'impiego, sia per dimissioni che per licenziamento. In questa ipotesi di dimissioni, peraltro, l'assicurazione si assume il rischio di dover garantire l'obbligo di restituire la somma prestata, anche nel caso in cui il cedente decidesse autonomamente di cessare il suo rapporto di lavoro, salvo che il deterrente a quest'ultima ipotesi è esso stesso contenuto nel rapporto di lavoro che difficilmente il lavoratore cessa di sua sponte. Facendo riferimento invece alla cessione della pensione, per questa ipotesi è prevista la presenza della solo polizza sul rischio vita.

7.1. *Gli istituti autorizzati ad erogare i prestiti*

Gli enti abilitati alla concessione di prestiti da estinguere mediante cessione di quote del quinto di stipendio o pensione sono menzionati nell'articolo 15 del d.P.R. n. 180 del 1950, secondo cui «sono ammessi a concedere prestiti agli impiegati e salariati dello Stato ed ai personali di cui agli articoli 9 e 10, verso cessione di quote di stipendio o salario, soltanto gli istituti di credito e di previdenza costituiti fra impiegati e salariati delle pubbliche amministrazioni, l'Istituto nazionale delle assicurazioni, le società di assicurazione legalmente esercenti, gli istituti e le società esercenti il credito escluse quelle costituite in nome collettivo e in accomandita semplice, le casse di risparmio ed i monti di credito su pegno».

L'articolo 15 in questione deve essere letto congiuntamente all'articolo 106 del d.lgs. n. 385 del 1993, che prevede gli unici soggetti abilitati all'erogazione di finanziamenti sotto ogni forma, ivi inclusa quindi la cessione del quinto, sono le banche, le finanziarie e gli intermediari del credito iscritti all'Ufficio Italiano Cambi (ex UIC), ora UIF (Unità di Informazione Finanziaria), gestita direttamente dalla Banca d'Italia. Peraltro, gli attori che solitamente distribuiscono i prodotti di credito sono una grande moltitudine nel caso della cessione del quinto; tra questi rientrano le stesse banche che finanziano i crediti, le società di intermediazione finanziaria che li erogano e i mediatori creditizi (o intermediari finanziari) che fungono da interfaccia tra il cliente e le banche o le società di intermediazione finanziaria.

Occorre inoltre porre l'accento sul fatto che nonostante tutti gli istituti di credito siano abilitati all'erogazione della cessione del quinto, in realtà non tutti gli istituti di credito offrono tale prodotto. Esistono difatti alcuni istituti di credito che erogano la cessione del quinto parallelamente ad altre tipologie di presti-

ti, altri che non prevedono il prodotto cessione del quinto e altri ancora che sono prettamente specializzati nella cessione del quinto dello stipendio. Mediamente gli istituti di credito specializzati⁷⁰ nella cessione del quinto vantano una gamma di prodotti dedicata alla cessione del quinto più vasta rispetto agli istituti di credito che operano sul mercato offrendo più tipologie di prodotti⁷¹.

Nel quadro finanziario sin qui descritto appare quindi prezioso il ruolo del mediatore creditizio, o intermediario finanziario, che funge da perfetto collante tra il cliente che ha bisogno di credito e l'istituto erogatore. Tra l'altro l'intermediario funge da comparatore tra i vari istituti di credito e questo perché i promotori finanziari spesso, se non sempre, hanno convenzioni attive con più istituti di credito contemporaneamente. Accade poi frequentemente che, essendo la cessione del quinto un prodotto assolutamente personalizzabile, la valutazione di una richiesta possa essere positiva per un erogatore (banca) e negativa per un altro. L'intermediario si pone quindi nella posizione di chi, avendo a disposizione una gamma di prodotti ampia, può scegliere sulla base delle richieste del cliente il prodotto più adatto alle sue esigenze sia in termini di tassi che di importo netto erogabile, ovvero di somme di denaro che il cliente potrà ottenere.

Peraltro per il cliente risulta vantaggiosa, in termini strettamente economici e di risparmio nel breve termine, la circostanza che l'intermediario venga pagato in commissioni direttamente dall'istituto di credito. È ovvio che, a fronte di un immediato risparmio per le commissioni che il cliente non paga esiste un ineccepibile rischio sistemico nell'attività svolta dal mediatore, che curando maggiormente e primariamente il suo interesse, suggerirà al cliente l'istituto di credito con lui convenzionato che gli garantirà commissioni più alte⁷².

⁷⁰ Tra i vari obblighi a carico degli istituti di credito che si occupano dell'erogazione della cessione del quinto, sussiste da rilevamento della giurisprudenza di legittimità l'obbligo di inserire il TEG. Si specifica questo obbligo a sostegno della tesi principale per la quale la cessione del quinto è una mera forma di finanziamento, e come tale si compone di tutti gli obblighi tipici di un finanziamento. Nel caso di specie rileva la decisione del Tribunale di Roma, sez. IX del 12 giugno 2017, che si è pronunciato in ordine alla metodologia di calcolo del TSU nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, affermando che il costo delle polizze di assicurazione, fisiologicamente connesse al finanziamento, rientra tra gli oneri da conteggiare ai fini della verifica del rispetto del TSU (tasso soglia usura).

⁷¹ Le banche, inoltre, solo di recente hanno avuto un ruolo più attivo e si sono affacciate al mercato della cessione del quinto, in quanto in passato la cessione del quinto era un prodotto prettamente finanziario e non bancario. Nei casi di prodotti semplici, come ad esempio le cessioni del quinto della pensione, accade spesso che la distribuzione e l'erogazione del prodotto avvengano direttamente in filiale.

⁷² Sul punto si osserva che, a parere di chi scrive irragionevolmente, il legislatore ha ritenuto più meritevole tutelare il consumatore dal "dazio" della *fee* corrisposta all'intermediario, piuttosto che proteggere il cliente finale dal rischio che il promotore venda (a suo esclusivo vantaggio) il prodotto che gli renda maggiori commissioni, e non il prodotto più vantaggioso per il consumatore.

7.2. *I soggetti che possono accedere al finanziamento*

Ai sensi del d.P.R. n. 180 del 1950 e successive modifiche possono richiedere la cessione del quinto i lavoratori dipendenti pubblici, statali o parastatali; i lavoratori dipendenti di aziende private; i pensionati sia pubblici che privati, iscritti a qualsiasi ente pensionistico⁷³. Come visto nella prima parte della trattazione l'estensione delle norme del 1950 anche ai dipendenti del settore privato è avvenuta con la "Finanziaria" del 2004. Tuttavia, dal tenore di quest'ultima disposizione si deduce comunque l'applicazione della regola ai soli lavoratori subordinati a tempo indeterminato⁷⁴. Con la modifica dell'articolo 52 d.P.R. n. 180 del 1950 ad opera della legge n. 80 del 2005, si è avuto l'ampliamento delle categorie di soggetti aventi diritto alla cessione. La prima categoria presa in considerazione è quella dei lavoratori a tempo determinato: l'articolo 13-*bis* prevede, infatti, un riconoscimento anche a questi ultimi della facoltà di accedere ai finanziamenti dietro cessione del quinto, "costituita" in modo da non poter eccedere «[...] il periodo di tempo che, al momento dell'operazione, deve ancora trascorrere per la scadenza del contratto in essere».

Non possono quindi essere considerati, in tale specifica ipotesi, eventi quali il rinnovo del contratto o la proroga del termine che, pur potendo verificarsi, non sono ancora certi al momento della sottoscrizione del contratto di cessione. Significative novità riguardano poi l'area della para-subordinazione.

⁷³ Pur tenendo conto dei limiti che il d.P.R. 180/1950 impone nella concessione del finanziamento, occorre rilevare che questi limiti di concessione non sono gli unici. E, infatti, le categorie di soggetti legittimati ad accedere a questa forma di finanziamento devono essere ulteriormente valutate dall'istituto di credito caso per caso. In sostanza a seguito di una recente sentenza della Corte di Cassazione sembrerebbe che l'istituto di credito erogatore, oltre a dover rispettare gli obblighi inclusi del decreto, deve tenere conto della posizione del singolo richiedente per la concessione del finanziamento, che non può essere concesso qualora quest'ultimo si trovi in stato di sovra indebitamento. In questo senso una recente pronuncia della Corte di Cassazione del 6 marzo 2018 n. 5160 «È nullo il contratto di finanziamento stipulato dietro la cessione del quinto quando vengano praticati interessi superiori a quelli stabiliti dalla norma senza considerare, peraltro, le difficoltà di chi chiede il prestito». Nel caso concreto, infatti, un soggetto aveva stipulato un finanziamento al tasso del 19,033% compresi i costi assicurativi a fronte del tetto del 15,11% previsto dalla Banca d'Italia. Sul punto i Supremi giudici hanno evidenziato come l'articolo 644, comma 3, del Codice Penale è vellevole sia sotto il profilo penale che civile, per la determinazione del tasso d'interesse usurario imponga di tenere conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse collegate alla erogazione del credito.

⁷⁴ La cessione del quinto basa la sua convenienza e facilità di accesso esclusivamente sul fatto che il rimborso del debito è garantito dalla trattenuta diretta alla fonte, per opera del datore di lavoro, della rata mensile dello stipendio. In sede di stipulazione del contratto il finanziatore delega il datore di lavoro a rimborsare la finanziaria secondo un determinato piano di ammortamento fino all'estinzione del debito. Il rischio d'insolvenza dovuto al mancato rimborso del debito è pressoché nullo. Questo presuppone, tuttavia, l'esistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Per i lavoratori subordinati assunti con contratto a tempo indeterminato, in sintesi, si chiede che: (a) la cessione dello stipendio o salario non sia superiore al quinto; (b) abbia durata non superiore ai 10 anni; (c) che siano addetti a servizi di carattere permanente; (d) siano muniti di stipendio o salario fisso e continuativo; (e) il trattamento di fine rapporto sia cedibile per intero.

L'articolo 13-*bis* include, infatti, anche i titolari dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, n. 3 (lavoratori a progetto, collaboratori coordinati e continuativi, etc.) del Codice di Procedura Civile tra i soggetti che possano cedere un quinto del compenso purché il rapporto di lavoro non sia di durata inferiore ai dodici mesi e il compenso pattuito abbia carattere certo e continuativo. Tuttavia la norma soffre poi delle dovute eccezioni, ed infatti un lavoratore neoassunto, ovvero con contratto di apprendistato ed ancora i lavoratori delle cooperative, otterranno solo con difficoltà la concessione di questa forma di finanziamento. Questo ovviamente perché, escluso l'intervento postumo dell'assicurazione, la garanzia dell'adempimento all'obbligazione, vale a dire del rimborso del finanziamento, è data in primo luogo dallo stipendio, ed in secondo luogo, in caso di perdita dell'impiego, dal TFR⁷⁵ maturato. Nel caso di un neoassunto il valore del TFR maturato è vicino a zero e quindi viene meno una delle garanzie principali richieste da questa tipologia di prestito. L'articolo 13-*bis* della legge n. 80 del 2005 riconosce, in aggiunta ai soggetti finora elencati, anche ai pensionati la facoltà di contrarre prestiti con banche e istituti finanziari, da estinguersi con cessione di quote della pensione. Viene dunque consentita la libera cedibilità, nei limiti previsti dalla legge, di quote di pensione, d'indennità erogate a titolo di pensione e corrisposte dallo Stato o dai singoli enti, di assegni equivalenti a carico di speciali casse di previdenza, di pensioni e assegni d'invalidità e vecchiaia corrisposti dall'Inps, di assegni vitalizi e capitali a carico di istituti e fondi di dipendenza del rapporto di lavoro. Sono inoltre esclusi dalla categoria di soggetti che possono accedere alla cessione del quinto coloro che hanno in corso di contratto una cessione con altro istituto di credito o hanno in corso un pignoramento del quinto ex articolo 545 Codice di Procedura Civile; in realtà però se anche un lavoratore

⁷⁵ Sulla questione dell'estensione del t.f.r. alla garanzia che l'istituto di credito ha nei confronti del lavoratore/pensionato al fine dell'adempimento dell'obbligo di restituzione del prestito, la giurisprudenza è dibattuta. Da ultimo una sentenza non proprio recente della Cassazione del 24 febbraio 2011 n. 4465, ha evidenziato che «Nel caso di cessione del quinto dello stipendio, effettuata dal dipendente di impresa concessionaria di un pubblico servizio di comunicazioni a titolo di rimborso di un finanziamento, il d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180 non impedisce che, ove cessi il rapporto di lavoro prima del rimborso integrale del finanziamento, la cessione si estenda al trattamento di fine rapporto. (Fattispecie anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n. 311 del 2004, dall'articolo 13 bis del d.l. n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, e dall'articolo 1, comma 346, della l. n. 266 del 2005)». In realtà precedentemente la Cassazione aveva assunto un orientamento specularmente opposto, ritenendo infatti che «la previsione, da parte dell'articolo 5, della cedibilità, ai fini della estinzione dei prestiti ottenuti alle condizioni stabilite dalla legge, di quote di stipendio o salario fino al quinto dell'ammontare di tali emolumenti, costituente una delle eccezioni alla regola generale, posta dall'articolo 1, del divieto di fare oggetto di sequestro, pignoramento o cessione gli emolumenti di ogni tipo erogati nell'ambito del pubblico impiego, si riferisce, come evidenziato dalla chiara e restrittiva lettera della norma, alle sole erogazioni periodiche, percepite con continuità dal dipendente in attività di servizio, e quindi non trova applicazione con riferimento all'indennità di fine rapporto». L'autore ritiene che sia più corretto l'ultimo orientamento della Cassazione, ed infatti l'impegno di adempiere ai debiti si estende su tutti i beni presenti e futuri del beneficiario della cessione ex articolo 2470 cc.

o pensionato violasse la norma in questione, questo non determinerebbe la nullità del contratto⁷⁶.

La concessione di questa forma di finanziamento ai pensionati soffre una contraddizione in termini, che il legislatore ha opportunamente risolto con la prescrizione obbligatoria di stipula in capo al pensionato cedente di un apposito contratto di assicurazione sulla vita, che assicuri il recupero del credito residuo da parte del cessionario in caso di decesso del cedente.

7.3. *Il datore di lavoro*

Come in precedenza specificato la cessione si concretizza solo dopo il consenso del lavoratore e del terzo creditore, senza che sia necessaria l'approvazione del datore di lavoro ceduto. Il datore di lavoro "subisce" però gli effetti di questo finanziamento, ed i suoi obblighi sono definiti nel d.P.R. del 28 luglio 1950, n. 895 riguardante il regolamento esecutivo del d.P.R. n. 180 del 1950 sulle modalità operative e i campi di applicazione della legge sulla cessione del quinto. Tra i vari obblighi del datore di lavoro vi sono quelli di rilasciare, ai sensi dell'articolo 57 del Regolamento attuativo, la certificazione della retribuzione mensile⁷⁷ e del TFR maturato dal suo dipendente. Inoltre, il datore di lavoro deve rilasciare le informazioni sulle trattenute assistenziali o previdenziali e certificare la propria azienda, sulla quale l'agenzia creditizia valuta il livello di rischio di perdita impiego da parte del dipendente. Deve infine dar corso alla cessione ed operare le trattenute sulla retribuzione, nel rispetto dei limiti di legge.

Ai sensi dell'articolo 29 del decreto 180 del 1950 il datore di lavoro deve provvedere al finanziamento del soggetto cessionario delle quote di stipendio entro il mese successivo a quello cui le quote si riferiscono, impegno che ha la

⁷⁶ Ed infatti in giurisprudenza si ritiene che «La violazione del divieto di contrarre una nuova cessione del quinto dello stipendio, non essendo attinente a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, non può essere sanzionata con la nullità del contratto», Corte appello Milano, 22 agosto 2013, in *Il Foro italiano*, 2014, 129.

⁷⁷ Il certificato dimostrativo dello stipendio deve riportare gli elementi stabiliti dall'articolo 14 del d.P.R. 895/1950: generalità del dipendente; dati aziendali (capitale sociale, numero di dipendenti, sede legale, etc.); informazioni sullo stato del dipendente (data assunzione, anzianità lavorativa, sospensioni dal lavoro, provvedimenti penali o disciplinari); informazioni reddituali di dettaglio (retribuzione, indennità pensionabili, TFR), trattenute assistenziali, previdenziali e Irpef; dettagli su altri prestiti e/o cessioni del quinto in corso e su eventuali pignoramenti. Il datore di lavoro deve, inoltre, attestare (articolo 19), sotto la propria responsabilità, non solo l'esattezza delle generalità del dipendente, ma una serie di altre indicazioni: l'anzianità di servizio del dipendente utile per il TFR; il possesso da parte del dipendente dei requisiti di cui all'articolo 6 del d.P.R. 180/1950 (il dipendente deve essere in attività di servizio, avere stabilità nel rapporto di impiego o di lavoro, percepisca uno stipendio fisso e continuativo ed abbia diritto a percepire la pensione o qualsiasi altro trattamento di quiescenza); che il dipendente non sia soggetto agli obblighi di leva; che non siano in corso né previsti provvedimenti che possano avere come effetto la cessazione o riduzione temporanea della retribuzione o la forma del trattamento di quiescenza.

durata dell'intero finanziamento, salvo la chiusura del rapporto di lavoro. Nel caso in cui il dipendente abbia già in essere un finanziamento il datore di lavoro potrà legittimamente opporsi alla cessione della quota. Ai fini del calcolo della quota del quinto deve tenersi conto del tempo in cui fu percepita dal lavoratore la domanda di prestito. Visti poi i diversi obblighi del datore di lavoro in questo contratto di finanziamento, appare doveroso domandarsi se il datore di lavoro possa ritenersi responsabile dell'eventuale mancato rispetto della corresponsione delle somme dovute e come si configuri in questo caso la sua condotta, e quindi domandarsi se si tratti di appropriazione indebita o illecito civile.

In questo senso è emblematica la soluzione proposta dalla sentenza della Cassazione del 20 ottobre 2011 n. 37954 con la quale le Sezioni Unite penali sono state chiamate a pronunciarsi sulla possibile integrazione del reato di appropriazione indebita nel caso in cui il datore di lavoro ometta di versare la quota dovuta al cessionario, in corresponsione di cessione di parte della retribuzione dal lavoratore al creditore (istituto di credito). La Suprema Corte ha statuito che l'omissione da parte del datore di lavoro del versamento al cessionario della quota di retribuzione dovuta al lavoratore, e da questo ceduta al terzo, non integra il reato di appropriazione indebita, ma costituisce un illecito civile, essendo il primo caso riconducibile alla circostanza nella quale «[...] colui che, avendo ricevuto una somma di denaro o altro bene fungibile per eseguire o in esecuzione di un impegno vincolato, se l'appropri dandogli destinazione diversa e incompatibile con quella dovuta [...]». Non può invece «[...] ritenersi responsabile di appropriazione indebita colui che non adempia ad obbligazioni pecuniarie cui avrebbe dovuto far fronte con quote del patrimonio non conferite e vincolate a tale scopo»⁷⁸.

8. *Cessione del quinto: cessione di credito o delegazione a riscuotere?*

In continuazione con l'obiettivo che ci si è prefissati con questo lavoro, cioè quello di valutare sotto ogni possibile sfaccettatura se la cessione del quinto possa considerarsi ragionevolmente come una forma di erogazione di credito, e quindi come una posizione debitoria assunta dal cedente, e pur avendo ormai classificato la cessione del quinto come una mera forma di finanziamento⁷⁹ che si realizza

⁷⁸ F. Caparra, *Cessione del quinto: l'omesso versamento non è reato*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 2012, 438-447.

⁷⁹ Ad ulteriore sostegno della tesi dell'autore, ossia quella per la quale la cessione del quinto è una forma di finanziamento, o meglio ancora una delegazione a riscuotere, occorre ricordare l'obbligo di restituzione da parte dell'erogatore del credito di tutti gli interessi, oneri e commissioni nel caso di estinzione anticipata del finanziamento, che quindi come tale deve considerarsi; tra le altre, Decisione N. 8844 del 06 ottobre 2016, ABF Collegio di Roma «Il Collegio richiama il proprio costante orientamento secondo il quale, in caso di estinzione anticipata del prestito contro cessione del quinto della retribuzione: (a) sono rimborsabili, per la parte

attraverso il rilascio (*rectius* cessione) di una parte degli emolumenti del beneficiario, è opportuno chiedersi se, ed in che modo, la volontà del beneficiario per l'ottenimento del prestito sia quella di cedere un credito o piuttosto quella di delegare la riscossione di un pagamento.

In questo senso sembra opportuno partire dalla definizione di cessione di credito, in virtù della quale «la cessione del credito è una delle ipotesi di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, conseguente alla successione di un nuovo soggetto al creditore nella titolarità del lato attivo del rapporto. Si tratta, in particolare, di un'ipotesi di successione per atto tra vivi a titolo particolare nel credito. La cessione, in quanto fenomeno successorio, implica l'identità del diritto trasferito con quello esistente in capo al cedente»⁸⁰. Da questa definizione si può tentare di valutare quale sia la volontà del cedente.

Sembra evidente che in prima battuta, pur essendo la cessione del quinto una cessione di credito, la stessa deve considerarsi come una specifica del macro insieme della cessione di credito.

È parimenti ovvio che, essendo la cessione del quinto un modo per ottenere nell'immediato un prestito sotto forma di credito al consumo, non si possono assimilare le *ratio* dei due istituti. La cessione di credito infatti potrebbe avvenire per diverse ragioni, e sottende una volontà diversa rispetto alla cessione del quinto, prima fra tutte quella di liberarsi di un debito, una compensazione, o con volontà di liberalità, una donazione. La cessione del quinto invece sottende un'unica ragione possibile, ossia quella di ottenere un finanziamento per acquistare, solitamente, beni di consumo.

Vista la *ratio* dei due istituti, ed appurato che le stesse non sono assimilabili, proviamo adesso a comprendere se invece la volontà di chi realizza questi istituti sia la stessa. Innanzitutto, nel caso di cessione con funzione di garanzia, quale è appunto sia la cessione di credito con intento soddisfacente del cedente verso il cessionario, è possibile desumere dalle clausole del contratto di cessione che il cedente non intende privarsi della titolarità del diritto, e trasferirlo nella sua interezza, bensì realizzare effetti più limitati.

non maturata, le commissioni bancarie (comunque denominate) così come le Decisione N. 8844 del 06 ottobre 2016 Pag. 3/3 commissioni di intermediazione e le spese di incasso delle quote; (b) in assenza di una chiara ripartizione nel contratto tra oneri e costi *up-front* e *recurring*, l'intero importo di ciascuna delle suddette voci deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare; (c) l'importo da rimborsare viene stabilito secondo un criterio proporzionale *ratione temporis*, tale per cui l'importo complessivo di ciascuna delle suddette voci viene suddiviso per il numero complessivo delle rate e poi moltiplicato per il numero delle rate residue; (d) l'intermediario è tenuto al rimborso a favore del cliente di tutte le suddette voci, incluso il premio assicurativo», (v. Collegio di Coordinamento, decisione n. 6167/2014, e v. già l'Accordo ABI-Ania del 22 ottobre 2008, la Comunicazione della Banca d'Italia 10 novembre 2009 e l'articolo 49 del Regolamento ISVAP n. 35/2010; cui sono seguiti l'articolo 125-sexies TUB, introdotto dal d.lgs. n. 141/2010; e la Comunicazione della Banca d'Italia 7 aprile 2011).

⁸⁰ A. De Gregori, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Officina del diritto*, 2014, 5.

Ma nei prestiti da estinguersi con cessione di quote dello stipendio o del salario, ovvero nella cessione del quinto, il cedente intende trasferire nella sua interezza la propria posizione creditizia alla banca o alla finanziaria? Oppure la dizione “cessione”⁸¹ sta ad indicare qualcosa di meno?

Nel tentativo di sciogliere i nodi derivanti dalla apparente (ma tuttavia preoccupante) sovrapposizione tra cessione del quinto e delegazione di pagamento, soccorre la Suprema Corte di Cassazione che in diverse pronunce ha risolto la questione relativa alla volontà del cedente. Secondo la Cassazione, la cessione del quinto «può essere stipulata a scopo di garanzia o anche per realizzare effetti minori di quello tipico del trasferimento della titolarità del credito ceduto dal cedente al cessionario, come l’attribuzione a quest’ultimo della mera legittimazione a riscuotere il credito stesso, sia pure anche nel proprio interesse»; in ogni caso, la Corte prosegue nel ritenere che l’effetto reale tipico di trasferire il credito al cessionario (o quello minore di attribuirgli la legittimazione a riscuotere) si realizza contestualmente «alla conclusione del negozio di cessione, anche se si tratti di cessione non “*pro-soluto*” ma “*pro-solvendo*”, la quale ultima importa soltanto che, a differenza dell’altra, il rischio dell’insolvenza del debitore ceduto non si trasferisce al cessionario; tuttavia l’effetto traslativo immediato è escluso quando la cessione abbia ad oggetto crediti futuri; in tal caso l’effetto reale, cioè il trasferimento del credito, che il negozio, in conformità alla sua caratteristica funzione, tende a realizzare, si verifica solo e quando il credito ceduto verrà ad esistenza»⁸². Ed ancora la Suprema Corte si è espressa sulla natura negoziale della cessione del credito, ritenendo che esso sia «un negozio a causa variabile, che può essere stipulat[o] anche a causa di garanzia senza che venga meno l’effetto traslativo che si attua con la garanzia, pure quando la cessione sia *pro solvendo* e non *pro soluto*, con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio di insolvenza del debitore ceduto; diversamente, qualora la cessione abbia ad oggetto crediti futuri, l’effetto traslativo si produce solamente quando il credito viene ad esistenza, mentre tale effetto non si produce affatto nell’ipotesi in cui sia desumibile dal contratto la volontà del cedente di non privarsi della titolarità del credito e di realizzare solamente effetti minori, quali l’attribuzione al cessionario della mera legittimazione alla riscossione del credito»⁸³.

