

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

luglio 2018

2

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d e Il diritto dell'economia

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

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 64, n. 96 (2-2018)



Mucchi Editore

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

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

issn 1123-3036

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

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



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

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

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

Publicato nel mese di luglio 2018

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)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
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.)	Rosamaria Iera	Clara Napolitano
Giovanni Barozzi Reggiani	Silia Gardini	Pasquale Pantalone
Lorenzo Bimbi	Martina Germanò	Michela Petrachi
Lorenzo Caruccio	Annalaura Giannelli	Francesco Scalia
Elisabetta Codazzi	Giuseppe La Rosa	Scilla Vernile
Michela Colapinto	Alberto Marcovecchio	Alice Villari
Letterio Donato	Calogero Micciché	Patrizia Vipiana
	Viviana Molaschi	

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. 96 (2-2018)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Matteo Timo</i> , Ogm, tecnoscienza e pubblica amministrazione.....	pag.	289
<i>Paolo Savona</i> , La politica di moneta abbondante e a basso costo: perché è nata e perché ha spinto la finanza più dell'economia reale	»	313
<i>Filippo Salvia</i> , Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (<i>Psicanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile"</i>).....	»	319
<i>Monica Delsignore</i> , Sulla necessità di una definizione armonizzata di rifiuto alimentare per la concreta realizzazione dell'economia circolare.....	»	329
<i>Giovanni Gallone</i> , La prevenzione amministrativa del rischio-corrruzione	»	349
<i>Simone Caponetti</i> , Mercato economico e <i>welfare State</i>	»	371
<i>Guido Befani</i> , <i>Non performing loan</i> , crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato	»	403
Sezione di diritto internazionale dell'economia		427
<i>Andrea Maltoni</i> , Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità	»	443
<i>Riccardo De Napoli</i> , I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la natura amministrativa della loro attività e la conseguente competenza del giudice amministrativo alla soluzione delle controversie	»	469
<i>Fabio Giglioni</i> , Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale.....	»	499
<i>Luca Belviso</i> , Verso una <i>single European railway area</i> . Il ruolo delle tariffe ferroviarie.	»	523
<i>Alessandro Paire</i> , Appunti sul rapporto tra diritto e tecnica: il caso della giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche. Un «modello» (forse) da riscoprire?.....	»	547
NOTE SUI COLLABORATORI	»	569

Ogm, tecnoscienza e pubblica amministrazione

Matteo Timo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Procedimento di autorizzazione dei prodotti GM e ruolo dell'*expertise* scientifica. – 2.1. Considerazioni generali sulla normativa europea di autorizzazione. – 2.2. Procedimento e attività consultiva. – 2.3. Brevi considerazioni sulla giurisprudenza. – 2.4. (Segue) Cenni alla giurisprudenza interna. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Lo studio dei rapporti che dividono, ovvero legano, le materie giuridiche da quelle, in senso lato, scientifiche¹, ben si presta ad essere trasposto in un peculiare settore, costituito dagli organismi geneticamente modificati (anche conosciuti con l'acronimo "OGM").

La disciplina dei prodotti, e in particolare dei cibi e mangimi, geneticamente modificati rappresenta uno dei settori nei quali il diritto dell'Unione europea è intervenuto con maggior rigore e, per quanto in questa sede interessa, con significativo recepimento delle (*rectius* rinvio o delega alle) scienze dure. Non a caso, gli OGM hanno costituito, e tuttora costituiscono, un problema di carattere multidimensionale²: essi impongono l'elaborazione di una normativa ad elevato contenuto tecnico e, di conseguenza, un'altrettanto tecnicamente capace applicazione della normativa medesima. Siffatti requisiti, ovviamente, non sono d'immediata portata del legislatore e della pubblica amministrazione, ma richiedono che essi recepiscano un qualcosa – scienza e tecnica – che è a loro esterno.

¹ V. Dovì, *Le nuove frontiere di scienza e tecnologia: confronto e dialogo con il diritto*, in P.M. Vipiana (a cura di), *Diritto scienze e tecnologie*, Atti del Convegno svoltosi il 4 marzo 2016 ad Alessandria, disponibile in *POLIS Working Papers* (polis.unipmn.it), 2016, n. 237, 79 ss.

² In dottrina è stato evidenziato come gli OGM abbiano un impatto multidimensionale che non incide solo sul diritto, ma anche sulle altre discipline c.d. "sociali", nonché sulle materie scientifiche: in proposito, D. Bevilacqua, *La regolazione degli OGM: la multidimensionalità dei problemi e le soluzioni della democrazia amministrativa*, in *I frutti di Demetra*, 2007, 15.

Si evince, dunque, con chiarezza il portato multidimensionale: gli OGM incidono sul diritto, sulla scienza e sulla tecnica, sull'economia e sulla società. È del tutto evidente la constatazione in forza della quale la stessa multidimensionalità discende da una complessità scientifica di fondo con riguardo alle biotecnologie³: il rapido progredire di quest'ultime dalla metà degli anni '80 del secolo scorso ad oggi ha richiesto uno sforzo giuridico ed economico che, all'opposto, non pare essere stato metabolizzato dalla società civile⁴.

Restringendo l'esame al settore giuridico si nota, tuttavia, una marcata interdisciplinarietà: i settori del diritto che sono in un qualche modo lambiti dalla c.d. "biotech" sono tradizionalmente individuati in quello normativo (come il legislatore deve assimilare il portato scientifico e tradurlo in disposizione normativa) e in quello giudiziario⁵ (a quale approccio il giudice civile, penale e amministrativo deve improntare la risoluzione di controversie ad elevata complessità tecnico-scientifica). Invero, anche il momento amministrativo procedimentale, benché forse non oggetto di ampi studi in merito, risente sempre più di una stretta interazione con la tecnoscienza⁶.

È ormai palese che la Pubblica amministrazione rivesta un ruolo complesso scientificamente, nonché politicamente: da un lato, è tenuta ad applicare al caso concreto la normativa tecnica – spesso dovendo, nel provvedimento, rielaborare valutazioni non giuridiche di esperti – e, dall'altro lato, si ritrova nella poco piacevole situazione di assumere decisioni che non godono dell'approvazione dei consociati (esempio lampante è fornito proprio dagli OGM nelle loro varie entità, quali colture, cibi e mangimi).

Quanto scritto esplicita un momento di complessità che investe tanto la *legislatio* quanto la *legisexecutio*. L'aumentare della produzione di regole tecnico-giuridiche richiede l'acquisizione di maggiori competenze tecno-amministrative e si traduce, in ultima analisi, in una difficoltà non solo d'interpretazione, bensì anche d'applicazione: difficoltà queste ultime che hanno connotati del tutto peculiari nella regola tecnica e che non possono essere superate facendo ricorso ai normali criteri d'interpretazione del diritto. La suddetta situazione pare aggravata da un'ulteriore considerazione: le tematiche trattate incidono sovente su diritti

³ Attenta dottrina osserva che la complessità della disciplina naturalistica ha condotto ad una altrettanto complessa problematica "ecologica", intesa quale *corpus* di questioni scientifiche, tecnologiche, economiche, morali, giuridiche e politiche. In tal senso, M. Tallacchini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in G. Rossi (a cura di), *Ambiente e diritto*, Vol. I, Torino, 1999, 61.

⁴ G. Granieri, *Umanità accresciuta. Come la tecnologia ci sta cambiando*, Bari, 2009, 19 ss.

⁵ In proposito, si richiama M.T. Bonavia, *Giudici ordinari scienze e tecniche*, in P.M. Vipiana (a cura di), *Diritto scienze e tecnologie*, cit., 85 ss.

⁶ Con simile termine si vuole, con una parola, indicare tutto il portato dell'elaborazione scientifica e tecnologica; in merito si veda M. Bucchi, *Scegliere il mondo che vogliamo. Cittadini, politica, tecnoscienza*, Bologna, 2006, 8 e 9; nonché M.C. Tallacchini, *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto*, in *www.federalismi.it*, 2005.

di rilievo costituzionale. Per limitare l'esame ai prodotti GM, il loro impiego su larga scala determina, o potrebbe determinare, delle ricadute su interessi costituzionali, quali l'ambiente, la salute umana e la libertà d'iniziativa economica privata: con la conseguente esigenza di modulare i diritti sulla scorta dei progressi biotecnologici⁷.

2. *Procedimento di autorizzazione dei prodotti GM e ruolo dell'expertise scientifica*

I punti di maggiore criticità, discendenti dalle brevi considerazioni che precedono, possono manifestarsi nel procedimento amministrativo, ove l'organo decidente superi ogni ulteriore considerazione recependo acriticamente una valutazione tecno-scientifica: un processo decisionale connotato da siffatta modalità appare quello in materia di autorizzazione all'immissione nel mercato comune di OGM.

Le numerose perplessità sulla bontà dell'impiego commerciale di OGM hanno fatto sì che il legislatore dell'Unione europea prima, e quello nazionale successivamente, intervenissero predisponendo un regime di valutazione preventiva del rischio di gran lunga più incisivo di quello richiesto per ogni altro prodotto agricolo o alimentare. In linea di massima approssimazione è possibile affermare che nessun prodotto ottenuto impiegando la moderna biotecnologia può essere commerciato o emesso in ambiente se non prima di essere stato autorizzato all'esito un procedimento amministrativo, nel corso del quale il prodotto stesso è sottoposto a pregnanti verifiche di carattere tecno-scientifico.

2.1. *Considerazioni generali sulla normativa europea di autorizzazione*

In via preliminare all'esame della componente tecno-scientifica del procedimento di autorizzazione degli OGM, si devono rimarcare tre peculiarità che risaltano il rapporto scienza-diritto in questa materia.

In primo luogo, l'intero *corpus* normativo dell'Unione europea sulle biotecnologie è intriso di nozioni scientifiche e tecniche che lo rendono di scarsa immediatezza e di difficile applicazione. Si pensi al concetto di "biodiversità", oppure alla stessa locuzione "organismo geneticamente modificato": ebbene, in entrambi i casi, non è possibile un'applicazione della normativa di riferimento senza che il

⁷ M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, I, 2, 319: l'Autrice, nell'ambito dell'esame del rapporto di "co-produzione" che potrebbe legare scienza e diritto, rinvia al «processo di riconfigurazione biocostituzionale dei diritti».

legislatore abbia fornito una definizione di “biodiversità” o di “OGM”, in quanto con gli stessi termini è possibile riferirsi ad entità assai diversificate.

In particolare, è risaputo⁸ che l’attuale concetto di organismo geneticamente modificato è significativamente circoscritto rispetto a quelli che in realtà sono i prodotti o gli esseri viventi che hanno subito una modificazione del loro patrimonio genetico: infatti, la totalità delle coltivazioni che oggi sono disponibili sul mercato discende da un millenario processo di selezione spontanea o artificiale⁹. Nessuna delle attuali colture esisteva in “natura”, bensì tutte sono il frutto di un processo di miglioramento genetico compiuto dall’uomo attraverso essenzialmente tre metodologie: per un verso, tecniche convenzionali (selezione, innesto e accoppiamento); per un altro verso, per mutagenesi¹⁰ (trattamenti “chimici” – impiego di sostanze mutagene – o “fisici” – radiazioni ionizzanti – dei semi); per un altro verso ancora, sulla base della moderna biotecnologia.

Tutti e tre i processi d’intervento conducono alla creazione di un essere vivente con patrimonio genetico differente rispetto agli individui o organismi preesistenti: unica diversità risiede nel fatto che, mentre dalle prime due metodologie scaturisce una ricombinazione casuale dei geni, nella terza lo scienziato è in grado di far migrare uno specifico gene da un individuo a un altro, ottenendo, pertanto, un individuo originale e munito delle caratteristiche specificamente riconducibili al gene “trapiantato”. Solo quest’ultima tecnica rientra, in forza della normativa di settore, nella nozione di organismo geneticamente modificato.

Questo breve esempio permette di comprendere come i concetti di natura prevalentemente scientifica (nel nostro caso “OGM”) non siano di piana comprensione, per quel che consta, per il pubblico amministratore: occorre che il legislatore fornisca una definizione al fine di evitare che la regola sia applicata anche a delle ipotesi che, pur rientrando nella sfera di significati del concetto stesso, non sono ricomprese dalla disposizione normativa.

Tuttavia, il legislatore, per raggiungere tale risultato, deve ricorrere ad altre nozioni scientifiche: la direttiva 2001/18/CE¹¹, nel limitare la definizione di OGM a quelli risultanti dall’applicazione delle moderne biotecnologie¹², ovvia-

⁸ In proposito, F. Sala, *Gli ogm sono davvero pericolosi?*, Bari, 2005, 12 ss. Più in generale, E. Sirsi, *Note sulla definizione giuridica di OGM e sulle cd New Breeding Techniques in occasione dell’Audizione della 9ª Commissione (Agricoltura e Produzione alimentare) del Senato del 13 luglio 2016*, in www.senato.it.

⁹ Tale processo è stato cristallinamente evidenziato da F. Perdelli nella relazione dal titolo “*La sicurezza alimentare sul tavolo dello scienziato*” tenuta nel corso del Convegno “Aspetti e problemi della regolazione giuridica degli OGM” svoltosi il 30 ottobre 2015 presso l’Università degli Studi di Genova, la cui registrazione è disponibile sul sito www.radioradicale.it.

¹⁰ F. Sala, *op. cit.*, 14.

¹¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, “sull’emissione deliberata nell’ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/CEE del Consiglio”.

¹² La direttiva 2001/18/CE, art. 2, punto 2), lett. a) parla di modificazione genetica e rinvia all’apposito Allegato IA –parte 1, dove sono elencate le specifiche tecniche che conducono ad una ricombinazione geneti-

mente deve introdurre la nozione stessa di “moderna biotecnologia”, ma anche quella di “organismo”¹³. Queste ultime hanno un portato che è giuridico esclusivamente per il fatto di essere stato riprodotto in un documento normativo, ma il loro significato è totalmente estraneo alla scienza giuridica, con la conseguenza che la pubblica amministrazione, per darvi applicazione, dovrà ricorrere al parere dell’esperto.

In secondo luogo, è opportuno mettere in risalto che l’obiettivo stesso della normativa procedimentale è ricondotto alla verifica dell’eventuale pericolosità del prodotto GM e, conseguentemente, persegue una finalità scientifica attraverso l’impiego degli opportuni strumenti tecnologici a disposizione dell’amministrazione. È la stessa Direttiva del 2001 che, al considerando numero 5, dispone che «la tutela della salute umana e dell’ambiente richiede che venga prestata la debita attenzione al controllo di rischi derivanti dall’immissione deliberata nell’ambiente di organismi geneticamente modificati (OGM)»¹⁴, nel rispetto, tra l’altro, del Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza¹⁵.

Il procedimento di autorizzazione, allora, designa una “amministrazione del rischio”¹⁶, ove il procedimento amministrativo si configura come attività preventiva all’impiego del prodotto geneticamente modificato in tutti i suoi possibili usi¹⁷. Attività preventiva che è volta ad assodare, almeno nel caso della norma-

ca in modo diverso rispetto all’accoppiamento o alla selezione naturale. Il regolamento CE 1829/2003 (“Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati”), all’art. 2, richiama le definizioni fornite dalla direttiva 2001/18/CE. Una specifica definizione di moderna biotecnologia è, tuttavia, espressamente riportata nel testo del Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza, dove all’art. 3, lett. i), si legge “biotecnologia moderna”, l’applicazione di: - tecniche in vitro dell’acido nucleico, compresa la ricombinazione dell’acido deossiribonucleico (DNA) e l’inoculazione diretta dell’acido nucleico in cellule o organuli o - fusione di cellule al di fuori della famiglia tassonomica, che superano le naturali barriere fisiologiche della riproduzione o della ricombinazione e che sono diverse dalle tecniche tradizionali utilizzate nell’allevamento e nella selezione». In merito: E. Righini, *Il protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 3, 654 ss.; L. Marini, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2004, 1, 7 ss.

¹³ La direttiva 2001/18/CE, all’art. 2, punto 2), definisce “organismo”, qualsiasi entità biologica capace di riprodursi o di trasferire materiale genetico».

¹⁴ In tal senso anche art. 4 della stessa direttiva, nonché l’art. 1 del regolamento CE 1829/2003.

¹⁵ Direttiva 2001/18/CE, considerando n. 13.

¹⁶ Si ribadisce che, come ha evidenziato attenta dottrina (P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l’anticipazione dell’intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 355 ss.), il concetto di rischio dev’essere tenuto separato da quello di pericolo. Il primo è relativo al danno come conseguenza di una decisione, mentre il secondo riguarda un danno derivante dalla natura o dalle decisioni prese da altri. Nel caso degli organismi geneticamente modificati, pare dunque potersi parlare sia di pericolo, in quanto il danno può ricondursi alle conseguenze biologiche del prodotto, sia di rischio, poiché è presente una normativa di riferimento, il cui mancato rispetto può generare ricadute negative.

¹⁷ In questo settore è, pertanto, pienamente applicabile la sistematica evidenziata da Rosario Ferrara (*I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 509 ss.) in materia di tutela dell’ambiente in senso stretto: «i principi europei [...] ci ricordano – ancora una volta! – che o le politiche pubbliche degli odierni sistemi multilivello si prefiggono di attivare forme e strumenti di protezione a carattere preventivo, capaci coerentemente di operare *ex ante*, prima che gli eventi dannosi si siano verificati, oppure non ci sarà che la

tiva in esame, che non si registrino ricadute negative sull'ambiente e sulla salute umana (art. 4 della Direttiva 2001/18/CE): le competenti autorità devono, pertanto, attivare specifici procedimenti, il cui scopo è accertare, *case by case*, l'assenza di rischio.

La suddetta normativa, che pare recepire i diffusi timori su una – asserita – “incertezza scientifica”¹⁸, ovviamente non deve trarre in inganno. L'amministrazione, nonché la regolazione, del rischio non deve intendersi come entità assoluta¹⁹: da un lato, il rischio “zero” non esiste e ogni sistema tecno-scientifico, anche il più sofisticato, può essere posto nella condizione di cedere di fronte a situazioni imprevedute²⁰. Dall'altro lato, l'idea stessa di regolare o amministrare conduce a una prospettiva di mediazione che è tipica dell'attività amministrativa, quella di bilanciare e sintetizzare interessi diversi e, sovente, contrapposti: non solo meramente scientifici, ma anche economici e sociali in senso lato.

In terzo luogo, se le considerazioni che precedono hanno indotto l'Unione europea ad introdurre un regime autorizzatorio in merito ai beni GM, si deve precisare che simile orientamento non rappresenta l'unico approccio esperibile in ordine alla regolazione degli OGM. Non a caso, il sistema preventivo non è stato recepito in quegli Stati che, attualmente, sono i maggiori produttori di derrate geneticamente modificate, Stati Uniti d'America in prima fila.

Negli USA, come in altri Stati favorevoli all'utilizzo degli OGM, la regolamentazione è basata sul principio di “sostanziale equivalenza”²¹. Le varietà GM sono considerate, salvo prova contraria, come sostanzialmente equivalenti alle specie convenzionali. Si adotta, conseguentemente, l'assunto secondo il quale varietà, geneticamente modificate e non, presentano gli stessi fattori di rischio per la salute umana e per l'ambiente e quindi non trovano giustificazione tratta-

tutela *ex post*, a carattere meramente risarcitorio, e che, questa stessa, è poca cosa, sostanzialmente consolatoria, e spesso, per giunta, di non agevole realizzazione sul piano pratico».

¹⁸ D. Bevilacqua, *op. cit.*, 2. In generale, F. Follieri, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 6, 1495 ss.

¹⁹ Gestione del rischio e dell'incertezza sono, ad esempio, connaturati nell'azione amministrativa di tutela dell'ambiente, tanto che è stato opportunamente osservato che «da un certo punto di vista, è persino possibile sostenere che l'emergenza, in quanto fatto e fattore dinamico implicato con la realtà effettuale, è, per così dire, *in re ipsa*, ossia radicata nella natura stessa delle cose, e segnatamente nella sostanza profonda dei procedimenti di amministrazione e gestione dei rischi ambientali» (R. Ferrara, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella «società del rischio»*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 10, 3356 ss.). Considerazioni analoghe sono state formulate dallo stesso Autore, più recentemente, con riferimento al rapporto che insorge fra diritto amministrativo/pubblico e incertezza (si veda il saggio *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e «funzione definitiva» della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 651 ss.).

²⁰ F. Stella, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 4 ss.

²¹ F. Rossi Dal Pozzo, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. int.*, 2014, 2, 339 ss.

menti discriminanti; entrambe le tipologie esigono il rispetto di medesimi requisiti di sicurezza.

L'effettiva equivalenza tra prodotti GM e prodotti "OGM free" deve, tuttavia, essere accertata sulla base dei dati tecno-scientifici e, solo in questo caso, l'approccio normativo potrà essere il medesimo. La posizione degli Stati Uniti d'America non riconosce che vi possa essere una correlazione tra processo produttivo e caratteristiche del prodotto finale: si attua, pertanto, il principio *regulation of product, not process*.

Orientamento completamente diverso e di matrice preventiva è stato quello assunto dal legislatore dell'Unione europea, il quale ha incentrato l'autorizzazione all'impiego degli OGM sull'esperimento di una penetrante valutazione del rischio, al fine di assicurare la sicurezza alimentare²² e ambientale. Si registra, dunque, una limitazione dell'autoregolazione del mercato: i prodotti OGM non godono di alcuna liberalizzazione, bensì sono assoggettati al preventivo controllo amministrativo.

Inoltre, il regime autorizzatorio e la mancanza di una posizione comune agli Stati membri hanno fatto sì che il metodo precauzionale sia stato assai spesso distorto, inducendo il titolare del potere esecutivo a introdurre una vera e propria moratoria delle derrate GM anche quando le autorità amministrative, in concreto, avevano accertato l'assenza di qualsivoglia rischio significativo²³. Un atteggiamento di tale sorta – oltre a non recepire l'avvenuta transizione, anche a livello nazionale, da un sistema in cui gli OGM erano segregati ad una concezione di coesistenza con le culture tradizionali²⁴ – si presenta come il frutto del cambiamento del rapporto fra scienza e diritto: la valutazione scientifica non è più in grado di informare a sé la decisione politica.

Il medesimo atteggiamento pare travolgere anche la nozione stessa di principio di precauzione²⁵, che viene strumentalizzata al fine d'impedire qualsiasi impiego di prodotti e culture transgeniche anche dove, pur nell'impossibilità

²² L. Russo, *La sicurezza delle produzioni «tecnologiche»*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2010, 2.

²³ In tal senso è nota la vicenda del Mais Mon 810 che ha visto contrapporsi da un lato, il Governo Italiano e il TAR Lazio, dall'altro lato le Autorità europee e alcuni produttori nazionali favorevoli all'impiego del mais transgenico. Fra i moltissimi contributi apparsi su quest'annosa controversia si citano: A. Ievolella, *Campi coltivati con "Mais MON 810": agricoltore sconfitto, legittimo il sequestro*, in *www.dirittoegustizia.it*, 2015; V. Ranaldi, *Il confronto tra Stati membri ed Unione europea in materia di OGM nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2014, 4, 1011 ss.

²⁴ M. Motroni, *La disciplina degli OGM a metà tra «tutela dell'ambiente» e «agricoltura»*, ovvero della problematica coesistenza di competenze legislative statali e regionali, in *www.federalismi.it*, 2006, 18; L. Marini, *OGM, precauzione e coesistenza: verso un approccio (bio)politicamente corretto?*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 1, 1 ss.

²⁵ Di recente, C. Vivani, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2474 ss. Più in generale, R. Ferrara, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 2, 61 ss.: l'Autore, al riguardo, parla di «prudente applicazione del principio di precauzione».

dell'assoluta certezza, le competenze tecniche dell'amministrazione hanno assodato l'assenza del rischio. Si palesa, in conseguenza, una tensione fra il principio precauzionale²⁶ e il principio di ragionevolezza²⁷, che deve assistere ogni attività dell'esecutivo in sede amministrativa: il principio di precauzione dovrebbe essere "ragionevolmente"²⁸ applicato solo ove si siano riscontrati dubbi scientificamente attendibili circa la nocività per l'ambiente e non dove, all'opposto, la pubblica amministrazione abbia appurato l'assenza di pericolosità.

Questa interpretazione, a parere di chi scrive, è confortata dalla direttiva 2001/18/CE, dal momento che la medesima richiama esplicitamente il principio di precauzione (considerando n. 8), ma assegna alle autorità competenti (ovvero alla pubblica amministrazione) la verifica delle condizioni per la sua applicazione, vale a dirsi il riscontro della nocività per la salute umana e per l'ambiente.

Invero, anche il diritto internazionale dell'ambiente si pone in ottica simile: il menzionato Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza – pur rinviando esplicitamente al principio di precauzione²⁹ – legittima una "difesa attenuata" della biodiversità: il Protocollo richiede che siano adottati adeguati livelli di protezione allorché si impieghino organismi modificati³⁰, ma non mette al bando l'utilizzo degli stessi. Questi sono ammessi, purché nel rispetto della sostenibilità (l'ambiente non è qui un valore assoluto e imm modificabile a scapito della libertà d'impresa) e della salute umana. Tale impostazione non solo è conforme a ragionevolezza, ma in un certo qual senso anche ovvia, atteso che solo l'ente amministrativo può dare concretezza alla disposizione normativa.

2.2. *Procedimento e attività consultiva*

Il settore dei prodotti geneticamente modificati costituisce un ambito del mercato comune nel quale vi è stata una precoce disciplina di settore: il primo intervento comunitario in materia si registra con la direttiva 1990/220/CE, la quale prevedeva un sistema di assenso preventivo all'immissione in commercio dell'OGM, gestito, essenzialmente, dalle autorità degli Stati membri.

²⁶ M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, 62 ss.; F. Fonte, *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*, Milano, 2004, 23 ss.

²⁷ Un riferimento alla ragionevolezza nell'applicazione delle misure preventive è presente in V. Buonocore, *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, 3 ss.

²⁸ Più in generale sui rapporti fra diritto dell'ambiente, ecologia e etica si rinvia a F. Fracchia, *Globalization, environment and sustainable development, in global, European and Italian perspectives*, in *Riv. it. dir. publ. comunit.*, 2011, 3-4, 781 ss.

²⁹ L'art. 1 del Protocollo richiama l'art. 15 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e sullo sviluppo.

³⁰ Artt. 1 e 2 del Protocollo di Cartagena.

A seguito di un processo di riforma – ispirato al superamento delle lacunosità della previgente normativa – il legislatore comunitario, pervenuto all'abrogazione della direttiva del 1990, ha provveduto all'emanazione della vigente direttiva 2001/18/CE, alla quale è stato affiancato il successivo regolamento CE 1829/2003. Pur non ritenendo questa la sede per un esame complessivo della disciplina procedimentale europea in materia di OGM³¹, pare doveroso ricordare che la direttiva n. 18 costituisce ancora la normativa quadro sui prodotti transgenici, tuttavia il suo portato risulta ridimensionato dalla comparsa del regolamento del 2003 e dalle modifiche apportate alla stessa direttiva da parte della successiva direttiva 412/2015/UE³².

In linea di massima approssimazione, è corretto sostenere che la direttiva 2001/18/CE rechi una disciplina esaustiva in materia d'emissione nell'ambiente di OGM; all'opposto, la medesima manifesta un rilievo secondario per quanto riguarda i prodotti GM, giacché quest'ultimi sono ricompresi nella regolamentazione della direttiva se non impiegati come mangime o alimento. Di converso, il regolamento del 2003 contiene la vigente disciplina dei prodotti transgenici destinati ad essere immessi nel mercato quali alimenti o mangimi e, pertanto, assoggettati ad un procedimento europeo di valutazione del rischio.

È possibile, allora, addivenire alle considerazioni di seguito riportate. In primo luogo, chiunque voglia impiegare un OGM nell'ambito del mercato (per l'emissione in ambiente, così come per l'immissione in commercio) deve darne notifica alle competenti autorità. In secondo luogo, qualora si tratti di emissione deliberata in ambiente, la competenza all'autorizzazione permane in capo alle amministrazioni degli Stati membri³³; qualora sia un'istanza concernente l'immissione in commercio di OGM non destinati all'alimentazione³⁴ il procedimento resta in carico alle competenti autorità nazionali, a meno che altri Stati membri non rassegnino osservazioni e sulle medesime non sopraggiunga un accordo degli Stati stessi; infine, qualora l'istanza di autorizzazione sia inerente a OGM

³¹ Si rinvia all'attenta dottrina che ha studiato il procedimento di cui ai citati regolamento e direttiva: F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*; nonché A. Oddenino, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati. Il quadro di diritto comunitario*, in R. Ferrara, I.M. Marino (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, 2003, 81 ss.; F.R. Fragale, *Organismi geneticamente modificati*, Napoli, 2005.

³² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2015, n. 412, "che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) sul loro territorio": sul punto si rinvia a M. Porpora, *Gli OGM e la frammentazione della governance nel settore alimentare*, in *Riv. it. dir pubbl. comunit.*, 2015, 6, 1661 ss.; M. Holle, G.C. Salvatori, *The New Directive 2015/412/EU and 'compelling grounds': requirements for the justification of national measures*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2016, 3, 19 ss. e il commento alla normativa *La bioeconomia lungo la filiera alimentare*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, 4, 272 ss.

³³ Artt. 6 ss. direttiva 2001/18/CE.

³⁴ Artt. 13 ss. direttiva 2001/18/CE.

ad uso alimentare o per la nutrizione di animali, è previsto un unico procedimento europeo³⁵.

Il tratto unificante dei diversi procedimenti risiede, come ribadito dalla stessa Commissione europea³⁶, nella garanzia che «l'immissione sul mercato dei prodotti in questione non presenti rischi per la salute umana o animale o per l'ambiente»: elemento centrale è dunque la valutazione scientifica del rischio, che costituisce, sempre nelle parole della Commissione, «fondamento principale» della giustificazione sottesa all'autorizzazione.

Se si escludono le fasi di spettanza dei singoli Stati membri – ognuno dei quali provvede alla costituzione di opportune autorità nazionali – siffatta valutazione è, oggi, esperita sulla base delle competenze tecno-scientifiche possedute da uno specifico organo dell'Unione europea, istituito ai sensi del regolamento CE 178/2002³⁷ e rappresentato dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare (meglio conosciuta con l'acronimo "EFSA", corrispondente a *European Food Safety Authority*)³⁸.

L'EFSA svolge un ruolo di primo piano nella decisione assunta dalla Commissione a conclusione del procedimento di autorizzazione. Ai sensi della normativa vigente³⁹, simile Autorità⁴⁰ dispone dei requisiti di indipendenza e di eccellenza che le permettono, da un lato, di addivenire ad un'effettiva analisi del rischio insito nell'impiego degli OGM e, dall'altro lato, di svolgere una funzione legittimante dell'attività di *decision-making* che spetta all'organo politico-amministrativo⁴¹.