⁸¹ La cessione peraltro deve sempre intendersi *pro futuro*. Come sostenuto anche da giurisprudenza del Tribunale di Napoli, «Il credito ceduto dal lavoratore alla finanziaria è un credito futuro che sorge, relativamente ai ratei di stipendio, soltanto nel momento in cui egli matura il diritto a percepire lo stipendio mensile e, per ciò che concerne il tfr, solo nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro», Tribunale Napoli, sez. III, 18 maggio 2018.

⁸² Corte di Cassazione, 2 agosto 1977, n. 3421.

⁸³ Corte di Cassazione, 3 dicembre 2002, n. 17162.

La Corte di legittimità ha quindi ritenuto che la cessione di un credito realizzata nel contesto di un'operazione finanziaria, inclusa quindi anche quella di una cessione del quinto, sia da ritenersi come una mera legittimazione alla riscossione.

A conferma di questa tesi si possono osservare talune clausole tipiche di un contratto di cessione del quinto. Solitamente nella parte inerente all'oggetto e disciplina del contratto si rinviene una clausola simile alla seguente, «Il presente contratto è finalizzato a disciplinare la concessione da parte di Banca X di un finanziamento personale rimborsabile mediante "cessione *pro solvendo*" di quote dello stipendio/pensione del cliente a favore di Banca secondo quanto previsto dal d.P.R. 5.1.1950 n. 180 e relativo regolamento esecutivo d.P.R. 28.7.1950 n. 895 e successive modifiche e/o integrazioni, nonché dagli articoli 1260 e seguenti del codice civile».

E ancora, «il Cliente prende atto della facoltà di cedere una quota dei propri emolumenti in base alle vigenti disposizioni. Il rimborso delle rate avverrà mediante la cessione del credito, che si formalizza con il presente atto, di quote uguali mensili dell'emolumento». Altra clausola tipicamente riportata è la seguente «il presente contratto di prestito contro cessione *pro-solvendo* a favore della cessionaria degli emolumenti di cui [...]»⁸⁴.

Appare chiaro che, pur volendo la banca evidenziare il carattere di cessione di credito, il cedente non trasferisce in realtà la titolarità totale del proprio credito, bensì conferisce alla controparte la legittimazione alla riscossione del numerario. Tuttavia, gli istituti di credito, nei contratti che fanno sottoscrivere ai loro clienti, fanno riferimento esplicito alla cessione del credito. La *ratio* di questo inquadramento forzato da parte degli istituti di credito della cessione del quinto come cessione di credito è d'altronde facilmente intuibile. Infatti, se si trattasse di mera legittimazione a riscuotere, come pare essere a parere di chi scrive, e non di cessione di credito, la banca perderebbe la sua posizione di creditore privilegiato nel caso di sovra-indebitamento⁸⁵ del cedente. Invero, pur qualificando la cessione del quinto come cessione di credito, la stessa non può ritenersi per questa sola ragione titolare di un credito privilegiato, e questa tesi è inoltre accolta dalla Suprema Corte, la quale afferma che «la funzione di garanzia che le parti attribui-

⁸⁴ E sull'illegittimità delle clausole contrattuali inserite dalle banche nei contratti di cessione del quinto, occorre in questa sede riportare la sentenza n. 10122 del 18-05-2015 con la quale la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'illegittimità della clausola con la quale l'istituto di credito si ritiene creditore privilegiato del TFR del cessionario inadempiente. In particolare «nel contratto di finanziamento si parli di "cessione" per lo stipendio e per la pensione e per ogni altro tipo di emolumento, mentre nell'articolo 4 (del contratto in analisi) vi sia il conferimento di una "delega irrevocabile all'incasso", sino alla concorrenza del debito residuo del mutuatario, con una differenza terminologica e di intenti che manifesta chiara volontà delle parti contraenti di distinguere il credito per TFR dalle altre ragioni di credito oggetto di cessione».

⁸⁵ In questo senso per la banca è, infatti, fondamentale conservare il suo credito come creditore privilegiato, vista l'introduzione del "fallimento del consumatore" con la legge 3 del 2012.

scono alle cessioni dei crediti non può far diventare privilegiato il credito che con essi si volle garantire. Attraverso la cessione dei crediti può attuarsi una garanzia atipica, ma non può costituirsi un privilegio, non essendovi una disposizione di legge che consideri la cessione a scopo di garanzia come causa produttiva di privilegio. Invero, la fonte del privilegio è soltanto la legge e, pertanto, la determinazione di esso è sottratta all'autonomia privata. I privilegi sono tipici e non ne sono ammessi altri fuori dei casi esplicitamente previsti dalla legge. Le norme che li disciplinano sono di carattere eccezionale e, come tali, non suscettibili di interpretazione analogica. È vero che il creditore cessionario ha il diritto di escludere ogni altro creditore dal concorso sui crediti ceduti, ma tale diritto gli deriva non da una causa di prelazione, ma dall'essere divenuto titolare dei diritti ceduti»⁸⁶.

Alla luce delle posizioni giurisprudenziali alle quali si intende di dover aderire, la questione relativa all'inquadramento della cessione del quinto come cessione di credito, piuttosto che come delegazione a riscuotere, deve essere risolta nel senso di farla rientrare nella seconda soluzione. In questo senso è infatti inequivocabile tanto il dettato legislativo, quanto quello interpretativo fornito dalla Corte di legittimità.

9. *Giurisprudenza di legittimità e vigilanza di Banca d'Italia, maggiore tutela per il consumatore*

Nella conclusione di questo lavoro ci si propone di verificare come e quanto siano intervenute le autorità preposte a garanzia della corretta gestione di questo "nuovo" strumento di finanziamento, e soprattutto di valutare se, a seguito di una diffusione crescente di questa forma di credito, siano sufficienti le tutele per il consumatore.

Innanzitutto, preme rimarcare il ruolo della Cassazione, come già visto nella sezione precedente, che è oggi assolutamente preponderante e che con l'aumentare della diffusione di questo tipo di finanziamento sono cresciuti proporzionalmente anche gli interventi della Suprema Corte.

Una pronuncia che però merita sicuramente di essere menzionata è quella della Sentenza n. 4930, 1° aprile 2003, con la quale è stato affermato il fondamentale principio⁸⁷ per il quale è da considerarsi pienamente legittima la cessione effettuata dal lavoratore, a garanzia di un finanziamento ricevuto, del proprio

⁸⁶ Corte di Cassazione, 30 maggio 1960, n. 1398; più in generale, su questo tema, si veda M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 229.

⁸⁷ In tema di cessione dello stipendio a garanzia di un debito contratto dal lavoratore, la Corte di Cassazione, con una recente decisione, si è pronunciata nel senso della legittimità della clausola, generalmente contenuta nei contratti di cessione, che prevede, per il caso di cessazione del rapporto di lavoro prima dell'estinzione

futuro credito al trattamento di fine rapporto. La Corte ha ritenuto che questa forma di garanzia non solo non trova divieto espresso nella normativa generale sulla cessione dei crediti, ma che non deve nemmeno essere considerata una cessione in frode alla legge, e che non contrasta con il divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 del Codice Civile. Questo anche perché la legge non prevede espressamente un divieto di cedere l'intera retribuzione e il TFR⁸⁸, mentre dispone la impignorabilità di detti emolumenti, nei limiti di un quinto.

Questa importante pronuncia si pone peraltro a ulteriore conferma della tesi iniziale, secondo la quale la cessione del quinto non deve considerarsi un debito⁸⁹, nella ridondante idea dei limiti di pignorabilità dello stipendio, ma deve intendersi nella maniera più assoluta come una forma di finanziamento. Ed infatti l'articolo 545, commi 3 e 4 del Codice di Procedura Civile, dispone che le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, ed in eguale misura per ogni altro credito.

Ma questo limite riguarda solo la posizione debitoria, e non riguarda invece la cedibilità delle retribuzioni⁹⁰. Questo indirizzo prevalentemente diffuso in dottrina è stato accolto da una parte della giurisprudenza di merito, nel senso che il limite del quinto di cui all'articolo 545 Codice di Procedura Civile riguarda esclusivamente il pignoramento, e non trova applicazione nella cessione dipendente dalla libera volontà del lavoratore subordinato⁹¹.

Se da un lato però gli interventi della giurisprudenza successivi all'applicazione delle norme di diritto bancario a questo istituto sono utili per raddrizzare il tiro degli operatori, dall'altro devono considerarsi ancora più indispensabili il ruolo delle autorità di vigilanza⁹² in questo settore, e prima fra tutte il ruolo ricoperto dalla Banca d'Italia⁹³.

del debito, il trasferimento al cessionario, fino a concorrenza dell'intero ammontare del residuo debito del lavoratore, del trattamento di fine rapporto, anche oltre il limite del quinto previsto per il caso di pignoramento.

⁸⁸ A. Orlando, *Cessione del quinto dello stipendio, garanzia del TFR e previdenza complementare*, Roma, Cisl Nazionale, 2009.

⁸⁹ G. De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, 11.

⁹⁰ U. Filotto, *La cessione del quinto: dallo stipendio agli altri emolumenti*, in *Mondo bancario*, 2006, 66;

⁹¹ Tribunale Torino, 23 marzo 1995; Pret. Torino, 3 gennaio 1995; Pret. Torino, 13 luglio 1995; da ultimo, Pret. Torino, 27 settembre 1996 e 4 novembre 1997.

⁹² A proposito di vigilanza a livello comunitario cfr. anche F. Tutino, *Vigilanza unica europea e squilibrio di rischiosità delle banche: verso nuove regole di limitazione dei rischi?*, in *Bancaria*, 2014, 15-24.

⁹³ In tema di vigilanza, C. Barbagallo, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, Intervento al Seminario «*Vigilanza bancaria e correttezza nelle relazioni con la clientela*» Università Luiss Guido Carli, Roma, 23 gennaio, su https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventivari/int-var-2014/barbagallo_230114.pdf, 2014.

Tra i vari interventi, merita di essere segnalata la Comunicazione del 30 Marzo 2018⁹⁴, con la quale «si forniscono agli intermediari e al mercato precisazioni applicative dei principi contenuti nella normativa al fine di contrastare condotte improprie e promuovere l'adozione di comportamenti corretti nei confronti della clientela». Quest'ultima peraltro, come specificato dallo stesso organismo di vigilanza, rientra nel ciclo di una serie di comunicazioni⁹⁵ che hanno lo scopo di segnalare i comportamenti impropri degli operatori, passati e recenti, che appaiono all'origine del contenzioso tra intermediari e clienti e che affluisce all'Arbitro Bancario Finanziario⁹⁶, in misura imponente e non correlata alla dimensione economica di questo tipo di finanziamento.

Ed infatti dall'attività di controllo più recente e il confronto con il mercato dell'aprile 2016⁹⁷ hanno evidenziato il permanere di criticità nel settore e nei comportamenti verso i clienti, incidendo così sul livello e sulla struttura dei costi, sia per quanto riguarda le prime erogazioni, ed ancor di più nei casi assai frequenti di rinnovo di operazioni. In sostanza lo scopo principale delle comunicazioni della Banca d'Italia resta quello di ridurre il contenzioso, ovverosia assicurare una maggiore tutela dei clienti e mitigare i rischi operativi, reputazioni e legali per gli intermediari.

La Banca d'Italia invita quindi banche e società finanziarie operanti nel mercato della cessione del quinto a rivedere tempestivamente le soluzioni di carattere sia organizzativo, sia applicativo, e di adottare quindi interventi correttivi e migliorativi necessari per assicurare il rispetto dei diritti dei consumatori. La banca centrale richiede agli operatori complessivamente non solo maggiore attenzione, ma invita anche ad una maggiore responsabilizzazione nella concessione dei prestiti.

E in questo senso deve ritenersi che le valutazioni e gli inviti fatti dalla Banca d'Italia siano utili, ma solo in linea teorica. Questo perché se da un lato l'organismo di vigilanza descrive perfettamente l'utilità del ruolo di questa forma di finanziamento e ne riconosce per l'ennesima volta il ruolo, dall'altro pecca di eccessiva prudenza nella parte in cui specifica che «è buona prassi considerare, nel rispetto della *privacy*, anche la condizione del nucleo familiare, nei casi in cui sia rilevante per valutare l'affidabilità del debitore e la sostenibilità del debito». Pro-

⁹⁴ V. <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/orientamenti-di-vigilanza-sulla-cessione-del-quinto-dello-stipendio/>.

⁹⁵ Comunicazione del 7 Aprile 2011 e Comunicazione del 10 Novembre 2009; <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/comunicazioni/com-cess-quinto/index.html>.

⁹⁶ Nel 2017 i ricorsi in materia sono stati circa 22.000, ovverosia in percentuale maggiore del 40% rispetto al 2016, e che sono rappresentativi del 72% del contenzioso confluito all'Arbitro.

⁹⁷ Nonostante i profili di criticità emersi dall'incontro tra Banca d'Italia ed il mercato, appare ancora evidente l'importanza della cessione anche nell'*opinione* dell'istituto di vigilanza secondo il quale «la CQS rappresenta una componente significativa, anche per i profili di inclusione finanziaria». V. <https://www.bancaditalia.it/media/comunicati/documenti/2016-01/cs-cessione-quinto-16042016.pdf>.

tabilmente sarebbe stato opportuno parlare di obblighi anziché di “buona prassi”, che rimanda invece a concetti anacronistici di correttezza, ove però gli operatori del settore sono aziende che hanno per loro stessa definizione l’obiettivo del raggiungimento del massimo utile possibile. Molto più efficace è stata invece la Banca d’Italia nello specificare il dovere degli intermediari che «tengono conto anche del rischio di uno stato di indebitamento eccessivo, pure in occasione di operazioni di estinzione anticipata e rinnovi, soprattutto quando queste avvengono in prossimità del termine minimo di legge». In questo senso la Banca d’Italia⁹⁸ ha dimostrato di utilizzare il necessario zelo del caso in tema di adeguamento rispetto alla legge n. 3 del 2012, e quindi non invitando, ma imponendo di tener conto nella concessione dei finanziamenti, anche di altri finanziamenti in essere, tale da evitare di finire nel caso del sovra indebitamento del consumatore, meglio conosciuto come il “fallimento del consumatore”.

In conclusione, per quanto in questa sede si apprezzi lo sforzo compiuto da Banca d’Italia nella sua opera di vigilanza su uno strumento che essa stessa riconosce come mezzo utile alla ripresa economica, si lamenta l’opacità degli interventi, e quindi la loro incompletezza, nella misura in cui non sono state previste delle sanzioni più dure e meglio definite nei casi di violazione dei diritti dei consumatori.

Si auspica quindi da un lato la crescita e l’implementazione di questo fondamentale strumento finanziario che, infatti, ha dimostrato la sua utilità in fase di ripresa economica, mentre da un altro lato si ambisce alla creazione da parte del legislatore di strumenti finanziari alternativi che possano risollevare il paese dalla crisi economica che lo attanaglia.

⁹⁸ Banca d’Italia, *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, 2014, 75.

Cessione di credito o delegazione di pagamento? Analisi del ruolo della cessione del quinto in un'economia di crisi

Il presente lavoro consiste nell'obiettivo di comprendere l'istituto della cessione del quinto sotto ogni sua angolazione, per cercare di giungere alla risoluzione del quesito sul se la cessione del quinto possa, o debba, considerarsi una cessione di credito o, diversamente ed anacronisticamente, un debito, nel richiamo storico alla percentuale massima di pignorabilità di stipendi e pensioni nel limite del quinto, nel rispetto dell'articolo 545 del Codice di Procedura Civile.

Risolto questo primo punto, si potrà verificare che la cessione del quinto consiste di una delegazione di pagamento e non di una cessione di credito e, pertanto, stabilire le conseguenze tecniche e giuridiche originate dal diverso inquadramento di questa forma di finanziamento.

Nelle nove sezioni di cui si compone il testo, l'autore partendo da un *excursus* dell'origine dell'istituto, passando attraverso l'evoluzione e la diffusione della sua normativa, tenta di determinare l'impatto che ha avuto la cessione del quinto all'interno dell'economia italiana, cercando di valutare se, e come, il maggiore utilizzo di questa forma di finanziamento, e del maggiore ricorso al credito al consumo in generale, possa determinare esiti favorevoli sul mercato economico in generale.

Fondamentale in questo senso è il ruolo svolto dalla giurisprudenza di legittimità, e ancora di più da Banca d'Italia, che come organismo di vigilanza si pone nel mezzo tra quelle che sono le necessità dell'economia e delle banche da un lato, ossia i soggetti pressanti per una maggiore "liberalizzazione" della cessione del quinto, e dall'altro l'esigenza di tutela del consumatore, la parte debole, meritevole di maggiori tutele e garanzie.

Credit transfer or payment delegation? Analysis of the role of payday loans in a crisis economy

The present work sets out to understand the institution of payday loans from all points of view, to try to reach a solution to the question of whether payday loans can or should be considered an assignment of credit or – alternatively and anachronistically – a debt, in the historical reference to the maximum percentage of subtraction from salaries and pensions to the limit of 20%, in compliance with Article 545 of the Civil Procedure Code. Having resolved this first point, it is then possible to verify that payday loans consist in the delegation of payment and not an assignment of credit, and thus to establish the technical and legal consequences originating from the alternative classification of this form of financing. In the nine sections of which the text is made up, starting from an *excursus* on the origin of the institution, via the evolution and diffusion of its regulations, the author attempts to determine the impact that payday loans have within the Italian economy, trying to assess whether and how the greater use of this form of financing – and the greater use of consumer credit in general – might entail favourable outcomes on the economic market in general. Fundamental in this sense is the role played by the jurisprudence of legitimacy, and even more so by the Bank of Italy, which, as a supervisory body, places

Leopoldo Esposito - Abstract

itself in the middle between the needs of the economy and the banks on the one hand, i.e. the subjects pressing for a greater 'liberalisation' of payday loans, and on the other, the need for the protection of consumers, the weaker party, who call for greater protection and guarantees.

Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico

Viola Cappelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La qualificazione della concessione come contratto: dalla dottrina preorlandiana all'influenza comunitaria. – 2.1. Dal periodo postunitario del predominio del diritto comune all'approccio pubblicistico di Ranelletti. – 2.2. La stagione della concessione contratto e l'alternarsi dei due approcci: l'influenza comunitaria come risolutiva della questione. – 2.3. La concessione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. L'inquadramento contrattualistico della concessione: ragioni e conseguenze. – 3.1. Le ragioni. – 3.2. Le conseguenze. – 4. Concessione – contratto e Codice dei contratti pubblici: questioni aperte. – 5. L'incompleta privatizzazione della concessione e gli spazi riservati alla sua natura pubblica. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo intende affrontare la questione della concessione nell'ottica della sua «oscillazione pendolare»¹ tra il diritto privato e il diritto pubblico, riservando particolare attenzione allo strumento della concessione di servizi. La collocazione giuridica dell'istituto è infatti da sempre in bilico tra un'impostazione che la riconduce nell'ambito dei provvedimenti autoritativi della pubblica amministrazione e una concezione che la fa invece risalire ai contratti pubbli-

¹ A. Botto, L. Iannotta, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 53 ss.

ci²: l'una o l'altra categorizzazione dipende dal diverso rilievo che la dottrina e la giurisprudenza hanno deciso di attribuire, di volta in volta, agli elementi caratterizzanti della concessione. Infatti, le diverse istanze alla base dell'inquadramento pubblicistico o privatistico dell'istituto riflettono l'approccio ideologico con cui storicamente è stata affrontata la questione, nel più ampio contesto della concessione del «rapporto tra i diritti del cittadino e le pretese del potere, nell'inesauribile rapporto tra autorità e libertà»³. Ancora oggi, nonostante la definizione di concessione come contratto a titolo oneroso contenuta nella direttiva 2014/13/UE e nel d.lgs. 50/2016, il dibattito dottrinale risulta diviso tra coloro che riconoscono la natura pubblicistica della concessione, considerandola un accordo amministrativo *ex art.* 11 della legge 241/1990⁴, e coloro che, abbracciando l'impostazione di derivazione europea, ne consacrano definitivamente la natura contrattuale⁵.

Va precisato, inoltre, che l'incerta collocazione giuridica della concessione deriva anche dai molteplici significati attribuiti allo strumento, che coinvolgono, come è stato fatto precisamente notare, una «vasta categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetti – concessioni di beni demaniali, di lavori, di servizi (pubblici e non, locali o meno), di onorificenze e di cittadinanza, finanche le vecchie concessioni edilizie (divenute ora permessi di costruire)»⁶: tutte queste fattispecie sono accomunate dalla presenza della pubblica amministrazione che eternalizza un'attività che sarebbe di sua competenza, in quanto diretta a soddisfare un interesse pubblico.

Per meglio sistematizzare una questione così complessa, si impone in primo luogo l'esigenza di ricostruire storicamente le varie impostazioni dogmatiche che si sono avvicendate attorno all'istituto della concessione di servizi. Questo sforzo interpretativo si rende necessario perché, lungi dall'aver un valore pura-

² Sulla difficoltà di catalogare lo strumento concessorio tra diritto pubblico e diritto privato, e sulla stessa sostenibilità di una tale rigida dicotomia, D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 290 ss.; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 509 ss.

³ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*

⁴ Su tutti, si ricordino M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici, IV – Le tipologie contrattuali, Parte II – Le procedure di affidamento, l'aggiudicazione, le tipologie contrattuali, – Le concessioni di lavori pubblici*, Milano, 2008; S. D'Ancona, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 601 ss.; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.; Id., *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262. Per un'articolata ricostruzione in senso critico si veda A. Molinterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 4, 2012, 567 ss.

⁵ *Ex multis*, E. Picozza, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 18 ss.; A. Luminoso, *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010; B. Giliberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2011, 1, 183 ss., 207; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; A. Molinterni, *op. cit.*

⁶ M. Ceruti, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 6, 637 ss., 638.

mente descrittivo, permetterà di condurre il successivo ragionamento sulle istanze alla base della progressiva attrazione della concessione nell'ambito di influenza del diritto privato: il riferimento è al tortuoso percorso che ha condotto dalla concezione della concessione come provvedimento amministrativo a quella della concessione come contratto, per il tramite di una fase intermedia che riconosceva all'istituto una duplice natura amministrativa e privatistica. Chiarite le ragioni e le conseguenze alla base dell'approccio contrattualistico, ci si interrogherà sulle eventuali questioni lasciate aperte dal d.lgs. 50/2016, per comprendere se esso, nel disciplinare lo strumento concessorio, risenta dell'oscillazione tra diritto pubblico e privato. Infine, nel solco del disegno così tracciato, l'indagine porterà a domandarsi se, nell'attuale configurazione dell'istituto, esistano ancora – quantomeno a livello interpretativo – degli spazi riservati alla sua natura pubblicistica.

2. *La qualificazione della concessione come contratto: dalla dottrina preorlandiana all'influenza comunitaria*

Indubbiamente non è questa la sede per una trattazione esaustiva del percorso storico attraverso il quale si è giunti alla consacrata qualificazione della concessione come contratto, ma la rilevanza delle voci dottrinali che hanno affrontato il problema non sembra poter essere trascurata. Per questi motivi, di seguito si cercherà di fornire una panoramica generale delle principali articolazioni del dibattito, con un particolare *focus* sulla descrizione della cosiddetta impostazione contrattualistica: questo permetterà di comprendere quali siano state le principali questioni applicative cui si è cercato di trovare soluzione tramite la qualificazione dell'istituto della concessione di servizi come contratto e in che modo queste siano state affrontate e recepite nel quadro dell'attuale configurazione dell'istituto.

2.1. *Dal periodo postunitario del predominio del diritto comune all'approccio pubblicistico di Ranelletti*

Nel periodo successivo all'Unità d'Italia, la prevalenza del diritto comune, testimoniata dalla presenza del solo giudice ordinario, si riverbera nell'utilizzo frequente dell'espressione contratto di concessione⁷: dunque, quella che poi sarà qualificata come concessione amministrativa, nel periodo postunitario è considerata a tutti gli effetti un rapporto contrattuale.

⁷ Per un'analisi della dottrina maggioritaria di fine ottocento: A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*. Parte generale, 2^a ed., tomo 2, Milano, 2003, 1549 ss.

Tuttavia, il contesto culturale cambia rapidamente e si impone una concezione secondo la quale non residua più alcuno spazio per l'ammissibilità di quel «contratto amministrativo»⁸ teorizzato da Bonomi: secondo l'Autore, ai contratti pubblici andrebbe applicato il diritto comune, pur con alcune deroghe riconducibili proprio alla natura pubblica degli interessi che il contratto stesso intende realizzare⁹. Il contributo più consistente alla «transustanziazione della concessione da contratto a provvedimento amministrativo»¹⁰ è sicuramente quello di Oreste Ranelletti¹¹.

L'influenza dell'idealismo giuridico tedesco permea di sé l'opera dell'Autore, fondata sulla concezione per cui la pubblica amministrazione, che agisce nel perseguimento del superiore interesse pubblico, nel suo rapporto con l'interlocutore privato si pone come autorità: questa impostazione risulta sicuramente funzionale all'esigenza di permettere allo Stato di revocare e modificare i propri atti unilateralmente, senza alcun costo derivante dalla corresponsione di indennizzi. In particolare, bisogna sottolineare che l'interpretazione fatta propria da Ranelletti rispondeva ad una concreta necessità operativa altamente problematica alla fine dell'Ottocento: il riferimento è al passaggio dall'illuminazione a gas a quella elettrica. Questo episodio storico, lungi da avere un semplice valore nozionistico, rende bene l'idea della portata del problema dell'inquadramento giuridico della concessione: l'emersione di una nuova tecnologia meno costosa e più efficiente quale era quella dell'illuminazione elettrica imponeva una riflessione sul destino dei vincoli concessori esistenti¹². Esclusa l'applicazione della teoria della presupposizione¹³, inquadrare la concessione nell'ambito dei contratti non avrebbe permesso all'amministrazione di sciogliere liberamente il vincolo a causa della

⁸ Bonomi A., *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, vol. VIII, pt. 3, Torino, 1898-1900, 422 ss.

⁹ *Ibidem*. «Il diritto comune regola questi rapporti e da esso si devia in parte, solo in quanto è necessario per adattarlo ad una persona che agisce per mezzo di rappresentanti, che è regolata da leggi speciali e nella quale si confondono interessi di ordine diverso, e più o meno generale, come sarebbero lo Stato, il Comune, l'Opera pia». R. Caranta, *op. cit.*, 3: «Riassumendo: ai contratti pubblici si applica il diritto comune, ma con deroghe, e, quindi, con un autonomo spazio di diritto amministrativo, deroghe necessarie alla tutela degli interessi del contraente pubblico, ma anche di un superiore interesse pubblico, quello della concorrenza».

¹⁰ R. Caranta, *op. cit.*, 9.

¹¹ O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, 7 ss.; Id., pt. II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 3 ss.; Id., pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, XIX, 1895, 3 ss.; *ivi*, XX, 255 ss.; *ivi*, XXI, 1896, 77 ss.; *ivi*, XXII, 1896, 177 ss. (ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, III, Napoli, 1992, 35 ss.). Altri esponenti di autorevole dottrina che sostengono l'approccio pubblicistico sono: Orlando, Cammeo, Santi Romano.

¹² Sulla ricostruzione storica della vicenda: M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

¹³ Alcuni autori, tra cui A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 55, sostengono «che la dottrina dell'epoca si rifiutò di prendere in esame gli strumenti che anche il diritto comune degli operatori economici offriva, quale la teoria della (cosiddetta) presupposizione». Altri, tra cui R. Caranta, *op. cit.*, 11, ritengono che la qualificazione come provvedimento amministrativo si rendeva necessaria proprio perché ci si trovava «in un'epoca che non conosceva la teoria della presupposizione».

soppravvenienza di diverse esigenze pubbliche. Ecco che dunque l'approccio *anti-contrattualista* di Ranalletti, per mantenere la sua coerenza, impone di scomporre la concessione in due atti unilaterali: da una parte il provvedimento, ovvero l'atto unilaterale di dichiarazione di volontà da parte della pubblica amministrazione, e quindi la concessione vera e propria, intesa come atto mediante il quale l'amministrazione, in virtù della sua posizione sovraordinata, non negozia, ma concede ai privati l'esercizio di un'attività; dall'altra la manifestazione di volontà del privato, quale negozio giuridico unilaterale¹⁴ meramente funzionale all'efficacia del primo¹⁵.

Oltre alla posizione di Ranalletti, bisogna rilevare – quantomeno sommariamente – che le correnti di stampo pubblicistico sono state molteplici¹⁶. Uno degli sviluppi più interessanti di tale approccio è quello legato alla teoria del cosiddetto organo indiretto: poiché il concessionario svolge un'attività che sarebbe stata di competenza della pubblica amministrazione, ma che quest'ultima ha deciso di esternalizzare, allora il privato assurge al ruolo di *longa manus* dello Stato stesso. La conseguenza di una tale prospettazione non può che essere l'ammissione di una funzione meramente esecutiva del concessionario, privo di qualunque potere di discrezionalità amministrativa, e, quindi, ancora una volta, in una posizione di assoluta soggezione rispetto alla pubblica amministrazione. Il paradosso è che se la concessione nasce con l'intento di esternalizzare (*outsourcing*) un'attività anche al fine di deresponsabilizzare la pubblica amministrazione, in questo modo è la stessa pubblica amministrazione, che avvalendosi di un concessionario mero esecutore, ritorna ad essere responsabile.

In linea di principio, tuttavia, difficilmente la rigidità del modello pubblicistico sarebbe potuta risultare sostenibile nel suo concreto operare nell'ambito dei rapporti economici tra pubblica amministrazione e privati, proprio a causa della completa soggezione di questi ultimi alla volontà dell'autorità statale, idonea a indebolire l'attrattività stessa dello strumento. Inoltre, la stessa rilevanza che

¹⁴ Riassume efficacemente i caratteri principali di questo approccio, E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1961, VIII, 370 ss., 374: «Secondo i cosiddetti anticontrattualisti, invece, la concessione sorge da un atto costituito dalla sola volontà della amministrazione. Le due dichiarazioni di volontà, quella della pubblica amministrazione e quella del singolo, si concretano in due atti distinti e unilaterali; l'uno assume la posizione di atto principale e per se stesso operativo del rapporto mentre l'altro del privato, a seconda che inter venga prima o dopo l'atto di concessione, assume rilievo come semplice presupposto o come condizione di efficacia del medesimo».

¹⁵ In particolare, sulla necessaria natura provvedimentale dell'atto di concessione A. Romano, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, (a cura di) G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita, Milano, 1995, 11 ss.

¹⁶ A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.; M. Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 223 ss.; più recentemente, F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004, 104 ss.

nella prassi assumeva la fase consensualistica della formazione dell'accordo, quale momento di incontro della volontà della pubblica amministrazione con quella dei privati, rendeva inevitabile una svolta contrattualista¹⁷.

2.2. *La stagione della concessione contratto e l'alternarsi dei due approcci: l'influenza comunitaria come risolutiva della questione*

È la Corte di Cassazione, nel 1910¹⁸, a mettere in dubbio la validità dell'impostazione pubblicistica fino a quel momento consolidatasi in modo incontrastato, dando il via ad una prima parentesi dell'indirizzo contrattualistico, secondo la quale i due atti di manifestazione della volontà, rispettivamente della pubblica amministrazione e del privato, si affiancano, senza fondersi¹⁹. Una tale presa di posizione si fonda sull'esigenza di arginare la possibilità di revocare i contratti pubblici *ad nutum* – giustificata da una concezione autoritativa del rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario – ammettendola solo sulla base di sopravvenienze o inadempimenti gravi del concessionario. Secondo questa impostazione, l'approccio pubblicistico non si giustificerebbe nemmeno alla luce della ragionevole necessità di attribuire maggiori poteri alla pubblica amministrazione nello svolgersi del rapporto contrattuale proprio in virtù degli interessi pubblici da questa protetti: la predisposizione delle stesse clausole negoziali potrebbe sicuramente svolgere un ruolo determinante a tal proposito²⁰.

Tuttavia, la difficoltà di risolvere alcuni nodi problematici lasciati irrisolti dalla ricostruzione secondo la logica del «doppio binario» della Corte di Cassazione, ha condotto al proliferare di numerose proposte interpretative a partire dagli anni Ottanta del Novecento, che hanno abbracciato un'impostazione totalmente contrattualistica dei rapporti tra pubblica amministrazione e concessionario²¹, o che hanno teorizzato la figura di compromesso delle «convenzioni pubblicistiche»²² o dell'«atto amministrativo non autoritativo con eventuale ade-

¹⁷ Sottolinea questo aspetto, A. Molinterni, *op. cit.*, 571.

¹⁸ Cass. 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248 in materia di concessioni di demanio marittimo per uso industriale, su cui M. D'Alberti, *op. cit.*, 187 ss. Nello stesso senso Cass., 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, I, 1379.

¹⁹ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 57.

²⁰ Condivide la ricostruzione in termini di concessione-contratto A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 519 ss., evidenziando che dalla presenza contestuale dei due atti – l'atto costitutivo presupposto e il contratto vero e proprio – scaturisce l'intero programma della concessione di pubblico servizio.

²¹ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 316 ss.

²² G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

sione del privato»²³. In linea generale, nonostante l'emersione di istanze contrattualistiche, va detto che l'assetto pubblicistico si è affermato in Italia, nelle sue differenti varianti²⁴, per lungo tempo, orientando in maniera preponderante il dibattito: infatti, anche nei casi in cui si negava la natura provvedimentale dell'atto concessorio, veniva comunque giustificata l'imposizione di un «regime esorbitante», eccezionale rispetto alla disciplina del diritto civile, derivante dalle esigenze di funzionalizzazione dell'agire amministrativo in generale, e dei rapporti concessori in particolare, alla realizzazione di interessi pubblici²⁵. L'influenza comunitaria sulla legislazione interna ha rappresentato il primo passo verso il superamento della concezione provvedimentale, ma bisogna ammettere che non sempre il recepimento delle direttive comunitarie è stato determinante nel lasciare spazio ad una concezione privatistica dell'istituto in esame: questo principalmente a causa di un'interpretazione restrittiva delle prescrizioni di derivazione europea, la quale ha continuato quindi a veicolare un approccio di tipo pubblicistico²⁶.

In ogni caso, è proprio grazie all'influenza comunitaria che più di recente si è affermata definitivamente l'attrazione della concessione nella sfera contrattualistica²⁷: ciò è avvenuto, in particolare, sulla scorta di considerazioni di carattere non solo giuridico, ma anche economico, che fondano sul concetto di trasferimento del rischio operativo il tratto distintivo della concessione²⁸. Questa impostazione è interiorizzata dal codice dei contratti pubblici, che nella versione precedente a

²³ D. Sorace, C. Marzuoli, *op. cit.*, 285 ss. In particolare, quest'ultima posizione e quella dell'atto amministrativo con adesione sopracitata costituiscono variazioni della teoria contrattualistica, volte differenziare i contratti di diritto pubblico – tra cui la concessione – funzionalizzati al perseguimento dell'interesse della collettività, dai contratti di diritto privato. B. Giliberti, *op. cit.*, 207, individua la caratteristica principale della categoria dei contratti di diritto pubblico nel «vincolo teleologico della cura del pubblico interesse [che] si porrebbe a fondamento di poteri impliciti unilaterali di primazia dell'amministrazione, con evidente scostamento dallo statuto proprio dei contratti»

²⁴ Si veda, per esempio la ricostruzione in termini di accordi sostitutivi del provvedimento di G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit.; Id., *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit.; A. Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 567 ss. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262.

²⁵ E. Bruti Liberati, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *op. cit.*, 155 ss. L'Autore ammette deroghe alle regole del diritto civile «se richieste dal carattere funzionalizzato dell'agire amministrativo ovvero da specifiche esigenze di funzionalizzazione del rapporto».

²⁶ Si veda, per esempio, Cass., ss.uu., 29 dicembre 1990, n. 1221, in *Foro Amm.*, 1991, 655 ss. Per una contestualizzazione, A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 63: «Da un lato, l'ordinamento ha sentito l'esigenza di favorire il ricorso al modello concessorio, ad esempio consentendo il superamento del limite trentennale alla durata della fase gestionale [...]; dall'altro, si corrobora l'attrazione del rapporto all'orbita pubblicistica, per paura che si apra una falla nell'applicazione delle regole di evidenza pubblica».

²⁷ A partire dalla Comunicazione interpretativa della Commissione UE del 29 aprile 2000 in GUCE 29 aprile 2000 C-121, in *Gior. dir. amm.*, 2000, 12, 1253 ss., con commento di Guccione C., *La comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*.

²⁸ *Infra* § 3.1.

quella attuale, ovvero nel d.lgs. 163 del 2006, definisce all'art. 3 comma 12 la concessione di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi». In questa sede il concetto di trasferimento del rischio operativo è formalmente assente, ma nella sostanza emerge il tratto caratterizzante della figura concessoria, ovvero che «il corrispettivo dei lavori (o della fornitura di servizi nella concessione di servizi) consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice». Inoltre la stessa Corte di Giustizia ha condiviso il progressivo contrattualizzarsi della concessione in più occasioni²⁹, sempre rintracciando nel trasferimento del rischio operativo l'elemento qualificante: è proprio su queste basi che si giunge alla risolutiva collocazione dell'istituto con la direttiva 2014/13/UE.

2.3. *La concessione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

Nel d.lgs. 50/2016 emerge, come accennato, la definitiva attrazione della concessione amministrativa nell'ambito del diritto contrattuale: l'impostazione è quella fatta propria dalla direttiva 2014/23/UE³⁰ sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che risolve ogni dubbio – in senso negativo – in merito alla qualificazione dell'istituto come provvedimento amministrativo. Ciò traspare non solo con riguardo ai profili definitori, ma soprattutto dall'analisi dell'impostazione fatta propria dalla direttiva, che evidenzia la *ratio* – rinnovata – che permea di sé la concessione, ovvero il trasferimento, in capo al concessionario, del rischio operativo della gestione dei lavori o dei servizi³¹.

In riferimento ai profili definitori³², la direttiva 2014/23/UE e lo stesso Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 2) risolvono ogni dubbio in merito

²⁹ Corte di Giustizia, Sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, (punto 77 in diritto), in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; Corte di Giustizia, Sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, *ivi*. Merita inoltre di essere segnalata Corte di Giustizia 13 novembre 2008, in causa C-437/07, Commissione delle *Comunità Europee c. Repubblica italiana*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 20, in cui si afferma che è proprio il trasferimento del rischio operativo il fattore determinante atto a distinguere la concessione dall'appalto. Sulla stessa linea, nell'ambito della giurisprudenza nazionale si segnala Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 682, *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁰ Per un approfondimento esaustivo sulla direttiva si veda M. Ricchi, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 7, 741 ss.; G.F. Carrei, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 939 ss.

³¹ Sul concetto di rischio si veda U. Realfonso, *I contratti di concessione*, in Caringella F., Mantini P., Giustiniani M. (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 391 ss.

³² In senso contrario, F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 250 ss. L'Autore parla di una esaltazione del dato letterale, affermando che «l'impiego di alcune formule lessicali deriva dalla preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti ordinamenti».

alla natura privatistica della concessione, seppur una delle due parti contraenti sia un'amministrazione dello stato: in particolare, l'art. 5, par. 1, lett. a) della direttiva – ripreso dalla normativa italiana – definisce la concessione di lavori/servizi come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori/la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Dal punto di vista sostanziale e nell'ottica contrattualistica, il fondamento dell'istituto concessorio sul concetto di rischio operativo, e sul suo trasferimento, comporta, infatti, un mutamento di prospettiva: si abbandona l'idea secondo la quale il concessionario sarebbe una *longa manus* della pubblica amministrazione, che «interviene nell'esercizio della sua attività di imperio»³³, per abbracciarne una che collochi la concessione nel contesto in cui effettivamente essa opera, ovvero il mercato. Il concessionario non è più, quindi, un sostituto dell'amministrazione, ma un attore di mercato soggetto alle regole concorrenziali ed esposto all'incertezza del ritorno economico, che mira a concludere i lavori o gestire i servizi nel modo economicamente più efficiente³⁴. Il trasferimento del rischio operativo non costituisce solamente una delle caratteristiche dell'istituto concessorio, ma ne è elemento qualificante, che descrive la fattispecie e la distingue dal contratto di appalto. Invero, l'«*outsourcing* del rischio realizzativo/gestionale»³⁵ svela l'impossibilità di qualificare in termini autoritativi la concessione: la pubblica amministrazione si trova costretta a ricorrere al mercato per soddisfare un suo bisogno e, in questa posizione di debolezza³⁶, individua un soggetto cui esternalizzare la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio, confidando che quest'ultimo riesca a recuperare quanto investito nell'ambito dei rapporti contrattuali con gli utenti.

In definitiva, si può affermare che la sezione del Codice degli contratti pubblici dedicata alle concessioni conferma la natura contrattuale dell'istituto: ciò si evince non solo dai più immediati elementi definitori, ma dal contesto europeo in cui la normativa italiana trova fondamento. La concessione è, quindi, un contratto che deriva da un precedente procedimento amministrativo ad evidenza pubblica,

³³ E. Silvestri, *op. cit.*

³⁴ M. Macchia, *I contratti di concessione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016, 476 ss., 477-478: «Originariamente erano attribuiti al concessionario diritti speciali o esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo si sostituiva all'amministrazione, era soggetto a controlli pubblici, svolgendo attività strategiche per il benessere della collettività. Nell'ottica sovranazionale, all'inverso, la concessione è integralmente piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ma quest'ultimo è un partner privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole concorrenziali, mirando a contenere i costi e a realizzare un lavoro o a gestire un servizio in modo efficiente».

³⁵ M. Ceruti, *op. cit.*, 639.

³⁶ *Ibidem*.

tramite il quale si individua un soggetto in grado di soddisfare l'interesse pubblico cui l'operazione oggetto della concessione è preposta, sopportandone il rischio operativo: nel corso del rapporto contrattuale, però, la natura pubblica di una delle parti non si traduce nell'automatica possibilità di imporre autoritativamente e unilateralmente al concessionario condizioni non negoziate in precedenza, confinandosi così il potere di autotutela dell'amministrazione al solo provvedimento precontrattuale di aggiudicazione. In ogni caso, non si mancherà di evidenziare successivamente³⁷ che residui della natura pubblicistica della concessione emergono in contropiede da alcune norme del Codice, inserendosi così in maniera parzialmente disarmonica nel complessivo disegno tracciato dalla normativa stessa.

3. *L'inquadramento contrattualistico della concessione: ragioni e conseguenze*

Fornite per sommi capi le coordinate storiche tramite le quali orientarsi all'interno del dibattito sulla natura pubblicistica o privatistica della concessione, su queste basi occorre interrogarsi criticamente sul quadro giuridico attuale, il quale riconduce l'istituto allo schema del contratto. In questo senso si pongono dunque due esigenze: la comprensione delle ragioni – economiche prima ancora che giuridiche³⁸ – su cui si fonda la progressiva attrazione della concessione nella sfera di influenza del diritto privato rappresenta lo strumento chiave tramite il quale poter valutare, conseguentemente, il sistema normativo vigente e metterne in luce le discrasie e, soprattutto, le incertezze. Infatti, la continua oscillazione storica tra concessione provvedimento e concessione contratto comporta senza dubbio delle conseguenze sul piano della regolamentazione dello strumento, che, se da una parte si traducono in elementi di incertezza per l'interprete, dall'altra stimolano una riflessione diretta ad individuare cosa resta dell'inquadramento pubblicistico della questione.

3.1. *Le ragioni*

Pur senza ricostruire dettagliatamente la posizione di Ranelletti e di coloro che hanno inteso la concessione come provvedimento amministrativo, è necessario notare che la ragione profonda alla base di questa impostazione della questione si identifica nella legittimazione alle revoche – più o meno motivate – di rapporti concessori, così come l'episodio storico dell'illuminazione elettrica dimo-

³⁷ *Infra* § 3.

³⁸ R. Caranta, *op. cit.*, 14.

stra. Infatti, intendendo la concessione come un provvedimento amministrativo, nel caso di situazioni emergenziali la pubblica amministrazione potrebbe modificare il rapporto con il concessionario senza alcun limite, mediante il ricorso alla «spada di Damocle dell'autotutela amministrativa»³⁹. Inoltre, la stessa impostazione pubblicistica, nel negare la rilevanza del momento consensualistico di incontro delle volontà tra amministrazione e concessionario, giungerebbe addirittura ad ammettere paradossalmente che la concessione possa essere imposta unilateralmente al destinatario, anche nel caso in cui non ci fosse l'accordo con quest'ultimo⁴⁰. Sennonché, queste giustificazioni dell'approccio pubblicistico ne rappresentano anche l'aspetto intrinsecamente più problematico e suscettibile di critiche: infatti, se la garanzia del mantenimento di una posizione privilegiata in capo al soggetto pubblico rappresenta il fondamento della concessione provvedimento, bisogna ammettere che una tale esigenza risulta adeguatamente soddisfatta dagli stessi strumenti offerti dal diritto contrattuale⁴¹, il cui utilizzo si traduce in termini virtuosi sul funzionamento del mercato.

Le ragioni economiche, appunto, influenzano l'inquadramento giuridico della concessione: un qualsiasi imprenditore non sarebbe in alcun modo interessato (e incentivato) ad assumere il ruolo di concessionario se il contraente pubblico non gli garantisse una serie di condizioni certe e adeguate: prima fra tutte, un ragionevole profitto⁴². Invero, il privato che esegue l'opera pubblica si assume ingenti rischi imprenditoriali al fine di ottenere un utile economico: egli non può in alcun modo essere equiparato ad un organo della pubblica amministrazione. Una tale prospettiva, nell'ottica pubblicistica, è suscettibile di una critica radicale, che però lambisce sempre i confini della qualificazione del concessionario come prolungamento dell'amministrazione: l'interesse che si intende realizzare con lo strumento concessorio è di natura pubblica e, dunque, l'interesse del soggetto privato soccombe di fronte alle esigenze pubbliche. Ancora una volta, però, la linea di pensiero contrattualistica risponde sulla base della flessibilità offerta dagli strumenti del diritto privato: la stessa attività del concessionario può essere sottoposta a limitazioni derivanti dal rispetto dell'interesse pubblico e questo può avvenire pur sempre nell'ambito degli strumenti offerti dall'autono-

³⁹ M. Ceruti, *op. cit.*, 640.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ B. Giliberti, *op. cit.*, 198: «Per veder riconosciuto all'amministrazione il potere di costante verifica della conformità del rapporto al pubblico interesse non pare che la tesi provvedimentoale e quella della concessione-contratto possano ritenersi in qualche modo necessitate, perché solo attraverso l'imputazione dell'effetto concessorio ad un provvedimento verrebbe soddisfatta l'esigenza costituzionale di un controllo pubblicistico da parte dei terzi sull'agire delle pubbliche amministrazioni».

⁴² R. Caranta, *op. cit.*, 14.

mia privata⁴³, per volontà dell'amministrazione stessa o del legislatore. L'obbligo della predisposizione di particolari clausole contrattuali imponenti vincoli in questo senso può soddisfare allo stesso modo e adeguatamente gli obiettivi legati al perseguimento dell'interesse pubblico: uno degli esempi più rilevanti attiene all'ambito delle concessioni di lavori pubblici, ed è l'obbligo *ex art.* 177 del d.lgs. 50/2016, imposto dal legislatore al titolare di concessioni (non affidate con la formula della finanzia di progetto o con procedure ad evidenza pubblica), di affidare a sua volta una quota dei lavori tramite procedure di selezione che siano rispettose della *par condicio* tra gli operatori.

Da ultimo, la classificazione provvedimentoale non si giustificerebbe nemmeno in virtù «dell'esigenza costituzionale di un controllo pubblicistico da parte dei terzi sull'agire delle pubbliche amministrazioni»⁴⁴, dal momento che in relazione alle concessioni – così come nell'ambito di tutti i contratti pubblici – la stessa struttura delle relazioni prenegoziali, che si sostanzia nella previsione di procedure di assegnazione ad evidenza pubblica, costituisce un'implementazione delle regole già vigenti in materia di responsabilità precontrattuale, giustificandosi proprio nell'ottica di una maggiore tutela delle ragioni dei terzi. In questo senso, la facoltà di impugnare il bando, di escludere o aggiudicare la gara in favore di altri costituisce semplicemente un elemento di specialità rispetto alla disciplina del contratto contenuta nel codice civile⁴⁵, giustificato proprio dalla rilevanza pubblica dell'interesse curato mediante la concessione.

⁴³ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 66: «Che, poi, l'attività del concessionario possa essere assoggettata a determinati vincoli, ciò è possibile, ma senza esulare dall'ambito dell'autonomia privata. Ed invero, l'interesse pubblico può anche richiedere il rispetto di determinati vincoli nella gestione di determinati servizi, ma ciò non toglie che il rispetto di tali esigenze possa (e debba) essere calato nell'assetto negoziale, assumendo la forma di una determinata clausola del relativo contratto». Così anche A. Molinterni, *op. cit.*, 606: 124). «E tuttavia, l'incidenza della concessione su di un «oggetto pubblico indisponibile», come è considerato il servizio pubblico, può dirsi veramente di ostacolo alla ricostruzione privatistica del regolamento che disciplina il rapporto concessorio? In primo luogo, occorre sottolineare che il fatto che l'oggetto sia pubblico di per sé non impedisce — come ci aveva insegnato la più autorevole dottrina — la ricostruzione del rapporto in termini contrattuali. [...] Il regime di diritto pubblico è infatti giustificato (*rectius*: necessitato) soltanto nel caso in cui si debbano esercitare funzioni autoritative, per la loro intrinseca natura (attività di ordine e di repressione degli illeciti), ovvero per mancanza del necessario consenso dell'amministrato (come nel caso dell'espropriazione). [...] risulta evidente che l'affidamento di un'attività di natura «materialmente» imprenditoriale per assicurare l'erogazione di un pubblico servizio trova il suo naturale terreno d'azione nel campo del diritto comune e, soprattutto, nell'accordo con il privato concessionario».