I requisiti di terzietà e "tecnicità" permettono all'EFSA di adempiere al suo ruolo di organo consultivo e di inserirsi pienamente nella già menzionata "amministrazione del rischio". L'Autorità per la sicurezza alimentare, infatti, compie

³⁵ Art. 4 ss. regolamento CE 1829/2003.

³⁶ "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Revisione del processo decisionale in tema di organismi geneticamente modificati (OGM)" del 22 aprile 2015.

³⁷ Regolamento CE del 28 gennaio 2002, n. 178, del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nell'ambito della sicurezza alimentare.

³⁸ N. Lucifero, *L'immissione in commercio di alimenti geneticamente modificati*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2017, 2, 52 ss. Per un'analisi più estesa delle ragioni poste a fondamento della disciplina giuridica della materia alimentare, si rinvia a M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 657 ss.

³⁹ Art. 22, par. 7, e artt. 37 ss. del regolamento CE 178/2002.

⁴⁰ Sulla natura giuridica dell'Autorità quale amministrazione indipendente o agenzia nell'ambito del diritto europeo si rinvia a R. Manfrellotti, *L'amministrazione comunitaria nel settore delle biotecnologie*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 6, 825 ss.

⁴¹ In tal senso L. Salvi, *L'immissione in commercio di OGM: il ruolo dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare*, in L. Costato, P. Borghi, L. Russo, S. Manservigi (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, 405 ss.

autonomamente l'attività di valutazione del rischio (cd. *risk assessment*), sulla base della quale la Commissione e i comitati competenti⁴² perseguono, invece, la gestione del rischio (cd. *risk management*)⁴³: le due funzioni appaiono, dunque, ontologicamente diverse; la prima è, o dovrebbe essere, attività consultiva da compiersi, esclusivamente, sulla base delle nozioni tecniche e scientifiche; la seconda, invece, deve – o comunque dovrebbe – manifestare un sindacato di opportunità, costituito dal contemperamento di interessi differenti (e di matrice non solo scientifica).

La dicotomia fra *risk assessment* e *risk management* sembra palesarsi nel settore degli OGM sulla scorta della lettura degli atti normativi che regolano l'autorizzazione all'immissione in commercio al fine dell'alimentazione umana⁴⁴. Com'è stato evidenziato poco sopra, dalle disposizioni europee si parrebbe legittimati a ritenere che l'EFSA sia organo non dell'amministrazione attiva, bensì di quella consultiva: l'art. 6 del regolamento del 2003 afferma che l'Autorità emette un parere successivamente vagliato dalla Commissione (nonché dai comitati)⁴⁵. Tuttavia, a un più attento sindacato⁴⁶ della prassi autorizzatoria della Commissione si evince che il ruolo dell'EFSA non si inquadra perfettamente nel concetto di "amministrazione consultiva" tipico del diritto amministrativo italiano.

La legge generale sul procedimento amministrativo italiano⁴⁷ definisce attività consultiva quella che si estrinseca nel rilascio di pareri, ossia di atti amministrativi infraprocedimentali finalizzati ad illuminare l'organo decidente (vale a dirsi la c.d. "amministrazione attiva") in ordine al contenuto dell'atto da adotta-

⁴² Si ricorda che la Commissione non è titolare esclusiva del potere di autorizzazione: essa è affiancata dai rappresentanti degli Stati membri in forza del procedimento c.d. "di comitologia" (in proposito, M.L. Tufano, *La comitologia e le misure di esecuzione degli atti e delle politiche comunitarie*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 1, 149 ss.; D. Bianchi, *La comitologia dopo Lisbona*, in L. Costato, P. Borghi, L. Russo, S. Manservigi (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, cit., 51 ss.; G. Peroni, *La nuova procedura di adozione degli atti agrari dopo «Lisbona»: verso una nuova governance in materia di politica agricola comune?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, 2, 463 ss.; S. Screpanti, *Gli sviluppi del sistema dei comitati a cinque anni dal regolamento "comitologia"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, 105 ss.).

⁴³ M. Savino, *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 2, 413 ss. Si veda anche M. Porpora, *Gli OGM e la frammentazione della governance nel settore alimentare*, cit., 1661 ss.

⁴⁴ Artt. da 3 a 11 del regolamento 1829/2003.

⁴⁵ In senso analogo anche la disposizione generale – e dunque non dettata in materia di OGM – di cui all'art. 23 del regolamento CE 178/2002: «L'Autorità ha i seguenti compiti: a) fornire alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri i migliori pareri scientifici in tutti i casi previsti dalla legislazione comunitaria e su qualsiasi questione di sua competenza; [...]; c) fornire alla Commissione assistenza scientifica e tecnica nelle materie di sua competenza e, quando richiesto, nell'interpretazione e nell'esame dei pareri relativi alla valutazione dei rischi; [...]»

⁴⁶ L. Salvi, *op. cit.*, 409 ss.

⁴⁷ Legge 7 agosto 1990, n. 241.

re⁴⁸: ovviamente l'atto consultivo può avere ad oggetto i più disparati campi del sapere umano (diritto, ingegneria, contabilità, e via dicendo).

Invero, la menzionata legge 241/1990 specifica la nozione di amministrazione consultiva distinguendo fra pareri e valutazioni tecniche⁴⁹. I primi⁵⁰ illuminano l'organo decidente in merito, appunto, alla decisione a cui il medesimo deve pervenire, ossia operano sul contenuto del provvedimento; nelle seconde⁵¹, invece, la valutazione è operata alla stregua di conoscenze e, quindi, di regole tecniche: le valutazioni tecniche forniscono un sindacato sui fatti oggetto del procedimento, mentre i pareri forniscono un'interpretazione dei fatti già assodati e acquisiti in sede di istruttoria procedimentale⁵².

La collocazione del ruolo dell'EFSA nell'ambito delle categorie di diritto interno non appare intuitiva: chi scrive ritiene necessario un superamento del mero *nomen iuris* di "parere"⁵³ – attribuito dalle fonti europee – atteso il ruolo penetrante assunto dall'EFSA, che risulta trascendere la sola fase di analisi di rischio per improntare a sé anche l'attività di *decision making* finale: si nota, d'altronde, che l'autorizzazione all'immissione trova la sua legittimazione in un procedimento marcatamente *science-based*⁵⁴.

Per il vero, si ritiene che la qualificazione come "parere" sia confortata dalla lettura della direttiva 2001/18/CE e del regolamento CE 1829/2003, ma possa essere contraddetta dalla loro concreta attuazione.

In primo luogo, se entrambe le normative incentrano i relativi provvedimenti d'autorizzazione sulla scorta della valutazione del rischio (in generale compiuta dall'EFSA), le medesime ammettono che le autorità europee possano assumere a fondamento della loro decisione anche ulteriori parametri di natura di non scientifica. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 7 del regolamento del 2003 in forza del quale la Commissione, nel valutare il parere dell'EFSA, può tenere conto di altri fattori legittimi pertinenti alla questione in esame.

⁴⁸ Sull'attività consultiva si ricordano in dottrina gli studi di P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milanofiori Assago, 2017, 331 ss.; V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 802 ss.; inoltre, E. Casetta (a cura di F. Fracchia), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 459 ss.

⁴⁹ N. Aicardi, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 838 ss.

⁵⁰ Art. 16 legge 241/1990.

⁵¹ Art. 17 legge 241/1990.

⁵² Si desume, pertanto, che il parere si esplicita nella fase procedimentale decisoria, mentre la valutazione tecnica nella fase istruttoria: in tal senso P.M. Vipiana, *op. cit.*, 337 ss.

⁵³ In particolare, artt. 22, par. 7; 23, par. 1, e 29 del regolamento CE 178/2002, nonché art. 6 del regolamento CE 1829/2003.

⁵⁴ L. SALVI, *Processi decisionali e partecipazione pubblica tra innovazione e "controversie" tecnologiche. La regolazione delle biotecnologie agro-alimentari nell'U.E.*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, 2, 227 ss.

Alla luce delle considerazioni esposte, allora, si può giungere alla conclusione che l'atto rilasciato dall'EFSA, almeno formalmente, potrebbe ricondursi alla nozione interna di parere obbligatorio (poiché sempre richiesto dalla normativa), ma non vincolante, in quanto la Commissione potrebbe impiegare a fondamento del provvedimento ulteriori elementi⁵⁵. Quanto scritto fa propendere per un'interpretazione che ritenga il parere dell'EFSA non riconducibile alla nozione di valutazione tecnica presente nel diritto italiano. Infatti, l'art. 17 della legge 241 impedisce che l'amministrazione procedente adotti il procedimento prescindendo dalla valutazione medesima. A maggior ragione, l'intervento dell'EFSA non sembra riferirsi al mero accertamento della consistenza di situazioni di fatto, quanto, piuttosto, al fornire dei chiarimenti che la Commissione potrà autonomamente ponderare in bilanciamento con altri interessi.

Se il tenore letterale delle norme sul procedimento europeo permette di qualificare l'attività consultiva dell'EFSA quale parere obbligatorio non vincolante – ovviamente a meno che l'Autorità non abbia individuato la presenza di rischi per la salute o l'ambiente⁵⁶ – diverse considerazioni devono desumersi alla luce della prassi procedimentale.

Il rilascio delle autorizzazioni sull'immissione di OGM da parte della Commissione appaiono incentrate esclusivamente sulla valutazione scientifica del rischio, senza che sia data un'effettiva rilevanza ad ulteriori considerazioni o alla componente partecipativa dei cittadini europei. In quest'ambito procedimentale si registra, pertanto, una prevalenza del momento scientifico-consultivo su quello amministrativo-decisionale. L'attività di gestione del rischio – che, come riportato in precedenza, dovrebbe recare una ponderazione di diversificati interessi al fine di giungere all'immissione in commercio di un alimento⁵⁷ connotato da un rischio "accettabile" – è stata ridotta al mero recepimento di un parere sull'assenza del rischio: vale a dirsi che l'apprezzamento di opportunità si è tradotto in un esempio di "tecnocrazia".

⁵⁵ A considerazioni analoghe è giunta anche la dottrina che ha studiato l'EFSA nella sua disciplina generale: S. Gabbi, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, Milano, 2009, 136 e 139 ss.

⁵⁶ Si ritiene, infatti, che la Commissione possa valutare ulteriori interessi solo qualora l'EFSA abbia associato l'assenza del rischio: in caso contrario, infatti, non sarebbe possibile autorizzare il prodotto nemmeno sulla valutazione degli altri fattori, atteso che i principi ispiratori della direttiva del 2001 e del regolamento del 2003 sono, per l'appunto, la tutela dell'ambiente e della salute.

⁵⁷ Considerazioni similari valgono, anche alla luce della giurisprudenza di seguito esaminata, per la coltivazione di OGM.

2.3. *Brevi considerazioni sulla giurisprudenza*

Della tendenza a dare rilievo al momento tecno-scientifico si ha sentore nella giurisprudenza della Corte di giustizia. L'analisi delle più conosciute pronunce della Corte consente di verificare come il Giudice dell'Unione europea abbia, in generale, improntato il proprio giudizio sulla verifica della corrispondenza tra l'operato della Commissione e il parere dell'EFSA o di altri organi consultivi.

Ovviamente, si deve evidenziare come la Corte sia sovente intervenuta sull'applicazione delle procedure di "emergenza"⁵⁸ avviabili dagli Stati membri al fine di adottare misure cautelative per la tutela dell'ambiente e della salute umana, soprattutto, in tema di coltivazione di organismi geneticamente modificati: ciò giustifica il fatto che la Corte abbia prevalentemente esaminato la rilevanza della prova scientifica del rischio, piuttosto che il procedimento di autorizzazione di per sé. Tuttavia, ciò è espressivo del fatto che tanto l'Unione, quanto gli Stati membri improntano – nel bene o nel male – l'autorizzazione degli OGM essenzialmente sul dato scientifico.

Ciò è avvenuto già nel noto caso del "Land dell'Austria superiore"⁵⁹, ove la Corte – e precedentemente il Tribunale di primo grado – ha convalidato l'operato della Commissione evidenziando come la Repubblica d'Austria e il Land non avessero fornito alcun elemento idoneo al superamento dell'analisi svolta dall'EFSA. Simile giurisprudenza è stata ribadita anche in sede di definizione degli "spazi di manovra" riconosciuti agli Stati membri nei confronti degli OGM autorizzati: il riferimento è qui al *corpus* giurisprudenziale costituito dalle sentenze "Monsanto" del 2011⁶⁰ e "Pioneer" del 2012⁶¹.

Con la sentenza del 2011, la Corte di giustizia dell'Unione ha precisato che, allorquando, la Commissione abbia provveduto all'autorizzazione di un prodotto GM, gli Stati membri possono ricorrere, in via cautelare, alle misure di cui all'art. 34 del regolamento 1829/2003⁶²: tuttavia, l'autorità nazionale può accedere a tali

⁵⁸ In particolare, art. 34 regolamento CE 1829/2003 e artt. 23 e 26 direttiva 2001/18/CE.

⁵⁹ Sentenza 13 settembre 2007, cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P, Land Oberösterreich e Austria c. Commissione, in *curia.europa.eu*: commentata in V. RANALDI, *op. cit.* Ma, in senso analogo, si possono leggere simili considerazioni nella precedente sentenza 9 settembre 2003, causa C-236/01, Monsanto Agricoltura Italia S.p.A. et al. C. Presidenza del Consiglio dei Ministri et al, *ivi*.

⁶⁰ Sentenza 8 settembre 2011, Monsanto SAS et al. C. Ministre de l'Agriculture et de la Pêche, cause riunite da C-58/10 a C-68/10, in *curia.europa.eu*.

⁶¹ Sentenza 6 settembre 2012, Pioneer Hi Bred Italia Srl c. Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali, causa C-36/11, *ivi*: L. Salvi (a cura di), *AlimentarEuropeo*, 2012, 4, in *www.rivistadirittoalimentare.it*; J. Beqiraj, *Verso una disciplina uniforme europea in materia di OGM? Alcune precisazioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri nel limitare la coltivazione di OGM sul loro territorio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, I, 291 ss.

⁶² Articolo che richiama la procedura di cui agli artt. 53 e 54 del regolamento CE 178/2002: P. Borghi, L. Salvi (a cura di), *AlimentarEuropeo*, 2012, 1, in *www.rivistadirittoalimentare.it*.

misure di emergenza solo ove abbia riscontrato un rischio “grave e manifesto”, ossia scientificamente dimostrato e non puramente ipotetico⁶³. Queste conclusioni sono ribadite nella sentenza del 2012, ove la Corte (su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano) ha nuovamente chiarito che lo Stato membro, a seguito dell'intervenuta autorizzazione del prodotto transgenico, può avviare – sussistendone i presupposti – l'*iter* di emergenza normato dal suddetto art. 34; lo Stato non può, all'opposto, approntare ulteriori autorizzazioni a livello nazionale o ricorrere all'art. 26-*bis* della direttiva 2001/18/CE⁶⁴.

Il quadro interpretativo elaborato dalla Corte di giustizia si sofferma, allora, sulla necessità di accertare che la Commissione abbia diligentemente recepito il parere dell'EFSA e che gli Stati membri abbiano, eventualmente, sollevato congrui ed effettivi dubbi scientifici⁶⁵. La breve analisi della giurisprudenza europea ci permette di avvalorare la tesi secondo cui il momento tecnocratico è del tutto prevalente nell'ambito del procedimento di autorizzazione degli OGM, ma si deve, ad ogni modo, ricordare che non spetta alla Corte sopperire alla mancanza di *risk management* in capo alla Commissione.

Non a caso, quest'ultima attività, come sopra sottolineato, è sostanzialmente rappresentata da una valutazione di opportunità e, dunque, connotata da un margine di discrezionalità: il giudice, anche al livello eurounitario, non può farsi carico delle scelte discrezionali che spettano all'organo esecutivo-amministrativo.

In tal senso, si ritiene significativo il seguente principio di diritto cui è giunto il Tribunale di primo grado⁶⁶, ancorché in materia differente rispetto agli OGM: «le istituzioni dispongono, in materia di politica agricola comune, di un ampio potere discrezionale per quanto riguarda la definizione degli scopi perseguiti e la scelta degli opportuni strumenti d'azione. Inoltre, nell'ambito della loro valutazione dei rischi, esse devono procedere a stime complesse per valutare, in base alle informazioni di natura tecnica e scientifica che vengono loro fornite da esperti nel quadro della valutazione scientifica dei rischi, se i rischi per la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente oltrepassino il livello giudicato accettabile per la società. Tale ampio potere discrezionale e tali stime complesse implicano un controllo limitato da parte degli organi giudicanti dell'Unione europea. Essi portano infatti alla conseguenza che il sindacato di merito dell'organo giudicante si limiti ad esaminare se l'esercizio da parte delle istituzioni delle loro competen-

⁶³ P. Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, 2011, 232.

⁶⁴ Articolo dettato in materia di misure volte ad evitare la presenza involontaria di OGM in altri prodotti.

⁶⁵ Si veda anche M. Cocconi, *Le garanzie del cittadino rispetto ai giudizi scientifici contenuti nei pareri dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2016, 3, 4 ss.

⁶⁶ Tribunale di primo grado dell'Unione europea, Sez. III, 9 settembre 2011, causa T-257/2007, Repubblica Francese c. Commissione europea, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, 2631; L. Salvi, *AlimentarEuropeo*, 2013, 3, in *www.rivistadirittoalimentare*.

ze non sia viziato da un errore manifesto o da uno sviamento di potere o ancora se tali autorità non abbiano manifestamente oltrepassato i limiti del loro potere discrezionale».

Il Tribunale – con principio confermato dalla Corte di Giustizia⁶⁷ e ribadito in successiva pronuncia del 2016⁶⁸ – evidenzia i limiti del sindacato giurisdizionale, ma altresì sottolinea come il provvedimento di autorizzazione debba essere il frutto di una valutazione complessa che tenga conto anche del rischio “accettabile” da parte della società: si perviene, dunque, ad una applicazione ragionevole e proporzionata del principio di precauzione.

2.4. (Segue) *Cenni alla giurisprudenza interna*

A discapito della menzionata giurisprudenza del Tribunale di primo grado, si è registrato, invece, un recepimento imperfetto nella giurisprudenza nazionale in materia di OGM.

Nello specifico, ci si riferisce alla pronuncia n. 605/2015⁶⁹, con la quale il Consiglio di Stato – nel respingere l’impugnazione proposta da un noto imprenditore agricolo italiano⁷⁰ avverso la sentenza di primo grado emessa dal TAR del Lazio⁷¹ – ha assodato la legittimità del Decreto interministeriale del 12 luglio 2013⁷², che provvisoriamente vietava sul territorio italiano la coltivazione della varietà di mais transgenico “Mon 810” (autorizzato in forza della direttiva 1990/220/CE). Il Consiglio di Stato, così come il TAR, richiama le sentenze della Corte di giustizia del 2011 e del 2012.

Da un lato, il Giudice di secondo grado ricorda come il provvedimento ministeriale non rientri nel contesto degli artt. 23 e 26-*bis* della direttiva 2001/18/

⁶⁷ Sentenza 11 luglio 2013, Repubblica francese c. Commissione europea, causa C-609/11 P, punti 142 ss. in particolare, in *curia.europa.eu*.

⁶⁸ Tribunale di primo grado, Sez. V, 15 dicembre 2016, causa T-177/13, in *curia.europa.eu*, annotata da D. Bevilacqua, *Regolazione sovranazionale e tutela degli interessi diffusi: garanzie procedurali e vincoli tecnico-scientifici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 227 ss.

⁶⁹ Cons. Stato, Sez. III, 6 febbraio 2015, n. 605, in *Riv. dir. agr.*, 2015, 3, 214 ss., con nota di E. Sirsi, *OGM: au bout de la nuit? Il Consiglio di Stato scrive forse l’ultimo atto della storia della coltivazione commerciale di varietà OGM in Italia*.

⁷⁰ Si tratta del già citato coltivatore Fidenato, che aveva più volte tentato la semina del Mais “Monsanto 810” incorrendo nell’ostilità delle Autorità italiane.

⁷¹ TAR Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 23 aprile 2014, n. 4410, annotata da V. Cavanna, *OMG: legittimo il divieto in via cautelare di coltivazione del Mais MON 810*, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, 7, 548 ss.

⁷² Decreto interministeriale 12 luglio 2013, inerente al divieto provvisorio di coltivazione del Mais Mon 810, ai sensi dell’art. 34 regolamento CE 1829/2003, divieto prorogato con decreto ministeriale 22 gennaio 2015.

CE, bensì nell'art. 34 del regolamento CE 1829/2003 e, dunque, come le autorità italiane siano pienamente legittimate ad operare in tal senso.

Dall'altro lato – e qui si registrano le maggiori criticità⁷³ – il Consiglio di Stato deve procedere alla giustificazione necessaria per il ricorso alle misure di cui all'art. 34: i giudici d'appello fanno riferimento alla sentenza Monsanto del 2011⁷⁴, vale a dirsi alla necessità della prova del rischio grave e manifesto ovvero dell'eventuale proposizione di una questione pregiudiziale.

Il Giudice amministrativo supera l'ipotesi di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, affermando che il caso sotteso al suo esame è sufficientemente chiaro da poter essere deciso a livello nazionale: in proposito, la soluzione approntata dal Consiglio di Stato risulta conforme alla giurisprudenza citata dal medesimo giudice. Non a caso, la menzionata sentenza Monsanto del 2011 prevede solo due possibili strade percorribili dal giudice nazionale in caso di giudizio sulle misure di emergenza di cui all'art. 34. Per un verso, qualora la Commissione si sia pronunciata sulla richiesta, da parte dello Stato membro, di attivare la misura di emergenza, siffatta decisione vincola lo Stato⁷⁵; per altro verso, nel caso in cui la Commissione non abbia adottato alcuna decisione in ordine all'art. 34, il giudice nazionale chiamato a vagliare le misure di emergenza può sollevare una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*⁷⁶, nel caso in cui nutra dei dubbi sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea.

Il Consiglio di Stato, sul punto, opta per la seconda possibilità e, contemporaneamente, esclude la pregiudiziale, ritenendo di poter giungere autonomamente alla corretta applicazione dell'art. 34.

In merito al danno grave e manifesto, che rappresenta l'oggetto tecno-scientifico della decisione in parola e che – come visto – è di rilevante importanza nel diritto europeo vivente, il Consiglio di Stato non sembra concretamente recepire la necessità di elementi fondati su dati scientifici attendibili e sopraggiunti alla valutazione originaria dell'EFSA.

Il paragrafo secondo, punto 6.3, della sentenza in parola si qualifica, sostanzialmente, come il sunto del ragionamento che il Consiglio di Stato propone in merito alla giustificazione delle misure di urgenza: dimostrazione dell'urgenza e del rischio grave e manifesto; presenza di analogo provvedimento di divieto in Francia⁷⁷.

⁷³ E. Sirsi, *op. cit.*, 229.

⁷⁴ Cons. Stato, sentenza n. 605/2015, *cit.*, punti 6.2. e ss.

⁷⁵ Punto 80 della sentenza Monsanto: interpretazione, peraltro, sostenuta dall'appellante, atteso che la Commissione aveva ricevuto un parere dell'EFSA nel quale non si riscontravano rischi derivanti dalla varietà Mon 810.

⁷⁶ Punto 79 della sentenza Monsanto.

⁷⁷ Nello specifico il Consiglio di Stato afferma: «va poi ricordato come la citata sentenza in data 8 settembre 2011, abbia sì negato la possibilità di utilizzare le misure di sospensione o divieto provvisorio dell'uti-

È però a proposito della dimostrazione del rischio che la sentenza n. 605/2015 contrasta in modo significativo con la consolidata giurisprudenza europea, la quale riconosce un ruolo indispensabile al parere dell'EFSA ed ammette le misure di emergenza solo qualora lo Stato provi la sussistenza di un rischio per la salute o l'ambiente non esaminato dall'Autorità europea, vale a dirsi sopravvenuto⁷⁸ al *risk assessment* compiuto in sede di autorizzazione.

Il Consiglio di Stato, al punto 6.5 della pronuncia *de qua*, prende atto che l'EFSA si è sempre espressa sostenendo l'assenza del rischio nell'impiego del Mon 810⁷⁹. Tuttavia, il Giudice amministrativo sembra adottare un'interpretazione letterale dell'art. 34: tale articolo, infatti, non menziona solo il parere dell'Autorità, ma anche tutti i casi in cui si sono manifestati i "presupposti sostanziali" del rischio indipendentemente dall'intervento dell'EFSA. È proprio sui presupposti esaminati dai Ministeri italiani, e individuati in un *dossier* del CRA⁸⁰ (Consiglio per la Ricerca e la Sperimentazione in agricoltura) e da uno studio analogo condotto dall'ISPRA (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale), che la pronuncia del 2015 individua la legittimità del decreto interministeriale del 2013.

È singolare – nonché contrastante con la giurisprudenza europea – che il Consiglio di Stato abbia ommesso di ricordare che l'EFSA, nel mese di settembre 2013⁸¹, si era espressa sui rilievi formulati dalle Autorità italiane, giungen-

lizzo o dell'immissione in commercio in applicazione dell'art. 23 della direttiva 2001/18/CE, ma abbia indicato come strumento praticabile l'art. 34 del regolamento, previa dimostrazione dell'urgenza e del rischio grave e manifesto; del resto, la Francia ha poi seguito l'indicazione della Corte, adottando in data 18 marzo 2012 misure cautelari provvisorie ex art. 54, comma 3, reg. n. 178/2002, impedendo la coltivazione del mais transgenico; e non risulta dagli atti che al riguardo siano intervenuti nuovi arresti giurisprudenziali».

⁷⁸ E. Blasi, *I nuovi margini del potere decisionale degli Stati europei in materia di organismi geneticamente modificati*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2015, 1, 164 ss.

⁷⁹ Sentenza n. 605/2015, punto 6.5: «la seconda questione da esaminare, riguarda gli elementi sui quali può essere basata l'adozione delle misure nazionali provvisorie, della cui astratta adottabilità si è detto. L'appellante incentra le sue censure sul significato dei pareri dell'EFSA. Nel caso in esame, va fin d'ora riconosciuto che l'EFSA non ha suggerito di intervenire sull'autorizzazione del mais MON 810, in relazione ai rischi connessi alla coltivazione. Nessuna presa di posizione esplicitamente negativa sulla perdurante efficacia dell'autorizzazione è rinvenibile in detti pareri, e le conclusioni formali cui è pervenuta EFSA, nonostante l'evidenziazione di nuovi parametri rilevanti e di nuovi criteri di valutazione del rischio, e dell'opportunità di porre in essere forme di cautela, appaiono in linea di sostanziale continuità con il parere favorevole del 2009. Tanto sembra emergere anche dalla "*scientific opinion*" pubblicata sul bollettino dell'EFSA del 2013- n. 3371 (a quanto sembra, sopravvenuta all'adozione del decreto impugnato). Il Collegio osserva, tuttavia, che l'art. 34, cit., non stabilisce un percorso conoscitivo e valutativo obbligato, in quanto, prima ancora di menzionare, come strumento qualificato di evidenziazione dei presupposti per la sospensione o la modifica di un'autorizzazione, i pareri dell'EFSA, indica i presupposti sostanziali per intervenire sulle autorizzazioni, ed anche testualmente ("... ovvero qualora, alla luce di un parere dell'Autorità...") non esclude che la sussistenza di detti presupposti venga desunta in altro modo».

⁸⁰ Nel quale si afferma che il Mon 810 potrebbe impattare sugli imenotteri parassitoidi specialisti di *O.Nubilalis*, potrebbe modificare le popolazioni di lepidotteri non bersaglio e potrebbe favorire lo sviluppo di parassiti secondari potenzialmente dannosi per le altre colture. Così al punto 6.7 della sentenza n. 605/2015, *cit.*

⁸¹ In *EFSA Journal* 2013;11(9):3371 [7], pubblicato il 24 settembre 2013.

do alla conclusione che essi non fornivano alcuna nuova evenienza scientifica⁸² e che dunque non erano sussistenti i presupposti per avviare il procedimento *ex art. 34* regolamento 1829/2003; si legge già nell'*abstract* del parere: «*therefore, the EFSA GMO Panel concludes that, based on the documentation submitted by Italy, there is no specific scientific evidence, in terms of risk to human and animal health or the environment, that would support the notification of an emergency measure under Article 34 of Regulation (EC) No 1829/2003 and that would invalidate its previous risk assessments of maize MON 810*».

Anche ove possa essere ammesso, seguendo il Consiglio di Stato, che gli Stati membri intervengano nelle more del procedimento europeo, assai più difficile – se non impossibile – è giustificare una misura di emergenza adottata in aperto contrasto con i pareri, sostanzialmente unanimi, dell'EFSA.

Infine, il Consiglio di Stato non sembra aver approfonditamente vagliato la pur citata⁸³ esperienza francese: il menzionato provvedimento francese d'interdizione alla coltivazione del mais Mon 810, adottato in data 16 marzo 2012 (analogo al decreto interministeriale italiano del 2013), era stato annullato dal *Conseil d'Etat* già il 1° agosto 2013⁸⁴ proprio sulla base delle valutazioni emesse dall'EFSA. Il giudice amministrativo francese, al pari del Consiglio di Stato, richiama la sentenza Monsanto del 2011⁸⁵ e ribadisce che le misure dell'art. 34 devono essere sorrette tanto dall'urgenza quanto da un pericolo scientificamente dimostrato. Inoltre, il *Conseil*, preso atto dei pareri scientifici dell'EFSA (nonché di altri organi tecnici) circa l'assenza di indici di pericolosità nell'impiego del mais Mon 810⁸⁶, perviene all'annullamento del provvedimento di interdizione.

Invero, le Autorità francesi, in data 14 marzo 2014⁸⁷, hanno nuovamente adottato un decreto che interdice la commercializzazione, l'utilizzazione e la messa in coltura del mais Mon 810, riaprendo così una controversia che sembrava

⁸² E. Sirsi, *op. cit.*, 224.

⁸³ Cons. Stato, sentenza n. 605/2015, *cit.*, punto 6.3.

⁸⁴ Conseil d'Etat, sentenza n. 358103 del 1° agosto 2013, disponibile in www.conseil-etat.fr.

⁸⁵ Conseil d'Etat, sentenza n. 358103/2013, *cit.*, punto 11: «*Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'arrêt Monsanto SAS et autres de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 septembre 2011, C-58/10 à C-68/10, que la première hypothèse mentionnée par l'article 34 du règlement (CE) n° 1829/2003 impose aux Etats membres de démontrer, outre l'urgence, l'existence d'une situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé humaine, la santé animale ou l'environnement; qu'un tel risque doit être constaté sur la base d'éléments nouveaux reposant sur des données scientifiques fiables*».