⁴⁴ B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 118.

⁴⁵ *Ibidem*. «Da questo punto di vista, tre appaiono i momenti in cui la funzione rileva, quello della decisione di istituire il servizio (nel contesto anche delle procedure di selezione del contraente), quello della facoltà del contraente prescelto di denunciare la violazione delle norme sulla funzione in seno al rapporto contrattuale e quello dei poteri unilaterali di modifica e recesso in corso di rapporto. Quanto ai primi due, in dottrina si rinvia la netta prevalenza dell'idea per cui la decisione di istituire il servizio e la previsione di procedure ad evidenza pubblica comporti unicamente un'implementazione delle regole vigenti in sede prenegoziale (rispetto alle previsioni codicistiche sulla responsabilità precontrattuale) ed un elemento di sola specialità rispetto ai contrat-

In definitiva, la necessità di imporre al concessionario obblighi connessi alla natura pubblica dell'oggetto della concessione – ovvero obblighi di trasparenza, non discriminazione, regolarità dell'erogazione, etc. – può essere adeguatamente soddisfatta ricorrendo all'armamentario fornito dal diritto privato. Ed infatti, come è stato autorevolmente notato, l'attività di erogazione del servizio non rientra nella totale disponibilità dell'amministrazione: questa, infatti, nel regolare l'attività al fine garantire la maggiore efficienza possibile nella soddisfazione delle esigenze degli utenti – dunque l'interesse pubblico – si avvale di un atto convenzionale costituito dal contratto di concessione, nel quale la sua volontà si incontra con quella del concessionario. Diversamente, nelle fasi anteriori di organizzazione del servizio e di selezione del contraente mediante modalità ad evidenza pubblica, l'interesse pubblico gioca un ruolo assolutamente preponderante, tale per cui la regolazione è demandata al diritto pubblico, senza alcuno spazio riservato alla convenzionalità, e dunque, alla volontà del concessionario⁴⁶.

3.2. *Le conseguenze*

Dall'esposizione sintetica delle ragioni alla base di un inquadramento contrattualistico delle concessioni, si giunge, dunque, ad una più chiara comprensione non solo delle conseguenze applicative che un tale inquadramento comporta, ma anche dell'istituto stesso. Anzitutto, infatti, lo strumento della concessione inteso come contratto emerge nel contesto delle specifiche finalità a cui è destinato, ovvero coniugare la duplice esigenza di alleggerire la pubblica amministrazione dal compito di realizzare un certo intervento necessario al soddisfacimento dei propri bisogni e, parallelamente, reperire ingenti capitali privati – i quali saranno poi recuperati mediante la gestione dell'opera o del servizio – per finanziare l'intervento. Questo meccanismo si traduce così nel particolare assetto contrattuale proprio della concessione, incentrato sul trasferimento del rischio operativo.

La conseguenza di una tale prospettazione non può che inserirsi in linea di continuità con le stesse ragioni a fondamento della concezione contrattualistica: la predisposizione di particolari clausole contrattuali rappresenta uno strumento adeguatamente soddisfacente della necessità della parte pubblica di garanti-

ti, dato proprio dalla potenziale attitudine delle impugnazioni sugli esiti della procedura a travolgere il rapporto contrattuale». L'Autore richiama espressamente R. Caranta, *op. cit.*, 13: «è la procedura ad evidenza pubblica che (per ragioni storiche e di funzionalizzazione) si innesta in una fattispecie nel complesso di autonomia privata e così in un istituto essenzialmente privatistico».

⁴⁶ A. Molinterni, *op. cit.*, 615-616.

re, nello svolgimento del rapporto contrattuale, gli interessi della collettività⁴⁷. Per esempio, è possibile inserire nel contratto di concessione delle clausole che impongano al concessionario selezionato tramite gara di individuare gli operatori – cui affidare una parte della realizzazione o della gestione dell'opera – mediante gara: questa particolare situazione risulta estremamente utile per comprendere l'impatto che l'inquadramento privatistico della concessione può avere in concreto. Infatti la logica privatistica esclude l'obbligo, per il concessionario selezionato tramite gara, di attuare a sua volta modalità pubblicistiche per la scelta dei propri collaboratori⁴⁸. Se poi questi ultimi, invece di rivestire il ruolo di meri subappaltatori o fornitori, intrattengano un rapporto diretto con il concessionario, allora la predisposizione di specifiche clausole contrattuali che incentivino una partecipazione concorrenziale delle imprese sul mercato può soddisfare adeguatamente il rispetto dell'interesse pubblico nella scelta dell'interlocutore del concessionario. In linea generale, però, si può affermare che l'impostazione contrattuale favorisce la libera selezione degli operatori da parte del concessionario, proprio perché quest'ultimo, nella sua veste di imprenditore può decidere di gestire il rischio operativo con le modalità che più corrispondono alla sua stessa gestione di impresa. Ad alimentare questa posizione, inoltre, si inserisce lo stesso Codice dei contratti pubblici che, in relazione alla materia dell'affidamento da parte dei concessionari di contratti di fornitura o di appalto, non impone in alcun modo il rispetto di modalità pubblicistiche.

Ancora, nella duplice veste di indice presuntivo delle ragioni dell'impostazione contrattuale e di conseguenza di quest'ultima, si inserisce una determinazione della precedente Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁹: sebbene non più recentissima, essa è emblematica della acquisito superamento dell'idea del concessionario come organo indiretto dell'amministrazione. In particolare la posizione dell'Autorità si delinea in contrasto con quella della Corte dei Conti, secondo la quale i concessionari avrebbero dovuto rispettare le norme in materia di contabilizzazione dei lavoratori seguite dalle pubbli-

⁴⁷ B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, cit., 229: «Potendosi una regolamentazione che badi all'attualizzazione del pubblico interesse costruirsi attraverso i meccanismi dell'autonomia negoziale ovvero di interventi legislativi specifici. E così, l'amministrazione, in assenza di una previsione normativa specifica, potrà curare l'esigenza del controllo costante del pubblico interesse inserendo nel contratto una clausola di recesso per giusta causa ma non ritenere che tale facoltà gli provenga dal peculiare carattere dell'oggetto dell'accordo o dalla propria qualità di soggetto pubblico».

⁴⁸ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 67: «L'obbligo, per questi, di operare con modalità pubblicistiche (ad esempio scegliendo i propri subappaltatori e fornitori mediante gara) appare distonico rispetto all'assetto delineato e può trovare giustificazione solo ove il rapporto concessorio risulti instaurato mediante affidamento diretto, ossia senza una previa selezione concorsuale a monte».

⁴⁹ Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 2, 11 marzo 2010, Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici.

che amministrazioni, proprio perché i primi nello svolgimento delle loro funzioni – nella realizzazione dell'opera o nella gestione del servizio – non farebbero altro che sostituirsi alle seconde. Le osservazioni dell'Autorità sembrano cogliere nel segno: il rispetto delle norme di contabilità pubblica sarebbe giustificato dalla natura – appunto – pubblica del denaro impiegato nella propria attività, nonché i finanziamenti impiegati per l'adempimento del contratto di concessione sono di fonte privata, precisamente di provenienza del concessionario-imprenditore⁵⁰. Inoltre l'Autorità chiarisce che è proprio il contratto lo strumento nel quale devono essere espresse le esigenze di carattere pubblico che il concessionario deve soddisfare: dunque la sottrazione alle regole della contabilità pubblica non significa libertà da qualsiasi vincolo di salvaguardia per la sfera degli interessi pubblici coinvolti, ma, anzi, che questi ultimi possano trovare adeguata garanzia negli strumenti offerti dal diritto privato⁵¹.

Infine, la previsione in sede contrattuale delle circostanze idonee a legittimare il recesso dell'amministrazione e delle conseguenze di eventuali inadempimenti del concessionario, nel garantire le esigenze dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico, assicura, parallelamente, un quadro di certezza giuridica al concessionario che si è assunto il rischio economico dell'operazione. In questo senso, la formalizzazione nell'accordo di una clausola risolutiva espressa legittimerebbe l'esercizio unilaterale del potere di scioglimento dal rapporto concessorio non sulla base di una nuova valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, cui il concessionario sarebbe sottomesso, ma alla luce di un effettivo inadempimento di una delle parti, considerato in sede di formazione del contratto idoneo ad impedire la prosecuzione del rapporto⁵². Allo stesso modo, la possibilità per l'amministrazione di irrogare una sanzione nel caso di inadempimento del concessionario può essere prevista nel contratto, non radicandosi, dunque, nel riconoscimento di un potere autoritativo discrezionale dell'amministrazione in sede di esecuzione dell'accordo, tale da poterne giustificare l'esercizio anche nel

⁵⁰ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.* Gli Autori citano la determinazione in senso emblematico, in particolare con riferimento alla sentenza della Corte dei Conti, 23 novembre 2009, n. 651, in www.cortedeiconti.it.

⁵¹ Si legge nella determinazione dell'Autorità: «Non appare coerente con l'istituto della concessione, né probabilmente utile ad un effettivo controllo, un'applicazione puntuale della normativa pubblicistica in materia di contabilità dei lavori. In altri termini, la necessità di introdurre nel contratto di concessione, che costituisce l'elemento centrale di regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario, apposite clausole volte a consentire al concedente di controllare la realizzazione dell'opera oggetto della concessione – anche attraverso la redazione di una contabilità – non comporta l'applicazione della normativa sulla contabilizzazione dei lavori pubblici dettata dal legislatore ad altri e diversi fini».

⁵² A. Molinterni, *op. cit.*, 624: «E ciò dal momento che nella disponibilità della p.a. non vi sarebbe il rapporto concessorio in quanto tale, bensì il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico e delle relative implicazioni patrimoniali: come è stato efficacemente evidenziato, l'equilibrio sinallagmatico funge infatti da limite all'esercizio di potestà pubblicistiche». In particolare, l'Autore si riferisce espressamente alle considerazioni di G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 5, 993 ss.

caso di un mero dubbio sul corretto adempimento del concessionario. Ed infatti, nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico, ciò che rileva è che quanto previsto nell'accordo concessorio sia correttamente adempiuto dal concessionario, non che all'amministrazione sia riconosciuto un potere qualitativamente superiore nell'irrogazione di eventuali sanzioni relative all'esecuzione del rapporto contrattuale stesso⁵³.

Alla luce del breve quadro delineato si può concludere che l'applicazione delle regole del diritto contrattuale non stravolge in alcun modo l'assetto degli interessi coinvolti nel rapporto concessorio, anzi, nel garantire al meglio le prerogative imprenditoriali del concessionario, permette di dare adeguato respiro alle speculari prerogative di carattere pubblico dell'amministrazione. Nell'abbracciare questa prospettiva si pone come necessaria, probabilmente, una riflessione che coinvolga l'opportunità di ripensare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni: invero, come mostrato dalla disciplina della concessione di pubblico servizio, l'attuale impostazione sembra ancora fondarsi su una concezione pubblicistica, intendendo l'operato del concessionario equivalente a quello dell'amministrazione. Ed infatti, nonostante quanto stabilito dall'art. 120, comma 1 c.p.a., secondo il quale *solamente* «gli atti delle procedure di affidamento [...] relativi a pubblici lavori, servizi o forniture sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente», l'art. 133, comma 1, lettera c) affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia delle concessioni di pubblico servizio, ad esclusione delle controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi. Il risultato di un tale assetto legislativo si traduce, in concreto, nell'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo anche alle controversie che attengono al corretto adempimento del rapporto concessorio, nonostante la sua dimostrata natura privatistica⁵⁴. Diversamente, nel solco di quanto si è in precedenza affermato, anche in relazione alla materia della concessione di pubblico servizio il riparto di giurisdizione dovrebbe essere ripensato nella logica dell'art. 120 c.p.a., alla luce della distinzione tra la fase dell'affidamento e la fase dell'esecuzione del rapporto concessorio. Dunque, al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, la prima fase di natura pubblicistica rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; la seconda, equiparabile a qualsiasi altro rapporto contrattuale, dovrebbe essere

⁵³ A. Molinterni, *op. cit.*, 626.

⁵⁴ In questo senso, si vedano, *ex multis*, Cass. ss. uu., 27 maggio 2009, n. 12251; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505; Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997, che confinano la giurisdizione del giudice ordinario alle questioni meramente patrimoniali, laddove invece in materia concessoria la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si giustifica in ragione dell'inestricabile intreccio di diritti soggettivi e interessi legittimi.

invece attribuita al giudice ordinario, in quanto relativa ad un giudizio sul corretto adempimento di obbligazioni *ex art. 1218 c.c.*⁵⁵.

4. *Concessione – contratto e Codice dei contratti pubblici: questioni aperte*

Il codice dei contratti pubblici, anche nella sua versione rinnovata del d.lgs. 50/2016, accoglie l'impostazione contrattualistica in materia di concessioni, come già accennato. Tuttavia è necessario mettere in evidenza alcune criticità che risentono del tradizionale inquadramento pubblicistico della concessione: esse appaiono rilevanti in termini di ripercussioni sulla sfera pratica, creando un quadro di incertezza che merita di essere adeguatamente considerato.

La questione interpretativa sorge intorno all'art. 176 del d.lgs. 50/2016, su «cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro»: in particolare, il comma 4 dell'articolo stabilisce quali siano gli importi spettanti al concessionario in due casi qualificati di cessazione del rapporto, ovvero la revoca della concessione per motivi di pubblico interesse e la risoluzione per inadempimento dell'amministrazione giudicante. La norma, dunque, equipara i due strumenti, sintetizzando «l'incertezza del diritto delle concessioni in Italia»⁵⁶: infatti il primo strumento, la revoca per motivi di interesse pubblico, è di carattere pubblicistico e integra un provvedimento di autotutela amministrativa, mentre la risoluzione per inadempimento coinvolge la sfera privatistica, essendo un rimedio contrattuale. Ci si troverebbe così di fronte ad un duplice modo di intendere l'istituto concessorio, che sarebbe al contempo un provvedimento amministrativo e un contratto.

La contraddizione è di carattere sostanziale e può essere ben esplicita tramite il riferimento alla legge 241/1990, la quale, nel chiarire l'ambito di applicazione degli istituti della revoca e del recesso, circoscrive l'efficacia degli atti di autotutela al provvedimento amministrativo, che si pone a monte rispetto all'atto contrattuale di cui una parte è l'amministrazione stessa. Nonostante l'opinione

⁵⁵ A. Molinterni, *op. cit.*, 640-644: «A prescindere, quindi, del dibattito teorico sulla natura giuridica – autoritativa, negoziale o contrattuale-pubblicistica – dello strumento utilizzato, nel momento in cui sorge un'obbligazione si viene a creare uno iato con l'esercizio del pubblico potere che rende assai problematica la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Rispetto a tale fase, si pone infatti principalmente un problema di adempimento delle obbligazioni, ed è proprio tale elemento che dovrebbe giustificare il naturale radicamento della giurisdizione ordinaria [...] Il sindacato sulla proporzionalità e sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere di vigilanza e di controllo deve cedere il passo ad un sindacato rigoroso sui fatti, sulle sopravvenienze, sull'inadempimento, sull'equilibrio del sinallagma, alla luce dei canoni di buona fede e correttezza che orientano il controllo del giudice sull'esatto e non abusivo adempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c.». In questo senso, al fine di evidenziare il nesso tra adempimento e giurisdizione ordinaria, l'Autore menziona la sentenza Cass., ss. uu., 22 dicembre 2011, n. 28342.

⁵⁶ M. Ceruti, *op. cit.*, 641.

contraria di una parte della dottrina⁵⁷, si può affermare che il comma 4 dell'art. 11 della legge 241/1990, il quale disciplina l'ipotesi di recesso, previo indennizzo, della pubblica amministrazione dagli accordi di diritto pubblico, non soddisfa la stessa ratio del comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*: tale norma, infatti disciplina la diversa ipotesi di revoca del provvedimento «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o [...] di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario». Le fattispecie rispondono a due esigenze diverse, e, soprattutto, si riferiscono a due atti diversi: la revoca interessa il provvedimento amministrativo, invece il recesso coinvolge gli accordi della pubblica amministrazione, ma può essere esteso anche ai contratti pubblici, in accordo con il successivo art. 21 *sexies*. Alla luce di questo quadro, risulta chiaro che le valutazioni attinenti al profilo dell'interesse pubblico giustificano un intervento in autotutela da parte della pubblica amministrazione solo in riferimento al provvedimento di aggiudicazione: l'unica possibilità per la pubblica amministrazione di far valere lo stesso tipo di valutazioni è l'inserimento nel contratto di apposite clausole e condizioni.

Riportando il ragionamento nel contesto dell'istituto concessorio, si può affermare che l'art. 176 del d.lgs. 50/2016 confonde la *ratio* dei due istituti, legittimando l'amministrazione a revocare la concessione per motivi di pubblico interesse, sebbene la revoca possa riguardare solo il provvedimento di aggiudicazione, e non il contratto di concessione in sé. Questa impostazione altro non è che un retaggio storico della teoria pubblicistica, e ripropone le medesime problematiche proprie della concessione intesa come provvedimento, ovvero un'incertezza in capo al concessionario, il quale – è bene ricordarlo – assume il rischio imprenditoriale della buona riuscita dell'opera o della efficiente gestione del servizio. In definitiva, questa norma del codice assume valore emblematico, proprio perché permette di mostrare la difficoltà per lo stesso legislatore di scindere la dimensione pubblicistica della concessione – la quale indubbiamente risiede del provvedimento di aggiudicazione e ritorna nella predisposizione dell'assetto contrattuale tramite l'imposizione di alcune clausole – da quella privatistica che, nel predisporre adeguate tutele per l'imprenditore, garantisce l'attrattività dello strumento concessorio nei confronti del mercato. In questo senso, allora, le concessioni non sarebbero né accordi amministrativi, né tantomeno provvedimenti, ma contratti che derivano da un precedente procedimento amministrativo, il quale trova la sua conclusione del provvedimento di aggiudicazione.

⁵⁷ S. D'Ancona, *op. cit.*, 601 ss.

5. *L'incompleta privatizzazione della concessione e gli spazi riservati alla sua natura pubblica*

Amnesso che l'inquadramento contrattualistico della concessione sembra – quantomeno a livello di diritto positivo – un dato acquisito, lo sforzo interpretativo deve ora tentare di rintracciare nelle maglie dell'assetto così delineato ciò che resta della natura pubblica della concessione. Non ci si riferisce, in questo caso, agli elementi di disarmonia evidenziati in precedenza, i quali fanno emergere la stessa incertezza del legislatore nell'affrontare la questione, ma ci si muove piuttosto sul piano ermeneutico, al fine di delineare in che modo il perseguimento dell'interesse pubblico possa plasmare dall'interno il contratto di concessione. Un tale percorso permette di mostrare che in materia di concessioni non si è dato libero sfogo ad una «tentazione privatizzante», che si sostanzia in una «totale ed acritica unificazione in chiave privatistica degli strumenti pubblicistici»⁵⁸, quanto ad un meditato percorso che mira a realizzare al meglio l'interesse della pubblica amministrazione all'esternalizzazione di un'attività. D'altra parte, va precisato che un'indagine che miri a rintracciare i residuali aspetti pubblicistici nell'istituto concessorio non si pone in antitesi con la sua qualificazione in termini privatistici: non è questo un tentativo di «coniugare la concezione provvedimentale della concessione-atto e la natura negoziale della concessione-contratto [...] stante l'anacronismo dell'artificiosa visione della concessione quale insieme di atti (provvedimento e contratto) – in teoria superata ma comunque persistente nella prassi – a fronte dell'attuale definizione unionale della concessione quale contratto»⁵⁹, quanto piuttosto una razionalizzazione della stessa teoria contrattuale, finalizzata a stemperarne l'apparente radicalismo.

Anzitutto, già sono stati rilevati due aspetti fondamentali che rendono sensibile il contratto di concessione al perseguimento dell'interesse pubblico: la procedura ad evidenza pubblica che culmina nel provvedimento di aggiudicazione e la possibilità di inserire clausole contrattuali che permettano all'amministrazione di mantenere una posizione di supremazia, al fine di garantire, appunto, l'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera o alla gestione di un servizio. Questi due aspetti rientrano in un inquadramento più ampio, nel quale non viene mai meno l'elemento cardine su cui si fonda la concessione, ovvero che il concessionario sta realizzando un intervento di pubblico interesse. Non si comprende, invero, come questo aspetto possa essere depotenziando tramite una collocazione privatistica della concessione: la gestione efficiente ed economica dell'opera o del

⁵⁸ A. Linguiti, A. Linguiti, *Cosa resta della natura pubblica della concessione?*, in, in M. Cafagno, A. Bortolo, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 108 ss.

⁵⁹ M. Ceruti, *op. cit.* 639.

servizio non rappresenta solo il compenso del concessionario, ma può essere certamente ricondotta al concetto di pubblico servizio⁶⁰. Questo non perché il concessionario sia una *longa manus* della pubblica amministrazione, quanto perché quest'ultima rappresenta la controparte contrattuale e l'intero assetto di interessi governato dal contratto è incentrato sull'*outsourcing* di un servizio di pubblico interesse: in altre parole, la pubblica amministrazione, nello stipulare un contratto di concessione, non attua tanto una delega dell'esercizio delle sue funzioni, ma piuttosto riconosce che tramite una gestione imprenditoriale possa essere realizzato l'interesse pubblico.

In questi termini, la natura dell'interesse pubblico che si vuole realizzare tramite la concessione continua a trasparire anche nella dimensione contrattualistica: questo non solo è emblematico della persistenza di un profilo pubblicistico, ma è anche la risposta più consistente alla critica che proviene da quella parte della dottrina che intende la concessione come un provvedimento. L'«oscillazione pendolare» tra diritto pubblico e diritto privato non si realizza, quindi, nella qualificazione dell'istituto, ma nella stessa attuazione del rapporto obbligatorio: non perché siano garantite automaticamente all'amministrazione delle prerogative particolari, quanto perché l'interesse della collettività, contemplato al tempo della predisposizione dell'assetto contrattuale, rimane sempre in controtuce.

La stessa dimensione interpretativa può rivestire importanza centrale nel valorizzare l'interesse pubblico che l'amministrazione intende realizzare con il contratto di concessione: si può così portare a compimento il ragionamento su cosa resta dell'inquadramento pubblicistico della concessione. Nella dimensione contrattuale la pubblica amministrazione non si garantisce l'esercizio di poteri autoritativi – il quale ha rappresentato il più grande ostacolo all'affermarsi della teoria della concessione provvedimento – ma è indubbiamente ammessa un'interpretazione delle clausole contrattuali e dell'assetto negoziale che, nel tenere conto degli interessi della collettività cui le operazioni del concessionario sono destinate, valorizzi quella che in questo caso può essere definita la dimensione pubblicistica della concessione. Il quadro così delineato permette di soddisfare due esigenze solo apparentemente antitetiche: da una parte la realizzazione dell'interesse pubblico, dall'altra la possibilità per il concessionario di realizzare un utile economico. Infatti solo quest'ultimo elemento mantiene l'attrattività della concessione sul mercato: il rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario è paritetico nella predisposizione dell'assetto contrattuale, sebbene l'interesse pubblico dell'amministrazione alla realizzazione dell'intervento possa emergere sia dalla presenza di particolari clausole, sia nell'orientamento tramite cui interpretare

⁶⁰ *Contra* A. Linguiti, A. Linguiti, *op. cit.*, 112-113.

il contratto⁶¹. Inoltre gli elementi pubblicistici che riguardano la disciplina della scelta del contraente sanciscono l'assenza di una frattura tra diritto pubblico e privato nella materia delle concessioni: come ricorda autorevole dottrina, «ogni attività della pubblica amministrazione, anche quando ad essa è consentito avvalersi degli strumenti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo e deve rispettare principi quali quelli di buon andamento ed imparzialità»⁶².

6. Conclusioni

Per concludere, si può sinteticamente tracciare il quadro del percorso delineato, per poi individuare alcune prospettive di ricerca che possono contribuire a fortificare da un punto di vista logico la teoria contrattualistica, pur sempre senza trascurare la natura pubblica degli interessi coinvolti.

L'influenza comunitaria ha definitivamente sancito il radicamento contrattualistico della concessione, incentrandone la disciplina sul trasferimento del rischio operativo: questo elemento caratterizza la concessione come un istituto che tramite lo sfruttamento delle dinamiche del mercato – in particolare nel rapporto tra il concessionario e l'utenza – permette alla pubblica amministrazione di realizzare un proprio interesse, ovvero quello della soddisfazione di un proprio bisogno cui non sarebbe in grado di provvedere senza affidarsi ad un imprenditore. Su queste premesse e alla luce di un contesto storico nel quale l'impostazione pubblicistica è stata a lungo prediletta per garantire ampie prerogative all'amministrazione, le chiavi di lettura mediante le quali interpretare l'attuale disciplina delle concessioni – sulle quali autorevole dottrina si è concentrata – sembrano due: i rapporti tra Stato e mercato⁶³ e l'utilità dell'armamentario offerto dal diritto contrattuale, entrambi da analizzare nel prisma del perseguimento del pubblico interesse⁶⁴.