⁸⁶ Conseil d'Etat, sentenza n. 358103/2013, *cit.*, punto 12: «*Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que tant l'avis de l'AESA du 30 juin 2009 relatif à la demande de renouvellement de l'autorisation de mise sur le marché du maïs génétiquement modifié MON 810 que l'avis du 22 décembre 2009 du comité scientifique du Haut conseil des biotechnologies sur les réponses de l'AESA aux questions posées par les Etats membres au sujet du maïs MON 810 et l'avis de ce comité du 21 octobre 2011 sur le rapport de surveillance de culture du MON 810 en 2010 ont conclu à l'absence de risque important pour l'environnement*».

⁸⁷ Arrêté du 14 mars 2014 interdisant la commercialisation, l'utilisation et la culture des variétés de semences de maïs génétiquement modifié (*Zea mays* L. lignée MON 810), disponibile in www.legifrance.gouv.fr.

conclusa dopo l'intervento del *Conseil d'Etat* del 2013. All'*arrêté* amministrativo – volto a precedere l'intervento della Commissione ai sensi dell'art. 34 regolamento 1829/2003 – ha fatto, tuttavia, seguito un parere dell'EFSA, le cui conclusioni si pongono nella prosecuzione di quanto già affermato in merito ai precedenti casi italiano e francese.

L'EFSA, nel suddetto atto consultivo⁸⁸, giunge alle seguenti conclusioni: «*neither the scientific publications cited in the French Authorities' report with relevance to maize MON 810 nor the arguments put forward by France reveal any new information that would invalidate the previous risk assessment conclusions and risk management recommendations made by the EFSA GMO Panel. Therefore, EFSA considers that the previous GMO Panel risk assessment conclusions and risk management recommendations on maize MON 810 remain valid and applicable*». Dal tenore delle riportate conclusioni – benché non sia ancora disponibile una pronuncia definitiva del giudice amministrativo francese in ordine al nuovo provvedimento – si desume che anche questa moratoria sia destinata all'annullamento.

Peraltro, anche in Italia la vicenda non pare essersi conclusa con la sola decisione del Consiglio di Stato. Sul punto, la Corte di Giustizia – con recente pronuncia del 13 settembre 2017⁸⁹ – è nuovamente intervenuta in via pregiudiziale sulla disciplina italiana. La suddetta sentenza si pone in antitesi con quanto affermato dal Consiglio di Stato: la Corte è, infatti, giunta ad affermare che le misure emergenziali di cui all'art. 34 regolamento 1829/2003 possono trovare applicazione solo nel caso in cui sia manifesto che l'OGM autorizzato presenti «un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente».

Conseguentemente, la Corte di Cassazione, con sentenza depositata il 19 ottobre 2017⁹⁰, ha annullato il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Pordenone aveva disposto il sequestro – per violazione del menzionato D.M. 12 luglio 2013 – di un terreno coltivato con mais Mon 810.

Il Giudice di legittimità, nell'annullare la misura cautelare reale, rinvia al GIP del Tribunale di Pordenone affinché, sulla scorta degli elementi valutati-

⁸⁸ *Statement on a request from the European Commission related to an emergency measure notified by France under Article 34 of Regulation (EC) 1829/2003 to prohibit the cultivation of genetically modified maize MON 810*, pubblicato il 1° agosto 2014 e disponibile in *EFSA Journal*, 2014;12(8):3809 [18].

⁸⁹ Sentenza 13 settembre 2017, causa C-111/16, in *curia.europa.eu.*, resa su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Udine, nel procedimento penale a carico del citato imprenditore agricolo G. Fidenato e altri: I.L. Nocera, *Ogm vietati solo se è manifesto un grave rischio per la salute*, *Diritto & Giustizia*, 2017, 142, 3 ss. La pronuncia – che s'inserisce nelle vicende giudiziarie del menzionato imprenditore favorevole alle coltivazioni GM – ha riscosso l'attenzione della stampa quotidiana: R. Iotti, *Corte Ue: no agli ogm solo se è dimostrato che fanno male*, in *www.ilsole24ore.com*, 13 settembre 2017; L. De Francisco, *L'agricoltore pro-ogm: "Dopo la sentenza UE pronto a ripartire con la semina"*, in *www.repubblica.it*, 14 settembre 2017; G. Caccavello, *Ogm, il grande paradosso delle politiche agricole europee*, in *www.econopoly.ilsole24ore.com*, 6 ottobre 2017.

⁹⁰ Sentenza, 29 settembre 2017, n. 1170.

vi enucleati dalla Corte di Giustizia, appuri la «effettiva sussistenza dei presupposti sostanziali e procedurali per l'adozione del divieto [...]»⁹¹. L'esame del giudice territoriale dovrà quindi vertere sulla consistenza dei presupposti del divieto del 2013: il suddetto sindacato, quindi, avrà riguardo agli indici tecno-scientifici impiegati dall'amministrazione italiana per negare validità ai pareri dell'EFSA.

I casi giurisprudenziali che sono stati sinteticamente esaminati ci permettono di giungere alla conclusione che l'*expertise* scientifica svolge un ruolo di primo piano non solo nell'individuazione della base scientifica sulla quale assumere il provvedimento di autorizzazione, bensì anche nella legittimazione dello stesso e nel sindacato giurisdizionale sull'operato della Commissione (e delle autorità nazionali) nel settore degli OGM.

3. Considerazioni conclusive

Le considerazioni che precedono contribuiscono a fare un poco di chiarezza sul ruolo che l'*expertise* scientifica riveste all'interno del procedimento di autorizzazione all'immissione in commercio di organismi geneticamente modificati.

In merito, si reputa che il ruolo dell'analisi tecno-scientifica in simile procedimento trascenda il semplice momento consultivo per conformare a sé, all'opposto, l'intero portato del provvedimento.

È considerazione ovvia quella per cui il connubio scienza e diritto nel settore degli OGM non può limitarsi allo studio dell'influenza del parere dell'organo tecnico, dovendosi, invece, estendere ad altre tematiche di particolare interesse (quali disinformazione del pubblico e partecipazione dei cittadini).

Tuttavia, allo stato attuale, pare che non si possa prevedere un mutamento di rotta: anche le modifiche apportate alla direttiva 2001/18/CE dalla direttiva 2015/412/UE non sembrano mettere in dubbio il prestigio del parere scientifico. Non a caso, l'inserimento dell'art. 26-ter⁹² nel corpo della direttiva 2001/18/

⁹¹ Corte di Cass., sent. 1170/2017, punto 5 del considerato in diritto.

⁹² Direttiva 2001/18/CE, art. 26-ter, par. 3: «se non è stata presentata alcuna richiesta a norma del paragrafo 1 del presente articolo o se il notificante/richiedente ha confermato l'ambito geografico della sua notifica/domanda iniziale, uno Stato membro può adottare misure che limitano o vietano in tutto il suo territorio o in parte di esso la coltivazione di un OGM o di un gruppo di OGM definiti in base alla coltura o al tratto, una volta autorizzati a norma della parte C della presente direttiva o del regolamento (CE) n. 1829/2003, a condizione che tali misure siano conformi al diritto dell'Unione, motivate e rispettose dei principi di proporzionalità e di non discriminazione e, inoltre, che siano basate su fattori imperativi quali quelli connessi a: a) obiettivi di politica ambientale; b) pianificazione urbana e territoriale; c) uso del suolo; d) impatti socio-economici; e) esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti, fatto salvo l'articolo 26 bis; f) obiettivi di politica agricola; g) ordine pubblico».

CE⁹³ non muta il ruolo dell'EFSA⁹⁴: infatti, pur prevedendo la possibilità per gli Stati membri di approntare divieti alla coltivazione di OGM, siffatte moratorie dovranno trovare giustificazione in valutazioni ulteriori rispetto a quella scientifica esperita al momento dell'autorizzazione⁹⁵ (naturalmente, permangono per le autorità nazionali i poteri di intervento di emergenza, ma solo alla luce delle condizioni viste nei paragrafi precedenti)⁹⁶, quali ad esempio la tutela del paesaggio.

Invero, l'innovazione normativa segue la *ratio* di garantire, da un lato, l'unicità del procedimento di *risk assessment/management*, mentre preserva agli Stati la valutazione di quelle esigenze imperative che sono proprie di ogni singolo territorio⁹⁷ e che meglio possono essere sondate dalle autorità nazionali piuttosto che dalla Commissione.

Quanto precede manifesta come i prodotti GM siano tuttora un "campo di prova" sul quale vagliare i rapporti fra scienza e diritto, palesando due tendenze antitetiche: la Commissione europea favorisce le nuove tecnologie ritenendo sufficiente la prova scientifica dell'assenza del rischio o della tollerabilità del medesimo, gli Stati – o meglio alcuni di essi – sono propensi alla considerazione di interessi differenti rispetto a quelli puramente scientifici.

⁹³ Il D.Lgs. 14 novembre 2016, n. 227, nel recepire la direttiva 2015/412/UE, ricalca pedissequamente l'elenco di ipotesi in cui lo Stato membro può vietare o limitare la coltivazione di OGM. In generale, si veda il commento alla normativa *La "nuova" normativa sugli OGM: quando oggi è già ieri*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, 2, 90 ss.

⁹⁴ In tal senso anche G.F. Ferrari, *Scienza e tecnica tra diritto europeo e diritto comparato*, in P.M. Vipiana (a cura di), *Diritto scienze e tecnologie*, cit., 65 ss.

⁹⁵ Opinione diversa traspare, all'opposto, da due più recenti interventi del Consiglio di Stato, ove l'organo di giustizia amministrativa giunge, sulla scorta della direttiva 2015/412/UE, alla declaratoria d'improcedibilità dei giudizi promossi avverso i provvedimenti di moratoria italiani, atteso che la suddetta direttiva consentirebbe l'imposizione del divieto di coltivazione di OGM. In un primo caso, con sentenza 10 febbraio 2016, n. 569 (disponibile in www.giustizia-amministrativa.it), il Consiglio di Stato dichiara l'improcedibilità ritenendo che «la Direttiva UE n. 412/2015 ha introdotto la facoltà per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati OGM, così confermando la posizione assunta dagli organi istituzionali italiani». In un secondo procedimento, con parere reso a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (n. 2361 del 14 novembre 2016, *ivi*), il Consiglio di Stato ritiene il ricorso improcedibile, per quel che qui interessa, poiché la direttiva 2015/412/UE ha abilitato il Governo italiano a «chiedere alla Commissione Europea l'esclusione della coltivazione del mais MON 810 da tutto il territorio nazionale».

⁹⁶ È stato altresì osservato che un ulteriore limite al portato delle riforme discende dal par. 8 dello stesso art. 26-ter il quale ribadisce il principio di libera circolazione dei prodotti OGM: libertà di circolazione che non può essere limitata dalle misure adottate dagli Stati membri. In proposito, S. Visani, *Modelli normativi a confronto: regolamentazione degli Ogm tra UE e USA. Giurisprudenza in materia di brevettabilità degli organismi viventi*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2015, 3, 57 ss.

⁹⁷ M. Porpora, *Gli OGM e la frammentazione della governance nel settore alimentare*, cit., 1661 ss.

Ogm, tecnoscienza e pubblica amministrazione

Il contributo è volto ad analizzare alcuni aspetti del rapporto che sussiste fra l'azione amministrativa e la componente tecno-scientifica sottesa all'esercizio dell'azione stessa. In particolare, l'occasione è offerta dalla nutrita giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia in merito al valore riconosciuto ai pareri dell'*European Food Safety Authority* - EFSA in materia di organismi geneticamente modificati.

GMOs, Technoscience and public administration

The contribution is aimed at analysing several aspects of the relationship that exists between the administrative action and the techno-scientific component underpinning the exercise of the action itself. In particular, the occasion is thus presented by the wide-ranging national jurisprudence and the Court of Justice concerning the value acknowledged in the opinions of the European Food Safety Authority – EFSA with regard to genetically modified organisms.

La politica di moneta abbondante e a basso costo: perché è nata e perché ha spinto la finanza più dell'economia reale*

Paolo Savona

Continuiamo a leggere contrastanti dichiarazioni sul mondo affascinante, ma anche conturbante della moneta. Dagli albori della civiltà stanziale – per semplicità di riferimento collocabile a circa seimila anni orsono – l'uomo ha sentito il bisogno di uscire dai vincoli del baratto usando un'unità di misura dei beni che fungesse anche da mezzo di scambio e l'ha individuata nell'uso di alcuni beni scarsi o scelti su basi convenzionali. Nel tempo ha ravvisato nell'oro lo strumento dotato di proprietà che lo rendevano atto a svolgere funzioni di moneta che altri beni non possedevano. Tuttavia lo sviluppo dell'economia reale dopo la rivoluzione industriale del XVIII secolo d.C. registrò una tale accelerazione da rendere necessario il ricorso a una moneta 'fiduciaria', per la gran parte cartacea, al fine di impedire l'incremento vertiginoso del prezzo dell'oro; inizialmente a questo metallo fu affiancato l'argento, ma il bimetallismo monetario si mostrò instabile, e si decise di mantenere il solo l'oro a riserva della circolazione fiduciaria, la cui quantità inevitabilmente decrebbe in misura percentuale al crescere della sua quantità.

Dopo varie vicende internazionali, dalla crisi della sterlina inglese del 1931 a quella del dollaro degli Stati Uniti del 1971, l'oro cessò di svolgere anche la funzione di collaterale, e la moneta divenne completamente fiduciaria. La sua accettazione si basa sul potere degli Stati di imporre alle rispettive monete nazionali sia di fungere da mezzo di scambio, serbatoio di valori e strumento liberatorio dei debiti, sia di stabilire le regole di conversione in monete estere. È quindi la legge di uno Stato che attribuisce alla propria moneta le tre proprietà indicate secondo le varie forme affermatesi nel tempo, dalla cartacea (il circolante) alle scritture contabili (i depositi bancari) e ai bit di computer (le carte di credito o le rimesse bancarie). Tuttavia la moneta può svolgere pienamente il suo ruolo se gode la fiducia di chi la possiede. La ricerca di un equilibrio tra potere statale e consenso degli operatori è il compito specifico della politica;

* Articolo non sottoposto a referaggio.

non a caso si usa il termine ‘stabilità monetaria’, una condizione che nasce dal combinato effetto delle buone scelte delle autorità e della fiducia dei possessori di moneta.

In passato si è lungamente osservato e studiato il comportamento della moneta nell’economia, cominciando dai suoi effetti sui prezzi della teoria quantitativa (poi chiamata neoclassica) e approdando a quelli sull’economia reale della teoria classica (poi keynesiana). Al termine della Seconda Guerra Mondiale, nell’area occidentale caratterizzata dall’operare del mercato, lo sviluppo reale fu sospinto dall’intervento pubblico e i prezzi furono considerati determinati in prevalenza dalla crescita dei costi, in particolare di quelli salariali, piuttosto che dalla quantità di moneta, quest’ultimo un concetto radicato nella mente degli operatori.

A cavallo degli anni 1960 e 1970 l’economia occidentale ha patito condizioni di deflazione (bassa crescita ed elevata inflazione) e le conclusioni furono che la moneta aveva un’efficace ruolo stabilizzante dei prezzi (il *restatement* della teoria monetarista), ma un basso ruolo propulsivo della produzione. Non venne però abbandonata l’idea che occorresse usarla per raggiungere un equilibrio tra crescita reale e prezzi, un’impostazione che trovò la più chiara attuazione nell’ambito della Federal Reserve americana, la banca centrale degli Stati Uniti; le scelte del Board della Fed si ispirarono infatti alla Taylor rule, una regola matematica indicata con il nome dell’autore, che recepiva l’istanza proveniente dall’Accademia che le scelte monetarie non si dovessero più basare su valutazioni soggettive, ma su criteri in prevalenza oggettivi.

A cavallo degli anni 2000 e 2010, a seguito della globalizzazione e di errori commessi nella conduzione monetaria e finanziaria con epicentro negli Stati Uniti, si affermò nel mondo una condizione di bassa inflazione e bassa crescita che indusse un cambiamento di paradigma della politica monetaria: il ruolo della moneta si ampliò, indirizzandosi verso lo svolgimento di compiti propri della politica fiscale, quelli di sospingere l’attività reale, anche perché la politica monetaria poteva operare in modo indipendente e non condizionato dai vincoli e dalle lentezze degli organi democratici. L’innesto di questo cambiamento è dovuto al fatto che le banche e, più in generale, la finanza entrarono in serie difficoltà e ridussero l’offerta di credito, con effetti negativi sugli investimenti e sull’attività produttiva. La caduta delle quotazioni delle attività finanziarie e immobiliari causò inoltre un ‘effetto ricchezza’ negativo sui consumi. Investitori e consumatori orientarono la loro attività in senso cautelativo mossi dallo sconcerto per quanto stava accadendo e per le risposte della politica confuse e contraddittorie, tra le quali un simbolo inequivocabile fu l’aver lasciato andare fallita la storica banca Lehman. Dopo una fase iniziale di massicci interventi dello Stato, finanziati con una maggiore emissione di titoli pubblici che aumentavano le tensioni sui mercati finanziari, per impedire che la crisi finanziaria si accentuasse e si trasferisse ancor più pesantemente all’economia reale, le autorità monetarie decisero di praticare una politica monetaria espansiva, conosciuta come Quantitative Easing: i tassi ufficiali dell’in-

teresse furono quasi azzerati e la creazione di moneta di base venne bruscamente incrementata, fino a raddoppiarne la quantità negli Stati Uniti e nell'Euroarea.

Per la Fed questa politica rientrava nell'assolvimento del mandato istituzionale ricevuto, mentre per la Banca Centrale Europea l'uso della creazione monetaria è stato in prevalenza strumentale per raggiungere la stabilità monetaria e sospingere lo sviluppo reale; ha perciò richiesto più tempo per essere attuata. Poiché i valori delle attività finanziarie erano depressi e pertanto la loro ripresa più probabile, le più ampie disponibilità di moneta si indirizzarono dove maggiori erano le aspettative di rendimento, una spinta rafforzata dagli andamenti fiacchi della domanda aggregata. Si spiega perciò il perché la politica monetaria espansiva ha agito più dal lato della finanza che da quello dell'economia reale. La conseguenza è stata che sulle quotazioni di borsa, soprattutto quelle azionarie, si sono affermate aspettative estrapolative che hanno cominciato a preoccupare le autorità monetarie e la parte più prudente del mercato. Le autorità hanno di conseguenza cominciato a valutare la necessità di un 'rientro nella normalità'.

Ancora una volta questa inversione ha preso avvio negli Stati Uniti, con molta cautela e soddisfacenti risultati. Il timore è che questa inversione di politica fosse preludio a un'analoga inversione dei corsi azionari, ai quali avrebbero dovuto seguire anche quelli obbligazionari a causa dell'aumento dei tassi dell'interesse. La ripresa produttiva in atto e la cautela con cui la politica monetaria ha cambiato attitudine non hanno per ora invertito la tendenza alla crescita dell'economia reale, anche perché questa si era organizzata in modo indipendente dall'offerta di moneta, né ha causato la caduta temuta delle quotazioni di borsa. Il ritorno del testimone nelle mani della politica fiscale ha visto come al solito in prima linea gli Stati Uniti, che hanno promosso una detassazione e modifiche regolamentari tali da sospingere la ripresa produttiva e quindi sostenere il livello delle quotazioni azionarie.

Nascita, vita e avvio a conclusione della politica di moneta abbondante e a basso costo sono state rese possibili perché l'inflazione ha mostrato di avere suoi stabilizzatori interni nell'elevata elasticità dell'offerta di beni, anche dovuta a un intenso sviluppo delle innovazioni tecnologiche, e nella bassa crescita salariale, in gran parte calmierata dagli andamenti dei paesi emergenti. Va considerato che le autorità monetarie si sono date un obiettivo ottimale di crescita dei prezzi non superiore al 2%, un dato è privo di basi teoriche e frutto di una interpretazione lassista della loro indipendenza dagli organi della democrazia fondato sul principio della *no taxation without representation* che imporrebbe di combattere ogni livello di inflazione, non certo di auspicarla e di operare per raggiungere livelli sia pure modesti di aumenti di prezzo.

Tuttavia, se il paniere usato per calcolare l'aumento dei prezzi prendesse in considerazione gli andamenti delle quotazioni delle attività finanziarie, il tetto stabilito sarebbe stato già stato da tempo superato. Attualmente il potere di acquisto reale dei salari è quasi interamente protetto e quello del risparmio in crescita, pur in presenza di

tassi dell'interesse molto bassi; i rendimenti delle azioni sono legati soprattutto al crescere delle loro quotazioni, assegnando a queste il governo del processo di recupero del livello di attività produttiva e del rientro nella normalità della politica monetaria. Non a caso le autorità monetarie hanno ripetutamente detto che avrebbero continuato la politica accomodante finché la crescita reale non avesse assunto caratteristiche stabili con un'inflazione sotto il tetto stabilito e corsi azionari che si presentano solo con modeste oscillazioni.

Nel quadro di una moneta tuttora abbondante e di una crescita reale a tinte positive, l'affermarsi della tecnologia informatica blockchain, che garantisce trasparenza contabile e sicurezza, ha rivitalizzato la natura convenzionale della moneta e causato lo sviluppo di un circuito di monete esclusivamente telematiche, le *criptocurrency* (come i bitcoin, i primi nati). Questa evoluzione del mercato monetario pone alle autorità nuovi problemi e impone a esse la ricerca di nuovi assetti istituzionali. Il ritorno nella normalità non si può considerare un ritorno al passato. La punta dell'iceberg dei problemi da affrontare si ha nel passaggio della sovranità di battere moneta dallo Stato ai privati, mentre quella dei nuovi assetti istituzionali è l'esigenza di una netta divisione tra sistema dei pagamenti e sistema del credito/risparmio.

Se non fosse per i vincoli alla diffusione che sollevano la natura convenzionale delle *criptocurrency* e la possibilità che prima o dopo la tecnica blockchain possa essere violata dagli hacker, il circuito della moneta telematica avrebbe già espropriato la sovranità monetaria dello Stato. Le autorità si sono limitate a gettare sabbia negli ingranaggi delle valute telematiche proibendo o limitandone l'uso, ma il problema non si può dire risolto finché la tecnologia blockchain presenta vantaggi rispetto alle tecnologie monetarie attuali. La situazione e i connessi problemi si sono complicati perché sulle *criptocurrency*, partendo dai bitcoin, si è avviata un'azione speculativa che ha reso altamente instabile il loro valore e trasformato lo strumento da moneta ad attività di investimento finanziario; questa possibilità si era peraltro già manifestata nella creazione degli ICO (Initial Coin Offer), una raccolta di fondi per effettuare investimenti reali. Di conseguenza le *criptocurrency* si sono divise in forme che assolvono a diversi compiti: di investire risparmi, di finanziare l'attività produttiva e di fungere da mezzo di scambio; per questa funzione il mercato ha dato vita ai *bitcoincash* a fianco dei bitcoin tradizionali, confermando l'evoluzione delle *criptocurrency* in *criptofinance*. Le trasformazioni hanno pertanto investito l'intero arco di attività dell'economia con le autorità che ancora non hanno intravvisto per conseguenze e, perciò, sono in ritardo nel prendere decisioni di un passaggio a una nuova normalità.

Le proibizioni e limitazioni nell'uso delle *criptocurrency* non risolvono il problema di controllarne gli sviluppi, ma neanche incanalano lo strumento ormai non più nuovo e la sua base tecnica (il blockchain) verso la soluzione di un annoso problema di protezione del sistema dei pagamenti e di responsabilizzazione etica e operativa della

gestione del risparmio e del credito. A presidio diretto della sicurezza dei mezzi di pagamento fiduciari, per la gran parte depositi bancari, vi sono oggi la Vigilanza preventiva sulle aziende di credito e l'intervento successivo degli schemi di garanzia depositi; come la storia insegna, la prima non può avere doti di infallibilità data le difficoltà oggettive nel suo svolgimento e i secondi possono intervenire entro i limiti fissati dalle riserve matematiche, se operano su basi assicurative come negli Stati Uniti, o dalla capacità di intervento delle banche, se operano con loro mezzi, come in Italia. L'intervento delle banche centrali come lender of last resort è essenziale per tutelare il buon funzionamento del sistema dei pagamenti; quasi tutte le principali banche centrali del mondo hanno questo potere di intervento, ma non la Banca Centrale Europea; per giunta nell'Unione Europea è anche proibito agli Stati-membri di intervenire in caso di crisi bancarie, nonostante si sappia che sono essi che restano incisi, come si è ripetuto in quella più recente. In breve, si fa, ma non si ammette che così si debba.

Se gli Stati accettassero di trasferire l'intero sistema dei pagamenti su proprie cryptocurrency, avvalendosi della tecnologia blockchain, raggiungerebbero due obiettivi: manterrebbero la sovranità monetaria, proteggerebbero il sistema dei pagamenti dalle crisi bancarie e contrasterebbero con maggiore efficacia l'accumulo di danaro sporco. Sarebbero ovviamente responsabili della prevenzione contro gli attacchi degli hacker e, in caso di fallimento involontario, sopporterebbero l'onere degli eventuali danni, attingendo risorse dal signoraggio monetario goduto. Se così di decidesse, la circolazione dei mezzi di pagamento si svilupperebbe senza i sussulti che da sempre patisce. Una volta isolata la moneta dai rischi di gestione del risparmio e del credito, le banche e gli altri intermediari ritroverebbero la loro validità etica e utilità pratica. Esse torneranno infatti a svolgere il ruolo di gestori dei risparmi e magistrati del credito a fini di lucro se sviluppassero al loro interno conoscenze asimmetriche rispetto ai risparmiatori e ai prenditori a prestito, ossia se fossero capaci di gestire il merito di credito meglio dell'operatori comuni di mercato. Le basi di questa capacità poggiano attualmente sulle informazioni e sui guadagni tratti dalla gestione del sistema dei pagamenti valutati su basi soggettive (il 'fiuto' del banchiere) che oggi dispongono di nuovi strumenti matematici noti come algoritmi; questi si avvalgono della raccolta sistematica di enormi quantità di statistiche, i big data, che vengono elaborati secondo metodi che affondano la propria logica nelle teorie esplicative del caos, nelle proprietà note delle reti neurali e nelle leggi conosciute dell'evoluzione, che consentono di fornire risposte su basi oggettive. Questo è il nuovo quadro istituzionale che si pone all'attenzione dei Governi e dei Parlamenti. Nell'esaminare la situazione e prendere decisioni, essi marciano attualmente un ritardo che può essere fatale, perché per essere colmato richiederebbe di smontare un sistema monetario e finanziario privato che sa cogliere le novità e va mettendo profonde radici.

La politica di moneta abbondante e a basso costo: perché è nata e perché ha spinto la finanza più dell'economia reale

Il saggio analizza il ruolo crescente svolto dalla moneta nell'economia dagli albori della civiltà fino ai giorni nostri. In particolare, l'Autore dà conto della politica monetaria espansiva propria degli anni 2000-2010 (cd. Quantitative Easing), del suo successivo ridimensionamento e delle nuove sfide poste dallo sviluppo di un circuito di monete esclusivamente telematiche quali le criptocurrency.

The policy of abundant and low-cost currency: why it came about and why it has driven the world of finance more than the real economy

The essay analyses the growing role played by currencies in the economy since the dawn of civilisation right up to the present day. In particular, the Author examines the expansionary monetary policy of the years 2000-2010 (the so-called 'quantitative easing'), of its ensuing downsizing and of the new challenges posed by the development of exclusively electronic monetary circuits such as that of the criptocurrencies.

Articoli e Saggi

Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (*Psicanalisi degli “uomini del fare” e rivisitazione della “donna è mobile”*)*

Filippo Salvia

SOMMARIO: 1. L'uomo del fare in azione. – 2. Il “*de profundis*” del procedimento. – 3. La metamorfosi degli interessi sensibili: da interessi primari a interessi molesti.

1. *L'uomo del fare in azione*

L'attore principale della Conferenza di servizio (l'amministrazione proponente) è raffigurato come un Brambilla affannato e sudaticcio deciso a operare nell'interesse di una famiglia allargata: il mitico “interesse pubblico”, costi quel che costi. La volontà di non arrendersi di questo simpatico personaggio è attestata tra l'altro dal fatto che se uno dei soggetti coinvolti nel procedimento, bypassando i termini capestro del silenzio-assenso, è riuscito a manifestare validamente il suo dissenso (senza incorrere nelle sanzioni poste oggi a carico di chi boicotta l'operosità altrui), Egli – *il dominus* dell'iniziativa – è abilitato a trascinare *manu militari* il pover'uomo in una nuova conferenza di servizio... per cambiare idea! Segno che per il nostro legislatore, a esser “mobile qual piuma al vento” non è solo la donna, come impropriamente opinava il leggerissimo Gualtiero, Duca di Mantova, ma anche fior di Dirigenti con tanto di laurea, di master in lingua e premio di avvenuto conseguimento degli obiettivi, come si conviene oggi nelle buone famiglie. (Sia sempre più lodata l'ineffabile “leggerezza dell'essere”!).

* Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani.

Lo stesso esame di ripetizione è previsto per quegli altri dissensi acquisiti fuori dalla Conferenza di servizio da funzionari vanesi che ritardano impropriamente i tempi della decisione all'unico scopo di far bella figura. Questi dissensi – giurisprudenza alla mano – non valgono un bel niente! Sono da considerare carta straccia (Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4732) o “*ioci causa*” – come direbbe un tardo latinista – perché (*aggiungiamo noi*) nella ratio dell'Amministrazione del *fare* solo l'accerchiamento dei potenziali dissenzienti all'interno della Conferenza di servizio crea le condizioni propizie per decidere bene.

Ma veniamo ora a tutti quegli altri attori addetti alle “intese”, ai “concerti”, ai “nulla osta”, agli “assensi” di ogni tipo. Tutti costoro vengono considerati, in blocco, dal nostro legislatore come persone *nemiche del fare* paragonabili al cane dell'ortolano che non raccoglie, né fa raccogliere o a quel sadico personaggio della canzone di Enzo Jannacci che per puro dispetto nei confronti del suo prossimo ripete ossessivamente “No”, “tu no”. Ma perché? “Perché no”.

Non sarò certamente io a ergermi a paladino di quei personaggi, presenti in diversa misura in tutti gli apparati organizzativi, che – forse per una questione di DNA – tendono a ingarbugliare sempre più le cose, sino a trasformare anche le vicende più semplici in veri e propri labirinti senza uscita. E ciò, non solo per averli visti all'opera più volte, ma anche per aver seguito molto da vicino le traversie di quel povero agrimensore di cui ci parla Kafka nel Castello. Assunto per un mero errore burocratico nei ranghi dell'amministrazione austro-ungarica e invitato a prendere servizio un certo giorno nel prestigioso Centro direzionale – denominato “Il Castello” –, Egli non riuscirà mai a mettere piede nel medesimo per tutta la durata del racconto che si protrae per ben 450 pagine assai fitte quanto minuziose, rimaste peraltro incompiute. Ma mi guardo anche bene dal magnificare i molti Brambilla desiderosi del fare che popolano oggi la nostra scena! Si tratta nella stragrande maggioranza dei casi di soggetti pericolosissimi, il cui unico pensiero è quello di captare denaro pubblico, che altrimenti (*a loro dire*) andrebbe perduto se non speso sino all'ultimo centesimo entro l'anno. La nobiltà del fine – il non far perdere la “Grazia di Dio” – giustificherebbe in pieno l'utilizzazione dissennata delle risorse, secondo una cultura divenuta purtroppo egemone sin dai lontani tempi della Cassa per il Mezzogiorno. E infatti grazie a questa logica, il nostro territorio da anni è infestato da ecomostri, da incompiute, da grandi opere abbandonate subito dopo il collaudo per i proibitivi costi gestionali, da strutture universitarie appollaiate in cima ai monti, da aeroporti e grandi ospedali privi di bacini d'utenza. Tutte cose che hanno contribuito certamente alla progressiva dilatazione della spesa pubblica e del debito pubblico, alla caduta verticale degli investimenti capaci di innescare processi produttivi non effimeri. E forse anche al venir meno di ogni forma di *ordi-*

narietà nella gestione della cosa pubblica: dalla manutenzione ordinaria dei beni pubblici, all'assunzione di personale stabile negli uffici, nelle scuole, negli ospedali e in altre strutture similari, in mano ormai da tempo al precariato. È venuto meno così quel fisiologico ricambio generazionale che è essenziale per il rinnovamento senza traumi di ogni struttura organizzativa preposta a un qualsiasi gruppo sociale. Quando poi, per avventura (o disavventura), la "fattività" di base dell'*homo faber* si coniuga con dosi non modiche di perbenismo mistico, la miscela diviene ancor più letale. Perché si perde definitivamente il contatto con le cose, si entra nel mondo dell'astrazione pura. Nasce l'Etica di un fare frenetico proiettato al nulla, diviene motivo di vanto la fatica pura e semplice, il sudore della fronte biblico come tributo da pagare per la colpa di Adamo. Ciò spiega la circostanza che tutti coloro che oggi si agitano nell'agorà con buone prospettive di "farsi avanti" ripetono ossessivamente di *lavorare, lavorare, lavorare*, senza tuttavia darsi mai carico di chiarire al loro prossimo le ragioni che giustificano una sì grande tribolazione. E cioè: se si tratti di un lavoro-espiazione buono per maturare qualche "credito" ai fini della vita eterna, o di qualcosa di più immediata utilità per il mondo in cui viviamo. Il non aver chiarito questo aspetto fondamentale ha contribuito ad accrescere enormemente negli ultimi anni il furore degli uomini del fare nei confronti dei fannulloni. Che – devo confessarlo anche a costo di perdere qualche "credito" – cominciano ad occupare un posto di rilievo nella mia sfera affettiva, rimanendo sempre più colpito dall'atteggiamento sobrio e composto dei medesimi, rimasti forse gli unici, nell'attuale girandola dei diritti in *spes*, a non bussare alla porta di quel grande Opificio addetto alla coniazione di nuovi diritti, per chiedere una qualche benemerenzia in compenso del loro status ozioso.

Com'è facile dedurre, nella logica degli uomini del fare il bene comune è sempre estromesso. Permane solo confusamente l'idea keynesiana distorta che il "giro di denaro" in sé e per sé possa produrre comunque nuova ricchezza. Ecco perché la manomissione di ambienti pregiati, la realizzazione di macrostrutture stradali, di nuovi trafori, di porti turistici, la prospettiva di grandi eventi, di cittadelle per lo sport, del Ponte di Messina (sempre in cima ai pensieri degli uomini del fare), vengono percepite come "occasioni da non perdere", senza mai interrogarsi seriamente sulla reale utilità di quanto vuol realizzarsi, sulla sostenibilità ambientale dell'impatto, sui costi economici e sociali di lungo periodo degli interventi stessi. Lo stesso clima allergico al "bene comune" diviene palpabile quando vengono al pettine i nodi di quelle attività economiche legate ai *giochi e alle scommesse*, la cui carica devastante sembra sfuggire stranamente alla gran parte dei soggetti investiti di pubbliche funzioni che, proprio per ragioni del loro ufficio dovrebbero avere invece le antenne più sensibili a percepire le

patologie sociali, specie quelle più inquietanti che gravano soprattutto sui soggetti deboli (per età, cultura, situazioni di bisogno). Non sembrano sfuggire a tale atteggiamento minimalistico neppure le più blasonate Corti sovranazionali e interne abilitate a pronunciarsi sui massimi sistemi della convivenza umana, nonché i Governi nazionali che si susseguono nel tempo a prescindere dal loro colore politico. Le prime ricorrendo all'espedito, proprio delle situazioni difficili, di isolare e marmorizzare le libertà economiche per renderle impenetrabili all'azione limitativa delle libertà altrui, anche a costo di accantonare per un momento il delicato equilibrio delle libertà kantiane, che però a parole si continua a proclamare saldissimo e irrinunciabile. Si avrà modo di vedere al par. 3 che un tentativo ancor più radicale di "sublimazione" delle libertà economiche aveva preso corpo, in altra stagione di grande fioritura dei valori del "Mercato", in un disegno di legge costituzionale di modifica dell'art. 41 Cost. (per fortuna non andato in porto) che avrebbe dovuto estrarre dal medesimo qualsiasi riferimento all'utilità sociale e ad ogni altro interesse attinente alla sfera pubblica. I secondi (i Governi) paventando invece effetti catastrofici a catena da un'eventuale turbativa delle attività ludiche. Ciò che in particolare si teme è una caduta verticale delle entrate pubbliche che potrebbe a sua volta riversarsi come un macigno sul *bene comune*: un'entità per vero, che nel mondo in cui viviamo (fortemente improntato dalla logica della finanza) compare e scompare in modo casuale, secondo le occorrenze del caso.

Anche il principio di sussidiarietà *ex art.* 118 Cost. (con i correlati limiti all'intervento pubblico in nome dell'autonomia del *sociale*) finisce paradossalmente per portare acqua allo stesso mulino, essendo noto che le benefiche "Fondazioni" – che fanno oggi capo a diverse formazioni politiche – non disdegnano quasi mai di accettare le generose elargizioni provenienti dai gestori delle attività dei giochi e delle scommesse, miracolosamente prospere anche in tempi di crisi. Si tratta in molti casi di contribuzioni del tutto lecite sotto il profilo formale – come non mancano mai di stigmatizzare i diretti interessati – ma che presentano tuttavia il tallone di Achille (se così può dirsi) di innescare una corrispondenza di amorosi sensi tra il benefattore e il beneficiario che può produrre qualche fastidio d'immagine ai meno robusti appartenenti alla sfera dei beneficiati trattandosi di regalie provenienti da una economia, che il popolino sin dai tempi di Al Capone si ostina ancora a considerare poco trasparente e comunque di non *estrema utilità sociale*. Ma a parte questi dettagli non può disconoscersi che gli effetti positivi dell'anzidetta alleanza pubblico-privato nel campo in discussione sono visibili a occhio nudo. *Slot machine*, videogiochi, gratta e vinci, scommesse di ogni tipo, sono le uniche attività in crescita e per questo forse sempre più corteggiate (almeno) da chi ha voce in capitolo. Si può quindi asserire pacifica-

mente che nella moderna Casa di vetro imperniata sulle tre “E” (economicità, efficienza, efficacia), il risultato inteso come “utile sociale” (come frammento di bene comune) non conta niente. Ciò che conta invece è il conseguimento dell’*obiettivo* che è ben altra cosa. Un obiettivo calibrato *ad usum delphini* che riprende peraltro le modalità organizzative ed ideologiche proprie dell’Alto Medioevo, basate su complicate catene di fedeltà *ad personam*. Solo se si entra in questo distorto modo di pensare (che purtroppo non sembra stupire più nessuno) è possibile, a nostro avviso, comprendere talune vicende sconcertanti dei nostri tempi, altrimenti inspiegabili. Come ad es. la circostanza che, nel più bello della recente crisi bancaria, siano stati distribuiti cospicui premi di rendimento a dirigenti e operatori del settore, per aver collocato sul... *Mercato* (la “clientela più sprovvista”) titoli spazzatura, senza incontrare resistenze di sorta. O come sia stato possibile premiare per anni quei manager della sanità che avevano conseguito l’obiettivo della riduzione della spesa, bloccando negli ultimi mesi dell’anno l’erogazione dei servizi sanitari. Col *risultato reale* (ben diverso da quello manageriale) di far pagare il prezzo del fermo ai soggetti più svantaggiati: quelli che avrebbero avuto invece pieno titolo per la gratuità del servizio. Anche la statistica schizofrenica dei “parti cesarei” (prima diffusissimi, oggi quasi scomparsi) è spiegabile con l’anzidetta logica di bottega, che nulla ha a che fare col giuramento di Ippocrate. Quando oggi sentiamo parlare delle sorti “magnifiche e progressive” della “amministrazione di risultato” lo scenario che ci si presenta è quello anzidetto. Non ci vengono certamente in mente altre realtà più consolanti, come ad es. i risultati straordinari conseguiti recentemente da altri nostri conazionali nell’ambito del Cern con la “cattura” del bosone di Higgs: la misteriosa “particella di Dio”, da cui sarebbe derivato il tutto.

Ciò va detto senza mezzi termini. Anche se deve subito aggiungersi che in quella occasione il nostro Governo (attraverso il Ministero competente) fece di tutto per dare la massima rilevanza all’evento, spingendosi addirittura a esplicitare (com’è ancora impresso nella memoria collettiva) che nei giorni dell’esperimento altra minuscola particella fantasma il neutrino faceva incessantemente la spola tra il Gran Sasso d’Italia e il Cern di Ginevra grazie a una misteriosa galleria di collegamento realizzata da una “mano pubblica”, anch’essa ignota. Com’è facile notare, tutte le volte in cui la palla in gioco ritorna nella disponibilità dell’amministrazione riformata secondo il trittico manageriale anzidetto i... risultati non mancano.

2. *Il “de profundis” del procedimento*

Passiamo adesso all'esame di altri aspetti della Conferenza di servizio meno legati al profilo psicologico e comportamentale dei protagonisti, partendo dalla storia.

È a tutti noto che il contributo più significativo dato dagli studiosi nel corso degli anni '60 del secolo scorso e nei decenni successivi al diritto amministrativo è stato quello di aver dipanato le nebbie che ancora avvolgevano i processi decisionali pubblici, chiarendo in particolare che la volontà della p.a. (il contenuto delle decisioni pubbliche) non si forma per incanto nel momento in cui viene emanato l'atto ma è frutto di un più lungo travaglio *conoscitivo-decisionale* che passa sostanzialmente attraverso tutte le fasi del procedimento anteriori al medesimo.

Anche nel mondo dei privati avviene invero qualcosa di simile. Ma con questa fondamentale differenza: che mentre in quest'ultimo, tutto il travaglio decisionale antecedente alla stipula del contratto rimane generalmente confinato nella sfera puramente interna; al contrario, nel campo pubblicistico esso assume rilevanza formale nel procedimento, perché l'amministrazione – agendo nell'interesse della collettività e con denaro pubblico – deve dar conto in modo visibile e convincente dell'iter logico e delle modalità che l'hanno portata a determinare un certo assetto agli interessi coinvolti nella decisione. Le stesse ragioni hanno indotto più tardi il legislatore a codificare il procedimento amministrativo col dichiarato intento di poter rafforzare con la forza della legge scritta (legge n. 241/1990) i principi basilari dell'azione amministrativa (in gran parte per verità individuati dalla giurisprudenza), espungendo così dal mondo dell'amministrazione l'incubo dell'incertezza e dell'arbitrio. La stessa legge tuttavia, avvertendo anche l'esigenza di semplificare il modo di operare delle pubbliche amministrazioni, ha previsto diversi meccanismi acceleratori per bilanciare così le due anzidette esigenze della *trasparenza* e della *speditezza operativa*.

In questo quadro prende vita appunto la “Conferenza di servizio”, concepita originariamente dal legislatore come mera modalità di avvicinamento dei soggetti coinvolti in un medesimo procedimento per facilitarne il confronto ai fini della decisione. Non per vero come strumento di riassetto degli interessi. Ma la legislazione successiva è andata molto al di là: ha esteso notevolmente l'ambito della conferenza; ha modificato in modo radicale le modalità di funzionamento della medesima (trasformandola sostanzialmente in un organo collegiale); ha eroso sempre più il regime privilegiato riservato (dalla legge base) agli interessi sensibili; ha introdotto soprattutto termini capestro a ogni passaggio decisionale trasformando così i *silenzi* più o meno consapevoli (o imbarazzati) in *assensi* a

tutti gli effetti. In questo modo, se non vado errato, tutta la logica procedimentale è andata in fumo, perché – soprattutto nel caso in cui la conferenza di servizio ha la pretesa di inglobare una pluralità di procedimenti complessi – essa produce l'effetto di *depotenziare la fase conoscitiva* dell'agire amministrativo, che nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale dagli anni sessanta in poi era invece considerata determinante ai fini della decisione da assumere. I numerosi *procedimenti unici* prodotti dall'esperienza degli ultimi anni confermano come tutte le anzidette scorciatoie operative, non incidono solo sui tempi, ma anche sull'esito delle scelte (non si spiegherebbe altrimenti la giurisprudenza richiamata al par.1 che considera "*tamquam non esset*" il parere acquisito fuori dalla conferenza di servizio). Volendo riassumere in poche parole i concetti sopra espressi si potrebbe dire questo. Che in poco più di mezzo secolo, il momento fondamentale del processo decisionale pubblico si è spostato più volte e in modo non lineare: in un primo momento dall'atto al procedimento (dalla metà dell'ottocento alla metà del novecento); successivamente dal procedimento alla conferenza di servizio (fine del novecento/primi anni del 2000), per radicarsi poi nell'ultimo periodo, in un *sistema decisionale atipico*, basato ancora sulla conferenza di servizio e quindi su forti dosi di collegialità, ma integrato e falsificato da una miscela di assensi taciti legati allo scadere di termini capestro dislocati nei punti strategici del procedimento. Il quadro che ne emerge è quindi ancora quello di una amministrazione ambigua e imprevedibile che, in una cornice formale di partecipazione, trasparenza e cortesia, ripropone in modo più raffinato gli *arcana imperii* di una volta.

3. *La metamorfosi degli interessi sensibili: da interessi primari a interessi molesti*

Sempre nel periodo assai fertile degli anni '60 entrano in scena a pieno titolo nel diritto amministrativo i principi costituzionali. Gli studiosi più attenti percepiscono l'avvento di una sorta di gerarchia nell'ambito degli interessi pubblici. Si afferma così la tesi del *carattere primario* degli interessi strettamente legati alla persona (come la salute, i beni culturali, il paesaggio, e similari), e la possibilità quindi di uno scontro con altri interessi (come quelli economici), anch'essi previsti in Costituzione.

Ma negli ultimi decenni è prevalso il convincimento che proprio gli interessi più blasonati (legati al nocciolo duro della Costituzione) sarebbero d'impaccio per la crescita e lo sviluppo, tarpando le ali a chi ha voglia di fare. Ricorderanno i nostri lettori che qualche anno fa, un autorevole gruppo di uomini di

governo (alcuni dei quali muniti anche di cattedra universitaria) – interpretando il novello *grido di dolore* proveniente da tutte le contrade più operose d’Italia – aveva avuto la bella idea di depurare l’art. 41 Cost. del *troppo e vano*, liberandolo in particolare dall’ingombrante presenza del 2° e 3° comma, in modo che esso potesse finalmente recitare in modo limpido “l’iniziativa economica privata è libera”, senza l’inutile fardello della sicurezza, del lavoro, dell’ambiente, dei beni culturali e di tutte quelle altre quisquiglie che, nella mente degli odierni liberisti troverebbero invece più solida tutela nell’infallibile Mano invisibile del Mercato. Ciò al nobile scopo di velocizzare l’apertura di nuove imprese e cantieri per completare finalmente quella che potrebbe essere definita la “grande incompiuta”: la cementificazione definitiva della Penisola.

Purtroppo però non se ne fece nulla. Qualche tempo prima sotto l’egida del reganismo che – anticipando la disinvoltura degli ultimi tempi – aveva prodotto nuove forme di “rapaci” indomabili, era stato anche formulato l’auspicio di sopprimere l’art. 43 Cost., ritenuto ormai incompatibile con i principi comunitari della concorrenza. Ma anche questa riforma era andata in fumo. Travolta da una valanga di nazionalizzazioni mascherate, disposte dai governi di mezzo mondo nel tentativo di fronteggiare la grande crisi. Una vicenda già vista negli anni ’30 del secolo scorso e attentamente vagliata dai nostri Costituenti – proprio in sede di redazione del titolo III – che dimostra ancora una volta implicitamente la maggiore lungimiranza dei riformatori del primissimo dopoguerra rispetto a quelli odierni troppo legati forse al contingente e proprio per questo travolti assai spesso dalle loro stesse riforme.

Di fronte a tante chiusure paralizzanti (talune per vero non messe originariamente in conto) la *leadership* moderata degli uomini del “fare” ha pensato bene di mettere a punto una inedita strategia di basso profilo e dalla impronta “mite”, che può essere riassunta in tre punti: a) bando alle teste calde; b) bando alle modifiche costituzionali (il Titolo III della Costituzione così com’è va benissimo, potendo essere innocuizzato in altro modo); c) bando alle guerre di religione (il nemico non va affrontato frontalmente, ma ai fianchi al fine di depotenziarlo progressivamente).

I risultati di questa nuova strategia non si sono fatti attendere e sono già ben visibili: la legge n. 241/1990, concepita inizialmente come una sorta di *Corpus iuris* valevole per l’eternità, è diventata in poco tempo un colabrodo. Le parti più bersagliate della medesima (e non poteva essere diversamente) sono proprio quelle relative alla Conferenza dei servizi e ai silenzi, essendosi scoperto che attraverso la nuova miscela chimica dei comportamenti taciturni e dei termini capestro è possibile sconfiggere pacatamente l’ultimo dei più pericolosi nemici di sempre: il cane dell’ortolano nemico del “fare”.

In tal modo senza “schiamazzi”, com’è nello stile proprio di ogni moderato che si rispetti, gli *interessi primari* – che per decenni avevano esaltato giuristi di ogni disciplina e di tutte le generazioni – sono stati convertiti in poco tempo in *interessi molesti*, di cui sbarazzarsi al più presto, anche col consenso di quelli che un tempo ne erano stati i più accesi sostenitori. Straordinarie anche qui le assonanze col mondo kafkiano. In un altro Racconto dal titolo “La metamorfosi”, il nostro A. narra la storia di un giovane dabbene perfettamente integrato nella famiglia d’origine, che un brutto giorno scopre di non appartenere più al mondo degli umani, ma a quello degli invertebrati, essendo stato trasformato misteriosamente in un grosso verme, divenuto ormai d’impaccio anche per i conviventi. Saranno proprio i suoi parenti più stretti, a seguito di un breve Consiglio di famiglia, a darsi carico della *rottamazione* del medesimo, per sopravvenuta incompatibilità ambientale¹.

¹ In principio l’espressione “rottamazione” era rigorosamente circoscritta alla sfera dell’*inanimato*, per indicare il destino finale di oggetti fuori uso, quali macchinari e simili. Ma, grazie al contributo degli uomini del fare, essa viene oggi usata anche per entità del mondo animale e umano. Confortato da ciò ho ritenuto di dover ricorrere anch’io alla anzidetta espressione, non avendo trovato, nel caso specifico, un vocabolo più appropriato per rendere il concetto.

Filippo Salvia - Abstracts

Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (Psicanalisi degli uomini del fare” e rivisitazione della “donna è mobile”)

Il lavoro, analizzando l’istituto della Conferenza di servizi, svolge critiche considerazioni sulla stagione del riformismo e sul ruolo degli interessi sensibili in seno all’ordinamento amministrativo.

Tests of realism in the study of administrative law: On the ‘Conferenza di servizi’ and related aspects (A psychoanalysis of the ‘pro-active man’ figure and a reappraisal of ‘la donna è mobile’)

The work, analysing the establishment of the ‘Conferenza di servizi’, offers critical considerations on the season of reformism and on the role of sensitive interests within the administrative order.

Articoli e Saggi

Sulla necessità di una definizione armonizzata di rifiuto alimentare per la concreta realizzazione dell'economia circolare

Monica Delsignore

Sommario: 1. Ricognizione del problema. – 2. Gli sprechi alimentari e la nozione di foodwaste nel diritto internazionale: un approccio solidaristico fatto proprio dai recenti interventi nazionali. – 3. Il diritto alimentare europeo, il suo impatto nella proliferazione dei rifiuti e la sua rilevanza nella prevenzione della produzione dei rifiuti. – 3. L'assenza di una definizione armonizzata di rifiuto, pur nella chiara connotazione ambientale della stessa. – 4. Prospettive sulle possibili conseguenze nell'attuazione delle politiche economiche europee dell'assenza della definizione di rifiuto alimentare.

1. *Ricognizione del problema*

Il tema dei rifiuti alimentari è quanto mai attuale, soprattutto in Italia quale lascito del recente Expo Milano 2015, intitolato, come noto, «Nutrire il pianeta, Energia per la vita», e accompagnato dal monito «che la relazione tra gli esseri umani, il pianeta e il cibo deve elevarsi al centro della nostra attenzione, in quanto si tratta del fondamento vitale della sostenibilità della Terra e dell'umanità», come recita il Protocollo di Milano sull'alimentazione e la nutrizione, proposto e sottoscritto nell'ambito dell'Esposizione Universale.

Molto è stato scritto e detto circa la necessità urgente di ridurre la produzione di rifiuti e sprechi alimentari, ma in concreto ancora poco è stato fatto¹.

A livello internazionale la FAO, l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura, ormai da più di un decennio ha intrapreso un

¹ Come rappresenta, anche attraverso l'analisi di alcune raccolte di dati, L. Gonzalez Vaqué, *Food loss and waste in the European Union: a new challenge for the Food Law?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2015, 20. Sul ruolo dell'intervento pubblico nel governo di acqua e cibo, G. Napolitano, *Acqua e cibo tra diritti e sistemi amministrativi*, in B. Biscotti e E. Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Torino 2015, 9.

cammino teso alla riduzione delle perdite che si verificano lungo l'intera catena alimentare, con il dichiarato intento di combattere la fame nel mondo, la malnutrizione e la povertà.

Sempre a livello internazionale, nella conferenza dell'autunno 2015 a Parigi sui cambiamenti climatici COP21² si è, per la prima volta, messo in evidenza l'impatto dei rifiuti alimentari sull'ambiente. Essi, infatti, rappresentano, nei maggiori paesi industrializzati, un rifiuto che nelle discariche ha un lungo periodo di decomposizione e crea potenti gas in atmosfera, come il metano. Il gas di discarica, se non viene catturato, contribuisce gravemente all'effetto serra, proprio perché è composto principalmente di metano, ventitré volte più potente del biossido di carbonio in termini di effetti sul clima e pericolosità nell'arco temporale di cento anni, come evidenziato dal Gruppo intergovernativo sui cambiamenti climatici (IPCC).

In questo contesto le politiche dell'Unione europea, sulla base di un quadro quanto più completo delle perdite nella catena dell'industria alimentare, dalla produzione al consumo degli alimenti, stabiliscono obiettivi ambiziosi per la riduzione di tali sprechi, il riciclaggio e il trattamento dei rifiuti anche alimentari in vista della tutela e protezione dell'ambiente.

In particolare, il pacchetto relativo all'economia circolare contiene riferimenti espressi al fenomeno degli sprechi alimentari e alla necessità di interventi preventivi e riduttivi.

La necessità di rivedere i modelli di sviluppo sociale ed economico ha, infatti, progressivamente condotto all'abbandono del paradigma dell'economia lineare (che consiste in uno schema in cui l'ottimizzazione delle risorse segue una direttrice verticale con processi ripetuti di produzione/consumo/smaltimento) in favore di un'economia pensata per potersi rigenerare da sola, attraverso un processo circolare in cui il rifiuto diventa una risorsa³.

Se, in questo contesto di trasformazione, già con la risoluzione del 19 gennaio 2012 il Parlamento chiedeva al Consiglio, alla Commissione, agli Stati membri e agli attori del settore latamente inteso «di affrontare con urgenza il problema dello spreco alimentare lungo tutta la catena di approvvigionamento e consumo», nel 2014, in funzione del passaggio verso il nuovo modello dell'economia circolare, la Commissione ha elaborato una proposta di modifica delle diret-

² In merito, S. Nespor, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 81; A. Marroni, *Alcuni chiarimenti sull'esito (positivo) della COP21 di Parigi*, in www.ilmerito.org.

³ In merito F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.* 2017, 163, M. Melis, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2017, 63 e C. Bovino, *Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti*, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, 682.

tive sui rifiuti, sottolineando la necessità di fornire le «definizioni di rifiuti urbani, rifiuti alimentari».

In particolare, nel mese di dicembre 2015, con le comunicazioni COM (2015) 595final e COM (2015) 614def, «L'anello mancante, Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare», la Commissione ha formulato la proposta di modifica della direttiva quadro sui rifiuti, ma anche tale proposta non contiene una definizione appropriata di rifiuti alimentari. In proposito, si ricordi che nel dicembre 2017 è stato raggiunto un accordo provvisorio con i rappresentanti del Parlamento europeo sulle proposte legislative del pacchetto rifiuti, in cui rientra anche la citata revisione della direttiva rifiuti. Il nuovo testo, dunque, dopo l'approvazione formale sarà sottoposto alla votazione del Parlamento in prima lettura e al Consiglio per l'approvazione finale, che verosimilmente avverrà nel corso di quest'anno.

In particolare, la nuova formulazione dell'art. 9 della direttiva⁴, nel prevedere che gli Stati membri adottino misure atte a evitare la produzione di rifiuti, indica, tra tali misure, quelle che «riducono la generazione di rifiuti alimentari nella produzione primaria, nella trasformazione e nella fabbricazione, nella vendita e in altre forme di distribuzione degli alimenti, nei ristoranti e nei servizi di ristorazione, nonché nei nuclei domestici».

Nel nuovo testo della direttiva ancora non è offerta nessuna definizione dal legislatore⁵, anche se l'indicazione lascia trasparire che s'intendano rifiuti alimentari sostanze provenienti dall'intera catena di approvvigionamento alimentare, in tutte le sue diverse fasi, dalla produzione agricola, allo stoccaggio, trasformazione, distribuzione, gestione e consumo, a prescindere quindi dalla precedente natura commestibile del materiale in questione. La lettera del nuovo art. 9 sembrerebbe invocare scelte di programmazione e politica dei rifiuti alimentari, considerando gli stessi nient'affatto come gli sprechi o scarti di quanto comunque edibile, ma piuttosto in quanto materiali afferenti all'intera catena di produzione alimentare, dalla coltivazione di base sino al consumo a tavola, materiali che si dimostrano ancora ricchi di sostanze ed elementi utili per nuovi consumi grazie agli studi recenti della chimica verde⁶.

Nella già ricordata comunicazione 614def del 2015, la Commissione precisa, inoltre, che «elaborerà una metodologia comune europea per misurare i rifiuti alimentari in stretta collaborazione con gli Stati membri e le parti interessate».

⁴ Come indica la comunicazione COM (2015) 595final.

⁵ Criticamente anche R. Steffenoni, *EU Regulation on Food Waste: a New Challenge*, in *EU Food Law Regulation: which opportunities for Italy?*, a cura di M. Allena, L. Donato, M. Trimarchi, reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2942896

⁶ In merito si rinvia ai numerosi contributi in P. Morone, F. Papendiek, V.E. Tartiu (a cura di), *Food waste reduction and valorisation*, Springer, 2017.

Nello stesso documento l'Unione Europea s'impegna, infatti, a raggiungere l'obiettivo di dimezzare la produzione di rifiuti alimentari *pro capite*: è difficile, se non impossibile, misurare i rifiuti alimentari, in assenza di una chiara definizione del perimetro entro cui effettuare tale calcolo.

L'incertezza che caratterizza la nozione generale di rifiuto risulta, infatti, ancor più marcata proprio nell'applicazione della categoria alla catena della produzione e approvvigionamento alimentare, ove la composizione e la provenienza dell'alimento impongono ulteriori distinzioni al fine di individuare correttamente la disciplina applicabile, tanto che la stessa Commissione⁷ precisa che la direttiva rifiuti «non dovrebbe» applicarsi alle sostanze a base di vegetali provenienti dall'industria agroalimentare e agli alimenti non d'origine animale non più destinati al consumo umano, ma da utilizzare come mangimi. L'uso del condizionale dà conto dei dubbi applicativi.

Come la stessa Commissione ha sottolineato nella ricordata proposta di modifica della dir. 2008/98/CE, la definizione a livello europeo della nozione giuridica di rifiuto alimentare appare, certamente, un presupposto ineludibile per raggiungere alcuni degli obiettivi ambiziosi posti dall'Unione nelle politiche di economia circolare; ciò affinché le politiche declamate possano sortire davvero effetti concreti.

Una definizione chiara ed esaustiva permetterebbe agli Stati membri, aziende e altre organizzazioni di adottare decisioni sostenibili e programmare gli investimenti necessari per combattere la produzione di rifiuti. Ciò significherebbe centrare più facilmente l'obiettivo della riduzione delle perdite e degli scarti nella produzione, nell'industria agroalimentare e, infine, anche nel consumo.

L'attuale presa di coscienza della necessità di orientare il progresso economico al principio dello sviluppo sostenibile e al modello dell'economia circolare richiede, a livello europeo, uno sforzo programmatico lungimirante, che non può certo esaurirsi in interventi di educazione del consumatore o in iniziative di solidarietà dei distributori finali verso le categorie in difficoltà, così come in parte sta già accadendo in alcuni Stati e come meglio si preciserà in seguito.

Nei documenti e nelle comunicazioni europee ricordati in precedenza si assume, infatti, una prospettiva più ambiziosa di riduzione dell'impatto ambientale, che richiede di analizzare l'intera catena alimentare, in tutti i suoi segmenti. L'obiettivo di trasformare i rifiuti della catena stessa in nuove risorse rientra nella tutela dell'ambiente e dei rischi per la salute, ovvero agli interessi pubblici che sono alla base della disciplina dei rifiuti in Europa e in Italia⁸.

⁷ Nella COM (2015) 595def, al considerando 11 della nuova direttiva 2008/98.