⁶¹ Ivi, 118. Gli autori esprimono questa idea, sebbene le loro conclusioni risentano dell'influenza dell'approccio pubblicistico nel concepire il contratto di concessione come uno strumento che non realizzi l'assoluta parità tra le parti: «Può conclusivamente osservarsi che non sussistono ormai con riguardo alla concessione di costruzione di lavori pubblici profili di supremazia che la concedente PA possa perseguire con l'esercizio di poteri autoritativi, ma non pare neppure che lo strumento pubblico concessorio debba definitivamente piegarsi alla pura logica delle regole contrattuali di assoluta pariteticità delle parti del rapporto concessorio, potendosi invece comunque concepire la concessione come uno strumento volto alla soddisfazione del pubblico generale interesse dell'utenza, interesse che comunque, con la scelta della concessione non resta esterno al rapporto concessorio divenendone fondamentale elemento interpretativo idoneo a caricare il concessionario della responsabilità del suo economico e funzionale soddisfacimento».

⁶² R. Caranta, *op. cit.*, 39.

⁶³ E. Picozza, *op. cit.*, 39-40.

⁶⁴ M. Clarich, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 42 ss., 51-52.

Sulla prima questione, nell'ottica del diritto delle concessioni, è stato affermato che lo Stato «adotta, per la propria immagine e funzionamento, le stesse regole del produttore nei confronti del consumatore»⁶⁵: invero, si può ritenere che tramite l'utilizzo della concessione lo Stato si affida ai meccanismi di mercato, sebbene in via indiretta. Infatti non è l'amministrazione ad interfacciarsi direttamente con l'utenza, ma l'imprenditore concessionario risultante dal provvedimento di aggiudicazione: in ogni caso non si può negare che il consumatore, il quale si inserisce quale terzo attore del sistema concessorio, riveste un'importanza fondamentale. L'amministrazione esternalizza un'attività ad un'impresa affinché quest'ultima soddisfi un interesse della collettività, e dunque il rapporto del consumatore con l'autorità pubblica è mediato dalla posizione del concessionario: in prospettiva futura, è proprio in termini di *empowerment* dell'utente-consumatore di servizi offerti nell'ambito di un rapporto di concessione che dovrebbe essere avviata una riflessione. Si condivide, infatti, lo scenario tratteggiato da quella dottrina che individua nel potenziamento del ruolo del cittadino-utente di servizi il passaggio ulteriore e più evoluto della contrattualizzazione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino⁶⁶.

Il secondo nodo problematico attiene pur sempre alla sfera dei rapporti tra Stato e mercato, ma la soluzione risiede, ancora una volta, nell'inquadramento contrattualistico dell'istituto concessorio. In particolare è stato autorevolmente notato che i rapporti di asimmetria tra pubblica amministrazione e impresa – derivanti dall'*expertise* e dalle informazioni detenute dall'impresa – e tra pubblica amministrazione e i suoi stessi dipendenti – che si fonda sull'eventuale inaffidabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici – non necessitano di una regolamentazione asfittica⁶⁷, la quale potrebbe risultare controproducente, ma lo stesso apparato di strumenti forniti dal diritto contrattuale potrebbe garantire risultati soddisfacenti. La buona conduzione della procedura di gara si riverbera inevitabilmente nella fase di esecuzione contrattuale della concessione, ma una proceduralizzazione dettagliata non costituisce una garanzia adeguata per nessuna delle due fasi: lo snodo centrale della questione attiene al controllo *ex post* sulla valutazione di eventuali comportamenti di tipo opportunistico da parte dell'impresa. Anche in questo contesto l'intersecarsi di istanze pubblicistiche e istituti civilistici sembra poter salvaguardare l'interesse pubblico di cui si fa portatrice la pubblica amministrazione. Viene fatto notare, infatti, che nell'eventuale comportamento dell'impresa non corrispondente all'interesse pubblico verrebbe a mancare «proprio lo spirito tipico di un contratto con un interesse comune, di parte-

⁶⁵ E. Picozza, *op. cit.*, 40.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ M. Clarich, *op. cit.*, 47. L'Autore parla di «iper-regolazione della procedura di affidamento».

nariato, quale dovrebbe essere la concessione»⁶⁸: gli istituti privatistici della buona fede e della correttezza potrebbero, da una parte, arginare il rischio di una eccessiva procedimentalizzazione *ex ante*, dall'altra, rappresentare un adeguato parametro *ex post* tramite il quale valutare il comportamento delle parti⁶⁹. Ancora una volta, dunque, l'impiego di strumenti attinenti alla sfera del diritto contrattuale potrebbe rappresentare il veicolo tramite il quale meglio realizzare interessi di carattere pubblico.

In definitiva, si può ritenere che l'attrazione dello strumento della concessione nella sfera privatistica non ne stravolga il ruolo, né lo distolga dal perseguimento dell'interesse pubblico: anzi, il caso emblematico della concessione, così come delineata dal diritto europeo, mostra l'utilità dell'armamentario offerto dal diritto privato che, nell'apertura al mercato nella fase di individuazione del concessionario e in quella di esecuzione, può garantire il perseguimento degli interessi della collettività.

⁶⁸ Ivi, 52.

⁶⁹ Così A. Molinterni, *op. cit.*, 620: «Centrale non è quindi la ponderazione dell'interesse pubblico primario o secondario che fronteggia interessi privati, bensì l'accertamento delle inadempienze dinanzi alle quali emergono solo diritti e obblighi reciproci. In questa prospettiva appare, quindi, inopportuno il richiamo alle categorie dell'autotutela se il principale interesse della p.a è alla legittimità del comportamento del concessionario da un punto di vista della correttezza e della buona fede contrattuale».

Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico

L'articolo si propone di analizzare in prospettiva storica l'evoluzione dello strumento concessorio, nell'ottica del suo controverso inquadramento tra diritto pubblico e diritto privato. Particolare attenzione sarà riservata all'analisi delle ragioni che hanno portato alla prevalenza dell'impostazione contrattualistica e alle conseguenze di questo approccio sull'attuale legislazione. A tal proposito, sarà evidenziato che le norme dedicate alle concessioni contenute nel d.lgs. 50/2016 non sono frutto di una indiscriminata «tentazione privatizzante», ma di un meditato percorso che tiene in primaria considerazione l'interesse dell'amministrazione pubblica all'esternalizzazione di un'attività. Residuano, infatti, degli spazi riservati alla natura pubblica della concessione e, parallelamente, gli stessi strumenti del diritto privato possono rivelarsi cruciali nel garantire il perseguimento dell'interesse pubblico.

The progressive acknowledgement of the contractual nature of concessionary institutions. Investigatory perspectives in the light of the historical evolution of the concession amid the temptation to privatise and pursuit of the public interest

The aim of the article is to analyse the evolution of the concessionary instrument from a historical perspective, in view of its controversial framework in terms of both public and private law. Particular attention will be paid to analysis of the reasons that led to the prevalence of the contractual approach and the consequences of this approach on current legislation. In this regard, it will be highlighted that the rules dedicated to concessions contained in Legislative Decree 50/2016 are not the result of an indiscriminate 'temptation to privatise', but of a pondered process that takes into primary consideration the interest of the public administration in outsourcing activities. In fact, there are spaces reserved for the public nature of the concession and, at the same time, the very instruments of private law may prove crucial to ensuring the pursuit of the public interest.

La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*

Angelo Giuseppe Orofino

SOMMARIO: 1. I percorsi della solidarietà ed il suo riconoscimento nelle carte costituzionali. – 2. Dallo Stato liberale allo Stato sociale: le dimensioni della solidarietà quale strumento perequativo e di attenuazione delle disuguaglianze. – 3. Dalla solidarietà «inclusiva» alla solidarietà «responsabilizzante»: l'evoluzione del principio in funzione della valorizzazione dei doveri collaborativi di cittadinanza. – 4. L'esplosione dei diritti e le difficoltà delle amministrazioni: la solidarietà quale strumento di difesa. – 5. Per una prima conclusione: l'accresciuto rilievo della solidarietà quale espressione della debolezza dell'apparato amministrativo.

1. *I percorsi della solidarietà ed il suo riconoscimento nelle carte costituzionali*

Il rilievo giuridico del principio di solidarietà¹ segue, in gran parte dei Paesi dell'Europa continentale, una evoluzione trainata dal riconoscimento della centralità ordinamentale dell'uomo e della implementazione di nuovi diritti², la cui garanzia è direttamente collegata alla necessità di avere una società più giusta ed equa, e di assicurare condizioni di vita accettabili per tutti i cittadini, anche per quelli appartenenti alle classi più disagiate e meno istruite.

Il percorso di valorizzazione dell'individuo e delle sue esigenze riceve un forte impulso all'esito della conquista, da parte dei ceti meno abbienti, di una cru-

* Il presente scritto deriva da una relazione tenuta, in lingua francese, all'interno del convegno sul tema «*La solidarité dans l'urgence sanitaire et économique. Le rôle de l'administration dans la lutte contre la crise pandémique*», organizzato dalla «Réseau sur le futur du droit administratif», e svoltosi telematicamente presso la Link University of Rome in data 2 luglio 2020.

¹ K.H. Metz, *Solidarität und Geschichte. Institutionen und sozialer Begriff der Solidarität in Westeuropa im 19. Jahrhundert*, in K. Bayertz (a cura di), *Solidarität. Begriff und Problem*, Francoforte al Meno, 1998, 172.

² Sul punto v. A.G. Orofino, *Evolución de los derechos sociales y transformación del paradigma administrativo: el Estado social frente a la crisis económica*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 203, 2020, 323.

ciale importanza nell'organizzazione politica e sociale, che è acquisita soprattutto verso la metà del secolo scorso, a causa di tre fattori fondamentali³.

Certamente un rilievo evidente è da attribuirsi all'introduzione del suffragio universale⁴, grazie al quale anche le masse, prima escluse dalla vita pubblica, hanno potuto influire sulle decisioni assunte dagli organi politici. Ancorché l'estensione del suffragio abbia portato ad una trasformazione importante delle prerogative dei cittadini e ad un mutamento qualitativo della cittadinanza, va evidenziato che l'ampliamento della base elettorale non è stato tanto un fattore di rottura e cambiamento, quanto piuttosto il sugello di una evoluzione già in atto, connessa anzitutto allo sviluppo della struttura sociale⁵, la quale ha seguito itinerari propri ed autonomi rispetto a quelli della mera rappresentanza politica⁶.

Il cambiamento è, poi, accelerato dalla diffusione di strumenti di divulgazione delle notizie⁷, rivelatisi particolarmente importanti nel formare e, in parte, nel plasmare un'opinione pubblica sempre più influente⁸.

Un'ulteriore propulsione alla trasformazione è, infine, data dall'inarrestabile processo di scolarizzazione, che ha portato all'acculturamento di masse un tempo analfabete le quali, all'esito dell'acquisizione di nuove consapevolezze, hanno cominciato a coltivare nuove ambizioni e manifestare nuove pretese, chiedendo che lo Stato si prendesse cura di taluni bisogni che, per la prima volta, hanno acquisito una dimensione pubblicistica, uscendo dalla sfera dell'irrelevanza istituzionale.

³ Su due dei tre presupposti del cambiamento che verranno indicati *infra* (estensione del suffragio e la diffusione degli strumenti di comunicazione) v. P. Leroy-Beaulieu, *L'état moderne et ses fonctions*, III ed., Parigi, 1900, 9: «*En même temps, le progrès moral et intellectuel des ouvriers manuels et des classes les moins fortunées commençait à occuper les législateurs. Le régime parlementaire, l'extension de la presse, le suffrage de plus en plus étendu, puis, vers le milieu de ce siècle, le vote universel, donnèrent des organes sonores et puissants aux doléances des humbles*». Leroy-Beaulieu non parla, invece, del terzo fattore (il percorso di alfabetizzazione) probabilmente perché tale fattore non si era ancora compiuto all'epoca in cui egli scriveva. L'importanza di garantire una adeguata istruzione delle masse non era, però, ignota a Romagnosi, il quale parlava della «effettiva sovranità che solo esercitare si può col sapere», giacché «l'uomo tanto può quanto sa», e pertanto con la maggiore istruzione «la potenza dell'uomo sociale si va pure acquistando di forza» e «da ciò ne derivano i massimi beneficii ai singoli, di modo che l'unità individuale convertita in unità sociale forma lo stato il più perfetto del mondo, delle nazioni, e il sommo bene degli uomini associati» (G.D. Romagnosi, *La scienza delle Costituzioni*, tomo II, Torino, 1848, 232). Nel primo tomo della sua opera, lo stesso autore affermava che «se consideriamo il cittadino come socio e come collega nella sovranità, si sente a mille doppi la necessità d'una primitiva istruzione civica, capace se non a formarlo, almeno ad abilitarlo ai beneficii ed alle funzioni alle quali viene chiamato» (Id., *La scienza delle Costituzioni*, tomo I, Torino, 1848, 195, enfasi dell'autore).

⁴ Non appare necessario ricordare che il voto era uno strumento usato dai ceti più abbienti per la difesa dei propri interessi. In argomento R. Dahl, *Sulla democrazia* (1998), trad. it. Roma-Bari, 2006.

⁵ Nel presente studio non si indagheranno le ragioni politiche e sociologiche del cambiamento, da rinvenirsi anche nella contemporanea spinta di forze del mondo operaio e socialista, nonché di forze di area cattolica, con la diffusione di importanti documenti – come la enciclica *Rerum Novarum* (pubblicata nel 1891 da Leone XIII) – nei quali si invocava una maggiore giustizia sociale.

⁶ In tal senso Secondo M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 56.

⁷ J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), trad. it. Roma-Bari, 2011, 210.

⁸ Per averne riprova si pensi all'uso della radio come strumento di propaganda fatto, da tutte le forze in campo, durante la seconda guerra mondiale, sul quale v. P. Mancini, A. Abruzzese, *Sociologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2007.

L'itinerario appena accennato trova uno snodo fondamentale, a partire dal secondo dopoguerra⁹, con l'approvazione di Carte costituzionali¹⁰ che – recependo il severo monito proveniente da attenta dottrina¹¹ – disegnano sistemi giuridici progressisti, volti a realizzare progetti sociali imperniati intorno alla centralità ordinamentale dell'uomo e delle sue aspirazioni e, quindi, indirizzati a promuovere la crescita e la partecipazione di tutti i cittadini, senza distinzione di classe o di genere¹².

Con le Carte costituzionali, concepite anche come strumento forte di difesa delle libertà e delle comunità, viene quindi invertita la prospettiva tipica dello Stato liberale e viene accantonata la diffusa convinzione che lo Stato dovesse limitare il più possibile il suo campo di azione in ambiti diversi da quelli della garanzia dell'ordine pubblico e della preservazione del corpo sociale¹³, per trovare spazio una nuova idea in ragione della quale l'amministrazione ha il compito di manifestare la sua presenza sempre più direttamente in campo socioassistenziale, con interventi volti a stabilire uguaglianza e giustizia sostanziale, e non solo formale¹⁴.

Nascono, dunque, ordinamenti ispirati ad idee solidaristiche.

⁹ Rileva N. Bobbio, *Elementi di politica*, Torino, 2010, 240, che l'età dei diritti sociali è cominciata dopo la Seconda guerra mondiale, anche se i primordi risalgono alla Costituzione di Weimar del 1919. In argomento v. G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), III ed., trad. it. Roma-Bari, 2011, 61 e 142, cui *adde* Aa.Vv., *Giuristi e Stato sociale*, tomi I e II, Milano, 2017.

¹⁰ S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. I, tomo II, Napoli, 2002, 439, cui *adde* A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 621; M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 123.

¹¹ Cfr. G. Miele, *Umanesimo giuridico* (1945), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1987, 445.

¹² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 45.

¹³ V. Ottaviano, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale* (1988), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, 33.

¹⁴ In argomento è bene notare che già V.E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 266, notava tale cambiamento al quale, però, guardava con una qualche diffidenza, giacché «quando l'amministrazione si applica alla tutela economica, alla cura fisica degli individui, al loro sviluppo intellettuale» svolge compiti che «non sono essenziali alla idea della personalità dello Stato [...] essi possono persino mancare, senza che quella ne sia scossa», laddove «al contrario, uno Stato cui venissero meno i modi di attuare la sovranità [...] non è certamente concepibile» (*op. cit.*, 275). Opinioni discordanti rispetto a quelle manifestate da Orlando erano, invece, espresse da L. von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, Stoccarda, 1870, 140, il quale, dopo aver sottolineato l'importanza della dimensione economica e sociale ai fini della piena realizzazione dell'individuo, ricordava che l'uomo non può compiere il proprio destino contando solo sulla sua forza, senza l'ausilio e l'intervento dello Stato: «Der Staat wird dadurch wieder zunächst ein wirtschaftlicher Körper, und so entsteht der Begriff und Inhalt der Staatswirtschaft, in welcher der Staat für sich als wirtschaftende Persönlichkeit auftritt mit Einnahmen, Ausgaben und Reproduktion, wie der Einzelne. Indem nun der Staat die ihm auf diese Weise hauptsächlich durch die Steuern zur Verfügung gestellten Mittel wirklich verwendet, um jene Bedingungen der wirtschaftlichen Entwicklung jedes Einzelnen herzustellen, ohne welche die letztere nicht möglich ist, entsteht die Volkswirtschaftspflege als dasjenige große Gebiet der inneren Verwaltung, dessen Aufgabe die Entwicklung und Vollendung der Volkswirtschaft durch die organisierte Thätigkeit der Gemeinschaft für diejenigen materiellen Voraussetzungen ist, ohne welche der Einzelne seine wirtschaftliche Bestimmung nicht erreichen kann». Una sintesi interessante ed accurata delle diverse opinioni che gli studiosi di fine Ottocento avevano espresso con riferimento all'espandersi dei compiti statali è in P. Leroy-Beaulieu, *L'État moderne et ses fonctions*, cit., 7.

Ciononostante, il principio di solidarietà non trova sempre *esplicito* riconoscimento nelle norme fondamentali e, quando lo trova, è un riconoscimento talvolta limitato ad alcuni richiami contenuti in pochi articoli¹⁵.

Quanto detto è vero soprattutto nelle Carte meno recenti, rispetto alle quali costituisce una eccezione la Costituzione italiana, che all'art. 2, afferma un ruolo centrale della Repubblica nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, e nel richiedere l'adempimento dei doveri – espressamente definiti come inderogabili dalla stessa Carta – di solidarietà, articolata nelle tre forme della solidarietà politica, economica e sociale¹⁶.

Molto fugaci appaiono le menzioni che alla solidarietà vengono fatte nel preambolo alla Costituzione francese del 27 ottobre 1946¹⁷, dove l'art. 12¹⁸ declina il principio in termini di strumento di reazione, per l'appunto solidale, rispetto ad ipotetiche calamità naturali¹⁹.

Nessun richiamo è, invece, nella *Grundgesetz* tedesca del 1949, come nemmeno nella Costituzione belga che, però, è più datata, in quanto risale al 1831, benché sia stata successivamente riformata più volte.

Maggiore spazio è riservato in alcune Carte approvate negli anni Settanta, come quella lusitana (del 1976)²⁰, e quella spagnola (del 1978)²¹.

Anche nel preambolo della Carta di Nizza si afferma nettamente che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di ugua-

¹⁵ Sul punto v. G. Barone, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2004, 1243.

¹⁶ Va evidenziato che, all'esito della riforma operata con l'art. 5 della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, pure l'art. 119, comma 4, contiene un riferimento esplicito alla solidarietà sociale.

¹⁷ G. Conac, X. Prétrot, G. Teboul (a cura di), *Le préambule de la Constitution de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Parigi, 2001; Y. Gaudemet (a cura di), *Le Préambule de la constitution de 1946*, Parigi, 2009.

¹⁸ N. Jacquinet, *La constitutionnalisation de la solidarité*, in M. Hecquard-Theron (a cura di), *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, Tolosa, 2009, 101.

¹⁹ Recita l'art. 12: «*La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales*».

²⁰ Tale Costituzione si apre con un articolo nel quale si afferma che il Portogallo è una repubblica sovrana, basata sulla dignità della persona ed impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale. Molte menzioni, poi, sono contenute anche in altri articoli della Carta, riferiti alla sicurezza sociale (art. 63), alla tutela ambientale (art. 66), alla creazione di una serie di strutture sociali di sostegno della famiglia e delle esigenze delle persone anziane (art. 67), alla tutela della infanzia (art. 69), all'accesso alle abitazioni (art. 70), alla tutela delle persone disabili (art. 71) ed anziane (art. 72), all'accesso all'istruzione e, soprattutto, alla crescita degli individui che, attraverso la scuola e gli altri mezzi di formazione, possano giungere al superamento delle disuguaglianze economiche, sociali e culturali, e conseguire il pieno sviluppo della persona nello spirito di tolleranza, comprensione reciproca, solidarietà e responsabilità, in funzione del progresso sociale e della partecipazione democratica alla vita collettiva (art. 73), alla gestione dei mezzi della produzione (art. 82), nonché ad una forma di solidarietà particolare tra le regioni e lo Stato, in funzione dell'unitario perseguimento degli interessi di tutti i portoghesi (artt. 225 e 227).

²¹ L'art. 2 della Carta iberica declina il principio quale strumento per garantire una proficua collaborazione tra le comunità autonome che compongono la nazione, quasi articolandola in termini di solidarietà tra gruppi territoriali, che viene ribadita anche dagli artt. 138, 156 e 158. Ulteriori richiami al principio sono nell'art. 45, comma 2, che delinea una solidarietà nella gestione dell'ambientale, in funzione della preservazione delle risorse naturali e della qualità della vita.

glianza e di solidarietà»²², dimostrando così sicura attenzione al tema, come conferma la circostanza che alla solidarietà è, poi, intitolato il capo IV dell'articolato.

Dalla disamina fugace, e necessariamente incompleta, appena compiuta si evince che nelle Carte appena richiamate non sempre vi sono riferimenti *diretti* attenzione al tema della solidarietà.

A parte l'importante eccezione italiana, richiami al principio sono, invece, presenti soprattutto nelle Costituzioni approvate più recentemente, che risentono di una maggiore consapevolezza rispetto al tema, conseguenza anche del dibattito sulla necessità di garantire istituzioni solidali che si è intensificato negli ultimi decenni del secolo scorso²³.

2. *Dallo Stato liberale allo Stato sociale: le dimensioni della solidarietà quale strumento perequativo e di attenuazione delle disuguaglianze*

E però, ancorché le Carte costituzionali più risalenti non siano sempre ricche di richiami *espliciti* o *diretti* al tema della solidarietà, richiami *impliciti* (e chiari) al principio possono essere rinvenuti in tutte quelle norme con cui si provvede al riconoscimento di diritti sociali e si individuano, come fini delle amministrazioni, quelli relativi al rendere una serie di servizi²⁴ e prestazioni di tutela delle fasce svantaggiate²⁵, ovvero si dà una precisa configurazione ai rapporti relazionali, per esempio indicando la fratellanza (che implica la solidarietà²⁶) quale ideale che deve ispirare la convivenza democratica²⁷.

²² K. Abderemane, *L'ancrage de l'engagement des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union : les principes de loyauté et de solidarité*, in L. Potvin-Solis (a cura di), *Le statut d'État membre de l'Union européenne : Quatorzièmes Journées Jean Monnet*, Bruylant, 2018, 205.

²³ E. Denninger, *Verfassungsrecht Und Solidarität*, in *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft*, 1995, 78, 1, 7; J. Knetsch, *La solidarité nationale, genèse et signification d'une notion juridique*, in *Revue française des affaires sociales*, 2014, 1, 32.

²⁴ U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; I.M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico* (1986), ora in A. Barone (a cura di), *I.M. Marino. Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, 2015, 297, cui adde, con specifico riferimento ai profili della solidarietà nello svolgimento dei servizi, V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

²⁵ E. Denninger, *Solidarität als Verfassungsprinzip. Ideengeschichtlicher Hintergrund und moderne Deutungsversuche*, in *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft*, vol. 92, 2009, 1, 20: «Das Wort „Solidarität“, oder auch als Adjektiv: „solidarisch“, kommt im deutschen Grundgesetz nicht vor. Anderes gilt für den „Sozialstaat“, der als unmittelbarer verfassungsrechtlicher Ausdruck des sozialphilosophischen Solidaritätsprinzips angesehen wird. Er kommt immerhin als „sozialer Bundesstaat“, in Art. 20 Abs. 1 GG und als „sozialer Rechtsstaat“ in Art. 28 Abs. 1 GG vor».

²⁶ Osserva che «la Fraternité postule aussi la Solidarité» S. Arne, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité*, in *Revue du droit public*, 1993, 459 e spec. 475. Afferma che la fraternità «torna ad emergere come uno dei principi vivificatori della società democratica» F. Benvenuti, *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni* (1997), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 2006, 4491 e spec. 4496, il quale certamente aveva bene a mente le teorie di J. Rawls, *A theory of Justice*, edizione rivista, Cambridge, 1999, 90: «Fraternity does imply [...] a sense of civic friendship and social solidarity».