⁸ Da sempre anche la nostra Corte costituzionale ha precisato, nel dirimere il conflitto di competenza tra Stato e regioni, che la disciplina dei rifiuti rientra nella materia della tutela dell'ambiente. Di recente in

Un quadro giuridico comprensibile e coerente rappresenta certamente lo strumento utile per permettere alle imprese e alle autorità di regolazione di adottare decisioni e programmare interventi sulla base di una rappresentazione più sicura delle regole, secondo cui operare, degli obblighi e delle conseguenze delle proprie azioni.

La regolazione attraverso definizioni chiare e univoche riveste, infatti, un ruolo decisivo specialmente quando sono in gioco questioni ambientali. Regole ben costruite e di facile applicazione, basate sul corretto rapporto tra costi e benefici, possono rappresentare un contributo significativo per la protezione dell'ambiente e della salute, uno strumento spesso più efficace sia delle politiche di informazione o educazione, sia anche degli incentivi economici, come già ha precisamente argomentato la dottrina⁹.

2. *Gli sprechi alimentari e la nozione di foodwaste nel diritto internazionale: un approccio solidaristico fatto proprio dai recenti interventi nazionali*

Come si è anticipato, è nell'ordinamento internazionale che il problema della riduzione dei rifiuti e degli sprechi alimentari trova considerazione da più lunga data.

Nonostante ciò, solo di recente si è giunti ad una definizione di rifiuto alimentare, con un termine inglese, *foodwaste*, che si adatta non solo al rifiuto, ma, più in generale, anche allo spreco o allo scarto.

In particolare, nel 2011 la FAO ha commissionato allo *Swedish Institute for Food and Biotechnology* (SIK) uno studio per conoscere i dati delle perdite nella catena di produzione degli alimenti¹⁰. Nel rapporto finale si indica quale *«food loss or waste»*, ovvero «perdita o rifiuto», l'alimento che, originariamente destinato al consumo, esca, per qualsiasi ragione, dalla catena alimentare dell'uomo,

questo senso la decisione della Corte cost., 12 maggio 2016, n. 101, al punto 5.1.1. della parte in diritto, ove si richiamano alcuni tra i numerosi precedenti.

⁹ Così si esprimono, riflettendo in proposito, C.R. Sunstein e L.A. Reisch, *Automatically green: behavioural economics and environmental protection*, in *Harv. Envtl. L. Rev.* 38, 127, 2014: «Well-chosen default rules, attentive to the full set of costs and benefits, are likely to emerge as a significant contributor to efforts to protect human health and the environment - a tool in the regulatory repertoire that is potentially more effective, in many cases, than either information and education or substantial economic incentives».

¹⁰ Gli studi commissionati dalla FAO riguardavano le perdite di cibo a livello mondiale distinguendo tra paesi ricchi e paesi poveri così da offrire dati su cui ragionare nell'incontro internazionale *«Save Food!»,* 16-17 maggio 2011, co-organizzato da Interpack2011, svoltosi a Düsseldorf. In proposito J. Gustavsson, C. Cederberg, U. Sonesson, R. van Otterdijk e A. Meybeck, *Global Food Losses and Food Waste. Extent, Causes, Prevention*, Roma, 2011.

includendo quindi anche quanto utilizzato per i mangimi animali o la produzione di energia¹¹.

Nonostante lo studio sia di soli pochi anni fa, lo stesso non dà conto, né affatto considera la possibilità di riciclare o riutilizzare gli alimenti o gli scarti nella catena produttiva, poiché l'obiettivo, su cui si concentrano l'azione della FAO e, più in generale, le politiche dell'ordinamento internazionale, è la lotta contro la malnutrizione e la fame nel mondo. In tale prospettiva occorre prevenire la produzione non solo del rifiuto, ma anche dello spreco al fine di garantire la destinazione dell'alimento al consumo.

La *Zero Hunger Challenge*, la sfida della Fame Zero, assume ancor maggior centralità nella politica internazionale dopo il 2012 e il summit «Rio + 20», ove si riconosce una diretta interconnessione tra la catena di produzione e distribuzione alimentare e il suo impatto sulla povertà, la fame, la malnutrizione, le risorse naturali e il clima. Anche tra i nuovi obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottati dalle Nazioni Unite nel gennaio 2016, espressamente figura, al numero 2, Zero Hunger.

La prospettiva internazionale è, dunque, specifica e chiaramente indirizzata.

I rifiuti e le perdite nella catena alimentare sono definiti con l'intento di individuare le migliori pratiche e soluzioni percorribili per ridurre la fame nel mondo e la malnutrizione, attraverso politiche c.d. di *food security*¹², con un obiettivo, dunque, che è sensibilmente diverso e distinto da quello proprio delle politiche europee di riduzione dei rifiuti. Solo di recente, al tema della malnutrizione si affianca quello della sostenibilità ambientale, che non è sempre declinata in sincronia con la riduzione dei rifiuti alimentari, quanto piuttosto in relazione alla produzione e coltivazione degli alimenti con intenti comunque di sostegno, in questo all'economia, di Paesi emergenti¹³.

¹¹ La definizione è contenuta a pagina 2 dello studio, ove si legge: «*food that was originally meant to human consumption but which fortuity gets out the human food chain is considered as food loss or waste even if it is then directed to a non-food use (feed, bioenergy...)*. 'Food' waste or loss is measured only for products that are directed to human consumption, excluding feed and parts of products which are not edible. Per definition, food losses or waste are the masses of food lost or wasted in the part of food chains leading to edible products going to human consumption».

¹² In merito al distinguo tra *food safety* e *food security* si rinvia a C. Ricci, *Contenuti normativi del diritto a un cibo "adeguato" a livello internazionale*, in Id. (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano 2012, 33 e M. Ramajoli, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 271. Sul tema della *food security*, dei diritti fondamentali e della sovranità alimentare si veda F. Pocar, *Generazioni di diritti umani e diritti delle generazioni future*, in C. Ricci (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità*, cit., 3, S. Rodotà, *Il diritto al cibo*, Milano, 2014 e G. Zagrebelsky, *Due concetti costituzionali: sovranità alimentare e olismo*, in B. Biscotti, E. Lamarque (a cura di) *Cibo e acqua*, cit., 1.

¹³ Si pensi, ad esempio, al tema del c.d. *Land grabbing*, su cui si rinvia a A. Bonfanti, «*Accaparramento di terra e responsabilità sociale di impresa nel diritto internazionale*», in M. Cutillo, F. Novak e T. Scovazzi (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, Milano, 2014, 187.

Ancora da ultimo le Nazioni Unite nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, stilata a seguito del summit mondiale tenuto nel 2015 in occasione del settantesimo anniversario dell'istituzione, hanno individuato al numero due della lista dei diciassette nuovi *Sustainable Development Goals* l'obiettivo di «*End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture*» così confermando la prospettiva in cui lotta alla fame del mondo e ad una agricoltura sostenibile si combinano tra di loro¹⁴.

Oltreoceano, analogamente, l'*Environmental Protection Agency* negli Stati Uniti¹⁵ definisce i rifiuti alimentari come cibo e preparazioni alimentari non consumati, rifiuti prodotti da residenze e stabilimenti commerciali, come negozi, ristoranti, mense, cucine e fonti industriali, indicando obiettivi di riduzione nei propri atti di regolazione. La disposizione redatta dall'Agenzia americana non è così distante dalla definizione a livello internazionale fatta propria dalla FAO. La definizione statunitense mira a ridurre gli sprechi di alimenti con intenti di solidarietà sociale e il cibo è considerato un rifiuto solo se deriva dagli ultimi anelli della catena alimentare, cioè quando si tratti di un bene pronto per essere venduto o consumato. Il fine perseguito non è quello della protezione dell'ambiente, se non indirettamente, poiché il vero intento è il riutilizzo di prodotti ancora commestibili in favore delle fasce più povere della popolazione.

Nella stessa direzione si collocano recenti interventi di alcuni legislatori europei¹⁶.

In Francia con la legge dell'11 febbraio 2016, n. 138 s'inasprisce la lotta contro il *gaspillage alimentaire*¹⁷. Le disposizioni obbligano i supermercati di grandi dimensioni a donare ad organizzazioni caritatevoli il cibo prossimo alla data entro la quale è «preferibile» il consumo, oppure a trasformarlo in mangime per gli animali o ancora in compost, applicando sanzioni elevate nel caso di violazione del dettato normativo.

Anche in Italia nell'agosto 2016 è stata adottata la legge n. 166 contenente «Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi», con la quale s'intende favorire la cessione gratuita delle eccedenze alimentari agli enti

¹⁴ Il programma, con l'elenco degli obiettivi, è consultabile al link <https://sustainabledevelopment.un.org>.

¹⁵ C. T. Coleman, *Wasted food lost opportunities* reperibile al link <https://www.usda.gov/ocel/foodwaste/webinars/07162014/CherylColemanEPAFoodWastePresentation.pdf>; C. Shaeffer Kalashian, *Out of sight, out of mind: finding a solution to food waste in America*, in 23(2013) *S. J. Agric. L. Rev.*, 103.

¹⁶ Ragiona in una prospettiva comparata tra sistema europeo e statunitense, F. Planchenstainer, «*They Collected What Was Left of the Scraps*»: *Food Surplus as an Opportunity and Its Legal Incentives*, 2013, reperibile al link <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/4094>.

¹⁷ Qualche osservazione in merito propone D. Cerini in Id. e E. Lamarque, *Cibo e farmaci non consumati diventano doni, quando possibile, non rifiuti. Commento a prima lettura della L. 19 agosto 2016, n. 166*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1376 ss., in particolare 1383.

pubblici o privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche e solidaristiche. Come da altri già precisato¹⁸, «la cifra che sostiene e ispira l'intera legge è quella della solidarietà politica, economica e sociale», sulla base degli articoli 2 e 3 della Costituzione.

Certo l'art. 1 della legge indica tra gli obiettivi primari anche la «limitazione degli impatti negativi sull'ambiente e sulle risorse naturali mediante azioni volte a ridurre la produzione di rifiuti e a promuovere il riuso e il riciclo al fine di estendere il ciclo di vita dei prodotti» e il «raggiungimento degli obiettivi generali stabiliti dal Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti [...], e dal Piano nazionale di prevenzione dello spreco alimentare previsto dal medesimo Programma, nonché alla riduzione della quantità dei rifiuti biodegradabili avviati allo smaltimento in discarica»¹⁹. Il vero scopo della legge è, però, quello di favorire il recupero e la donazione di prodotti alimentari e farmaceutici per fini di solidarietà sociale. Le disposizioni successive, infatti, disciplinano la condotta degli operatori del settore, in un'ottica premiante, attraverso la semplificazione amministrativa e gli incentivi fiscali, così da indurre comportamenti virtuosi, permettendo il consumo di alimenti altrimenti destinati a restare invenduti o non consumati. Si tratta di una disciplina che riprende le disposizioni già contenute nella legge n. 155/2003 in tema di distribuzione di prodotti alimentari a fini di solidarietà, la cosiddetta legge del buon samaritano, e all'art. 157 del d.lgs. n. 219/2006 quanto ai medicinali e generalizza ed estende la platea dei destinatari.

Pare chiaro, allora, che gli interventi francese e italiano certamente di riflesso contribuiscono alla prevenzione nella produzione dei rifiuti, ma lo scopo primo delle disposizioni resta nell'ambito del sostegno sociale, in un momento storico in cui aumenta il numero delle persone bisognose. Il tema della protezione ambientale è solo indirettamente connesso alle scelte e iniziative del legislatore nazionale, che mirano piuttosto a ridurre gli sprechi, concentrandosi sul segmento del consumo finale del bene.

Ben diverso, invece, è l'obiettivo proclamato nelle comunicazioni e nella legislazione europea in tema di rifiuti alimentari, che considera un orizzonte più ampio, mirando all'introduzione di politiche di sviluppo sostenibile da applicarsi alla catena alimentare nella sua interezza nell'ambito delle politiche di tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini, come di seguito si preciserà.

¹⁸ Un commento offrono E. Lamarque e D. Cerini, *Cibo e farmaci non consumati*, cit. La legge è in vigore dal 14 settembre 2016 e A. Muratori, *Legge n.166/2016: qualcosa finalmente si muove per la riduzione degli sprechi alimentari, e altro ancora*, in *Ambiente e sviluppo*, 2016, 703.

¹⁹ Art. 1, lett. d), l. n. 166/2016.

3. *Il diritto alimentare europeo, il suo impatto nella proliferazione dei rifiuti e la sua rilevanza nella prevenzione della produzione dei rifiuti*

Sino allo scorso decennio, gli sforzi del legislatore europeo si sono concentrati nella predisposizione di regole per la protezione delle acque e per il trattamento dei rifiuti²⁰, senza che particolare attenzione rivestissero i rifiuti alimentari.

Al contrario, per lungo tempo, la legislazione alimentare europea ha, almeno in parte, contribuito alla proliferazione dei rifiuti alimentari²¹.

In un primo momento, gli alimenti sono stati considerati semplicemente alla stregua di un bene²², la cui libera circolazione rappresentava l'obiettivo da raggiungere. Dopo la nota decisione *Cassis de Dijon*²³ si è andato affermando il principio del mutuo riconoscimento²⁴ così da realizzare l'apertura dei mercati nazionali senza la necessità di uno specifico intervento legislativo. La libera circolazione degli alimenti, tuttavia, ha finito per rappresentare una limitazione ai poteri di regolazione nazionale degli Stati Membri in tema di tutela della salute e dell'ambiente. Come è stato precisato²⁵, esiste una difficile relazione tra esigenze del mercato ed esigenze di tutela ambientale e solo con il recente affermarsi del principio dello sviluppo sostenibile²⁶ diventa possibile tentare di individuare punti di equilibrio²⁷.

²⁰ Come scrive F. Bruno, *Environmental issues in food law*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, Napoli, 2014, 115, in particolare 124.

²¹ Per un quadro esaustivo sul diritto alimentare europeo, L. Costato e F. Albinini (a cura di), *European Food Law*, Padova, 2012. Sul tema dello sviluppo ed evoluzione della legislazione alimentare si rinvia a M. Ramajoli, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare* 2015, 271, ove si precisa che solo in tempi recenti si è passati da un approccio igienico sanitario ad un approccio quasi olistico, volto alla tutela non solo della salute, ma anche dell'agricoltura, dell'uso dei suoli, dell'ambiente, degli scambi commerciali, del consumatore e della sicurezza dei lavoratori. Sulla giuridificazione del settore e la confluenza e convergenza di finalità sanitarie, economiche, sociali e ambientali, M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, 657. Sempre in tema, M. Gnes, *Alimenti*, in M.P. Chiti e G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., tomo I, Milano, 2007, 117 ss. Sulle interazioni tra ambiente e alimentazione, G. Rossi, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, 12 ss.

²² Sulla identificazione degli alimenti come un bene privato anche ad opera degli economisti criticamente J. L. Vivero-Pol, *The idea of food as commons or commodity in academia. A systematic review of English scholarly texts*, in *Journal of Rural Studies* 53 (2017) 182-201.

²³ Corte giust., 20 febbraio 1979, in C-120/1978, *Rewe Zentral ag c. Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein*, c.d. *Chassis de Dijon*.

²⁴ In merito si rinvia a N. Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Milano, 2008.

²⁵ N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, 2014.

²⁶ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile, La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; M. Allena e F. Fracchia, *Globalization, environment and sustainable development, in global, European and Italian perspectives*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 781.

²⁷ Sul valore dell'equilibrio nel rispetto delle priorità ambientali J. Morand-Deviller, *Il giusto e l'utile nel diritto dell'ambiente*, in R. Ferrara e C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Milano, 2014, 1.

Verso la fine degli anni '80 con il noto caso *Smanor* sullo yogurt gelato²⁸, un nuovo approccio ha messo in luce la necessità di garantire non solo la circolazione del bene, quanto la composizione e la qualità degli alimenti, anche nell'intento di informare e tutelare il consumatore. L'innovazione tecnologica ha giocato senz'altro un ruolo di rilievo nella lavorazione e conservazione dei cibi²⁹, così come le ricorrenti crisi sulla sicurezza degli alimenti³⁰, dalla mucca pazza alla diossina, hanno sviluppato una diversa sensibilità a tutela della salute umana.

Frutto della nuova impostazione è stato il regolamento n. 178/2000, che istituisce l'Autorità per la sicurezza alimentare, EFSA³¹ (*European Food Safety Authority*), e detta una disciplina a garanzia della qualità e composizione degli alimenti disponibili sul mercato.

Proprio queste politiche di sicurezza alimentare³², insieme con le politiche agricole, hanno contribuito al contempo all'aumento dei rifiuti alimentari.

Difetti estetici o requisiti di conservazione hanno incrementato il livello dei cibi non destinabili al consumo, posto che, ad esempio, frutta o verdura al di sotto di certe dimensioni o raccolti in assenza di particolari accorgimenti tecnici non possono essere immessi sul mercato.

Anche le nuove disposizioni a garanzia della sicurezza del cibo richiedono l'applicazione di particolari tecniche di conservazione che non sono sempre accessibili perché troppo costose, così obbligando a disfarsi di quanto non adeguatamente immagazzinato e conservato.

Così pure la disciplina delle etichettature dei cibi, con l'indicazione della data preferibile per il consumo, ha inciso sulla produzione di rifiuti, tanto da essere oggetto oggi di studi per una nuova formulazione³³.

²⁸ Corte giust., 14 luglio 1988, in C-298/1987, *Smanor SA*.

²⁹ F. Albisinni, *Food Law and Innovation in European Law*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, cit., 3.

³⁰ In merito alle difficoltà del processo di compiuta armonizzazione nella sicurezza alimentare cfr. M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006; F. Rossi Dal Pozzo, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005. Sul tema della prevenzione del rischio e delle scelte che ne derivano nella legislazione sulla sicurezza alimentare, L. Foffani, A. Doval Pais e D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Milano, 2014.

³¹ S. Cassese, *Proposte per un'Autorità nazionale per la sicurezza alimentare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 799; S. Gabbi, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, Milano, 2009; D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012; G. Abels, A. Kobusch and J. Trasch, *Scientific Regulatory Cooperation within the EU: On the Relationship between EFSA and National Food Authorities*, in A. Alemanno e S. Gabbi (a cura di), *Foundations of EU Food Law and Policy. Ten Years of the European Food Safety Authority*, Ashgate Publishing Limited, 2014.

³² Per un quadro chiaro e ragionato si rinvia a M. Savino, *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 415.

³³ In proposito si segnala L. Donato, *Brief Considerations on the Regulation of Food Labelling*, in *EU Food Law Regulation: which opportunities for Italy?* reperibile al link <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?ab>

Allo stesso modo, esaminando le politiche agricole europee, esistono strumenti che hanno senz'altro comportato l'aumento degli scarti e dei rifiuti alimentari. Basti pensare alle quote imposte nella produzione, ad esempio, di patate, latte, agrumi, cereali, che inducono spesso a disfarsi dell'eccedenza per non incorrere nelle sanzioni diversamente previste, così dunque trasformando l'alimento in rifiuto.

L'evoluzione del diritto alimentare e le scelte di politica agricola mettono in luce gli svantaggi dell'assenza di un coordinamento nella legislazione europea di settore e la necessità di integrare la politica e la legislazione ambientale nelle altre politiche³⁴. Al contempo, nel ragionare sulla definizione di rifiuto alimentare, si evidenzia la necessità di distinguere la prevenzione dagli altri strumenti della gerarchia del trattamento dei rifiuti. Se le politiche di prevenzione debbono intervenire nella legislazione e disciplina del settore alimentare, diversamente la riutilizzazione, il riciclo e lo smaltimento di quanto nel processo produttivo costituisce un rifiuto ha lo scopo di tutelare l'ambiente e la salute dai possibili pericoli inerenti il trattamento di quel materiale. Questo obiettivo non va mai dimenticato nell'interpretazione della definizione di rifiuto.

3.1. *L'assenza di una definizione armonizzata di rifiuto, pur nella chiara connotazione ambientale della stessa*

Come si anticipava, la disciplina europea dei rifiuti si colloca nell'ambito della tutela dell'ambiente e della salute: in estrema sintesi, le direttive³⁵ definiscono il rifiuto, richiedendo agli Stati membri di intervenire con regole sulla sua gestione e smaltimento, dirette appunto a garantire la salvaguardia dell'ambiente e a proteggere la salute umana. La violazione di tali regole comporta responsabilità via via più gravi in funzione della pericolosità o quantità del materiale trattato o della qualifica soggettiva del trattante.

stract_id=2942896 . Si ricordi, inoltre, l'attività svolta da WRAP (Waste and Resources Action Programme) che nel novembre 2017 ha adottato le *Labelling guidance*.

³⁴ La necessità di integrazione, pur con riferimento alla dimensione esterna della politica ambientale nelle altre politiche, è messa in luce da O. Porchia, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. Ferrara e C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano 2014, 178.

³⁵ Come noto, le prime direttive rifiuti risalgono alla metà degli anni Settanta (momento di emersione, a livello transnazionale, degli interessi di tutela e protezione dell'ambiente) con la dir. 75/442/CEE, recepita in Italia solo nel 1982 con il d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, oggi abrogato. La direttiva è stata successivamente rivista dalla successiva dir. 91/156/CEE (accompagnata dalla dir. 91/689/CE sui rifiuti pericolosi e la dir. 94/62/CE sugli imballaggi), cui sono seguite le direttive 2006/12/CE e 2008/98/CE. Per un quadro generale si rinvia agli autori citati nella nota 40.

La Commissione stabilisce una gerarchia di obiettivi nella gestione dei rifiuti, gerarchia in cui la prevenzione è la priorità, seguita dal recupero e, infine, dallo smaltimento in sicurezza.

La scelta tra i possibili strumenti non è tuttavia da determinarsi esclusivamente sulla base di considerazioni ambientali. Il principio dello sviluppo sostenibile richiede, infatti, che la migliore soluzione ambientale debba essere individuata, contemperando i costi economici e sociali che la soluzione stessa comporta e paragonandola ad altri rimedi utilizzabili, che pure comportino un inquinamento maggiore. L'idea di fondo, ancor più evidente nelle recenti comunicazioni sull'economia circolare, è che, realizzati gli interventi di prevenzione, il rifiuto debba divenire una risorsa³⁶, in quanto bene suscettibile di nuovo utilizzo in attività produttive successive³⁷.

Il considerando 6 della direttiva quadro sui rifiuti (2008/98/CE) specifica che «*L'obiettivo principale di qualsiasi politica in materia di rifiuti dovrebbe essere di ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e l'ambiente. La politica in materia di rifiuti dovrebbe altresì puntare a ridurre l'uso di risorse e promuovere l'applicazione pratica della gerarchia dei rifiuti*».

In proposito, l'articolo 2 della direttiva 2008/98/CE esclude espressamente dal regime dei rifiuti «*le materie fecali... , la paglia e altro materiale agricolo o forestale naturale non pericoloso utilizzati nell'attività agricola, nella selvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana*»³⁸, così in qualche modo di nuovo confermando che all'ambiente e alla salute umana afferiscono gli interessi perseguiti dalla disciplina, sicché se non assumano rilievo possibili danni o pericoli agli stessi, la normativa di protezione non trova applicazione.

Ne deriva che la nozione di rifiuto è funzionale agli obiettivi di tutela ambientale, così da salvaguardare anche la salute dei cittadini.

Se in tale contesto occorre ragionare anche quanto al recupero e smaltimento dei rifiuti alimentari, la definizione ha uno scopo ben distinto da quello pro-

³⁶ Nello stesso senso C. Feliziani, *Tutela ambientale e servizio pubblico*, Roma, 2014, 37.

³⁷ In merito all'intenzione di influire sul mercato per orientarlo alla protezione dell'ambiente, D. Pocklington, *The significance of the proposed changes to the waste framework directive*, in *European Environmental Law Review*, vol. 15(3), 2006, 75.

³⁸ Da una recente ricerca risulta che i rifiuti agricoli sono sempre riutilizzati come sottoprodotti o lasciati sul campo, il che equivale a un riciclo "a circuito breve" della sostanza organica. In ogni caso, tali sostanze ritornano quasi sempre nel terreno dopo l'eventuale utilizzazione zootecnica (come componente nell'alimentazione o per la formazione della lettiera). Casi particolari sono quelli dell'utilizzo energetico e della trasformazione industriale, i cui rifiuti (es.: ceneri nel primo caso e scarti vegetali nel secondo) sono spesso conferiti in discarica per una serie di motivazioni legate ad aspetti di natura economica o di carattere logistico. Si veda lo studio di settore a cura di ANPA (Agenzia Nazionale per la Protezione dell'Ambiente, oggi ISPRA) e ONR (Osservatorio Nazionale sui Rifiuti), *I rifiuti del comparto agroalimentare*, reperibile sul sito di ISPRA.

prio del diritto internazionale, di lotta alla fame e alla malnutrizione, e dei ricordati recenti interventi legislativi nazionali, in tema di riduzione degli sprechi a fini di solidarietà sociale. Si tratta, invece, di individuare quei materiali abbandonati che siano in grado di costituire una minaccia per l'ambiente e di indurre il mercato a identificare e proporre nuove tecniche per permetterne il riutilizzo.

In particolare, ai sensi della direttiva, non esiste una definizione precisa di rifiuto alimentare: come noto, è generalmente definito rifiuto «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi, abbia deciso od abbia l'obbligo di disfarsi»³⁹.

La generalità e sommarietà della definizione ha condotto la Corte di giustizia a pronunciarsi in più occasioni sul significato e sulla estensione della categoria dei rifiuti⁴⁰.

Nella decisione *ARCO Chemie Nederland / EPON*⁴¹ si è sottolineato che la nozione di rifiuto deve essere interpretata in senso ampio alla luce dell'obiettivo della direttiva quadro di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente, ribadendo successivamente⁴² che la finalità essenziale delle direttive rifiuti «è la protezione della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei rifiuti». Anche la definizione del termine «disfarsi» si è dimostrata particolarmente difficile da precisare. Nella causa *Vessoso e Zanetti*⁴³, confermata dalla successiva decisione *Tombesi*⁴⁴, la Corte ha stabilito che il sistema di sorveglianza e di gestione istituito dalla direttiva è destinato ad applicarsi a qualsiasi oggetto o sostanza di cui il proprietario si disfi, anche se esso abbia un valore commerciale o si presti ad essere raccolto per il riciclaggio, la rigenerazione o il riutilizzo.

In merito non si può dimenticare che la definizione estensiva della nozione di rifiuto è il frutto anche della sua applicazione proprio in relazione al settore alimentare. In particolare, alcune normative italiane escludevano dall'ambito della disciplina sui rifiuti gli scarti alimentari originati dall'industria agroalimentari o i residui, derivanti dalle preparazioni nelle cucine di qualsiasi tipo di cibo, destina-

³⁹ Come si legge all'art. 3 della dir. 2008/98/CE.

⁴⁰ Sull'elaborazione della definizione di rifiuto a livello europeo si rinvia a C. Feliziani, *op. cit.*, 45 ss.; V. Paone, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Milano, 2008. A livello nazionale si veda F. De Leonardis, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015; Id., *Principi di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 2079; P. Dell'Anno, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in R. Ferrara e C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 162; V. Cerulli Irelli e G. Clemente di San Luca (a cura di), *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Napoli, 2011.

⁴¹ Corte giust., 15 giugno 2000, in C-418/97 e C-419/97.

⁴² Corte giust., 18 dicembre 2007, in C-263/05, *Commissione c. Repubblica Italiana*. Con la sentenza l'Italia è stata condannata perché le disposizioni in questione sono state ritenute tali da circoscrivere illegittimamente la portata della nozione di rifiuto contenuta nelle direttive.

⁴³ Corte giust., 28 marzo 1990, in cause riunite C-206/88 e C-207/88.

⁴⁴ Corte giust., 25 giugno 1997, in C-304/94.

bili all'utilizzo per l'alimentazione degli animali. In una nota sentenza⁴⁵ la Corte di giustizia ha ritenuto che in linea di principio la nozione di rifiuto non esclude alcun tipo di residui derivanti da processi produttivi, sicché la sola circostanza del possibile riutilizzo di tali materiali non è sufficiente ad escluderne la qualificazione alla stregua di rifiuti, così condannando l'Italia per la scorretta trasposizione della direttiva.

In particolare, in altra decisione⁴⁶, è stato precisato che «un bene, un materiale o una materia prima derivante da un processo di estrazione o di fabbricazione che non è principalmente destinato a produrlo può costituire un sottoprodotto, del quale il detentore non cerca di disfarsi, ma che intende sfruttare o commercializzare a condizioni favorevoli in un processo successivo». Tuttavia, i sottoprodotti afferiscono esclusivamente «a quelle situazioni in cui il riutilizzo, compreso quello per i fabbisogni di operatori economici diversi da quello che li ha prodotti, non sia solo eventuale, bensì certo, prescindendo da operazioni di trasformazione preliminare, ed avvenga nel corso del processo di produzione».

Ancora di recente, la Corte ha ribadito che alla luce dell'obbligo di procedere a un'interpretazione estensiva della nozione di «rifiuto», occorre circoscrivere i casi i cui la disciplina non trova applicazione «alle situazioni in cui il riutilizzo del bene o della sostanza in questione non sia soltanto eventuale ma certo»⁴⁷.

La genericità nella definizione di rifiuto e la corrispondente limitatezza nell'interpretazione della nozione di sottoprodotto hanno di fatto minato la trasposizione ed applicazione della direttiva⁴⁸, nonché l'utilizzo delle distinte categorie di non rifiuto e sottoprodotto. Le stesse linee guida per l'interpretazione della direttiva 2008/98/CE⁴⁹ testimoniano l'esistenza di numerose incertezze applicative da parte delle autorità e degli operatori economici privati, pur senza risolvere in via definitiva le questioni derivanti dalla successiva trasposizione a livello nazionale. I problemi di definizione s'ingrandiscono, infatti, con l'attuazione delle direttive sui rifiuti, poiché le prospettive dei diversi ordinamenti nazionali

⁴⁵ Corte giust., 18 dicembre 2007, in C-195/05.

⁴⁶ Corte giust., 22 dicembre 2008, in C-283/07. Il caso deriva da una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia per errata trasposizione della dir. 75/442. Nel caso di specie si è ritenuto che la disciplina non escludesse che il riutilizzo del materiale fosse effettuato «solo dopo il decorso di un periodo di tempo notevole, se non addirittura indeterminato, e che pertanto siano necessarie delle operazioni di stoccaggio durevole dei materiali in questione. Ebbene, siffatte operazioni di stoccaggio sono tali da rappresentare un intralcio per il detentore. Inoltre, esse costituiscono una potenziale fonte di danno per l'ambiente».

⁴⁷ Corte giust., 12 dicembre 2013, in C-241/12 e C-242/12. Nel caso di specie assumeva un'importanza determinante la circostanza che la Shell avesse ripreso il carico di gasolio accidentalmente mischiato con altra sostanza con l'intenzione di sottoporlo a un'operazione di mescolanza e di reimmetterlo sul mercato.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, «Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali», COM (2003) 301 finale, 20.

⁴⁹ Non legalmente vincolanti, ma adottate dalla Direzione Generale dell'ambiente nel luglio 2012 per chiarire concetti chiave.

aggiungono nuovi dubbi e ambiguità acuiti dalla varietà di livelli legislativi, varietà di giurisdizioni e varietà di contesti ordinamentali.

Tuttavia, occorre dar conto di iniziative recenti in Italia che mostrano una nuova sensibilità rispetto al ripensamento delle categorie e all'importanza di distinzioni chiare, anche se in concreto lasciano ancora forti dubbi quanto alla capacità di perseguire l'obiettivo.

Così un decreto dell'ottobre 2016 del Ministero dell'ambiente reca i «criteri indicativi per agevolare la dimostrazione della sussistenza dei requisiti per la qualificazione dei residui di produzione come sottoprodotti e non come rifiuti»⁵⁰, anche se poi in concreto riprende la definizione già contenuta nella direttiva e traspone all'art. 184-*bis* del c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) e contiene non poche imprecisioni⁵¹.

Il giudice penale, di recente, riferendosi al residuo produttivo, interpreta la nozione di sottoprodotto con un più ampio margine di applicazione, ritenendo il residuo non si qualifichi rifiuto anche nel caso in cui non sia utilizzato «tal quale, in quanto sono permessi trattamenti minimi, rientranti nella normale pratica industriale», i quali non incidono o fanno perdere al materiale la sua identità o le caratteristiche merceologiche e di qualità ambientale che esso già possiede⁵².

Quanto alla cessazione della qualificazione come rifiuto (c.d. *end of waste*) di un materiale recuperato⁵³, con una nota del Ministero del 1 luglio 2016 si è precisato che l'AIA rilasciata per il trattamento di rifiuti può definire quando il rifiuto, a valle dell'operazione di recupero, cessa di essere tale⁵⁴, così offrendo all'impresa titolare dell'impianto maggior certezza quanto al tipo di lavorazione compiuta e alla disciplina applicabile. Si noti, però, che con una recentissima sentenza⁵⁵, ancora non pubblicata, il Consiglio di Stato ha stabilito che spetta allo Stato e non alle Regioni il potere di individuare, sulla base di analisi caso per caso e a integrazione di quanto già previsto dalle direttive comunitarie, le ulteriori tipo-

⁵⁰ Decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, 13 ottobre 2016, n. 264. Per primi commenti si rinvia a A. Muratori, *D.M. 264/2016: criteri realmente "indicativi" per riconoscere i sottoprodotti?*, in *Ambiente e sviluppo* 2017, 251.

⁵¹ Così, ad esempio, l'art. 6 nel riferirsi alle normali pratiche industriali indica le operazioni «che costituiscono parte integrante del ciclo di produzione del residuo».

⁵² Cass. pen., III, 4 giugno 2015, n. 40109. Nel caso di specie si trattava di residui di produzione in plastica che richiedevano lo stoccaggio, la lavorazione e la frantumazione e macinazione prima del loro nuovo utilizzo. Per un commento A. Muratori, *Sottoprodotti: prime aperture anche della Suprema Corte*, in *Ambiente e sviluppo* 2016, 16.

⁵³ Di cui all'art. 184-*ter* del codice dell'ambiente, d.lgs. n. 152/2006.

⁵⁴ La previsione era già contenuta nel d.l. n. 172/2008, convertito nella l.n. 210/2008, ma la precisazione dà atto delle esigenze di chiarezza e degli stimoli all'applicazione di quanto già sancito. In merito A. Muratori, *Il decreto competitività pasticcia sull'end of waste*, in *Ambiente e sviluppo* 2014, 771, D. Rottgen, *È arrivata la conferma per l'end of waste tramite provvedimenti autorizzatori*, in *Ambiente e sviluppo* 2016, 632 e G. Barozzi Reggiani, *Ambiente, rifiuti, principio di legalità: obiettivo end of waste*, in www.federalismi.it 2018.

⁵⁵ Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1129.

logie di materiale da non considerare più come rifiuti ma come materia prima secondaria, così riaccentrando i poteri in proposito ad evitare interpretazioni e prassi locali diversificate.

La Corte di giustizia, con una decisione del marzo 2013⁵⁶, ha precisato che la cessazione della qualifica di rifiuto interviene ogni volta che l'operazione di recupero consente di rendere il rifiuto utilizzabile senza pericolo per la salute e senza nuocere all'ambiente.

Del resto, la definizione molto generale, e la conseguente politica del «tutto è rifiuto» a lungo fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, non sembra offrire la miglior soluzione in vista della protezione dell'ambiente⁵⁷, poiché finisce per imporre costi elevati per il controllo, pressoché impossibile, del corretto trattamento di una massa consistente di materiali e beni.

Le linee guida, insieme agli interventi più recenti e al già citato pacchetto sull'economia circolare, elaborato dalla Commissione, paiono richiedere un ripensamento della disciplina dei rifiuti, che, attraverso una nozione di sottoprodotto costruita sulle specificità dei diversi settori, in primis quello alimentare, inviti gli operatori a ricercare nuove strategie di lavorazione dei materiali, anziché frenare l'iniziativa per il timore di incorrere in sanzioni.

Non si dimentichi, infatti, che la definizione di una sostanza come rifiuto assume rilievo stante le limitazioni a tutela dell'ambiente e della salute che il trattamento del rifiuto conosce.

In base alle norme, la qualificazione di una sostanza o di un materiale come rifiuto comporta per il detentore l'acquisizione di uno *status* giuridico ed il rispetto di una serie di obblighi. Ogni soggetto coinvolto, società, ente o persona, nella gestione dei rifiuti deve agire nel rispetto di vincoli legislativi e delle regole di condotta stabilite dalla legislazione nazionale e comunitaria.

Pensiamo a un camion che trasporta pomodori dalla Francia verso l'Italia. Se l'industria alimentare italiana constata che i pomodori non sono più commestibili, o comunque non possono essere utilizzati nell'impianto di produzione di pelati, e ritiene di restituirli, facendoli trasportare di nuovo in Francia, considerare tali pomodori rifiuto o non rifiuto ha rilevanti conseguenze. Se sono rifiuti, infatti, il camion necessita di un'autorizzazione speciale per il trasporto transfrontaliero di rifiuti.

Il mancato rispetto delle obbligazioni derivanti dalle Direttive rifiuti comporta, in aggiunta, sanzioni anche pecuniarie sia per lo Stato⁵⁸, sia per i sogget-

⁵⁶ Corte giust., 7 marzo 2013, in C-358/2011.

⁵⁷ P. Dell'Anno, *op. cit.*, 179-180.

⁵⁸ Come, ad esempio, è accaduto con la recente condanna dell'Italia per la gestione dei rifiuti in Campania. Da ultimo la sentenza Corte giust., 16 luglio 2015, in C-653/13, conferma la mancata esecuzione della condanna nella causa C-297/08 e condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie.

ti coinvolti, cui si affiancano in molti Stati, tra cui ad esempio l'Italia, sanzioni penali previste per la violazione di divieti.

Il pacchetto di economia circolare contiene la già menzionata proposta di modifica della direttiva quadro sui rifiuti, ma, come si anticipava, anche tale proposta non pare soddisfacente. Pur evidenziandosi l'esistenza di specificità per tipologia di rifiuto e la conseguente necessità di una riflessione che tenga conto delle esigenze proprie e diversificate del settore cui il rifiuto appartiene, manca ancora una definizione adeguata di rifiuti alimentari⁵⁹.

Il concetto di rifiuti alimentari, come ricordato nell'introduzione, si trova al già ricordato nuovo art. 9 della dir. 2008/98 che è dedicato alla prevenzione dei rifiuti e afferma che: «1. Gli Stati membri adottano misure per prevenire la produzione di rifiuti. Tali misure sono: [...] Ridurre la produzione di rifiuti alimentari nella produzione primaria, nella lavorazione e nella produzione, nella vendita al dettaglio e altra distribuzione di cibo, nei ristoranti e servizi di ristorazione così come nelle famiglie».

Ancora nessuna definizione è offerta dal legislatore, anche se si suppone che i rifiuti alimentari siano prodotti attraverso l'intera catena di approvvigionamento alimentare, dalla fase di produzione agricola alle fasi di stoccaggio, trasformazione, distribuzione, gestione e consumo.

L'assenza di una definizione, che tenga conto della specificità del settore, anche eventualmente ammettendo una applicazione meno restrittiva della nozione di sottoprodotto, pone, però, una serie di problemi nel garantire che la normativa sia attuata pienamente e secondo le scadenze previste, tanto più che anche in base alle categorie non giuridiche non è facile comprendere se un rifiuto sia o meno alimentare.

Anche nella quotidianità e nel linguaggio comune risulta difficile essere d'accordo su cosa debba intendersi per rifiuto alimentare. Può trattarsi di materiale edibile, così come di materiale non commestibile? Le bucce di patate sono sprechi alimentari? I gusci d'uovo? Occorre riferirsi a rifiuti che possano essere prodotti o solo a rifiuti che non si possa non produrre? Le croste della pizza sono rifiuti alimentari, così come i noccioli di oliva nella spremitura per ricavarne l'olio? I residui del raccolto ancora edibili sono rifiuti? Vale a dire pomodori o olive rimasti a terra sono rifiuti alimentari? O il fatto che il terreno venga rivoltato dopo il raccolto implica che di rifiuto non si tratti?⁶⁰

⁵⁹ Comunicazione COM (2015) 614 def, «Chiusura del ciclo».

⁶⁰ Qualche osservazione in merito alla difficoltà nel qualificare i residui di lavorazione agro-industriale propone R. Bianchi, *Bucce d'arancia, fondi di caffè e recupero di energia nel programma «Europa Rifiuti 0»*, in *Ambiente e sviluppo* 2015, 441.

4. *Prospettive sulle possibili conseguenze nell'attuazione delle politiche economiche europee dell'assenza della definizione di rifiuto alimentare*

Nella ricostruzione precedente si è tentato di mettere in luce l'assenza di una nozione condivisa di rifiuto alimentare e sottoprodotto, sia nelle fonti giuridiche, sia anche nel linguaggio comune.

Ciò accade, nonostante molti siano i richiami alla necessaria riduzione dei rifiuti alimentari nei documenti europei e pure si proponano precise misure quantitative di riduzione, che presuppongono vi sia chiarezza quanto all'oggetto della misura.

Da qui, come si è sottolineato sin da principio, il rilievo che si ritiene debba invece assumere la regolazione attraverso l'adozione di una definizione quanto più chiara e univoca di rifiuto alimentare e di sottoprodotto, in grado di tener conto delle specificità del settore, insieme alla percezione della necessità di dialogo tra le diverse politiche, alimentare, agricola e dei rifiuti, e di coordinamento nella legislazione europea laddove esistano obiettivi condivisibili o sovrapposti.

Nel costruire la definizione di rifiuto alimentare occorre anzitutto valutare se ci si riferisca al sistema nella sua interezza, considerando cioè la catena di approvvigionamento alimentare in tutte le sue componenti, o si scelga, invece, di riferirsi alle sole fasi finali in cui il prodotto lavorato è pronto per il consumo.

La riduzione dei rifiuti alimentari è un problema specifico individuato dalla Commissione, che viene affrontato nel programma di un'Europa a zero rifiuti, attraverso la transizione verso un'economia circolare⁶¹, in cui «il cerchio si chiude con la trasformazione dei rifiuti in risorse»⁶².

Nell'Unione europea la crescita economica è ancora accompagnata dalla produzione di quantità sempre maggiori di rifiuti, con conseguente spreco di materiali e di energia, danni all'ambiente ed effetti negativi sulla salute e sulla qualità della vita. Ridurre questi impatti negativi è un obiettivo strategico che l'Unione deve raggiungere per diventare una «società del “riciclaggio” che usa le risorse in modo efficace»⁶³.

Posto che la priorità assoluta per tutte le fasi dell'economia circolare è far sì che si producano meno rifiuti, la Commissione ritiene necessarie strategie *ad hoc* per la categoria specifica dei rifiuti alimentari, vista la stima che fino al 30% degli alimenti prodotti in tutto il mondo vada perso o sprecato, e propone che gli Stati membri elaborino strategie nazionali di prevenzione dei rifiuti alimentari,

⁶¹ Come appunto si legge nella Comunicazione della Commissione COM/2014/0398 final/2, «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti».

⁶² COM/2014/0398 final/2, 10.

⁶³ COM(2008) 811 definitivo, Libro Verde, La gestione dei rifiuti organici biodegradabili nell'Unione europea, {SEC(2008) 2936}.

sforzandosi di garantire una riduzione almeno del 30 per cento entro il 2025 dei rifiuti alimentari nei settori della fabbricazione, della vendita al dettaglio/distribuzione, dei servizi di ristorazione e ospitalità e dei nuclei domestici.

Ma perché non si tratti solo di slogan politici, è bene vi sia una definizione chiara, che specifichi cosa si intende ridurre e che permetta scelte e investimenti di lungo termine in base alla specificità del settore.

La definizione deve tenere a mente l'obiettivo che si intende perseguire che, a livello europeo, non è quello della lotta alla malnutrizione e alla fame nel mondo, né quello del sostegno sociale, ma, invece, quello della protezione dell'ambiente dall'inquinamento che deriva anche dai rifiuti alimentari.

Ecco perché, come già si ricordava nell'introduzione, regole ben costruite e di facile applicazione, basate sul corretto rapporto tra costi e benefici, con definizioni chiare e un adeguato apparato sanzionatorio possono rappresentare un contributo significativo per la protezione dell'ambiente e della salute, uno strumento spesso più efficace sia delle politiche di informazione o educazione, sia anche degli incentivi economici. Certamente in funzione dello sviluppo sostenibile, e del nuovo sistema di produzione che allo stesso si lega, il legislatore è chiamato a intervenire per indirizzare la scelta verso il consumo e l'utilizzo di beni conformi all'economia circolare, ma senz'altro più costosi, in modo da favorirne la diffusione. In tal senso, ad esempio, paiono le nuove disposizioni in tema di *green public procurement*⁶⁴ frutto della trasposizione delle direttive sui contratti pubblici o anche la disciplina statunitense *USDA Biopreferred program*, che, a partire dal 2002, ha introdotto, anzitutto, un sistema di controllo e etichettatura dei prodotti biologici con un catalogo consultabile on line, prevedendo, successivamente, l'obbligo di acquisto di tali prodotti per le forniture delle Agenzie e amministrazioni federali.

Prima di intervenire sul mercato, però, occorre intervenire sulla disciplina dei rifiuti che è alla base dell'intero sistema.

Il rischio di una definizione troppo generica è che venga considerato rifiuto ogni scarto alimentare, senza invece valorizzare i sottoprodotti e agevolare la simbiosi industriale nella filiera, che prelude alla realizzazione dello sviluppo sostenibile, principio alla base anche dell'economia circolare.

⁶⁴ Su cui di recente S. Villamena, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in questa Rivista 2015, 355 e C. Viviani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.* 2016, 993.

Sulla necessità di una definizione armonizzata di rifiuto alimentare per la concreta realizzazione dell'economia circolare

La mancanza di una definizione chiara di rifiuto si applica anche agli scarti alimentari. In particolare, si osserva come la definizione di rifiuto alimentare faccia riferimento a scopi molto diversi. La FAO distingue tra “perdita di cibo” e “spreco alimentare” e le definizioni mirano a combattere la fame nel mondo.

Nel sistema dell'Unione europea vale la definizione generale di rifiuto, che mira a tutelare l'ambiente e la salute dei consumatori. Tale definizione conosce ulteriori ambiguità nelle diverse attuazioni a livello statale.

È evidente, allora, la difficoltà di far dialogare norme che tutelano interessi così diversi. La definizione di un concetto di base di rifiuto alimentare contribuirebbe anche a sensibilizzare e a favorire investimenti da parte dei diversi operatori del ciclo della produzione alimentare, favorendo anche il raggiungimento degli obiettivi dell'economia circolare.

On the need for a harmonised definition of food waste for the concrete implementation of the circular economy

The lack of a clear definition of waste also applies to the food sector. In particular, it may be noted how the definition of food waste is used for very different purposes. The FAO distinguishes between ‘food loss’ and ‘food waste’, and the definitions aim to combat world hunger.

In the European Union system, the general definition of waste applies, with the aim of protecting the environment and consumer health. This definition is subject to further ambiguity in its various implementations at a state level. Hence, there is a clear difficulty in harmonising norms that need to protect such diverse interests.

The definition of a basic concept of food waste would also contribute to raising awareness and fostering investment among various operators in the food production cycle, while also favouring the achievement of the goals of the circular economy.

La prevenzione amministrativa del rischio-corrruzione

Giovanni Gallone

SOMMARIO: 1. Sulla nozione giuridica di rischio e sul «rischio-corrruzione». 2. La trasparenza come modo di essere dell'azione amministrativa. 3. La nuova amministrazione «*autoriflessiva*». 4. La pianificazione come sistema giuridico. 5. Natura e rapporti tra i piani. 6. La resa della pianificazione anticorrruzione tra bilanci e prospettive.

1. *Sulla nozione giuridica di rischio e sul «rischio-corrruzione»*

Il «rischio» è cifra caratterizzante ogni attività umana organizzata¹.

Questa constatazione, immediata e intuitiva, si scontra con l'obiettivo difficoltà di inquadrare dogmaticamente il primo termine del problema.

Se, infatti, i concetti di attività, e in particolare di «attività amministrativa», e di «organizzazione» sono stati, sin dagli albori della disciplina, ampiamente dibattuti, l'elaborazione dottrina ha scontato, fino a epoca recente, un certo ritardo nel fornire una costruzione giuridica unitaria di rischio².

Ciò non perché il concetto di «rischio» rappresenti un inedito sul panorama normativo, ma perché manca, almeno in campo amministrativo, una sua chiara definizione positiva.

¹ La pervasività del rischio, la sua incalcolabilità e le intime correlazioni con il mondo del diritto sono state esplorate da N. Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, nella traduzione italiana *Sociologia del rischio*, Milano, 1991. Le stesse organizzazioni umane si fondano sulla gestione del rischio in quanto sorgono sulla mancanza di mezzi per assorbire l'incertezza, legittimando con ciò il proprio potere (sempre N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, 178 e ss.).

Il rischio, ed in specie quello da incertezza scientifica, rappresenterebbe la cifra caratterizzante della società moderna anche nella visione di U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, nella traduzione italiana *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Roma, 2000. Secondo l'Autore il processo di modernizzazione avrebbe determinato il passaggio dalla società c.d. «classista» o di «scarsità», la cui sfida principale era quella della redistribuzione della ricchezza a quella del «rischio», preoccupata di assicurare l'allocazione delle fonti di pericolo connesse alle attività di produzione. La dimensione essenzialmente «antropica» del rischio nella società moderna è evidenziata anche da A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, 112 e ss.

² In campo amministrativo la prima elaborazione compiuta la si deve a A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

Nell'ambito del diritto comune, plurimi sono i riferimenti espliciti allo stesso. Esso è, però, sempre preso in considerazione quale accadimento negativo il cui verificarsi è volontariamente assunto, nelle sue conseguenze, da una parte. Il rischio è, di volta in volta, o l'oggetto mediato di un contratto tipico (come in quello di assicurazione) o l'alea, giuridica o economica, legata alla causa concreta di un dato negozio³. Ne deriva una nozione assai riduttiva, tutta incentrata sul dato volontaristico, come tale difficilmente esportabile a contesti in un cui esso manca.

Il rischio, infatti, è fenomeno che assume rilievo giuridico in sé, in disparte dalla circostanza che vi sia stata o meno la sua assunzione volontaria.

E questa autonoma rilevanza la si apprezza in termini di possibili conseguenze che lo stesso può sortire non solo sull'attività organizzata cui inerisce ma anche sui terzi che vi vengano in contatto⁴.

Ne discende la necessità, oltre che l'opportunità, di un approccio multidisciplinare, che attinga *in primis* al campo delle scienze sociali ed economiche.

Un utile ausilio è, oggi, rappresentato dalle norme UNI ISO 31000:2010 in tema di «Gestione del rischio – Principi e linee guida» adottate nel 2010⁵.

Benché si tratti di norme tecniche, sprovviste di autonoma forza cogente⁶, esse rappresentano, allo stato, la base condivisa e universalmente riconosciuta del c.d. *risk management*. Il loro valore operativo è, peraltro, stato confermato dal-

³ Il termine compare a più riprese già nel Codice civile del 1942 con riguardo istituti differenti quali la mora (con il fenomeno della *perpetuatio obligationis* ex art. 1221 c.c.) ed il contratto tipico di assicurazione (di cui costituisce secondo taluni l'oggetto mediato, secondo altri autentico profilo causale). Il rischio, tuttavia, è tradizionalmente identificato con la c.d. alea del contratto (artt. 1467 comma II e 1469 c.c.). Sul punto il rinvio è a G. Alpa, *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1999 e R. Niccolò, *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, G. Di Giandomenico e D. Riccio *I contratti speciali - I contratti aleatori*, Torino, 2005. Concetto non perfettamente sovrapponibile è quello di «pericolo», pure preso in considerazione dal diritto comune sul piano della responsabilità da fatto illecito (il riferimento è all'art. 2050 c.c.).

⁴ Nel linguaggio economico le c.d. «esternalità». Con esse ci si riferisce agli effetti che l'attività di un'unità economica esercita, al di fuori delle transazioni di mercato, sulla produzione o sul benessere di altre unità (riflessi in campo sociale, ambientale etc.). Per una analisi dell'argomento il rinvio d'obbligo è al padre dell'economia del benessere K.J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, Yale University Press, 1951. Sui «costi sociali» delle attività organizzate R.H. Coase, *The problem of the social cost*, in *The Journal of law and economics*, III, 1960.

⁵ L'acronimo UNI come noto sta ad indicare l'Ente nazionale italiano di unificazione, associazione privata senza scopo di lucro che svolge attività normativa in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario. Detto ente rappresenta l'Italia nel corso dei lavori degli organismi internazionali di normazione ISO e CEN.

⁶ La categoria delle «norme tecniche» appartiene al variegato e composito mondo della c.d. *soft law* (sul fenomeno si vedano gli studi di A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi globalizzazione*, Torino, 2008 ed., in senso critico R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009). Con detta espressione si è soliti indicare documenti il cui compito è quello di definire, secondo lo stato della miglior arte e tecnologia, le caratteristiche (dimensionali, materiali o prestazionali) di un dato prodotto, processo o servizio. Esse trovano base consensuale e sono il frutto dell'elaborazione e dell'aggiornamento continuo portato avanti da rappresentanti delle categorie economiche e sociali interessate con criteri di trasparenza e sotto il patrocinio di enti appositamente costituiti (per una disamina approfondita di genesi e caratteristiche delle norme tecniche il rinvio è a A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008).

la scelta da parte di A.N.A.C. di porle alla base della propria pianificazione anti-corrruzione⁷.

Ma il più valido contributo che le norme UNI ISO 31000:2010 sono in grado di offrire al giurista che si approcci al problema del rischio di organizzazione è in termini di prospettiva. Il concetto di «rischio» che si affaccia in esse, oltre a presentare portata generale, appare emancipato dalle coordinate tradizionali e risente, in positivo, dell'influsso del sapere tecnico. Esso viene definito, in maniera neutra, come l'«effetto dell'incertezza sugli obiettivi»⁸. Una definizione, questa, che permette di apprezzarne la naturale ambivalenza: esso si risolve nello scostamento (che potrà essere in negativo o in positivo) da un risultato atteso⁹. Il rischio può, dunque, essere inteso anche come «opportunità», con la conseguenza che la sua gestione diviene frangente essenziale per l'ottimizzazione del risultato.

La diretta correlazione con gli obiettivi che la struttura si pone lascia, poi, intendere che il rischio vada apprezzato, anzitutto, nella dimensione organizzativa. L'organizzazione altro non è, infatti, che il processo di selezione e strutturazione dei mezzi con i quali si punta alla realizzazione degli obiettivi¹⁰.

La rilevanza del momento organizzativo è ancor più evidente se guarda alla *species* del «rischio – corruzione»¹¹.

È, questa, forma di rischio propria dell'attività amministrativa che si alimenta delle incertezze insite in essa. In tal senso la corruzione è, in maniera del tutto peculiare, fattore di rischio endogeno alla struttura organizzativa. Sicché, a differenza di quanto non accada per i consueti rischi «da incertezza scientifica», l'attività amministrativa deve, anzitutto, riflettere su se stessa correggendo dall'in-

Sul fenomeno della normalizzazione il rinvio è a E. Chiti, *La normalizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, IV, Milano, 2003, 4003.

⁷ Vi è da chiedersi se le norme tecniche abbiano assunto, quindi, valore cogente indiretto in forza di detto rinvio in maniera analoga a quanto già da tempo accade nel diritto dell'Unione europea, ricco di richiami ricettizi a detti documenti.

⁸ Ben più riduttiva appariva l'accezione tradizionale di rischio, visto come semplice «combinazione della probabilità e della conseguenza del verificarsi di uno specifico evento pericoloso» propugnata da altre norme tecniche più risalenti (quale l'OHSAS 18001:1999 *Occupational Health and Safety Assessment Series*, emanata dalla B.S.I. - British Standard Institution, in tema di sicurezza sul lavoro).

⁹ È la distinzione, ampiamente impiegata in campo economico, tra *downside risk* e *upside risk*.

¹⁰ In economia l'organizzazione è, dopo la pianificazione (intesa quale determinazione degli obiettivi), la seconda principale funzione di gestione (sui rapporti tra organizzazione economica ed efficienza P. Milgrom, J. Roberts, *Economia, organizzazione e management*, vol. I, Bologna, 2005).

¹¹ Con riguardo ai caratteri di questa specifica tipologia di rischio si veda A. Barone, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013, 65 e ss. L'analisi dei rapporti tra fenomeni corruttivi e funzione amministrativa è al centro di numerosi studi. Tra questi F. Merloni, L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, 2010; B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 213 e ss. Sugli interventi legislativi di contrasto alla corruzione si vedano C.E. Gallo, *Legge anti-corrruzione e funzione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013, e G. Piperata *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *www.federalismi.it*, F. Cingari, *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013.

terno le proprie storture organizzative¹². Una amministrazione «autoriflessiva» potrebbe dirsi, parafrasando la fortunata espressione coniata con riguardo alla gestione dei rischi «da incertezza scientifica»¹³.

La natura interna di questa *species* di rischio si riflette sulla nozione stessa di «corruzione».

Troppo asfittiche paiono le corrispondenti categorie penalistiche, sempre strette dalle ragioni della tassatività e determinatezza¹⁴. Il rischio corruttivo è contenitore ben più ampio in cui va a confluire ogni fenomeno di asservimento della funzione amministrativa all'interesse privato. Ciò in quanto il concreto atteggiarsi della condotta, centrale nella prospettiva della repressione, risulta, nell'ottica del diritto amministrativo della prevenzione della corruzione, fattore secondario. La natura «corruttiva» del fenomeno è, in questi campi, legata all'impatto che lo stesso è destinato ad avere sul piano organizzativo in termini di deviazione dal perseguimento dell'obiettivo istituzionale dell'amministrazione. Sicché è «corruzione» secondo i dettami del *risk management* ogni condotta, anche non rispondente allo schema dello scambio di utilità tipizzato dal legislatore penale, che, antepoendo ragioni private, comprometta la realizzazione dell'interesse pubblico affidato in cura all'amministrazione¹⁵. A rilevare è, in altri termini, più che il fatto in sé, il suo risvolto in chiave di risultati, sulla resa della macchina amministrativa.

Chiare sono le implicazioni di questo cambio di prospettiva.

¹² Non può dirsi che nella gestione del rischio da «incertezza scientifica», specie in campo ambientale, non assuma rilevanza il momento organizzativo (così A. Gossement, *Le principe de précaution: essais sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris, 2003). L'esigenza di fronteggiarlo, nella duplice ottica della prevenzione e della precauzione, condiziona inevitabilmente l'assetto dell'Amministrazione, contribuendo a ridefinire i rapporti procedurali e a trasformarli in «multipolari» (così nel modello della c.d. co-amministrazione). Tuttavia, se questa dimensione è profilo comune ad ambedue le tipologie, solo nel caso della corruzione l'organizzazione, prima che rimedio è fonte stessa del rischio (sul punto *amplius* sub § 3).

¹³ A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 155 e ss. Il referente sociologico della costruzione è rappresentato da U. Beck, *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Trieste, 1994, 12 e ss.

¹⁴ Il riferimento non può che essere agli art. 318 e ss. del c.p. come da ultimo modificati dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) pubblicata in G.U. n. 265 del 13 novembre 2012. Le fattispecie corruttive, in tutte le possibili declinazioni tipizzate (la corruzione per la funzione, quella propria, quella antecedente, l'indebita promessa o dazione di denaro o altra utilità) vedono il loro comune denominatore più che nel mercimonio della funzione pubblica in sé considerato (pure presente in altre fattispecie quali l'abuso di ufficio ex art. 323 c.p.) nell'esistenza di un *pactum sceleris* tra parte pubblica e privata, retto da logiche di corrispettività.

¹⁵ Il catalogo è talmente ampio da inglobare praticamente tutte le ipotesi di delitto contro la pubblica amministrazione, a partire dal peculato (art. 314 c.p.) per giungere alla concussione (art. 317 c.p.) passando per la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.).

Anzitutto la «corruzione» è vista come «costo» a carico della collettività, quantificabile economicamente¹⁶.

Questa visione del fenomeno sembra, peraltro, aver animato i più recenti interventi del legislatore italiano sul fronte anticorruzione. La lotta al fenomeno è stata ispirata, più che da un rinnovato slancio etico, dall'esigenza di garantire l'attrattività del sistema – Italia sul piano internazionale. La legislazione anticorruzione è divenuta, anzitutto, fattore di competizione tra gli ordinamenti, terreno privilegiato di realizzazione del principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.*¹⁷

Torna, così, l'endiadi «rischio-opportunità», di cui si diceva in precedenza, a suggerire un modello in cui la gestione del rischio – corruzione va a saldarsi con la valutazione della *performance*¹⁸. L'equazione che ne esce è la seguente: un'amministrazione in grado di contenere i fenomeni corruttivi è un'amministrazione efficiente; e, specularmente, un'amministrazione efficiente si mostra meno permeabile alla corruttela.

Del resto l'efficienza viaggia di pari passo con la riduzione dei margini di incertezza che connotano l'azione amministrativa. Ed il rischio, come visto in apertura, altro non è che «incertezza», con ciò intendendosi l'assenza o, comunque, carenza di informazioni che consentono la comprensione di un dato evento. Incertezza che nel caso della corruzione, ancora una volta, si atteggia in maniera assolutamente peculiare.