²⁷ Un espresso riferimento alla «fraternité» è contenuto nel secondo capoverso del preambolo alla Costituzione francese del 4 ottobre 1958.

Come già accennato, la enunciazione di compiti di promozione sociale va di pari passo con la valorizzazione della dimensione sociale dell'individuo, la quale riceve nuove e articolate forme di protezione²⁸.

Oggetto della tutela apprestata dai costituenti non è più solo la libertà del cittadino o la sicurezza sua, e dei beni che egli possiede, né la semplice garanzia dei suoi diritti politici e partecipativi.

È, piuttosto, il riconoscimento di posizioni che fanno capo all'individuo in quanto membro di un gruppo nel quale si svolge la sua personalità ed all'interno del quale egli aspira ad ottenere una piena realizzazione²⁹: tale realizzazione, soprattutto per le fasce meno abbienti della popolazione, passa attraverso un intervento statale volto a rimuovere ogni ostacolo (di carattere politico, economico o sociale), che impedisca a ciascuno di realizzarsi come meglio crede, ed appagare le proprie aspirazioni e vivere una vita qualitativamente migliore³⁰.

La promozione di una proiezione relazionale del cittadino è, del resto, chiaramente evincibile da una serie di programmi politici enunciati intorno alla metà del secolo scorso, come quello esposto da Roosevelt nel celebre discorso sullo stato dell'Unione, da egli pronunciato il 6 gennaio 1941 in occasione del messaggio annuale al Congresso³¹, ovvero quello attuato in Inghilterra con il «Rapporto Beveridge»³², ed è stimolata anche da progetti riformatori esortati dalle autorità ecclesiastiche mediante l'enciclica *Quadragesimo Anno*, pubblicata da Pio XI nel 1931.

Il progetto politico di riequilibrio delle disuguaglianze e di tutela dei ceti meno abbienti ha portato a profonde modifiche nel mondo del diritto pubblico³³ e delle amministrazioni stesse, con l'accrescimento di compiti di tutela del benessere e di promozione sociale, dei quali lo Stato ha iniziato a farsi carico anche attraverso l'ampliamento dell'apparato organizzativo e il ricorso a strumenti privatistici, con conseguente frammentazione e trasformazione dei modelli amministrativi³⁴.

In questa prima fase, l'attuazione dei progetti delineati dalle Carte costituzionali, si è avuta anzitutto per mezzo della implementazione di forme di *welfare*

²⁸ P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017, 637.

²⁹ C. Mortati, *Commento all'art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 1.

³⁰ V. Cerulli Irelli, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Democrazia e diritto*, 2005, 4, 57; B.G. Mattarella, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359.

³¹ J.A. Engel (a cura di), *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the Evolution of an American Idea*, New York, 2016.

³² Il riferimento è al «*Social Insurance and Allied Services*» scritto dall'economista William Beveridge, sul quale, anche per ulteriori informazioni, v. N. Whiteside, *The Beveridge Report and Its Implementation: a Revolutionary Project?*, in *Histoire@Politique*, vol. 24, 2014, 3, 24. In argomento v. anche D. Fraser, *The Evolution of the British Welfare State*, V ed., Palgrave, London, 2017.

³³ J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, 659, osserva che «*la crise du droit moderne [est] étroitement liée à l'avènement de l'État providence*».

³⁴ A.G. Orofino, *Evolución de los derechos sociales y transformación del paradigma administrativo*, cit., 331.

state, che hanno trovato il loro solido fondamento nelle disposizioni con le quali negli ordinamenti è stata assicurata la tutela di vari diritti sociali.

Non vi è dubbio che la riconduzione, tra i compiti dello Stato, dei bisogni dell'uomo e della loro soddisfazione, è certamente da considerarsi una delle (più evidenti) declinazioni del principio di solidarietà³⁵.

Una solidarietà riservata dalle amministrazioni verso i bisognosi, in funzione della tutela della dignità e delle condizioni di vita dei più svantaggiati e, quindi, garantita all'individuo in stato di necessità, in funzione della ricerca di una sempre maggiore giustizia sociale³⁶.

3. *Dalla solidarietà «inclusiva» alla solidarietà «responsabilizzante»: l'evoluzione del principio in funzione della valorizzazione dei doveri collaborativi di cittadinanza*

Accanto alla declinazione di cui si è detto, però, già sul finire del diciannovesimo secolo si era fatta strada l'idea della sussistenza di un'ulteriore articolazione del principio: quella volta a porre sull'individuo (non solo dei diritti, ma anche) dei doveri di attuazione di comportamenti solidali³⁷.

Non vi è unicamente una solidarietà «inclusiva»³⁸, cioè *passivamente* ricevuta dall'individuo quale ausilio fornitogli dalle istituzioni al fine combattere situazioni di esclusione sociale o di difficoltà, ascrivibili alla posizione sociale del cittadino, ovvero a vicende contingenti delle quali il singolo sia stato vittima, come catastrofi naturali, incidenti o attentati terroristici³⁹.

³⁵ S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, IV ed., Roma-Bari, 2014, 20.

³⁶ Si legge in C. cost., 28 aprile 1992, n. 202, che le attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli in situazione di difficoltà, sono «riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall'art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo e il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale e che, pertanto, dev'essere congiuntamente perseguito, nel rispetto delle correlative competenze costituzionali, dallo Stato, dalle regioni e dalle province autonome».

³⁷ M.-C. Blais, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Parigi, 2007.

³⁸ È esplicito il riferimento alle teorie sulla inclusione sociale formulate da N. Luhmann, *Teoria politica nello Stato del benessere* (1981), trad. it. Milano, 1983. Preferisce parlare di «*solidaridad prestacional o igualitaria*» G. Real Ferrer, *La solidaridad en el derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 2003, 161, 123 e spec. 141 e 163, che nella sua ricerca procede ad una classificazione in parte differente rispetto a quella enunciata nell'odierno contributo, ma limitata all'analisi di quelle forme solidaristiche che hanno ad oggetto prestazioni sociali, senza prendere in considerazione le tipologie di solidarietà che comportano il sorgere di doveri in capo ai privati. Distingue tra solidarietà «fraterna» (che «opera come modo doveroso e cooperante, da parte dei cittadini, nell'adempimento delle loro varie solidarietà») e solidarietà «paterna», cioè la solidarietà pubblica e statale, S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 1. Su questi temi v., poi, E.J. Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el Ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002; F. Fernández Segado, *La solidaridad como principio constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, 30, 139.

³⁹ C. cost., 18 aprile 2019, n. 98, parla di «dovere inderogabile di solidarietà – che appartiene ai principi generali nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione – [e] trova un elettivo campo di

Vi è anche una solidarietà che il singolo è *attivamente* tenuto ad attuare nei confronti degli altri soggetti ordinamentali e, non di rado, è accompagnata da forme di responsabilità⁴⁰.

È questa ultima una declinazione, di ispirazione mazziniana⁴¹ e durkheimiana⁴², poi ripresa anche da Pesch⁴³, che non era ignota alla scienza giuridica, ed

applicazione in normative che realizzano specifiche fattispecie di socializzazione del danno, soprattutto alla persona» (corsivo aggiunto).

⁴⁰ In argomento G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 358, il quale dopo aver ricordato «il dovere di solidarietà che accompagna le libertà dell'uomo», sottolinea che «l'espressione collettiva o sociale della propria libertà si coglie invero nella responsabilità». Accosta la solidarietà alla responsabilità anche T. Font i Llovet, *Hacia la «escala» de la responsabilidad: primer paso, la anulacion de actos discrecionales*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2000, 106, 237. Come si vedrà *infra*, l'accostamento tra solidarietà e responsabilità è oggi sempre meno infrequente. Non appare, però, superfluo notare che tale accostamento, ancorché analizzato da una prospettiva prettamente cristiana, era stato già segnalato in H. Pesch, *Ethik und Volkswirtschaft*, Friburgo in Brisgovia, 1918, 99: «*Sondern allein die christliche Solidarität, die, durch Gewissenspflicht und das Bewußtsein der Verantwortlichkeit vor Gott gestützt, zur Selbstverleugnung gestählt ist, kann den einzelnen dazu führen, sein Privatinteresse dem Interesse der staatlichen Gesamtheit und seines Standes dauernd unterzuordnen, kann das Organisations- und Parteiwesen vor selbststüchtig einseitiger Interessensolidarität bewahren und das Sonderinteresse der Gruppe, des Standes, der Klasse unter das durch die Sodalität der höheren Gemeinschaft geforderte Gesamtinteresse beugen*».

⁴¹ Conviene ricordare che, in un libro pubblicato nel 1860, Giuseppe Mazzini teorizzava la costruzione di una società basata non solo sul riconoscimento di diritti dell'individuo, ma anche di doveri strettamente correlati con tali diritti, e fondati su ideali di fratellanza e solidarietà: «L'idea di chi vorrebbe, in nome della libertà, fondar l'anarchia e cancellar la società per non lasciare che l'individuo co' suoi diritti, non ha bisogno, con voi, di confutazione da me; tutto il mio lavoro combatte quel sogno colpevole che rinnega progresso, dovere, fratellanza umana, solidarietà di nazioni, ogni cosa che voi ed io veneriamo» (G. Mazzini, *I doveri dell'uomo*, Londra, 1860, 122).

⁴² Cfr. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Parigi, 1893, *passim*, il quale individua nella solidarietà il collante delle società. Afferma Durkheim che «*l'égalité dans les conditions extérieures de la lutte n'est pas seulement nécessaire pour attacher chaque individu à sa fonction, mais encore pour relier les fonctions les unes aux autres*» (op. cit., 427), ed aggiunge che «*nous pouvons donc dire d'une manière générale que la caractéristique des règles morales est qu'elles énoncent les conditions fondamentales de la solidarité sociale. Le droit et la morale, c'est l'ensemble des liens qui nous attachent les uns aux autres et à la société, qui font de la masse des individus un agrégat un et cohérent. Est moral, peut-on dire, tout ce qui est source de solidarité, tout ce qui force l'homme à compter avec autrui, à régler ses mouvements sur autre chose que les impulsions de son égoïsme, et la moralité est d'autant plus solide que ces liens sont plus nombreux et plus forts. On voit combien il est inexact de la définir, comme on a fait souvent, par la liberté; elle consiste bien plutôt dans un état de dépendance. Loin qu'elle serve à émanciper l'individu, à le dégager du milieu qui l'enveloppe, elle a au contraire pour fonction essentielle d'en faire la partie intégralité d'un tout et, par conséquent, de lui enlever quelque chose de la liberté de ses mouvements*» (op. cit., 448). Sul pensiero di Durkheim v. J.L. Monereo Pérez, *El pensamiento político-jurídico de Durkheim: solidaridad, anomia y democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, 10, 387.

⁴³ Cfr. H. Pesch, *Lehrbuch der Nationalökonomie*, Friburgo in Brisgovia, 1905, il quale, nella sua opera più famosa, teorizza una società fondata su di una reciproca e solidale interdipendenza degli uomini che la compongono: «*Das Prinzip der Solidarität sagt indes mehr. Es nimmt Bezug auf den natürlichen, von Gott gewollten Zweck des gesellschaftlichen Lebens. Dieser Zweck besteht in nichts anderem als in dem Wohl aller Beteiligten. Unterordnung unter ein gesellschaftliches Ganze mit Rücksicht auf den Zweck des Ganzen, auch positives Zusammenwirken für diesen Zweck, der mittelbar die einzelnen beglückt, – das ist die Solidarität als Grundsatz, als sittliche Pflicht*» (op. cit., 30, enfasi dell'autore). Il pensiero di Pesch sarà ribadito anche in data successiva: Id., *Ethik und Volkswirtschaft*, cit., 108: «*Die Erwerbsarbeit gewinnt einen gesteigerten Wert, wenn ihr Ergebnis in brüderlicher Solidarität verwertet wird. [...] Auch in sozialer Hinsicht ist das Almosen keine absolute Größe. Sozial wie sitlich besser als Almosen bleibt, wie gesagt, für Arbeitsfähige die Verschaffung von Arbeitsgelegenheit; besser als das*

anzi era stata già teorizzata da alcuni importanti autori come Léon Bourgeois e Leon Duguit.

Il primo, parlando del tema in un significativo volumetto pubblicato nel 1896, affermava risolutamente che «*il y a entre chacun des individus et tous les autres un lien nécessaire de solidarité ; c'est l'étude exacte des causes, des conditions et des limites de cette solidarité qui seule pourra donner la mesure des droits et des devoirs de chacun envers tous et de tous envers chacun, et qui assurera les conclusions scientifiques et morales du problème social*»⁴⁴.

La solidarietà, dunque, diviene per Bourgeois misura dei diritti, ma anche dei doveri.

Del dovere, per l'appunto, di attuare comportamenti solidali, che sono vieppiù esigibili in quanto la solidarietà diventa il cemento della società, come teorizzato da Duguit⁴⁵, il quale sviluppa in ambito giuridico le idee già esposte da Durkheim, ed afferma che l'attuazione della solidarietà obbliga a non intraprendere azioni che possano nuocere alla collettività⁴⁶.

Pare di trovare in queste parole una preconizzazione del principio, per come delineato dall'art. 2 della Costituzione italiana e nell'art. 73 di quella portoghese.

L'art. 73, comma 2, della Carta lusitana⁴⁷, in particolare, parla dello sviluppo della persona e dei suoi diritti inviolabili, e significativamente correla la tutela dell'individuo alla promozione della educazione⁴⁸ (che, viene detto, contribuisce al superamento delle diseguglianze), ma anche alla maturazione dello spirito di tolleranza, alla comprensione reciproca, alla solidarietà e alla responsabilità, al progresso sociale e alla partecipazione democratica alla vita collettiva. La norma por-

nachfolgende Almosen ist die voraussehende Sorge zur Verhütung der Armut, sei es durch sozialpolitische Gesetze und Einrichtungen oder durch Ermöglichung der Selbsthilfe oder durch persönliche Fürsorge.

⁴⁴ L. Bourgeois, *Solidarité*, Parigi, 1896, 15, il quale osserva anche che «*le mot de solidarité n'est entré que depuis peu d'années dans le vocabulaire politique*», e ciononostante «*aujourd'hui, le mot de solidarité paraît, à chaque instant, dans les discours et dans les écrits politiques*» (op. cit., 5 s).

⁴⁵ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat, le droit et l'Etat, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, IV ed., Parigi, 1923, 8 e 10, che arriva ad affermare: «*La société ne subsiste que par la solidarité qui unit entre eux les individus qui la composent*».

⁴⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel. Tome deuxième. La théorie générale de l'Etat*, III ed., Parigi, 1928, 60: «*Tout particulier est obligé d'employer ses aptitudes propres à la réalisation de la solidarité sociale [...] Les gouvernements sont eux aussi obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité sociale*».

⁴⁷ Si riporta qui di seguito il testo dell'art. 73, comma 2: «*O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva*».

⁴⁸ L'importanza della educazione alla solidarietà è segnalata da L. Carlassarre, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 1, 44 e spec. 61. In argomento v. anche F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, 16 e *passim*, il quale parla di un dovere (oltre che un diritto) di istruirsi, così che ciascuno possa contribuire – attraverso la propria educazione – alla crescita collettiva, «riducendo al contempo i rischi che l'individuo pesi eccessivamente sulla società».

toghese, dunque, enfatizzando il legame tra responsabilità e solidarietà, sottolinea la dimensione collettiva e, per così dire «corrispettiva», dei principi solidaristici.

Una idea non dissimile è anche tracciata dall'art. 2 della Costituzione italiana, che, pur nella sua vaghezza e programmaticità⁴⁹, parla della solidarietà in termini di *dovere inderogabile*, che quasi si contrappone ai *diritti inviolabili* dell'uomo, tutelati dallo stesso articolo, e riconosciuti dalla Repubblica.

Dalla lettura della disposizione, dunque, si ricava l'impressione che la solidarietà sia relazionata più con la tematica dei doveri o, quanto meno, dei comportamenti (moralmente, quando non giuridicamente) esigibili nei confronti dell'individuo, rispetto a come lo sia con il tema dei diritti e, dunque, delle pretese che il soggetto ha nei confronti dell'ordinamento⁵⁰.

Ai comportamenti esigibili è riconducibile anzitutto quello indicato dall'art. 4, comma 2, Cost., secondo il quale «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Ancorché la disposizione in parola sia contenuta in un articolo dedicato innanzitutto alla tutela del lavoro, non appare dubitabile che essa vada riferita ad ogni tipo di attività (ancorché non prettamente qualificabile come lavorativa⁵¹) che sia idonea a garantire la crescita delle comunità di appartenenza, giacché «al dovere di contribuire con la propria attività al progresso della società ciascun cittadino può assolvere in una molteplicità di modi e forme»⁵².

Nel chiarire il senso della prescrizione riportata dall'art. 4, comma 2, Cost., si è affermato che essa si riferisce innanzitutto «al dovere, e non al diritto, di svolgere una attività o una funzione nell'interesse sociale»⁵³, sicché il titolo commisurativo del rilievo del cittadino deve essere desunto dalle sue capacità e dal suo

⁴⁹ G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 7, afferma che, nell'approvare il testo dell'art. 2 Cost., l'Assemblea «fu unanime nell'attribuire all'articolo un significato prevalentemente filosofico e moralistico».

⁵⁰ C. Carbone, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 88.

⁵¹ I.M. Marino, *Prime considerazioni su diritto e democrazia* (2010), ora in A. Barone (a cura di), *I.M. Marino. Scritti giuridici*, vol. II, cit., 1475, e spec. 1499, dove si legge: «Democrazia e diritto si legano in un rapporto umano: la Costituzione ci rassegna così un diritto che aspira alla liberà dell'uomo e ad identificarsi nel rapporto umano, a riconoscere da uomini liberi la necessità di condividere delle regole e di concorrere al progresso materiale e spirituale della società con lo svolgimento di un'attività o una funzione che si ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta (articolo 4, secondo comma, della Costituzione; norma troppo a lungo erroneamente intesa come dovere al lavoro, anziché come impegno di solidarietà umana)». In termini G.M. Lombardi, *Contributo allo studio*, cit., 52 e 448; G. Berti, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 124; V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico* (1988), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, 1992, 53; G. Berti., *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, 79 e spec. 101; Id., *La responsabilità pubblica*, cit., 357.

⁵² C. cost., 19 novembre 2015, n. 236.

⁵³ C. cost., 23 marzo 1960, n. 12.

impegno nell'assolvere tale funzione⁵⁴, non già da posizioni acquisite senza merito del soggetto che ne beneficia⁵⁵.

L'art. 2 della Costituzione, pertanto, consacra una «primigenia vocazione sociale dell'uomo»,⁵⁶ la quale appare derivare «dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini»; tale vocazione finisce per essere «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa», così che quello appena enunciato costituisce «un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione *tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico*, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente», e conduce «al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che [...] tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità»⁵⁷.

Si è, altresì, affermato che il «principio di solidarietà espresso nell'art. 2 della Costituzione, le cui virtualità trascendono l'area degli «obblighi normativamente imposti», [e chiama] la persona ad agire non solo per imposizione di una autori-

⁵⁴ Può essere utile ricordare che secondo una parte della dottrina l'art. 4, comma 2, Cost. porrebbe un dovere precipuamente morale (P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 148), laddove altra dottrina ha ritenuto che la norma individui un vero e proprio dovere giuridico (G.M. Lombardi, *Contributo allo studio*, cit. 456).

Sulla distinzione tra doveri giuridici e doveri morali E. Betti, *Dovere giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 56.

In argomento, poi, v. F. Pizzolato, C. Buzzacchi, *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubb.*, III Agg., Torino, 2008, 319, che, nel dare una definizione dei doveri pubblici, affermano che «sono quei doveri cui corrisponde una pretesa dello Stato stesso o in cui, secondo altra ricostruzione che rilegge tale categoria alla luce della democratizzazione dell'ordinamento, il singolo sarebbe soggetto passivo rispetto alla collettività, soggetto attivo».

Cfr., poi, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Napoli, 1989, 105, il quale ricorda che «molti doveri non vengono imposti a vantaggio di particolari soggetti, bensì nell'interesse della comunità sociale non soggettivizzata». In termini F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1.

⁵⁵ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, IX ed., Padova, 1975, 157.

⁵⁶ In tal senso G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 371, che mette in luce come l'attuazione di politiche e comportamenti improntati alla solidarietà sia strumentale alla garanzia della coesione sociale. Simili riflessioni, ancorché riferite al contesto francese, in G.J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *Droit du service public*, IV ed., Issy-les-Moulineaux, 2016, 583.

⁵⁷ Tutte le frasi virgolettate innanzi riportate sono tratte da C. cost., 28 febbraio 1992, n. 75.

tà, ma anche per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»⁵⁸.

La Costituzione, pertanto, consacra una profonda socialità dell'individuo, che dal confronto della comunità trae le risorse (non solo economiche) per lo sviluppo del proprio essere, ma che verso quella stessa comunità è, con spirito di *reciprocità*⁵⁹, chiamato ad assumere delle responsabilità⁶⁰. La stessa norma che riconosce diritti inviolabili, dunque, statuisce anche dei doveri inderogabili⁶¹, con conseguente fondamento etico degli stessi diritti, la cui fruizione deve essere *responsabile*.

In tal senso appare significativo quanto affermato in una nota sentenza dalla Corte costituzionale, che ha parlato degli apolidi residenti in Italia ritenendoli «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri», ed aggiunto che la comunità accoglie e accomuna tutti coloro che ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto indicato dall'art. 2 della Costituzione⁶²: gli obblighi di solidarietà facenti capo sull'individuo sono, dunque, quasi una contropartita dei diritti inviolabili ad egli riconosciuti dalla Carta, con i quali costituiscono un *unicum* che fonda e giustifica la socialità⁶³.

La Costituzione non offre una chiara enunciazione dei doveri derivanti dall'applicazione dell'art. 2 Cost.: anche chi ha proceduto ad una elencazione dei doveri tracciati dalla Carta, ha faticato a procedere ad una diretta riconduzione alle esigenze di solidarietà sociale⁶⁴.

Appare dunque condivisibile l'idea di chi ha ritenuto che l'art. 2 Cost. ponga un elenco aperto di doveri che, come clausola generale, può essere completato dal legislatore, ma anche dalla giurisprudenza⁶⁵, la quale – attuando il precet-

⁵⁸ C. cost., 16 luglio 2004, n. 228; in termini Id., 26 giugno 2020, n. 131.

⁵⁹ Sulla «solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività» si sofferma C. cost., 22 giugno 1990, n. 307, che fonda su tale corresponsività sia l'adozione – per ragioni di tutela della salute collettiva – di norme che prevedano l'imposizione di determinati trattamenti sanitari obbligatori, sia anche il diritto del singolo ad un equo ristoro del danno eventualmente patito all'esito dell'effettuazione di tale trattamento.

⁶⁰ G. Berti, *La responsabilità pubblica*, cit., 357.

⁶¹ R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007.

⁶² C. cost., 18 maggio 1999, n. 172.

⁶³ In argomento v. C. cost., 17 dicembre 2013, n. 309, che configura la solidarietà «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente».

⁶⁴ C. Carbone, *I doveri pubblici*, cit., 93: «Dei vari doveri individuali regolati specificamente dalla Costituzione [...] anche se alcuni possono riportarsi, in relazione al loro contenuto, al principio di solidarietà, altri esulano da esso». In argomento v. F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 211; E. Rossi, *Commento all'art. 2*, in D. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 38; L. Carlassarre, *Solidarietà: un progetto politico*, cit., 641.

⁶⁵ Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, che parla dell'art. 2 come disposizione non riferita esclusivamente ai soli diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione, ma aperta ad un processo evolutivo, che consenta all'interprete di rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana.

to costituzionale – individui nuovi orizzonti per l'affermazione di rinnovati doveri di solidarietà⁶⁶.

4. *L'esplosione dei diritti e le difficoltà delle amministrazioni: la solidarietà quale strumento di difesa*

Se dalla configurazione teorica si passa all'attuazione pratica, si evince che l'uso più importante, e statisticamente più rilevante, del principio di solidarietà in termini di dovere è stato fatto soprattutto nei rapporti interprivatistici, nei quali spesso è stato invocato per fondare un generale obbligo di tolleranza che la convivenza impone, e rende non risarcibili pregiudizi connotati dal carattere della futilità⁶⁷.

Si è altresì fatto ricorso alla solidarietà usandola come parametro per annullare alcune sperequazioni che caratterizzino vicende contrattuali⁶⁸, oppure affiancandola a canoni come la correttezza e la buona fede, non tanto come criterio di applicazione diretta, quanto piuttosto come strumento esegetico volto a rafforzare una idea interpretativa secondo la quale i rapporti negoziali debbono essere improntati al rispetto di un contegno leale, che deve manifestarsi nel corso di ogni fase di svolgimento del rapporto obbligatorio⁶⁹, ed impone a tutte le parti di agire in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi dell'altra⁷⁰.