Nei rischi «da incertezza scientifica» l'assenza o carenza di informazioni discende dal carattere inedito dell'evento il quale, non essendosi mai verificato, non consente di formulare giudizi prognostici attendibili in ordine alla probabili-

¹⁶ Ormai da tempo si evidenzia tra gli economisti lo stretto rapporto esistente tra debito pubblico e corruzione (A. Del Monte, E. Papagni, *Public expenditures, corruption and economic growth*, *European Journal of Political Economy*, 2001, 23, 379-396, P. Mauro, *Corruption and composition of government expenditure*, *Journal of Public Economics*, 1998, 69, 263-279). Per una analisi economica N. Fiorino e E. Galli, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013.

¹⁷ L'indice più accreditato appare allo stato quello elaborato annualmente da *Transparency International* (TI), organizzazione internazionale non governativa impegnata nello studio e nel contrasto a livello globale dei fenomeni corruttivi. L'Indice di corruzione - *Corruption Perceptions Index* (CPI) – si presenta come una graduatoria dei paesi del mondo ordinata sulla base «dei loro livelli di corruzione percepita, come determinati da valutazioni di esperti e da sondaggi d'opinione». Il suo successo è testimoniato dalla circostanza che detto indice statistico è stato posto a base di numerosi documenti tra cui, l'*EU Anti Corruption report* del 3 febbraio 2014 a firma della Commissione europea, il report *Curbing Corruption - Investing in Growth* – licenziato ad esito dei lavori dell'O.E.C.D. Integrity Forum del 26 febbraio 2015 ed il *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency* della World Bank, 2016.

¹⁸ Il c.d. «ciclo della performance» introdotto con il Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni* pubblicato in G.U. n.254 del 31 ottobre 2009 - Suppl. Ordinario n. 197. Per un commento della riforma si rinvia a R. Perez, *Il «Piano Brunetta» e la riforma della pubblica amministrazione*, Bologna, 2010, per una analisi del ciclo di gestione della performance M.G. Cosentino, *Il ciclo di gestione della performance*, in M. Tiraboschi, F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010.

tà ed entità di conseguenze infauste. A essa si accompagnano i fenomeni di naturale obsolescenza tecnica e l'impossibilità di predire lo sviluppo delle conoscenze scientifiche¹⁹. Si può, dunque, parlare, per queste ipotesi di rischio da «ignoto»²⁰.

Ben diverso è per la corruzione. Essa è rischio endogeno legato all'organizzazione interna dell'amministrazione. Quindi, almeno in linea teorica, gli operatori dovrebbero essere in possesso di tutti i dati necessari alla sua gestione. Senonché l'incertezza non è da riferire all'assetto organizzativo in senso formale (frutto di una specifica scelta e conoscibile *ex ante*) quanto, piuttosto, al concreto funzionamento della macchina amministrativa. L'incertezza investe, quindi, l'effettivo *quomodo* della gestione dei processi decisionali, attenendo ai piani dell'etica (la c.d. «incertezza etica») e delle relazioni soggettive (quali l'esistenza di conflitti di interesse).

L'incertezza in cui si sostanzia il rischio-corruzione risiede tutta, dunque, nello scarto tra essere e dover essere dell'amministrazione²¹.

2. *La trasparenza come modo di essere dell'azione amministrativa*

Una prima sostanziale compensazione a questa asimmetria pare possa essere offerta dal potenziamento del principio di trasparenza²².

Esso ha vissuto, a opera delle ultime riforme, un radicale mutamento²³. Abbandonata la concezione dell'accesso quale diritto soggettivo dell'amministra-

¹⁹ Su questo secondo aspetto restano validi, tra tutti, gli insegnamenti di K. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, versione italiana, Torino, 1970.

²⁰ È il c.d. «ignoto tecnologico» A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 9 e ss. In campo penalistico la categoria è stata approfonditamente studiata da F. Stella, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in A.A.V.V., Milano, 2002, 33 e ss.

²¹ Per riprendere la nota distinzione kantiana tra «*sein*» e «*sollen*», applicata in filosofia del diritto da H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967.

²² Per un inquadramento di ampio respiro del principio si rinvia a A.G. Orofino, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013, 9 e ss. Amplissima è la letteratura in tema; tra gli scritti più recenti A. Natalini, G. Vesperini, *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015; E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti e limiti dell'open government*, Rimini, 2014; F. Manganaro, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *www.astridonline.it* e ora in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012. L'Autore individua nella trasparenza la «nuova legittimità dell'agire amministrativo».

²³ Il riferimento è al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni), pubblicato in G.U. n. 80 del 5 aprile 2013, come da ultimo modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) pubblicato in G.U. n. 132 dell'8 giugno 2016). Su quest'ultimo intervento normativo si rinvia al commento di M. Savino, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2016, 593 e ss.

to, si parla, oggi, rovesciando i termini, di «libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni»²⁴. E rifacendosi all'insegnamento classico il contenuto delle libertà (o diritti di libertà) non può che consistere in una pretesa negativa a una astensione, ad un *non facere* da parte delle autorità pubbliche. Questa differente declinazione lascia intendere che la trasparenza sia, anzitutto, un attributo generale dell'azione amministrativa, non avendo più senso parlare di «obblighi» di trasparenza, con oggetto più o meno puntuale.

La preventiva pubblicazione e l'accesso civico sono gli istituti pensati per realizzarla, garantendo piena accessibilità a dati, informazioni e documenti: mentre il primo rappresenta la regola e la fisiologia, il secondo si pone quale rimedio alle ipotesi di *non compliance* da parte dell'amministrazione²⁵.

Che la trasparenza costituisca, poi, snodo essenziale della strategia anticorruzione del legislatore è intendimento reso palese in tutti i più recenti interventi di riforma²⁶. Ma è anche testimoniato dai sempre più frequenti raccordi tra le due discipline; raccordi che si realizzano non solo a livello di pianificazione ma anche di figure soggettive²⁷.

Evidenti sono le ricadute che la piena attuazione del principio può produrre in termini di contenimento del rischio – corruzione. Esso contribuisce a limitare le zone d'ombra in cui lo stesso può annidarsi, squarciando il velo di disinformazione che avvolge l'azione amministrativa. Ciò consente, per ragionare attraverso le categorie del *risk management*, di ridurre i margini di incertezza, renden-

²⁴ Così l'art. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, *cit.*, nel testo oggi vigente a seguito delle modifiche apportate allo stesso dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.* È, questa, terminologia che risente dell'influsso e della tradizione statunitense ove si rintraccia l'archetipo del c.d. *Freedom of information act*, «atto per la libertà di informazione», la legge sulla libertà di informazione, emanata negli Stati Uniti il 4 luglio 1966 durante il mandato del presidente Lyndon B. Johnson.

²⁵ L'accesso civico ha visto la propria disciplina profondamente rinnovata per effetto del d.lgs. n. 97 del 2016 sicché oggi il campo di applicazione dell'istituto è certamente più vasto che in passato. Esso ricomprende oggi anche dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni «ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione» ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013 (così il nuovo art. 5 comma II dello stesso decreto), *cit.*

²⁶ La l. n. 190 del 2012, *cit.*, ai commi XV e XXXV, già individuava la trasparenza come pilastro dell'anticorruzione conferendo delega per l'adozione di un testo normativo di riordino. Il d.lgs. n. 33 del 2013, *cit.*, pone, peraltro, tra i propri fini dichiarati quello di attuare i principi di «responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione» (art. 1 comma II). Sulla trasparenza quale strumento di contrasto alla corruzione si vedano A. Orofino, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, *cit.*, 157 e ss.; F. Merloni, B. Ponti, *La trasparenza*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Roma, 2010, 403 e ss.

²⁷ Si veda, ad esempio, il comma IX dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, *cit.*, il quale, nel definire i contenuti del piano triennale anticorruzione prevede che lo stesso individui (lett. f) «specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge». Quanto ai raccordi soggettivi si segnala la concentrazione in capo alla medesima persona fisica degli incarichi, prima distinti, di responsabile della prevenzione della corruzione e responsabile della trasparenza (così il comma VII del predetto art. 1, come novellato dal d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.* che contempla la figura del «responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza».

do visibile dall'esterno l'eventuale scollamento tra dato formale organizzativo e assetto reale dei poteri.

Di paritetica importanza è il «controllo diffuso» che la trasparenza permette sull'operato dell'amministrazione. La libera accessibilità a dati, informazioni e documenti apre al confronto partecipato con i cittadini sugli obiettivi e sui risultati da perseguire, contribuendo a dare più compiuta realizzazione al principio di democraticità²⁸.

Questa forma di controllo «morbido» si esplica essenzialmente attraverso il circuito della responsabilità politica²⁹, disincentivando scelte che non incontrino il favore dei cittadini.

La trasparenza, intesa come modo di essere dell'azione amministrativa, si pone, quindi, come preconditione, di per sé non sufficiente, rispetto all'adozione delle specifiche misure di prevenzione della corruzione³⁰.

Se, infatti, la corruzione resta, come si diceva, un problema essenzialmente organizzativo è su questo piano che il fenomeno va contrastato. La gestione del «rischio-corruzione» passa per il riassetto della macchina amministrativa secondo una logica che è, anzitutto, di prevenzione e non repressione³¹.

²⁸ Come ricorda I. Marino, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Nuove autonomie*, 2007, 197 e ss. la legittimazione delle istituzioni democratiche e, fra queste, dell'amministrazione non può esaurirsi nel solo veicolo elettorale. Specifico valore legittimante lo assume anzitutto la previsione di più pregnanti forme di partecipazione. Sullo specifico tema dei rapporti tra trasparenza e democrazia G. Arena, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. Berti, G.C. De Martin (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano 1996, 17 e ss.

²⁹ Sono le «forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» cui accenna l'art. 1 comma I del d.lgs. n. 33 del 2013, *cit.* Si supera così il consueto limite previsto per l'esercizio del diritto di accesso dall'art. 23 comma III secondo cui «non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni». Un limite, questo, coerente con il rigetto di quella impostazione (emersa in seno alla Commissione Nigro per la redazione del disegno della legge generale sul procedimento amministrativo) che voleva l'accesso come «azione popolare». Sul punto V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, 789.

³⁰ Così D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.lgs. n. 33/2013*, in *www.federalismi.it*, 5, 2016 ove si osserva che «se è vero che una maggiore trasparenza può certamente elevare il livello di responsabilità dei Governi nei confronti dei cittadini, è tuttavia altrettanto vero che, senza agire sul funzionamento interno degli organi di governo, è improbabile che si produrranno dei cambiamenti seri di lungo corso». L'insufficienza di un approccio basato esclusivamente su trasparenza e libertà di informazione era stata già segnalata, alla vigilia del proprio insediamento quale giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America da A. Scalia, *The freedom of information has no clothes in AEI Journal on government and society*, marzo/aprile, 1982, 14 e ss. L'Autore definiva criticamente il *Freedom of information act* statunitense «the Taj Mahal of the Doctrine of Unanticipated consequences, the Sistine Chapel of cost-benefit analysis ignored», osservando come «public access to government information has no useful role – only that is not the ultimate guarantee of responsible government, justifying the sweeping aside all other public and private interests at the mere invocation of the magical words “freedom of information”».

³¹ Il momento della repressione, attraverso l'irrogazione di sanzioni rimane, tuttavia, imprescindibile. Ve ne è traccia nella l. n. 190 del 2012, *cit.*, che pure ha ridisegnato le fattezze di molti dei delitti contro la pubblica amministrazione. L'esigenza di un coordinamento con l'Autorità Giudiziaria ordinaria è assicurata da A.N.A.C. la quale, per quanto attiene alla materia dei contratti pubblici, ove ravvisi irregolarità che hanno rilevanza penale trasmette gli atti alla competenti Procure della Repubblica (art. 213 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50

Ed è questo l'approccio che ha caratterizzato, a partire dalla l. n. 190 del 2012, sul solco della *United Nations Convention against corruption*³², la via italiana all'anticorruzione³³.

La scelta più innovativa è stata, però, quasi paradossalmente, quella di rispolverare uno strumento tradizionale.

3. *La nuova amministrazione «autoriflessiva»*

Il nucleo centrale della via italiana all'anticorruzione è rappresentato dal momento della pianificazione. Allo stesso è dedicata una parte cospicua delle disposizioni della l. n. 190 del 2012, più volte, anche di recente, rimaneggiate³⁴.

L'amministrare «per piani» non rappresenta certo una novità³⁵. Anzi, in taluni settori dell'ordinamento amministrativo, essa costituisce, già da tempo, il perno dell'azione pubblica³⁶. Ciò ha spinto alla riflessione dottrina e giurisprudenza, impegnate nel tracciare uno statuto essenziale di detta particolare forma di attività amministrativa. Il dato positivo si presenta, tuttavia, assai scarso: le uniche due previsioni espresse contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo riferibili alla pianificazione sono quelle contenute all'art. 13, c. 1, e 24, c. 1, lett. c)³⁷. Esse, tra l'altro, più che delineare una disciplina specifica si

«Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»).

³² Adottata con la risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. La convenzione, che è parte dello *United Nations Global Compact* (principle nr. 9), è stata ratificata dall'Italia con la Legge 3 agosto 2009, n. 113 (pubblicata in G.U. il 14 agosto 2009). Essa dedica l'intero *Chapter II* alle «*Preventive measures*» chiarendo in apertura all'art. 5 l'obbligo di ciascuno stato di stabilire e promuovere l'adozione di «*effective practices aimed at the prevention of corruption*».

³³ Per una sua disamina si rinvia a G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 213 e ss. e C.E. Gallo, *Legge anticorruzione e funzione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013.

³⁴ Si vedano, in particolare, i commi 2 lett. b), 2 *bis*, 5 e 9 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, cit., così come da ultimo modificati dal d.lgs. n. 97 del 2016, cit.

³⁵ Su tutti il riferimento è a M.S. Giannini, voce *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 629 e ss. secondo cui «il fare dei piani è attività che esiste da sempre, nel senso che non è possibile segnarne l'inizio». L'Autore sdrammatizza, peraltro, la questione tutta terminologica del confine tra «piano» e «programma», concludendo nel senso che «non è possibile trarre dalla normativa vigente una differenziazione nozionale tra i due vocaboli». Il tema della «pianificazione» – «programmazione» è affrontato ad ampio respiro da I.M. Marino, *Aspetti giuridici della programmazione e La programmazione come sistema giuridico*, entrambi oggi in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici*, Napoli, 2015, 681 e ss.

³⁶ Si pensi al settore dell'urbanistica sin dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150 (la c.d. Legge urbanistica), pubblicata in G.U. n. 244 del 16 ottobre 1942. Per un'analisi approfondita si veda G. Miele, *La programmazione urbanistica*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, II, *passim*.

³⁷ Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, pubblicata in G.U. n. 192 del 18 agosto 1990. L'art. 13 comma I recita:

limitano a fare salve le disposizioni speciali previste dalle singole leggi regolatrici rispettivamente in tema di partecipazione al procedimento e diritto di accesso. E allora, in assenza di appigli puntuali, pare che l'essenza della pianificazione vada individuata, nel solco della migliore dottrina, a livello logico, nella determinazione dell'«ordinata temporale» e «di quella spaziale», dell'oggetto e dell'obiettivo di una attività di durata proiettata nel futuro³⁸. Ciò spinge a inquadrare la stessa nella categoria dei «procedimenti precettivi», come tali volti a porre comandi a carattere generale³⁹.

Ma prima che essere attività la pianificazione è, anzitutto, metodo. Ed è sotto questo aspetto che essa assume maggior valore: è tecnica che corrisponde ai valori «finali» della Costituzione consentendo il perseguimento in forma democratica delle mete sociali poste dalla stessa⁴⁰. Mete sociali tra cui rientra, certamente, per il tramite della lotta alla corruzione, una pubblica amministrazione autenticamente imparziale che assicuri l'uguaglianza sostanziale dei cittadini⁴¹.

Il valore aggiunto del metodo della pianificazione risiede, dunque, nel *quomodo* con cui si spiega l'azione amministrativa. Prevedendo l'apertura agli amministratori e il loro coinvolgimento nella definizione di obiettivi e modalità di perseguimento degli stessi si realizza a pieno il passaggio dalla «libertà garantita» alla «libertà attiva»⁴².

«Le disposizioni contenute nel presente capo [n.d.r. relativo alla partecipazione al procedimento] non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione». L'art. 24, invece, individua alla lett. d) tra i casi di esclusione del diritto di accesso «l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione».

³⁸ Così sempre M.S. Giannini, voce *Pianificazione*, cit. Che la programmazione «implica sempre il futuro» è evidenziato anche da I.M. Marino, *Aspetti giuridici della programmazione*, cit., 692.

³⁹ Categorizzazione proposta da M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 803 e ss. Nello stesso *genus* sono ricondotti dall'Autore gli atti normativi secondari e quelli amministrativi generali. Sembra, tuttavia, che la pianificazione non costituisca altro che una particolare forma di attività amministrativa generale.

⁴⁰ Così I.M. Marino, *Aspetti giuridici della programmazione*, cit., 694 e ss., che definisce la stessa come «procedimento «normativo» democratico ordinabile a sistema giuridico». Secondo l'Autore «il piano», come istituto giuridico, è [...] intrinsecamente (pre)ordinato al conseguimento di certi risultati e sembra strumento storicamente idoneo ad attuare le «norme di fine» della Costituzione; poiché queste sono norme che richiedono quell'attuazione in termini di concretezza dei risultati da raggiungere che il piano può assicurare». Su natura e valenza precettiva delle norme programmatiche della Costituzione si rinvia al fondamentale studio di V. Crisafulli, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1988, 5 e ss.

⁴¹ La dimensione costituzionale della lotta alla corruzione è stata da ultimo sottolineata da A. Patroni Griffi, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016. I valori intercettati non sono solo quelli tradizionalmente associati all'azione amministrativa e scolpiti agli artt. 28, 54, 97 e 98 della Costituzione ma anche i principi supremi di democrazia, legalità ed uguaglianza sostanziale.

⁴² Secondo la costruzione di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, oggi in *Scritti giuridici*, 2006, I, 869 e ss. È il passaggio verso la c.d. «demarchia» ed il superamento dello Stato-persona mono-detentore di tutte le funzioni pubbliche.

Ed è proprio la partecipazione a costituire il primo presidio di legalità; partecipazione che si spiega non solo nell'ambito del processo decisionale amministrativo ma anche della stessa pianificazione anticorruzione⁴³. Ciò si pone in linea con l'approccio *bottom up* che deve caratterizzare la moderna strategia di lotta alla *maladministration*⁴⁴. Le misure di prevenzione devono necessariamente essere ritagliate sulle peculiarità delle singole realtà attraverso una differenziazione oltre che su base locale e, quindi, nei rapporti tra amministrazioni centrali e periferiche, anche interna. Sicché imprescindibile diviene il contributo offerto in sede di pianificazione dagli stessi dirigenti e funzionari, quali diretti protagonisti delle prassi operative⁴⁵.

La tecnica della pianificazione risulta, poi, attagliarsi perfettamente alla metodologia propria del *risk management*⁴⁶. Quest'ultima prevede, nella sua consueta impostazione, più fasi distinte che partono dall'analisi del contesto in cui l'organizzazione opera per giungere alla individuazione e programmazione delle specifiche misure amministrative di prevenzione. La valutazione e trattamento del rischio presuppone, infatti, un momento di studio dell'esistente. Secondo uno schema bipartito che si ritrova, come costante, in tutte le forme di pianificazione⁴⁷, a una fase ricostruttiva che guarda al dato ambientale (c.d. contesto esterno e interno) segue quella precettiva in cui sono operate le scelte.

Ma è con riguardo all'analisi del contesto c.d. interno che, come già anticipato, affiorano le peculiarità proprie del «rischio – corruzione».

Lo si coglie con maggiore evidenza ponendo a raffronto i rischi «da ignoto». Se in ambedue le tipologie di rischio la partecipazione degli interessati è ele-

⁴³ La crucialità della partecipazione della collettività alle politiche anticorruzione è riconosciuta a livello internazionale dall'art. 13 della *United Nations Convention against corruption*, cit., significativamente rubricato *Participation of society*. In essa si ribadisce l'obbligo degli Stati che vi aderiscono di promuovere «the active participation of individuals and groups outside the public sector, such as civil society, nongovernmental organizations and community based organizations, in the prevention and fight against corruption».

⁴⁴ Sul punto A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 74 e ss.

⁴⁵ La necessità di una gestione del rischio «su misura», in linea con il contesto esterno ed interno e con il profilo di rischio dell'organizzazione, è sancita, peraltro, dal principio di cui alla lett. g) delle norme UNI ISO 31000:2010 in tema di *Gestione del rischio – Principi e linee guida*, cit. Il carattere inclusivo e trasparente della gestione, da realizzarsi attraverso il coinvolgimento appropriato e tempestivo dei portatori di interesse e, in particolare, dei responsabili delle decisioni a tutti i livelli dell'organizzazione, forma oggetto, invece, del principio di cui alla lett. i).

⁴⁶ Il riferimento è sempre alle norme UNI ISO 31000:2010 in tema di «*Gestione del rischio – Principi e linee guida*», cit.

⁴⁷ Il termine di paragone è offerto dalla pianificazione urbanistica. Questa bipartizione è presente in tutte le legislazioni regionali in materia. Si pensi, ad esempio, all'esperienza pugliese della Legge regionale Puglia 27 luglio 2001, n. 20 «*Norme generali di governo e uso del territorio*» in Boll. Uff. Regione Puglia n. 128 del 24 agosto 2001 e più segnatamente alla disciplina dell'adozione del Piano urbanistico Generale (art. 9) ove tra le previsioni strutturali si accenna espressamente alla preliminare «riconoscimento della realtà socio-economica, dell'identità ambientale, storica e culturale dell'insediamento».

mento strutturale della gestione del rischio⁴⁸, diverso è il ruolo svolto dalla funzione amministrativa.

Nel governo dei nuovi pericoli da incertezza scientifica la funzione amministrativa è, infatti, anche attraverso la previsione di apposite «riserve» e di procedimenti di tipo autorizzatorio, strumento di gestione e contenimento del rischio. Il principio di precauzione⁴⁹ impone all'Amministrazione di rivedere costantemente le proprie determinazioni, adeguandole alle sopravvenienze tecnologiche e scientifiche⁵⁰. La «riflessività» è, quindi, legata all'atteggiamento che la parte pubblica deve assumere, a valle, nel governo del rischio.

Nel caso del rischio corruzione l'attività amministrativa prima che strumento di gestione è, invece, fonte stessa del rischio. Ciò importa un radicale rovesciamento di prospettiva che porta l'Amministrazione a divenire, nella pianificazione anticorruzione, «autoriflessiva». Dovendo fronteggiare un rischio endogeno essa deve, anzitutto, volgere lo sguardo al proprio interno. Questa autoanalisi impone, preliminarmente, la mappatura dei processi decisionali e va condotta non solo con riguardo al dato formale, ma all'assetto «vivente» dell'organizzazione, al fine di evidenziare lo stacco tra le due dimensioni e stanare le sacche di «incertezza».

All'analisi di contesto segue la valutazione del rischio. Essa, muovendo dai risultati della fase precedente, si sostanzia nella identificazione dei comportamenti potenzialmente a rischio corruzione (raggruppati per categorie omogenee) e nella ponderazione degli stessi. Quest'ultima è operazione di ordine qualitativo, più che quantitativo. E, infatti, il cd. «valore di rischio» da attribuire a ogni singolo evento è espresso dal prodotto della sua probabilità (intesa come ricorrenza statistica del suo verificarsi) e dall'intensità del suo impatto⁵¹.

⁴⁸ Così sui rischi da «incertezza scientifica» A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 163.

⁴⁹ Il principio di precauzione nasce negli anni '80 del secolo scorso, proprio con riguardo ai rischi da «ignoto tecnologico», nell'ambito diritto internazionale dell'ambiente (a partire dalla carta mondiale della Natura adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1982, poi con il principio n. 15 della Dichiarazione adottata ad esito della Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992). Sull'origine internazionale del principio D. Freestone, E. Hey, *The precautionary principle and International law*, *The Hague*, 1996; P. Sands, *Principles of international environmental law*, Manchester, 1995. Il suo recepimento a livello del diritto dell'Unione Europea è avvenuto con la Comunicazione della Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione*, COM (2000)1, 2 febbraio 2000, in www.eur-lex.europa.eu. Nella dottrina italiana L. Marini, *Il principio di precauzione del diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, 526 e ss. e G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 1076. Per una sua interessante applicazione in giurisprudenza si veda Consiglio di Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250, con il commento di G. Monaco, *Dal Consiglio di Stato quasi un «decalogo» sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urb. App.*, 5, 2014, 551 e ss.

⁵⁰ A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 166 e ss.

⁵¹ Ancora una volta l'«impatto» deve essere valutato alla stregua degli insegnamenti del *risk management* come incidenza sull'obiettivo avuto di mira dall'organizzazione. Obiettivo che nel caso dell'Amministrazione coincide con la concreta realizzazione dell'interesse pubblico in cura.

Analisi e valutazione del rischio sono prodromici al momento successivo della individuazione delle specifiche misure amministrative di prevenzione, questo sì a carattere autenticamente precettivo.

La scelta del tipo di misura è orientato alla luce di tre criteri: l'efficacia in termini di riduzione del rischio, la sostenibilità economica e finanziaria e la specialità, da apprezzarsi, quest'ultima, in relazione alle cause dell'evento.

Il percorso si chiude attraverso la predisposizione di meccanismi di monitoraggio, aggiornamento e comunicazione della pianificazione. Secondo il modello del c.d. «ciclo di Deming» (detto anche ciclo di P.D.C.A. – «*plan, do, check, act*»)⁵², l'Amministrazione verifica a valle i risultati della pianificazione, apponendo spontaneamente dei correttivi alle misure adottate. Animata da una logica di circolarità l'Amministrazione torna sulle proprie determinazioni organizzative, è costantemente «autoriflessiva».

4. La pianificazione come sistema giuridico

Si è, dunque, dinanzi ad un fenomeno complesso che non si esaurisce, secondo una logica lineare, nell'adozione del singolo atto di pianificazione, ma che assurge a vero «sistema giuridico»⁵³. E come ogni sistema anche quello anticorruzione si caratterizza per il coinvolgimento di una pluralità di soggetti istituzionali, ciascuno investito di uno specifico ruolo.

V'è, anzitutto, l'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito A.N.A.C.), che ne rappresenta il perno. Essa, oltre a partecipare direttamente alla funzione di pianificazione, assolve a compiti composti definiti da parte della dottrina quasi giurisdicenti⁵⁴ ed opera come raccordo con l'Autorità giudiziaria ordinaria.

Di grande rilevanza è, poi, il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, incarico generalmente conferito ad un dirigente apicale. La sua previsione rispecchia l'esigenza di «personalizzare» la funzione di pianificazione anticorruzione, individuando in una data persona fisica il relativo centro

⁵² È un modello di organizzazione elaborato dal consulente aziendale W. Edwards Deming, *The new economics for Industry, Government and Education*, Boston, 1993, volto al miglioramento continuo dei processi in un'ottica di lungo periodo. Originariamente concepito per il controllo di qualità dei prodotti è, oggi, metodo applicabile a ogni fase e tipologia di *management*, tanto da essere stato inserito, da ultimo, nella recentissima norma ISO 9001:2015 DIS in tema di *Quality management systems- Requirements*.

⁵³ È l'intuizione di I.M. Marino, *La programmazione come sistema giuridico*, oggi in *Scritti giuridici*, I, 721 e ss., secondo cui con essa «si realizza un «sistema» giuridico che ha per principio connaturate, più del consueto, esigenze di elasticità e di rigidità, di rinnovamento e conservazione».

⁵⁴ Sui tratti caratterizzanti l'A.N.A.C., G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale Anticorruzione*, in *Dir. Amm.*, II-III, 2015, 345 e ss. e, in una prospettiva internazionale N. Parisi, *An international perspective on the main functions of the italian national anti-corruption authority in the prevention of corruption in public procurement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, IV, 2015, 1053 e ss.

di responsabilità. Questi è deputato alla cura di ogni singolo aspetto della stessa, dall'adozione del piano al controllo sulla sua attuazione e sul rispetto delle sue previsioni⁵⁵. Sicché pare si possa affermare che questa figura costituisca *species* di quella del responsabile del procedimento *ex art.* 6 della legge n. 241 del 1990.

Più marginale appare, invece, il ruolo dell'organo di indirizzo e quello, di controllo e validazione, rivestito dall'Organismo indipendente di valutazione.

Ne esce, in ogni caso, un procedimento di pianificazione che, oltre ad atteggiarsi in maniera circolare, è soggettivamente multipolare.

Sarebbe, inoltre, assolutamente riduttivo ragionare in termini di singolo «piano» essendo più corretto ed aderente al dato della realtà parlare di una «rete di piani» anticorruzione.

Anzitutto quella anticorruzione è pianificazione multi-livello. È, così, previsto un riparto di tipo verticale tra piano nazionale della prevenzione della corruzione e singoli piani triennali di prevenzione: il primo, oggi, adottato da A.N.A.C.⁵⁶, i secondi dalle singole amministrazioni.

Ma ad accentuare la complessità del sistema contribuisce la compresenza, nella vita dell'amministrazione, di ulteriori forme di pianificazione.

In passato alla pianificazione anticorruzione si affiancava, anzitutto, quella per la trasparenza. Oggi, nell'intento condivisibile di operare una semplificazione, quest'ultima è divenuta, a tutti gli effetti, una parte della prima⁵⁷.

Conserva, invece, tuttora, una propria chiara autonomia il piano della *performance*. Esso resta assoggettato a un regime autonomo, delineato nel d.lgs. n. 150 del 2009, che affida all'art. 10⁵⁸ l'onere della pianificazione, su uni-

⁵⁵ Si vedano i nuovi commi VII e VIII dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, *cit.*, come modificati dall'art. 41 comma I del d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.* La 2^a parte del comma VII stabilisce, in particolare, che «Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza segnala all'organo di indirizzo e all'organismo indipendente di valutazione le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza e indica agli uffici competenti all'esercizio dell'azione disciplinare i nominativi dei dipendenti che non hanno attuato correttamente le misure in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza».

⁵⁶ È novità introdotta, da ultimo, con la modifica della lett. *b)* del comma II dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, *cit.*, ad opera del d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.* In precedenza, come noto, il Piano nazionale anticorruzione era predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica ai sensi del vecchio comma 5 lett. *c)* dell'art. 1 e solo approvato da A.N.A.C.

⁵⁷ L'art. 10 del d.lgs. n. 33 del 2013, *cit.*, così come novellato dal d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.* si occupa, come da rubrica, del *Coordinamento con il Piano triennale per la prevenzione della corruzione*. Stabilisce, in particolare, che «ogni amministrazione indica, in un'apposita sezione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione di cui all'articolo 1, comma 5, della legge n. 190 del 2012, i responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei documenti, delle informazioni e dei dati», il c.d. responsabile della trasparenza.