⁶⁶ A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 50; S. Rodotà, *Solidarietà*, cit., 42. In argomento v. anche A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 55, il quale ritiene che non sia possibile considerare aperto il «catalogo dei doveri» derivanti dall'art. 2 Cost., che «sono solo quelli espressamente risultanti dal testo costituzionale», fatta salva la possibilità che il legislatore ordinario ne individui di ulteriori.

⁶⁷ Cass., sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133.

⁶⁸ C. cost., 24 ottobre 2013, n. 248, che, offrendo una interpretazione dell'art. 1418 c.c. alla luce del precetto recato dall'art. 2 Cost., afferma che la norma consente di dichiarare la nullità di una clausola negoziale che riflette un regolamento degli opposti interessi non equo e gremente sbilanciato in danno di una parte.

⁶⁹ Già in Cass. 5 gennaio 1966, n. 89 si sostiene che la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito col proposito doloso di recare pregiudizio, ma anche quando il suo comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede.

⁷⁰ In tal senso v. Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, dove si ritiene che nella determinazione del prezzo di un bene, l'impresa è vincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale nel rispetto di eventuali clausole contrattuali non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, *applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto* (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Siffatta regola è stata ribadita dalla Corte della nomofilachia in numerose occasioni, anche recenti: v. Id., sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362; Id., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511; Id., sez. VI 26 settembre 2018, n. 23069.

In attuazione dell'obbligo di correttezza si è ritenuto, ad esempio, che gravi sui contraenti il dovere di utilizzare una prudente cautela nella gestione reciproca dei rapporti, così da evitare, con l'uso di una ragionevole diligenza, il prodursi o l'aggravamento di danni altrimenti evitabili⁷¹, ovvero di fare un utilizzo dei beni comuni improntato al costante contemperamento delle prerogative di tutti i proprietari⁷².

E però, se si passa ad analizzare quanto accade sul versante pubblicistico, si ricava l'impressione che la solidarietà sia stata storicamente vista soprattutto nella forma che si è scelto di definire come «inclusiva», cioè come diritto ad usufruire di prestazioni sociali di vario genere e tipologia⁷³.

Questo tranne per le specifiche ipotesi in cui determinati comportamenti fossero espressamente richiesti da norme specifiche come, ad esempio, può accadere in materia di svolgimento delle funzioni elettorali⁷⁴, o per il dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva⁷⁵, o per l'obbligo di sottoporsi alle vaccinazioni obbligatorie⁷⁶, oppure per l'astenersi dall'attuazione di condotte corruttive⁷⁷.

Per avere una comprova empirica di quanto appena detto, basti notare che nei principali manuali di diritto amministrativo del secolo scorso quasi mai si include un richiamo alla solidarietà tra i principi generali del diritto amministrativo⁷⁸, ed anche negli studi condotti dalla scienza amministrativistica non è fre-

⁷¹ Cass., sez. VI, 18 febbraio 2020, n. 4129.

⁷² Trib. Firenze, sez. II, 6 marzo 2018.

⁷³ In tal senso vanno intese anche le disposizioni volte a stabilire una solidarietà interterritoriale, mediante l'equa allocazione delle risorse aggiuntive a favore di determinate amministrazioni (sul punto, tra le molte, v. C. cost., 16 gennaio 2004, n. 16). In argomento v. D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

⁷⁴ C. cost., 26 febbraio 1981, n. 35

⁷⁵ C. cost., 18 febbraio 1992, n. 51, dove si legge: «Alla luce dei principi costituzionali, infatti, l'evasione fiscale costituisce in ogni caso una "ipotesi di particolare gravità", per il semplice fatto che rappresenta, in ciascuna delle sue manifestazioni, la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta, quindi, la violazione di uno dei "doveri inderogabili di solidarietà", sui quali, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giustizia sociale». In termini Id., 6 luglio 2000, n. 260.

⁷⁶ C. cost., 26 febbraio 1998, n. 27; Id., 22 giugno 2000, n. 226; Id., 16 ottobre 2000, n. 423.

⁷⁷ G.M. Racca, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2017, 208. In altra occasione, la stessa autrice mette in luce che «la mancanza d'integrità compromett[e] in particolare i diritti fondamentali dell'individuo, e viol[a] il vincolo di solidarietà sociale» G.M. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 345.

⁷⁸ Non appare inopportuno evidenziare che anche nell'importante volume di M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, non vi sono scritti dedicati all'approfondimento del principio di solidarietà.

quente il riferimento a tale parametro⁷⁹, al punto che l'oblio destinato allo studio del principio non ha mancato di suscitare meraviglia da parte di taluni studiosi⁸⁰.

Ulteriore prova empirica può essere tratta mediante una indagine effettuata nelle banche dati che contengono la giurisprudenza dei Tar e del Consiglio di Stato: l'esito di tale ricerca dimostrerà come l'uso del parametro sia divenuto (appena) più frequente nell'ultimo quindicennio.

Prima di allora, quando si è accennato alla solidarietà con specifico riguardo ai rapporti tra cittadino ed enti pubblici, lo si è generalmente fatto per parlare di prestazioni che debbono essere erogate dalle amministrazioni, ovvero per esaltare la funzione promozionale del principio, accolta anche dalla Consulta⁸¹, che incita i privati a comportamenti volontaristici e solidali⁸², ma senza individuare una specifica connotazione di doverosità (oltre che morale, anche) giuridica.

Non vi è stata, al contrario, particolare attenzione pratica verso i doveri pubblicistici di solidarietà gravanti su privati ed amministrazioni nello svolgimento dei reciproci rapporti, e si è ritenuto problematico l'uso diretto di tale principio da parte del giudice e delle amministrazioni⁸³, come criterio guida o parametro per l'effettuazione del sindacato sulla giuridicità di liberi comportamenti individuali, *illeciti* nella misura in cui non ispirati ad un responsabile esercizio delle proprie prerogative, ed al rispetto dei criteri solidaristici⁸⁴.

Secondo una risalente giurisprudenza costituzionale, del resto, solo al legislatore, nell'esercizio della sua sfera di discrezionalità, competerebbe sia l'individuazione dei doveri inderogabili di solidarietà cui i cittadini sono tenuti, sia dei modi e dei limiti relativi alla concretizzazione di tali doveri.

Peraltro, la stessa Consulta, dopo aver dubitato del carattere direttamente precettivo della norma dell'art. 2 Cost. nella parte in cui richiede l'adempimento

⁷⁹ È, però, doveroso ricordare che interessanti cenni alla solidarietà sono contenuti in C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 157; G. Berti, *Diritto e Stato*, cit., 124; F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva* (1994), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., 869 e spec. 927; G. Berti, *La responsabilità pubblica*, cit., 358. In argomento v. anche F. Manganaro, *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 113, il quale pone la solidarietà come fondamento del dovere di buona fede. Il pensiero di Manganaro è stato condiviso solo parzialmente da F. Merusi, *Introduzione*, in Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 7, ad opinione del quale la «solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art. 2 Cost., se può implicare casi di tutela dell'affidamento, non copre tutta l'area sulla quale si estende l'«integrazione» della buona fede sul diritto legislativo, e neppure quella riferita alla tutela dell'affidamento.

⁸⁰ G. Real Ferrer, *La solidaridad en el derecho administrativo*, cit., 137: «*Resulta sorprendente la brutal caída en desuso de la idea de solidaridad para explicar algunas de las relaciones que se producen en el interior de las organizaciones políticas y, en concreto, para ponerla en relación al Derecho público*».

⁸¹ Cfr. C. cost., 28 dicembre 1995, n. 519: «Le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà». In termini Id. nn. 228/2004 e 131/2020.

⁸² M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, 2008.

⁸³ C. Carbone, *I doveri pubblici*, cit., 289.

⁸⁴ F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 258.

dei doveri di solidarietà, ha affermato che – ove pure si voglia ammettere che fra questi rientri anche quello di promuovere o sollecitare l'altrui concorso in attività di carattere solidaristico – non può competere ad altri che non sia il legislatore il definire gli specifici comportamenti richiesti⁸⁵.

Il giudice delle leggi ha, dunque, più volte sostenuto che l'obbligo di svolgimento di attività a carattere solidaristico non potrebbe essere fondato direttamente sul testo dell'art. 2 Cost, senza il necessario intervento del legislatore⁸⁶, sicché, ad esempio, la disposizione costituzionale non può – in difetto di una mediazione legislativa – concretare l'obbligo di collaborazione con le autorità inquirenti, al fine del contrasto di attività criminose⁸⁷.

E però, con un approccio che pare rimeditato rispetto a quello poc'anzi evidenziato, si ha l'impressione che negli ultimi tempi, soprattutto quando si abbia riguardo ai rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, l'equilibrio tra i diritti inviolabili ed i doveri inderogabili (come visto, strettamente connessi gli uni con gli altri), stia manifestando uno spostamento verso l'enfaticizzazione degli oneri fatti gravare sui privati, accanto al riconoscimento dei vari diritti sociali, che inevitabilmente permane, ancorché attenuato nelle forme di tutela, per via delle recenti difficoltà congiunturali.

Sicché è sempre più frequente che i privati siano chiamati ad accettare sacrifici nel rapporto con le amministrazioni, ovvero ad adottare comportamenti collaborativi e di supporto nei confronti degli enti pubblici⁸⁸: la solidarietà viene in tal modo ad essere invocata come strumento di difesa di amministrazioni oggi più deboli rispetto al passato, che quasi richiedono un ausilio del cittadino per poter esercitare al meglio le proprie funzioni.

E questo non solo quando le misure solidaristiche siano previste da espresse norme di legge, come quelle in tema di determinazione delle indennità di esproprio⁸⁹: è noto che la Consulta ha legittimato quantificazioni inadeguate delle som-

⁸⁵ C. cost., 2 febbraio 1972, n. 12; Id. 28 luglio 1983, n. 252; Id., 3 dicembre 1993, n. 426.

⁸⁶ In termini G.M. Lombardi, *Contributo allo studio*, cit., 455, che sottolinea le difficoltà collegate alla incerta qualificazione dei doveri giuridici ex art. 2 Cost., nonché ai limiti di tale doverosità, piuttosto delicati da definire a fronte di una norma che pone delle scelte a carico dell'individuo e, dunque, non ha un contenuto immediatamente precettivo.

⁸⁷ Afferma C. cost., 18 gennaio 1977, n. 29, che non incombe sul cittadino un generale dovere di segnalare qualsiasi reato di cui venga a conoscenza, salvo per i casi in cui la denuncia è obbligatoriamente prevista da norme di legge: «La facoltà di denuncia concreta, dunque, una funzione socialmente utile; e nel suo palese e responsabile esercizio il denunciante si rende portatore ed interprete dell'interesse della collettività acché i reati non restino impuniti. Ma non può, allo stato della legislazione, configurarsi per questo nei suoi confronti un inderogabile dovere di solidarietà sociale, del quale sia richiesto in ogni caso l'adempimento».

⁸⁸ Cfr. quanto si dirà *infra*, con riferimento alle recenti modifiche apportate all'art. 1 della l. n. 241/1990.

⁸⁹ Sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa che ha caratterizzato l'istituto dell'indennità di esproprio, e sul dialogo intervenuto tra la Consulta e la Corte Edu con riferimento alle modalità di quantificazione di tale indennità, v. R. Morea, *La proprietà tra funzione sociale ex art. 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 161.

me da versare a coloro che subiscono un provvedimento ablativo, facendo perno sul dovere di solidarietà sociale che graverebbe in capo ai proprietari espropriati.

Ha affermato, infatti, il giudice delle leggi che il costo eccessivo di aree destinate alla realizzazione di opere pubbliche potrebbe disincentivare la realizzazione di infrastrutture (ospedali, scuole, strade, ecc.) potenzialmente strumentali alla garanzia di alcuni diritti fondamentali previsti dalla Carta⁹⁰.

Ciò ha portato la Corte ad affermare la conformità alla Costituzione di una norma che preveda una quantificazione dell'indennità di esproprio in misura inferiore al prezzo di mercato del bene abitato, così da consentire – con il parziale sacrificio del diritto dominicale – il *solidale* perseguimento di determinati interessi pubblici.

Si tratta di argomentazione che suscita perplessità, anche perché pare contrastare con quanto sostenuto dalla stessa Corte in altre pronunce nelle quali si è reputato equo che sia la collettività – ripartendone le conseguenze tra tutti i cittadini – ad accollarsi l'onere di farsi carico del pregiudizio sostenuto dal singolo a vantaggio della comunità⁹¹, laddove sarebbe ingiusto consentire che siano i cittadini colpiti dal danno a sopportare, per intero, il costo del beneficio collettivo⁹².

Riferimenti diretti all'art. 2 Cost. sono, poi, sempre più frequenti nella giurisprudenza amministrativa, che – in difetto della mediazione del legislatore ordinario – trae direttamente dalla norma costituzionale delle regole comportamentali utilizzate per effettuare il vaglio sulle vicende sottoposte alle proprie cure: e tanto sia per canonizzare obblighi facenti capo sulle amministrazioni, sia anche per individuare obblighi gravanti sui privati.

Si è, dunque, ritenuto di stabilire che l'amministrazione, tanto nei rapporti procedurali, come in quelli contrattuali, è tenuta ad ispirare il proprio comportamento a buona fede e correttezza, manifestazioni del più generale dovere di solidarietà sociale⁹³.

⁹⁰ C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348: «Si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene abitato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la "funzione sociale". Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata».

⁹¹ In termini G. Real Ferrer, *La solidaridad en el derecho administrativo*, cit., 155: «*Si la respuesta del Ordenamiento no impone claramente el sacrificio individual [...], debe optarse por defender el interés individual reclamando la solidaridad de la colectividad*».

⁹² Così C. cost., 14 dicembre 2017, n. 268, riferita alle conseguenze sulla salute del singolo derivanti dall'obbligo di effettuare trattamenti sanitari, utili a salvaguardare la salute pubblica, ma rivelatisi dannosi per colui che li abbia effettuati.

⁹³ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. In argomento v. S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

Sicché, si è ritenuto che violi i canoni solidaristici *ex art. 2 Cost.*, un comune che ritardi nell'effettuare accertamenti istruttori, ai quali è tenuto per legge, quando volti a verificare se un sito offerto in concessione sia effettivamente contaminato e da bonificare⁹⁴.

In altra occasione si è affermato che contrasti con i surrichiamati canoni la eccessiva dilazione temporale di un procedimento sanzionatorio avviato da una autorità di vigilanza⁹⁵, ovvero la circostanza che l'amministrazione – a fronte della lacunosità del fascicolo prodotto dal privato richiedente un provvedimento edilizio – abbia opposto un diniego del titolo, piuttosto che disporre l'integrazione documentale⁹⁶.

Sono, come si vede, applicazioni piuttosto limitate, che paiono contrastare con l'eccessiva enfasi talvolta adoperata dalla stessa giurisprudenza nell'affermare la necessità di rispetto, anche da parte delle pubbliche amministrazioni, dei canoni di buona fede e lealtà⁹⁷.

Forse più gravosi paiono gli obblighi di solidarietà comportamentale fatti gravare sui cittadini che interloquiscano con gli enti pubblici.

Un primo esempio può essere tratto facendo riferimento all'istituto della tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi che, all'esito del (formale) superamento dell'istituto della pregiudizialità amministrativa⁹⁸, comunque rimane legato al previo esperimento dell'azione demolitoria da parte del soggetto danneggiato.

È, infatti, noto che, valorizzando il riferimento indiretto che l'art. 30, comma 3, c.p.a. effettua all'art. 1227 c.c., la giurisprudenza amministrativa ha infatti affermato che il soggetto danneggiato da un provvedimento illegittimo, non possa chiedere tutela «diretta» del pregiudizio subito, ma sia previamente tenuto ad attivare i rimedi processuali idonei a paralizzare l'efficacia dell'atto invalido e, dunque, a escludere o mitigare i danni da tale atto prodotti.

Si è, quindi, ritenuto che il porre in capo al cittadino un onere di esperimento preventivo dell'azione di annullamento, rispetto a quella risarcitoria, costituisca «comportamento esigibile in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo sopportabile anche dalla vittima di una condotta illecita alla stregua del canone di buona fede di cui all'art. 1175 e del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.»⁹⁹.

⁹⁴ Tar Veneto, sez. III, 29 giugno 2020, n. 550.

⁹⁵ Tar Lombardia, Milano, 16 settembre 2019, n. 1985, dove, però, non si ritiene che la eccessiva durata del procedimento rifuiscia sulla legittimità dell'atto sanzionatorio.

⁹⁶ Tar Veneto, sez. II, 31 gennaio 2019, n. 123.

⁹⁷ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018, cit.

⁹⁸ F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

⁹⁹ Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.

All'evidente scopo di tutelare le casse erariali¹⁰⁰, si è realizzata quella che appare come una forzatura, giacché costituisce «principio comunemente accolto che il criterio dell'ordinaria diligenza non può estendersi fino al punto di trasformare in un obbligo il diritto di promuovere un'azione giudiziaria»¹⁰¹.

Canoni solidaristici sono, poi, adoperati anche per fondare doveri partecipativi che portino il cittadino, in funzione dialogica con l'amministrazione, a consentirle di schiudere la propria attenzione su vicende, situazioni, ed interpretazioni, così che da questo dialogo possa germogliare un nuovo seme di collaborazione civica¹⁰².

Sempre nell'ottica del cittadino collaborativo e solidale, poi, si è immaginato di allargare le maglie della legittimazione processuale quando l'azione sia finalizzata alla salvaguardia di beni ambientali¹⁰³.

Il richiamo alla solidarietà è, quindi, posto alla base della creazione giurisprudenziale della categoria dell'abuso del diritto, figura non normata dal legisla-

¹⁰⁰ Cfr. M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 e spec. 570, il quale afferma che alla base della teorizzazione della regola innanzi illustrata vi sono più ragioni ideologiche e di politica giudiziaria che valide argomentazioni giuridiche. Interessante anche l'opinione di A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121 e spec. 135, che sottolinea la ritrosia delle corti giudiziarie a riconoscere (a titolo indennitario o risarcitorio, poco cambia) somme a privati, giacché la giurisprudenza «concepisce qualsiasi esborso dell'amministrazione come un elemento pericoloso per l'interesse pubblico».

¹⁰¹ Così F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 531, il quale aggiunge: «L'omesso esperimento dell'azione di annullamento potrebbe certamente essere valutato alla stregua del criterio della correttezza e assumere così il carattere di un comportamento abusivo; ma a tal fine dovrebbe essere provato caso per caso l'*animus nocendi* o quanto meno il c.d. carattere "opportunistico" del comportamento stesso».

¹⁰² F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, cit., 931. Appare interessante notare che l'impostazione alla quale faceva cenno Benvenuti pare affacciarsi anche in Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, dove si afferma che il diritto di accesso civico «se ha un'impronta essenzialmente personalistica, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto, da «contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza [...] a manipolare i dati di realtà»». In termini v. anche Id., sez. cons. att. norm., 24 febbraio 2015, n. 515/2016.

¹⁰³ P. Portaluri, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, II, 401. In argomento L. De Lucia, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 99, il quale sostiene che in Italia il *favor* verso la legittimazione processuale delle associazioni costituite a tutela di interessi sopraindividuali può essere letto quale l'indizio della volontà di sussidiare e supportare, mediante strumenti «controdemocratici» la democrazia elettorale che appare afflitta da una congenita fragilità ed è accompagnata da una cattiva reputazione. In generale sul tema V. Cerulli Irelli, *Legittimazione «soggettiva» e legittimazione «oggettiva» ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341. Sulla «democrazia di sorveglianza» e sull'accrescersi di strumenti e forme di controllo dell'azione svolta da chi detiene il potere pubblico, v. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Parigi, 2006. Sull'argomento, in termini più generali e sociologici, v. anche B.-C. Han, *La société de transparence*, Parigi, 2017.

tore italiano, ma presente nell'art. 54 della Carta di Nizza¹⁰⁴ e nell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁰⁵ come divieto all'esercizio di attività o al compimento di atti che mirino alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciute da tali disposizioni.

L'inibizione allo svolgimento di attività abusive è stata recentemente affermata anche dalla giurisprudenza italiana, pur in assenza di una norma diretta che ne prevedesse la sanzione, ma unicamente facendo applicazione estensiva dell'art. 2 Cost.¹⁰⁶.

Limitando l'attenzione al settore del diritto pubblico, il richiamo alla categoria è stato effettuato, sia in ambito sostanziale¹⁰⁷ che processuale¹⁰⁸, per stigmatizzare l'uso di strumenti che, pur in assenza di divieti espliciti, siano adoperati con finalità che appaiano emulative ed irrispettose dei doveri di correttezza e buona fede, e contravvengano al divieto di agire *contra factum proprium*, ovvero quando l'esercizio di un diritto produca un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato nella posizione giuridica delle altre parti del rapporto.

La categoria dell'abuso del diritto corrisponde anche ad un'idea di salvaguardia delle risorse scarse – come quelle giurisdizionali e procedurali –, delle quali ciascuno è chiamato ad operare un utilizzo accorto e misurato, secondo un criterio di stretta necessità¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Recita l'art. 54: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

¹⁰⁵ Che dispone: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

¹⁰⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209, dove si afferma che ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., il principio di divieto di abuso del diritto permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.

¹⁰⁷ Cons. St., sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3129. In argomento v. anche Id., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, che ipotizza un possibile abuso del diritto di accesso qualora vengano presentate istanze ostensive dal rilievo emulativo. In termini v. Cons. St., ad. plen. 10/2020, cit., dove si afferma che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione, non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa p.a., all'esito di richieste massive.

¹⁰⁸ Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656. In dottrina v. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*. Studio critico, Napoli, 2015; P. Vipiana, *L'abuso del processo amministrativo*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, 231; A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 23.

¹⁰⁹ Su questi temi v., in senso parzialmente critico, A.G. Orofino, *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Esi, Napoli, 2019, 513.

Sempre con riferimento a risorse scarse – quali quelle ambientali e culturali – il tema viene evocato anche in una prospettiva più recente e peculiare: quella di una solidarietà ultranazionale e, soprattutto, intergenerazionale¹¹⁰.

Tale profilo è espressamente indicato dall'art. 66, n. 2, lett. d), della Costituzione portoghese che parla di approvvigionamento razionale alle risorse naturali, che tenga conto della loro capacità di rinnovarsi, nel rispetto delle esigenze delle generazioni future.

Anche l'art. 45, comma 2, della Costituzione spagnola affronta l'argomento, con una prescrizione che espressamente mette in relazione l'uso accorto delle risorse naturali ed il conseguente miglioramento della vita di tutti, con il sostegno della «*indispensable solidaridad colectiva*»¹¹¹.

Secondo una interpretazione evolutiva dell'art. 12 del preambolo alla Costituzione francese, pure questa disposizione – nel momento in cui pone un dovere di solidarietà di tutti i cittadini di fronte agli oneri derivanti da catastrofi naturali –, farebbe implicito riferimento ad un rapporto instaurato anche con le generazioni future¹¹².

Il richiamo alla relazione tra godimento dei diritti e responsabilità e doveri nei confronti della comunità umana e nelle generazioni future è, infine, contenuto anche nel preambolo della Carta di Nizza.

5. *Per una prima conclusione: l'accresciuto rilievo della solidarietà quale espressione della debolezza dell'apparato amministrativo*

Pare giunto il momento per rassegnare delle prime conclusioni, necessariamente provvisorie, visto anche lo stato magmatico degli studi in materia e la evoluzione, tutt'altro che sopita, delle acquisizioni giurisprudenziali.

¹¹⁰ Ricorda H.-J. Mosler, *Umweltschutz als kollektive Aktion und die Rolle von Solidarität*, in H.W. Bierhoff, D. Fetchenhauer (a cura di), *Solidarität. Konflikt, Umwelt und Dritte Welt*, Opladen, 2001, 231, che «*der Schutz der Umwelt ist nach wie vor eines der dringendsten Probleme westlicher Gesellschaften*». In argomento v. anche F.J. de Lucas Martín, *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, in *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, 1994, 51; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215; Id., *Principi ambientali e solidarietà. Spunti in tema di delimitazione della materia ambientale*, in D. Amirante (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006, 207; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018, 29.

¹¹¹ F. Delgado Piqueras, *Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, 38, 49.

¹¹² P.-H. Prélot, *Droit des libertés fondamentales*, Parigi, 2007, 59: «*Le principe de solidarité de tous les Français devant les charges résultant des calamités nationales se complète ainsi d'une solidarité environnementale des générations et des peuples*». Di diverso avviso J. Knetsch, *La solidarité nationale, genèse et signification d'une notion juridique*, cit., 42: «*La faible effectivité du principe constitutionnel de solidarité nationale ainsi que l'introduction par le législateur de dispositions non normatives accentuent encore la relativité de sa valeur juridique en droit français*».

E però, pur con la doverosa cautela che l'occasione impone, deve ribadirsi che il rapporto tra diritti e doveri di solidarietà, in un primo tempo evidentemente sbilanciato a favore dei diritti, sta riequilibrandosi con enfaticizzazione dei doveri¹¹³ e con la sempre più frequente richiesta che i privati attuino, nel rapportarsi alle amministrazioni, comportamenti improntati ad un responsabile senso di solidarietà istituzionale: prova di quanto appena detto è il recentissimo inserimento, nel testo della legge sul procedimento, di una disposizione che recita: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»¹¹⁴.

Per cogliere le linee portanti e, soprattutto, il senso di tale evoluzione, può certamente essere utile interrogarsi sulle ragioni del fenomeno, le cui cause paiono potersi individuare in tre fattori concomitanti: *a*) da un lato vi è una sempre maggiore debolezza degli Stati e degli apparati amministrativi¹¹⁵, la cui autorevolezza viene ad essere aggredita dalla importanza di soggetti che si muovono all'interno dell'economia globalizzata, con spregiudicatezza ed autonomia; *b*) dall'altro vi è una chiara espansione e crescita dei cittadini, e della loro possibilità di influire sulle scelte amministrative; *c*) infine, la complessità che caratterizza la modernità giuridica è tale da rendere davvero difficoltoso il mestiere di amministrare.

Quanto al primo profilo, va osservato che la globalizzazione ha minacciato gli Stati dall'esterno¹¹⁶, talvolta mettendo a repentaglio beni come l'ambiente, ed in ogni caso influenzando sulle scelte di politica economica¹¹⁷ e sullo sviluppo dei sistemi giuridici¹¹⁸, con esiti che rendono sempre più evidente la necessità di un ripensamento solidaristico dei rapporti transnazionali¹¹⁹ e globali¹²⁰.

¹¹³ Sulla recente enfaticizzazione delle situazioni di doverosità, causata dalla vicenda pandemica, v. P. Pantalone, M. Denicolò, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Dir. econom.*, 2020, 125.

¹¹⁴ Cfr. l'art. 1, comma 2 *bis*, della l. n. 241/1990, inserito dall'art. 12, comma 1, lettera *Oa*), del d.l. 11 luglio 2020, n. 76, così come convertito dall'allegato all'art. 1 della l. 11 settembre 2020, n. 120.

¹¹⁵ J.-B. Auby, *La bataille de San Romano : réflexions sur les évolutions du droit administratif*, in *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 57, 2001, 11, 912.

¹¹⁶ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, II ed., Parigi, 2010, cui *adde* S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

¹¹⁷ F. Balaguer Callejón, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, 98, 91 e spec. 103: «A nivel mundial hace ya tiempo que determinadas instancias externas condicionan la política económica de los Estados nacionales».

¹¹⁸ J.-B. Auby, *La globalisation*, cit., 240: «L'étendue de la pénétration de normes internationales dans les questions relevant du droit administratif est aujourd'hui impressionnante». Sul punto v. anche P. Cossalter, *L'internationalisation du droit administratif: un point de vue français*, in Id., G.J. Guglielmi (a cura di), *L'internationalisation du droit administratif*, Parigi, 2020, 15.

¹¹⁹ Occorre, sotto tale profilo, prendere atto di critiche sempre più diffuse alle politiche attuate dall'Unione europea: E.M. Menéndez Sebastián, *Administración al servicio de la justicia social*, Madrid, 2016, 21: «Las políticas neoliberales europeas han venido a sustituir de facto los valores de igualdad, justicia, solidaridad, entre otros, de las Constituciones de los Estados contemporáneos de nuestro entorno y proclamados en el artículo 1.1 de nuestra Carta Magna, por el principio de libre competencia, y ello hace tambalear el Estado Social».

¹²⁰ H. Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Berlino, 2002, il quale sottolinea l'importanza del profilare una solidarietà democratica come strumento di raccordo tra Stati nazionali.

Nel contesto delle società globalizzate, la solidarietà si atteggia come strumento invocato in ausilio di Stati in difficoltà, incapaci di far fronte da soli a problemi economici, ambientali, o sociali, con i quali sono chiamati a confrontarsi¹²¹.

Si pensi, ad esempio, alle criticità causate dalla crisi economica intervenuta nel 2008, ovvero a quelle causate dalla esigenza di gestire incessanti flussi migratori¹²² o, ancora, di far fronte ai problemi causati dal riscaldamento globale¹²³.

Sono tutti temi con i quali occorre cimentarsi superando logiche «di prossimità», cioè volte alla massimizzazione egoistica delle convenienze di gruppi caratterizzati dalla condivisione di un territorio o di taluni interessi economici¹²⁴, per la affermazione di una solidarietà intesa in una prospettiva più ampia sia sotto il profilo sociale¹²⁵, che sotto il profilo geografico: vi sono certamente istanze solidaristiche che possono essere meglio soddisfatte a livello locale¹²⁶, ma ve ne sono altre per le quali occorre una intensa collaborazione con soggetti (non solo pubblici) che si muovono sul piano ultrastatale.

Occorre, dunque, contrastare l'affermarsi di aspirazioni individualistiche¹²⁷, egoistiche¹²⁸ e populistiche¹²⁹ che – anche all'esito della crisi economica, delle dif-

¹²¹ J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea* (2013), trad. it., Roma-Bari, 2014, 40: «Gli Stati nazionali europei – che hanno assunto la forma attuale di “Stati sociali” solo dopo aver attraversato due disastrose guerre mondiali – sono oggi scivolati nuovamente, per via della globalizzazione economica, sotto la pressione esplosiva di interdipendenze che, economicamente generate, se ne infischiano delle vecchie frontiere nazionali. Ancora una volta sono costrizioni sistemiche quelle che fanno saltare i vecchi rapporti di solidarietà e che obbligano a ricostruire le forme statalmente frazionate dell'integrazione politica».

¹²² E. Küçük, *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?*, in *European Law Journal*, vol. 22, 2016, 4, 448; A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta on line*, fasc. III, 2017, 445; F. Giuffrè, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista Aic*, 2019, 3, 555.

¹²³ A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2005, 13.

¹²⁴ Parla di solidarietà «oppositiva», come sentimento volto a enfatizzare i tornaconti del gruppo di appartenenza, in opposizione alle necessità di altri gruppi sociali, S. Rodotà, *Solidarietà*, cit., 86.

¹²⁵ P. Pantalone, M. Dencicolò, *Responsabilità, doveri e coronavirus*, cit., 131, secondo la cui opinione il contenuto dei doveri di solidarietà corrisponde all'esigenza di farsi carico dei bisogni delle generazioni presenti più deboli o svantaggiate e di quelle future, al fine di assicurare la sopravvivenza della comunità di appartenenza e lo sviluppo della persona umana.

¹²⁶ M. Almeida Cerreda, *Las competencias de los municipios en materias de servicios sociales*, in S. Muñoz Machado (a cura di), *Tratado de derecho municipal*, III ed., 2011, 2701; M.W. Spicer, *In Pursuit of Liberty, Equality, and Solidarity in Public Administration. Reflections on Pluralism and Anarchism*, in *Administrative Theory & Praxis*, vol. 36, 2014, 4, 539; M. Almeida Cerreda, *Los desafíos de las políticas y de los servicios sociales municipales: de la superación de las secuelas de la Gran Recesión, a la adaptación a un nuevo entorno socioeconómico*, in *Anuario del Gobierno Local*, 2017, 1, 157.

¹²⁷ Parla di «une “culture du narcissisme” faisant de l'“épanouissement de soi” la principale valeur de la vie», J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ?*, cit., 659.

¹²⁸ P. Rosanvallon, *La société des égaux*, Parigi, 2011, ad opinione del quale l'era doro dell'uguaglianza e della tutela dei diritti sociali è stata fortemente propiziata dalla solidarietà di esperienze e di problemi vissuti nel corso delle due guerre mondiali, laddove nell'ultimo turno di tempo si sta assistendo ad un ritorno alla disuguaglianza e ad una disgregazione dei legami di solidarietà sociale.

¹²⁹ P. Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Parigi, 2020.

ficoltà da essa generate¹³⁰, e delle sempre crescenti diseguaglianze conseguentemente avutesi¹³¹ – stanno portando ad una «desocializzazione» delle comunità¹³², all'attenuazione dei legami di cittadinanza¹³³, e ad un affievolimento dei valori e delle democrazie¹³⁴ postmoderne¹³⁵.

Sotto il secondo profilo, poi, va evidenziato uno dei tratti caratterizzanti dell'evoluzione interna dei moderni ordinamenti democratici è costituito dalla crescita delle prerogative di cittadinanza e dei diritti riconosciuti agli individui nel confronto con lo svolgimento dei poteri amministrativi¹³⁶.

Ancorché non possa dirsi realizzato quel processo per cui l'autorità sia del tutto scesa dal suo scranno¹³⁷, si è certamente modificato il rapporto tra amministrazioni e cittadini, sicché – anche all'esito delle trasformazioni amministrative ed al riconoscimento di diritti partecipativi – può dirsi in atto un percorso di crescita del privato nel suo dialogo con gli enti pubblici.

È una crescita che comporta una riduzione dell'autorità e, nello stesso tempo, una corrispettiva (e doverosa) assunzione di responsabilità, secondo un percorso già tracciato nel diritto civile, all'interno del quale si muovono soggetti collocati in posizione di parità, la quale presuppone pari diritti, ma anche pari doveri.

Le linee iniziali di tale percorso venivano accennate da Feliciano Benvenuti che relazionava la maggiore attenzione verso la solidarietà con la crisi dell'autoritarismo e con il farsi di una nuova libertà attiva del cittadino nel rapportarsi alle amministrazioni¹³⁸.

¹³⁰ Cfr. E.M. Marengi, *Amministrazione senza amministrazione tra decisione difficile ed eccesso di legittimità*, in V. Fantì (a cura di), *Diritto e processo amministrativo*, cit., 205, che mette in relazione i problemi della democrazia con quelli portati dalla crisi economica.

¹³¹ M. Almeida Cerreda, *Instrumentos de optimización y técnicas de tutela del Estado social español*, testo dattiloscritto della relazione svolta in occasione del seminario tenuto in data 18 ottobre 2019 presso la Scuola di specializzazione dell'Università Lum Jean Monnet: «*Es un hecho incontrovertido que la Gran Recesión ha incrementado el nivel de desigualdad en el seno de todas las sociedades occidentales*».

¹³² A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, Milano, 2017, 75.

¹³³ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, IV ed., Parigi, 2017, 91.

¹³⁴ Osserva P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Parigi, 2015, 10 che è in atto un deficit democratico, chiaramente percepito dalle stesse cittadinanze: «*Pour les citoyens, le défaut de démocratie signifie ne pas être écoutés, voir des décisions prises sans consultation, des ministres ne pas assumer leurs responsabilités, des dirigeants mentir impunément, un monde politique vivre en vase clos et ne pas rendre assez de comptes, un fonctionnement administratif rester opaque*». Il sentimento di sfiducia nei confronti delle amministrazioni (e dello stesso diritto amministrativo) è analizzato in S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1. Riflessioni non dissimili in J. Tudela Aranda, *La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, 111, 125, il quale arriva ad affermare: «*Es la misma democracia la que se encuentra en crisis como valor compartido*» (op. cit. 150). Con toni più sfumati, invece, si esprime S. Levitsky, L. Way, *The Myth of Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, vol. 26, 2015, 1, 45.

¹³⁵ J.F. Lyotard, *La Condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Parigi, 1979.

¹³⁶ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, cit., 17.

¹³⁷ Secondo l'efficace immagine usata da M. Nigro, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi* (1982), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1485.

¹³⁸ Cfr. F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, cit., 927, il quale intitola un paragrafo della sua opera: «La crisi dell'autoritarismo e l'apparire dell'imparzialità e della solidarietà».

E la crisi dell'autoritarismo è anche crisi del diritto amministrativo, così come tradizionalmente inteso, la cui identità si sta sfocando¹³⁹, pure per via del sempre crescente uso di moduli privatistici anche da parte degli enti pubblici¹⁴⁰.

La crescita del cittadino presuppone anche una sua «maturità», e giustifica la pretesa che egli assuma, nel rapporto con le amministrazioni, condotte responsabili: alla risarcibilità degli interessi legittimi consegue l'applicabilità delle norme codicistiche sull'onere del creditore di attuare comportamenti diligenti per evitare l'aggravio del danno¹⁴¹; alle facoltà partecipative fa da contropartita la richiesta di usare attenzione nell'evitare, con richieste emulative, che venga intralciata l'azione amministrativa, ecc.

Si tratta, come si vede, di situazioni nelle quali il richiamo alla solidarietà è funzionale a porre in capo alle parti del rapporto amministrativo un onere di diligenza e attenzione nel relazionarsi all'altro, anche quando questo «altro» sia un soggetto dotato di poteri pubblicistici, evidentemente differenti da quelli di cui dispongono i soggetti privati¹⁴².

E tanto maggiore è la diligenza richiesta al privato – che, come detto, in taluni casi eccede quella che ordinariamente appare postulabile in un rapporto tra eguali¹⁴³ –, tanto più grande appare la situazione di debolezza nella quale si ha l'impressione che versi l'amministrazione, secondo lo schema tracciato dalla teoria generale (di cui è espressione l'art. 1176 c.c.), in ragione del quale la più ampia cautela è domandata alla parte «più forte» del rapporto, da cui è ragionevole pretendere maggiore consapevolezza ed attenzione¹⁴⁴.

Da ultimo, occorre sottolineare che le richieste collaborative sono viepiù giustificate ove si consideri la complessità dei moderni sistemi giuridici¹⁴⁵, caratte-

¹³⁹ J. Caillosse, *La constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*, Parigi, 2008, 231.

¹⁴⁰ V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Guarino*, vol. I, Padova, 1998, 553; J. Caillosse, *La constitution imaginaire de l'administration*, cit., 231; V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione «costituzionalizzata» e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2018, 108; Id., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo*, cit., 215. Su questi temi v., poi, l'autorevole opinione di F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431.

¹⁴¹ Si è già detto *supra*, però, che di tali norme sono state fatte applicazioni per così dire estreme e, per questo, solo parzialmente condivisibili.

¹⁴² J. Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, in *Pouvoirs*, 1988, 46, 57.

¹⁴³ Si pensi a quanto si è detto *supra* sull'obbligo del previo esperimento dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria.

¹⁴⁴ In argomento va ricordato che la Consulta ha, da tempo, parlato «del principio della doverosa tutela delle posizioni economiche più deboli» (C. cost., 23 aprile 1965, n. 30), ed affermato che «nella disciplina legislativa dei rapporti economici costituiscono fini di utilità sociale, da un lato, gli interessi della produzione (sentenze 45 e 54 del 1962 e 30 del 1965), dall'altro la protezione del contraente più debole (sentenze 7 del 1962 e 30 del 1965)» (C. cost., 10 giugno 1966, n. 65, enfasi aggiunta).

¹⁴⁵ Parla di sistema «liquido», giacché caratterizzato dalla perdita del valore precettivo del dato normativo, per via di una produzione legislativa frammentaria, A. Travi, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691.

rizzati da una ipertrofia normativa¹⁴⁶, con disposizioni troppo spesso tese a perseguire fini particolari¹⁴⁷ e, non di rado, tra di essi contrastanti, nonché redatte con una tecnica redazionale approssimativa e incerta: spesso *volutamente* incerta, così che nella molteplicità dei significati desumibili dal testo normativo, ciascuno degli interpreti del gioco politico possa vedere soddisfatta una propria aspirazione¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Stigmatizza un «modo di esercizio della funzione legislativa, alluvionale e contraddittorio», e pertanto «foriero di incertezze applicative e di contenzioso», che «costituisce un onere amministrativo [...] inaccettabile» la stessa Consulta, nella recente sentenza C. cost., 8 luglio 2020, n. 141, da cui le frasi virgolettate sono tratte. Simili esigenze sono state evidenziate anche in Francia dal Conseil constitutionnel che, in diverse occasioni, ha individuato «le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi ; qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques» (C. const., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002), e sottolineato «l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables» (Id., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999). Critica «la sensación de poder que invade a tantos políticos (y a las fuerzas en que militan) con el activismo de hacer más y más leyes, sin pararse a meditar si con menos sería suficiente, si bastaría con algún retoque» M. Martín-Retortillo Baquer, *La calidad de la ley según la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2003, 17, 377 e spec. 379. In argomento v. anche J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ?*, cit., 659; B.G. Mattarella, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 365. È noto che la complessità ordinamentale ha portato il giudice costituzionale, con la storica sentenza C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, a ritenere illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui non consente la scusabilità dell'ignoranza della legge qualora, per fatto non ascrivibile all'interessato, quest'ultimo si sia trovato nella impossibilità di conoscere il precetto penale.

¹⁴⁷ N. Irti, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999, 44.

¹⁴⁸ Appare significativo quanto scritto in un sapido volume dal titolo: *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, pubblicato nel 2020 dall'editore milanese Feltrinelli, e scritto da un sedicente «capo di gabinetto di professione» che ha voluto mantenere l'anonimato, il quale offre una testimonianza diretta di come alcuni testi legislativi vengono confezionati. A pag. 190 dello scritto si parla di «ambiguità costruttiva» usata nel predisporre leggi alle quali è possibile offrire diversi significati, così da garantire quello che nello stesso volume, non senza ironia, viene definito «pluralismo istituzionale», cioè il gioco degli interessi parlamentari contrastanti e sottesi ad un intervento normativo, «in nome del quale è giusto persino scrivere male una legge» (*op. loc. ult. cit.*). In merito alle influenze esercitate sui soggetti istituzionali «dalle più potenti organizzazioni sociali» per ottenere «misure di favore» v., poi, le osservazioni critiche di C. Mortati, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Aa.Vv., Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. IV, Firenze, 1969, 463. Del resto, già da tempo si è fatto notare che «Hoy la leyes es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia», come osservato da E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 1963, 40, 189 e spec. 198. Denuncia che «leggi improvvide hanno insidiato ed insidiavano tuttavia la democrazia» I.M. Marino, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., 1478.

Per completezza informativa, occorre ricordare che la sfiducia nei confronti degli istituti di rappresentanza politica era espressa da S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 21, che definisce tale forma di rappresentanza come una finzione giuridica e afferma «che gli attuali sistemi elettorali sono assai mediocri espedienti, preferibili al sistema dell'estrazione a sorte, adottato da qualche antica democrazia [...] ma pur sempre di molto inferiori allo scopo che vorrebbero proporsi. La cosiddetta volontà popolare ha assai poche probabilità di trovare nei parlamenti il suo fedele oracolo quando l'eletto è, per il tempo che intercede fra un'elezione e l'altra, indipendente dai suoi elettori». Riprende l'intuizione di Romano P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 208, il quale, riferendosi all'idea di rappresentanza diffusasi nella modernità post-illuministica e post-giusnaturalistica, afferma che «la nuova rappresentanza politica è assai poco rappresentanza, considerato che è impensa-

Anche la scarsa qualità della normazione fa sì che il significato delle leggi possa essere definito solo all'esito dell'intervento del giudice¹⁴⁹, nuovo arbitro dei conflitti sociali¹⁵⁰, che non è infrequente offra interpretazioni differenti da quelle originariamente attuate, così mettendo in difficoltà gli enti pubblici, chiamati a correggere «in corsa» (cioè in seguito ad eventuale giudizio) il «tiro» della propria azione.

Il che enfatizza il non semplice ruolo al quale sono chiamate le amministrazioni, costrette tra la fatica di confrontarsi con la complessità normativa, e quella di relazionarsi con comunità che premono per la soddisfazione dei propri interessi¹⁵¹.

A fronte delle difficoltà innanzi accennate, il richiamo, avvolgente ed unificante¹⁵², ad un principio quale quello di solidarietà appare, dunque, sintomo ulteriore di una difficoltà dell'amministrazione, oggi indebolitasi¹⁵³, che chiede ausilio¹⁵⁴, attraverso l'invocazione di parametri (come quello in esame) che guardano alla regolazione dei rapporti, al fine di garantirne un giusto equilibrio¹⁵⁵.

bile un vincolo tra elettori ed eletti; è piuttosto una autorizzazione a formare una volontà politica nell'interesse del popolo e si riduce praticamente in una investitura, svuotando di fatto il principio della sovranità popolare».

¹⁴⁹ Ricorda che la produzione legislativa parossistica e incontrollabile accresce l'importanza del momento interpretativo G. Berti, *Diritto e Stato*, cit., 398. Sulla giurisdizione come momento di sintesi e di coesione v. A. Barone, *Giustizia comunitaria e funzione interne*, Bari, 2008, 82.

¹⁵⁰ Parla della necessità di costruzione giurisprudenziale di regole certe per l'avvenire I.M. Marino, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto fra pubblico e privato* (2001), ora in A. Barone (a cura di), *I.M. Marino. Scritti giuridici*, vol. II, cit., 959 e spec. 979. In argomento v. N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41; Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim*, cui adde R. Martino (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008. Sul pensiero di Picardi v. la raffinata sintesi di A. Panzarola, *Le ricerche sulla giustizia di Nicola Picardi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1166.

¹⁵¹ L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, 3.

¹⁵² Riflettendo sulla episodicità e frammentarietà di molti interventi normativi, E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, cit., 198, evidenzia che l'opera «de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del sistema general del ordenamiento exige rigurosamente, con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizados, una apelación constante a los principios generales del Derecho».

¹⁵³ M. Protto, *Il diritto debole*, Torino, 2020, 8. Parla della debolezza amministrativa anche L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. del diritto*, 2019, 3, che propone il superamento della situazione di crisi mediante la rivalutazione della Costituzione: «La debolezza istituzionale richiede [...] di affrontare i diversi fattori di crisi dell'amministrazione a partire dalle indicazioni contenute nella Carta fondamentale» (*op. cit.*, 43).

¹⁵⁴ M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 106.

¹⁵⁵ A. Ruggeri, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2017, 2, 1, cui adde A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 5.

Angelo Giuseppe Orofino - Abstract

La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto

Il principio di solidarietà ha subito una evoluzione che lo ha portato, dall'essere strumento di attenuazione delle disuguaglianze, attraverso l'attuazione di politiche amministrative di contrasto delle situazioni di disagio sociale, a nuovo criterio di disciplina dei rapporti tra cittadini e amministrazioni, mediante il quale impone alle due parti del rapporto l'adozione di comportamenti ispirati a collaborazione e responsabilità.

Solidarity in administrative law: from a protection tool of individuals to a parameter of discipline of the relationships

The principle of solidarity has evolved from being an instrument to mitigate inequalities to a new criterion for regulating relations between citizens and administrations. Hence, it goes from the implementation of administrative policies to face situations of social hardship to the set up of a two-sided relationship that is required to adopt behaviour inspired by collaboration and responsibility.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

ESTANISLAO ARANA GARCÍA, Catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Granada (earana@ugr.es)

VIOLA CAPPELLI, Dottoranda di ricerca in Diritto Privato, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa (viola.cappelli@santannapisa.it)

ALICE CAPUTO, Docente a contratto di Diritto Penale, SSPL - Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria (alicecaputo@virgilio.it)

MARIACONCETTA D'ARIENZO, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli "Parthenope" (m.darienzo@uniparthenope.it)

LEOPOLDO ESPOSITO, Attorney Trainee, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP (leopoldesposito@gmail.com)

ILDE FORGIONE, Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico e dell'Economia, Università degli Studi di Pisa (ildefor@gmail.com)

FABRIZIO FRACCHIA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Luigi Bocconi (fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

SILIA GARDINI, Dottore di ricerca in Diritto ed economia, Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria (silia.gardini@unirc.it)

MICHELE GIACCAGLIA, Dottorando di ricerca in Diritto Privato dell'economia, Università Politecnica delle Marche, (m.giaccaglia@pm.univpm.it)

ANNALaura GIANNELLI, Professore Associato, Università telematica G. Fortunato (a.giannelli@unifortunato.eu)

WALTER GIULIETTI, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila (walter.giulietti@univaq.it)

ENRICO GUARNIERI, Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Alma Mater Studiorum Università di Bologna (enrico.guarnieri3@unibo.it)

VIVIANA MOLASCHI, Professore Associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bergamo (viviana.molaschi@unibg.it)

JACQUELINE MORAND-DEVILLER, Professeure Émérite de Droit Administratif, Université Sorbonne de Paris (ja.morand@hotmail.fr)

ANGELO GIUSEPPE OROFINO, Professore Associato di diritto amministrativo, Università Lum di Bari (orofino@lum.it)

PAOLA PIRAS, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Cagliari (ppiras@unica.it)

SARA PUGLIESE, Professore Associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Parthenope" (sara.pugliese@uniparthenope.it)

VITOR RHEIN SCHIRATO, Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (vrschirato@usp.br)

MARINA ROMANO, Ricercatore di Diritto Privato, Università degli Studi di Napoli Parthenope, (marina.romano@uniparthenope.it)

STHÉFANO BRUNO SANTOS DIVINO, Professor of Civil Law, Federal University of Lavras, Ph.D student and master in law, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (sthefanodivino@uffla.br)

FRANCESCO SICILIANO, Ricercatore confermato a tempo indeterminato e professore aggregato in diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina (fsiciliano@unime.it)

GIORDANA STRAZZA, Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi della Basilicata (giordana.strazza@uniroma3.it)

BARRY SULLIVAN, Cooney & Conway Chair in Advocacy and George Anastaplo Professor of Constitutional Law and History, Loyola University Chicago, Illinois, USA (bsullivan7@luc.edu)

ANTONIO LEO TARASCO, A.S.N. Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Dirigente Ministero beni e attività culturali e turismo (leo@antonioleotarasco.com)

SABRINA TRANQUILLI, Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Salerno (stranquilli@unisa.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it