⁵⁸ L'art. 10 del d.lgs. n. 150 del 2009, *cit.*, prevede più segnatamente, l'obbligo in capo alle amministrazioni di adottare il c.d. «Piano della performance», definito come «atto programmatico triennale», recante «gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori».

co livello, all'organo politico amministrativo «in collaborazione con i vertici dell'amministrazione»⁵⁹.

Trasparenza, *performance* e prevenzione della corruzione trovano, poi, oggi, espresso coordinamento a livello normativo. Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012⁶⁰ stabilisce che l'Organismo indipendente di valutazione prenda in considerazione «anche ai fini della validazione della Relazione sulla performance» e della sua misurazione e valutazione, «gli obiettivi connessi all'anticorruzione e alla trasparenza» con ciò realizzando la piena saldatura tra i piani.

La prevenzione della corruzione risulta profondamente compenetrata a quella di amministrazione attiva finendo con l'esprimere, al pari della trasparenza, un modo di essere dell'azione amministrativa. Ciò marca ancor di più, ove fosse necessario, la differenza con la funzione «di controllo» tradizionalmente intesa⁶¹.

5. *Natura e rapporti tra i piani*

Le peculiarità della pianificazione anticorruzione si manifestano anche sul piano sostanziale della natura giuridica degli strumenti. Questo è aspetto da sempre dibattuto con riguardo alla categoria degli atti di pianificazione. Il legislatore, memore delle incertezze che avevano caratterizzato l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale in materia di pianificazione urbanistica⁶², ha inteso, da ultimo, assumere una posizione chiara. Così, nel diritto vigente, il Piano nazionale anticorruzione è definito *expressis verbis* «atto di indirizzo» per le pubbliche amministrazioni⁶³. Funzione di indirizzo che si spiega «ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione» attraverso l'individuazione dei «principali rischi di corruzione i relativi rimedi», nonché l'indicazione di «obiettivi, tempi, e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione».

⁵⁹ Così l'art. 15 comma II lett. b) del d.lgs. n. 150 del 2009, *cit.*

⁶⁰ Introdotta dall'art. 41 comma I lett. b) del d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.*

⁶¹ Sulla funzione di controllo G. Berti, N. Marzona, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Giur.*, Milano, agg., III, 1999, 457, M.S. Giannini, *Controllo, nozione e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1263, R. Lombardi, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni ed attività amministrativa*, Milano, 2003. Essa vede il suo tratto caratteristico nella alterità tra controllato e controllante oltre che nel carattere accessorio e strumentale rispetto alla funzione di amministrazione attiva.

⁶² È l'annoso dibattito sulla natura giuridica degli strumenti urbanistici generali che ha sempre visto divisi i sostenitori della natura normativa dell'atto (A. Casalin, *Licenze edilizie*, Vicenza, 1957, 33 e G. Loschiano, *Diritto edilizio*, 1957, 246) e quanti, invece, vi hanno riconosciuto atti amministrativi a carattere generale (A.M. Sandulli, *Appunto per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1958, II, 131 e P. Stella Richter, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1071 e ss.) o misto (G. Vignocchi, G. Berti, voce *Piani regolatori*, in *Noviss. Dig., It.* XIII, Torino, 1966).

⁶³ È il nuovo comma II *bis* dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, *cit.*, come novellato dal d.lgs. n. 97 del 2016.

L'ascrizione al *genus* degli atti di indirizzo implica l'assenza di immediata vincolatività⁶⁴.

Una simile qualificazione segna, poi, la differenza con i piani di prevenzione della corruzione. Essi sono stati definiti, sin dal principio, in relazione al loro contenuto. Secondo l'art. 1 comma 5 lett. a) della l. n. 190 del 2012 detti piani forniscono «una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio corruzione», indicando gli «interventi organizzativi» volti a prevenirlo. Ne deriva che il singolo piano triennale di prevenzione si presenta, quantomeno, in talune sue parti, come «atto di organizzazione»⁶⁵. Con maggiore impegno ricostruttivo potrebbe dirsi che la loro struttura risulta naturalmente composita: in parte valutativa, nella misura in cui integra e contestualizza l'analisi del rischio operata dal Piano nazionale, in parte precettiva, nella misura in cui dispone l'adozione di specifiche misure organizzative a rimedio⁶⁶. Una natura ibrida che conferma come i piani di prevenzione costituiscano il punto di contatto tra indirizzo amministrativo e organizzazione. E ne sono conferma le modalità di adozione che vedono la compartecipazione dell'organo di indirizzo, cui è rimessa la definizione degli «obiettivi strategici», e del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (nella persona del dirigente individuato), autore della specifica proposta⁶⁷. Il piano di prevenzione, dunque, benché formalmente imputabile al livello politico, rimane, nella sua paternità sostanziale, atto dirigenziale. Tanto che, forse, vi sarebbe addirittura da dubitare che il piano di prevenzione presenti una qualche, ancorché ridotta, carica di politicità⁶⁸. Ciò in quanto la definizione degli «obiettivi strategici» a cura dell'organo di indirizzo deve confrontarsi e porsi in linea con il Piano nazionale anticorruzione, adottato, nella nuova versione del comma 2 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, da A.N.A.C.

⁶⁴ Sulla nozione di atto di indirizzo e sulla categoria degli atti di alta amministrazione E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1998; M.P. Genesin, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, 2009; F. Cuocolo, voce *Alta amministrazione*, in *Enc. Giur.*, vol. I, Roma, 1991; G.B. Garrone, *Atto di alta amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, 1987, 539).

⁶⁵ Volendo riprendere la terminologia impiegata dall'art. 2 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, pubblicato in G.U. 9 maggio 2001, n. 106, è atto «organizzativo», a carattere pubblicistico, espressione dell'autonomia giuridica dell'amministrazione.

⁶⁶ Il carattere precettivo delle disposizioni organizzative in seno al piano triennale di prevenzione non implica la loro immediata lesività. Ciò esclude la loro diretta impugnabilità da parte di terzi.

⁶⁷ Procedura oggi disciplinata al comma VIII dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, *cit.*

⁶⁸ Dovendosi fare riferimento all'impostazione consolidata che vede nella «libertà dei fini» il tratto caratterizzante l'attività politica. In dottrina sulla nozione di atto politico A. M. Sandulli, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili*, XXII, 1946, II, 521 e ss., E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 220 e ss. e O. Ranelletti, A. Amorth, *Atti politici (o di governo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, 1511 e ss.

Del resto sarebbe contraddittorio attribuire anche a quest'ultima una funzione di autentico indirizzo politico. Benché A.N.A.C., come da più parti osservato, si discosti in parte dal paradigma tradizionale delle Autorità indipendenti, conserva, comunque, carattere di neutralità⁶⁹.

Corollario della diversa qualificazione sostanziale è il riconoscimento ai soli Piani triennali di prevenzione di una qualche rilevanza esterna, ancorché mediata. Se ne trova conferma nell'ordito normativo ove si sancisce, al nuovo comma 9 della l. n. 190 del 2012⁷⁰, che la violazione delle previsioni in esso contenute può dare la stura ad una responsabilità disciplinare dei singoli dipendenti e, per omesso controllo, dello stesso Responsabile anticorruzione. Ma non è da escludere che l'inosservanza delle previsioni a carattere immediatamente precettivo dello strumento di pianificazione possa assumere importanza su altri fronti, tra cui anche quello penalistico⁷¹.

La questione della natura giuridica riverbera, da ultimo, sul tema dei rapporti tra i due diversi livelli di pianificazione anticorruzione. Sembrerebbe a primo acchito che detto riparto si atteggi in maniera non dissimile da quello tra strumento urbanistico generale e singoli piani di dettaglio. Ma la somiglianza tra le fattispecie è solo apparente. Sebbene si possa affermare, in maniera approssimativa, che il piano triennale si ponga come attuazione di quello nazionale, è evidente che tra i due livelli non v'è autentica compenetrazione. Mentre, infatti, nel settore dell'urbanistica, la pianificazione generale è suscettibile di dettare prescrizioni immediatamente precettive e applicabili, ciò non accade nell'anticorruzione.

E ciò consegue proprio dall'*ubi consistam* del Piano nazionale che, come visto, è «atto di indirizzo». Sicché esso ha come uniche destinatarie le Pubbliche amministrazioni e non i singoli dipendenti delle stesse; pone, inoltre, vincoli di tipo solo contenutistico rispetto alla pianificazione di livello inferiore. Vincoli che paiono, peraltro, non immediatamente giustiziabili⁷².

⁶⁹ Sul modello delle Autorità amministrative indipendenti si rinvia a M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006. In particolare sull'Autorità nazionale anticorruzione si vedano AA.VV., *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Milano, 2016. Per una prospettiva «interna» R. Cantone, F. Merloni, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

⁷⁰ Come novellato dall'art. 1 comma 1 lett. l) del d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.*

⁷¹ Si pensi alla possibilità che l'inosservanza della misura di prevenzione posta dal piano valga a integrare l'elemento materiale della violazione di legge del delitto di abuso di ufficio *ex art.* 323 c.p. oppure al rilievo in termini indiziari che ciò potrebbe avere ai fini dell'accertamento dell'elemento psicologico del dolo.

⁷² In particolare sembra che il Piano triennale di prevenzione sia tenuto a confrontarsi necessariamente con le attività a rischio corruzione indicate nel piano nazionale, pur potendone individuare di ulteriori (così la lett. a) del comma V della l. n. 190 del 2012, *cit.*, come modificata dal d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.*

6. *La resa della pianificazione anticorruzione tra bilanci e prospettive.*

A distanza di quasi un lustro dall'adozione della l. n. 190 è, ormai, tempo di bilanci. Un'esigenza, quella di fare il punto, che è stata condivisa dalla stessa A.N.A.C.

La relazione annuale per il 2015⁷³ tratteggia un quadro impietoso in cui è legittimo dubitare della effettività di questo sistema.

L'analisi condotta da A.N.A.C. su oltre 1.100 Piani di prevenzione della corruzione per il triennio 2015-2017 ha confermato la propensione delle amministrazioni a vivere la pianificazione come uno scomodo adempimento formale⁷⁴. La previsione di una sanzione specifica per l'omessa adozione del Piano triennale di prevenzione⁷⁵ ha avuto come unico effetto quello di assicurare che quasi la totalità delle Amministrazioni si dotasse di almeno un piano, pubblicandolo sul proprio sito istituzionale⁷⁶; non ha, per converso, garantito la qualità della pianificazione. Così la prassi ha evidenziato la tendenza a elaborare piani dai contenuti standardizzati, recanti la previsione di misure lontane dalle esigenze specifiche del singolo ente.

Almeno tre sono le ragioni più profonde di questo titubante esordio.

Oltre alla naturale ritrosia delle istituzioni rispetto al cambiamento, sembra decisiva la scarsità di risorse finanziarie e umane destinate alla funzione di pianificazione. Molte Amministrazioni sono giunte impreparate alla sfida non disponendo, talvolta anche a causa delle proprie ridotte dimensioni, del necessario *know-how*. Come visto, infatti, la lotta alla corruzione pur risolvendosi in un problema essenzialmente organizzativo richiede un approccio innovativo che attinge alle discipline economiche; un portato di conoscenze, questo, solitamente estraneo al bagaglio culturale del funzionario medio⁷⁷.

⁷³ Presentata al senato della Repubblica il 14 luglio 2016 e reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità www.anticorruzione.it.

⁷⁴ Relazione A.N.A.C. per l'anno 2015, *cit.*, 79 e ss.

⁷⁵ L'art. 19 c. 5 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, *cit.*, ha attribuito all'A.N.A.C. il potere di comminare sanzioni amministrative pecuniarie (di ammontare compreso tra i 1.000 ed i 10.000 euro) «nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento». Detto potere trova apposita disciplina nel Regolamento approvato dal Consiglio dell'Autorità il 9 settembre 2014 e reperibile sul sito istituzionale della stessa www.anticorruzione.it. È di particolare interesse come la lett. g) del comma I dell'art. 1 del predetto regolamento faccia rientrare nella nozione di «omessa adozione», a esse equiparandole anche l'approvazione di «un provvedimento puramente recognitivo di misure, in materia di anticorruzione» o di «un provvedimento il cui contenuto riproduca in modo integrale analoghi provvedimenti adottati da altre amministrazioni, privo di misure specifiche».

⁷⁶ Alla data del 28 febbraio 2015 erano il 96,3 % del totale - Relazione A.N.A.C. per l'anno 2015, *cit.*, 79.

⁷⁷ La formazione eminentemente giuridica rappresenta uno dei limiti tradizionali della classe amministrativa italiana, così S. Cassese, *Lo Stato introvabile: modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, 1998, 31 e ss.

Questa impreparazione si è spesso accompagnata all'isolamento della figura del Responsabile per la prevenzione della corruzione e al sostanziale disinteresse manifestato dagli organi di indirizzo⁷⁸.

Il rischio che il primo divenga un novello *monsieur Malussène*⁷⁹ è, dunque, più che concreto. Vanno accolte positivamente, quindi, le più recenti modifiche apportate dal d.lgs. n. 97 del 2016 al testo della l. n. 190 del 2012. Il legislatore ha, anzitutto, inteso costruire uno statuto rafforzato per il Responsabile per la prevenzione della corruzione. A tal fine è previsto nella prima parte del nuovo comma 7 che l'organo di indirizzo debba disporre «le eventuali modifiche organizzative necessarie per assicurare funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività».

Sempre a tutela della posizione del Responsabile è previsto, in chiusura del predetto comma 7, un meccanismo che lo mette al riparo dalla adozione di «misure discriminatorie, dirette o indirette, [...] per motivi collegati, direttamente o indirettamente, allo svolgimento delle sue funzioni». In tali casi si prevede la segnalazione obbligatoria ad A.N.A.C. a cui è riconosciuto il potere non solo di chiedere informazioni ma, soprattutto, a fronte di una formale revoca dall'incarico, di formulare una richiesta di riesame⁸⁰.

È chiaro che la resa di queste modifiche dipenderà in massima parte dalla capacità dell'organo di indirizzo di dare impulso al sistema. Circostanza, questa, sulla quale è legittimo nutrire più di una perplessità attesa la consueta indifferenza (se non ostilità) della classe politica rispetto tema della prevenzione della corruzione. A ciò si aggiunga che, in assenza di sanzioni puntuali simili a quelle previste a carico del Responsabile per l'omessa adozione dell'atto di pianificazione, l'inerzia dell'organo di indirizzo potrebbe al più essere fatta valere nell'ambito del circuito della responsabilità politica.

Si prospetta, dunque, il rischio che questo statuto rafforzato rimanga lettera morta.

Né pare sufficiente il solo meccanismo antidiscriminatorio pure previsto dal novellato comma 7. Anche ove A.N.A.C. intendesse esercitare le proprie prerogative in maniera penetrante, non vi sarebbe rimedio per quelle situazioni in cui l'organo politico, senza spingersi all'adozione di iniziative autenticamente disci-

⁷⁸ Considerazione espressa nella Relazione A.N.A.C. per l'anno 2015, *cit.*, 82.

⁷⁹ Personaggio nato dalla penna di D. Pennac, di professione «capro espatriatore» (a partire da *Au bonheur des ogres* nella traduzione italiana *Il paradiso degli orchi*, Milano, 1985).

⁸⁰ Secondo quanto previsto dal comma III dell'art. 15 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, recante Disposizioni in materia di inconfirmità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190, pubblicato in G.U. n. 92 del 19 aprile 2013.

minatorie, dovesse limitarsi semplicemente a non fornire adeguate risorse e mezzi al Responsabile per la prevenzione della corruzione.

Torna, quindi, ad affacciarsi il problema tradizionale dei rapporti tra politica e amministrazione, vero *punctum dolens* del nostro attuale modello di amministrazione⁸¹.

L'isolamento del Responsabile pare accentuato dall'assenza di un valido interlocutore nell'altro soggetto inserito nel sistema della pianificazione anticorruzione: l'Organismo indipendente di valutazione. Questo è, infatti, chiamato, anche dopo le novelle del 2016⁸², ad un controllo debole a posteriori non accompagnato dall'attribuzione di poteri di intervento diretto. Non si coglie, in particolare, la concreta incidenza del potere di verifica della relazione *ex* comma 14 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012 pure, oggi, accompagnata dalla possibilità di chiedere informazioni al Responsabile e di effettuare audizioni dei dipendenti. Più pregnante appare, per converso, la possibilità di prendere in considerazione il conseguimento degli obiettivi connessi all'anticorruzione e alla trasparenza «ai fini della validazione della Relazione sulla *performance*» e, soprattutto, nella «misurazione e valutazione» della stessa. La *ratio* è quella di realizzare, almeno sul piano normativo, un collegamento tra i due piani, così ponendo soluzione ad uno dei limiti riscontrati nell'esperienza operativa recente⁸³.

Anche in questo caso, però, la resa della novella sarà legata a doppio filo all'effettività del ciclo della *performance* e, dunque, alla capacità dello stesso di promuovere concretamente il buon andamento (risultato tutt'altro che scontato)⁸⁴.

Sembrano, in ultimo, scomparse dall'orizzonte delle più recenti riforme politiche di lotta alla corruzione che facciano leva, più che sul profilo sanzionatorio,

⁸¹ Il tema dei rapporti tra sfera politica e amministrativa rappresenta uno dei punti più delicati del nostro modello. Per una istantanea della situazione attuale si rinvia alla ricerca *Venti anni di «politica e amministrazione» in Italia*, in S. Battini, L. Fiorentino (a cura di), I.R.P.A. Working Paper - Policy Paper Series, 1, 2014. L'esperienza applicativa ci consegna una separazione "incompiuta" delle due sfere, permanendo profili di commistione tra funzioni di indirizzo e gestione ed il concreto rischio di un asservimento della dirigenza.

⁸² Si vedano i nuovi commi VIII bis e XIV della l. n. 190 del 2012, *cit.*, introdotti dall'art. 41 del d.lgs. n. 97 del 2016, *cit.*

⁸³ La Relazione A.N.A.C. per l'anno 2015, *cit.*, 81, ha rilevato l'assenza di un efficace coordinamento tra il Piano triennale di prevenzione della corruzione e il Piano della performance nell'80, 6 % dei casi analizzati.

⁸⁴ Problema avvertito anche dal legislatore che, di recente, è tornato sul tema con il D.P.R. 9 maggio 2016, n. 105, (Regolamento di disciplina delle funzioni del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di misurazione e valutazione della performance delle pubbliche amministrazioni) in G.U. Serie generale n. 140 del 17 giugno 2016 con il commento di E. D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2016, 639 e ss. Gli obiettivi avuti di mira sono (art. 2) la riduzione degli «oneri informativi a carico delle amministrazioni pubbliche», «la progressiva integrazione del ciclo della performance e del ciclo della programmazione economico finanziaria» e l'implementazione dei raccordi «con il sistema dei controlli interni» e con «gli indirizzi espressi dall'Autorità nazionale anticorruzione in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione».

su quello di promozione delle *best practices*. Eppure l'importanza dell'adozione di politiche anticorruzione *incentive based* rappresenta un dato ormai acquisito⁸⁵.

Così come pare ampiamente riconosciuta la validità di un approccio «gentile» nelle *policy* pubbliche, ispirato alla c.d. «teoria dei *nudge*»⁸⁶. Se è vero che alla base dei fenomeni corruttivi vi è una specifica scelta antigiuridica del singolo funzionario non può, tuttavia, essere tralasciato l'effetto dissuasivo che deriva dall'adesione degli altri, in conseguenza di rinforzi positivi, suggerimenti o aiuti indiretti, a pratiche virtuose.

La battaglia per l'effettività della pianificazione anticorruzione è, evidentemente, appena iniziata.

⁸⁵ Così Barone, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit., 72 e ss. Sul piano internazionale il richiamo è a S. Rose Ackermann, *Corruption: an incentive – based approach*, in *Percorsi Cost.*, 2012, 109 e ss.

⁸⁶ R.H. Thaler, C.E. Sunstein, *Nudge: improving decisions about health, health and happiness* nella traduzione italiana *Nudge: la spinta gentile*, Milano, 2009. Gli Autori, attingendo al campo dell'economia comportamentale, hanno elaborato il concetto di «*nudge*», traducibile in italiano come «pungolo» con ciò esprimendo la possibilità, attraverso l'architettura delle scelte, di influenzare la scelta delle persone in modo prevedibile e senza proibire la scelta di altre opzioni. Un approccio, questo, definito dagli stessi Autori «paternalismo libertario». Per una applicazione specifica della teoria al campo dell'azione pubblica si veda P. GU. Hansen, A.M. Jespersen, *Nudge and the manipulation of choice – A framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy* in *The European Journal of Risk Regulation*, 1, 2013, 3 e ss.

La prevenzione amministrativa del rischio corruzione

Tra tutte le tipologie di rischio quello da “corruzione” assume caratteristiche assolutamente peculiari. A differenza di quello da “ignoto tecnologico” esso si presenta, infatti, come endogeno rispetto all’attività amministrativa. Ciò impone, in chiave preventiva, all’amministrazione di volgere lo sguardo, con un approccio “bottom-down” al suo interno, correggendo le proprie storture organizzative e divenendo “autoriflessiva”. A tal fine la strada proposta dalla legge n. 190 del 2012, anche nelle sue più recenti novelle, passa per la riscoperta di uno strumento tradizionale: la pianificazione. Questa rete di piani disegnata dalla legge assurge a vero “sistema giuridico”, articolandosi su più livelli (nazionale e della singola amministrazione) ed abbracciando diverse dimensioni (oltre a quella di prevenzione dei fenomeni di maladministration, anche di promozione della trasparenza e di valutazione della performance). Ma le incognite, legate principalmente alla risposta della prassi, rimangono, nonostante i correttivi, numerose.

Administrative prevention of the risk of corruption

Among all the risk typologies, that of ‘corruption’ takes on highly peculiar characteristics. Unlike that of the ‘technological unknown’, it is in fact presented as endogenous to administrative activity. In prevention terms, this forces the administration to turn its gaze to within itself and adopt a ‘bottom-down’ approach, correcting its organisational distortions and becoming ‘self-reflexive’. To this end, the path proposed by Law No. 190/2012, along with its more recent modifications, opts for the rediscovery of a traditional tool: planning. This network of plans designed by the law constitutes a genuine ‘juridical system’, intervening on various levels (from the national to that of the single administration) and also embracing various dimensions (beyond that of the prevention of phenomena of maladministration, also of the promotion of transparency and performance assessment). However, despite the corrective measures, there still remain a great number of unknown factors, linked largely to how these measures are actually put into practice.

Articoli e Saggi

Mercato economico e *welfare State*

Simone Caponetti

SOMMARIO: 1. Quadro di sintesi della situazione economica europea e delimitazione del campo d'indagine. – 2. Il punto di non ritorno europeo: la difficile convivenza dei vari stati europei all'interno del sistema economico europeo e le ripercussioni sui diritti sociali. – 3. Le molteplici correlazioni tra mercato economico (in crisi) e crisi del *welfare*. – 3.1 Governo macroeconomico nazionale, *welfare state* e *dumping* sociale. – 3.2 Risanamento dei conti pubblici e sistemi di sicurezza sociale. – 3.3 Rivoluzione tecnologica e crisi dell'impresa fordista: gli effetti sui sistemi di *welfare*. – 3.4 *Welfare state* e spesa sociale. – 4. Il dibattito dottrinale sulla necessità di riforma dei sistemi di *welfare*. – 4.1 Le proposte per un *welfare mix*. – 4.2 Le proposte per un *welfare* collegato al terzo settore. – 4.3 Le proposte per un *welfare* basato sull'attivazione del soggetto beneficiario. – 4.4 Le proposte per un «*neowelfarismo* liberale». – 4.5 Cenni sulle proposte di un *welfare* «non per cassa, ma per equità». – 5. Le recenti trasformazioni del *welfare state*. Il *welfare* al tempo di *Industry 4.0*. – 6. Osservazioni conclusive nell'ottica di un *welfare* internazionale. 6.1 Il dialogo sociale europeo come “ponte” tra *governance* economica e *governance* sociale.

1. *Quadro di sintesi della situazione economica europea e delimitazione del campo d'indagine*

È ormai noto che, nell'attuale periodo, le società capitalistiche più sviluppate stanno attraversando una recessione economica il cui decorso è ancora *in itinere* e le cui dimensioni sono analoghe, se non per alcuni versi superiori, a quelle che caratterizzarono la grande crisi economica del 1929¹. Come infatti in quel periodo storico, gli attuali problemi economici stanno operando come agenti patogeni che si annidano e si rafforzano, sia pure con intensità diverse, nelle debolezze strutturali dei singoli paesi².

¹ Così si è espresso R. Pessi, *Lezioni di Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, 2016, 10. Si veda pure F. R. Pizzuti, *Rapporto sullo stato sociale 2010. La “Grande Crisi del 2008” ed il Welfare State*, Milano, 2009, 85.

² Afferma M. Sacconi, *Presentazione*, in Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, (a cura di), *Libro bianco sul futuro del modello sociale, La Vita buona nella società attiva*, 2009, dattiloscritto, testo disponibile al sito: http://www.portallavoro.regione.lazio.it/portallavoro/Lazio2020/pdf/librobianco_Mdl.pdf, che

Il dissesto economico di cui stiamo parlando, come qualsiasi altra manifestazione legata al contingente, deve essere inteso non tanto – o non solo – nella sua dimensione prettamente statica, in qualità di mero dato statistico, quanto piuttosto, come realtà dinamica, in continua evoluzione, e che in quanto tale ha investito anche altri settori oltre l'economia – primi fra tutti i sistemi di sicurezza sociale – riaccendendo, in quasi tutti i paesi industrializzati d'Europa, il dibattito sul problema della loro sostenibilità³.

A livello generale sembra opportuno soffermarsi su una data di particolare rilievo che ha inciso anche sui sistemi di *welfare*: il 15 aprile 1994, data in cui è stato stipulato, a Marrakech, l'accordo *WTO* (*World Trade Organization*) sul libero commercio mondiale, che si è concluso nel 2001, quando anche la Cina ne è diventata membro⁴. Da tale momento, con il libero commercio, domanda ed offerta, consumo e produzione, sono dovute necessariamente e simmetricamente convergere su scala globale, in un mondo ormai aperto al mercato ed in esso unificato, caratterizzato da rapporti non più continentali, bensì mondiali⁵. Il passag-

la crisi è divenuta mondiale a causa dell'interconnessione tra le economie nazionali. La globalizzazione, sempre secondo Sacconi, ha infatti accresciuto la ricchezza delle economie e delle società, ampliando le possibilità di commercio mondiale, aumentando i mercati di esportazione, moltiplicando le opportunità di investimento finanziario, ma, allo stesso tempo, dimostrato un'estrema vulnerabilità al presentarsi di *shock* negativi. Gli effetti negativi di questo «perverso» sistema si sono manifestati anche in Europa, che oggi, a sua volta, è chiamata a reagire per far fronte alle conseguenze della crisi globale.

³ In tal senso, AA.VV., *Fare i conti con la crisi*, a cura di J. P. Fitoussi, P. Ginefra, R. Masera, A. Paci, G. Roma, L. Spaventa, Bologna, 2010, 32; P. Lambertucci, *Globalizzazione e diritto del lavoro: brevi spunti di riflessione*, in *Dir. merc. lav.*, 2010, 27 ss.; F. R. Pizzuti, *op. cit.*, 86; F. Galimberti, *Sos economia. Ovvero la crisi spiegata ai comuni mortali*, Bari, 2009, 52 e A. M. Rinaldi, *Il fallimento dell'euro*, Roma, 2011, 15. Sul rapporto tra disgregazione europea e arretramento dei modelli storici di tutela del diritto del lavoro, si veda, B. Veneziani, *Austerity measures, democracy and social policy in the Eu*, in AA.VV., *The economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, a cura di N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, Oxford-Portland (Oregon), 2014, 109.

⁴ Così G. Tremonti, *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*. Milano, 2008, 30. Sul *WTO* si veda anche G. Balducci, *The role of the European Union in China's accession to the WTO*, in *Il pol.*, 2011, 101; G. Di Plinio, *Rule of law/fazbi: il diritto in Cina tra Wto e Asian value*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 2, 236; A. Tricarico, U. Biggeri, *La fine dell'era Wto? Conseguenze dell'accordo di Hong Kong e futuri scenari internazionali*, in *Dem. dir.*, 2006, 97 e C. Marcolungo, G. Sanciti, *I principi fondamentali del WTO*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 749 ss. Si vedano anche le critiche di M. Di Sisto, *Wto, il funerale dello sviluppo*, in *Altraeconomia*, 2008, 97, 34.

⁵ Il processo ora descritto s'è acuito con riferimento agli accordi TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) e TPP (*Transpacific Partnership*), per i cui approfondimenti si rinvia a A. Perulli, *Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 320; J.S. Vogt, *Trade and investment arrangements and labor rights*, in L. Blecher, N.K. Stafford, G. Bellany, *Corporate responsibility for human rights impact: new expectations and paradigms*, ABA, 2014, 12; V. Prislán - R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development in international Investment agreements: what role for labor provisions?*, Grotus Centre Working Papers 2014/023, Univ. Leiden e V. Cagnin, *What Future for Social Rights under the New Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)? Some Reflections on TTIP*, in *Ec. & lav.*, 2015, II, 77. Di recente il tema è stato sviluppato da T. Treu, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei Trattati commerciali e negli scambi internazionali tra imprese*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 133/2017, testo disponibile al sito http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSdle%20M%20DANTONA/WP%20CSdle%20M%20DANTONA-INT/20170104-015320_treu_n133-2017intpdf.pdf. Sull'utilità delle clausole sociali, e delle relative sanzioni negative, rispetto al fine di assicurare che i benefici del commercio inter-

gio in parola, però, non è stato di facile riuscita, giacché l'Europa non era pronta a questo cambiamento⁶, mancando alla base quel consolidamento interno che si è dimostrato a posteriori come assolutamente necessario⁷. Ed infatti, come già sostenuto, «[...] è stata una follia pensare che con il WTO l'apertura mondiale del mercato potesse svilupparsi in modo lineare, senza creare enormi squilibri economici e sociali [...]»⁸.

Proprio sul fronte degli squilibri sociali, il mercato unico mondiale ha avuto delle forti ripercussioni anche sull'efficacia regolativa dei «diritti nazionali del lavoro»⁹, sia perché le imprese di altri paesi hanno sottratto fette di mercato (interno ed internazionale), riducendo l'occupazione e la ricchezza disponibile a fini sociali¹⁰, sia perché gli stessi capitali nazionali sono fuggiti alla ricerca di investimenti più redditizi, anche depauperando le opportunità di lavoro e le risorse distribuibili a livello nazionale¹¹.

Il dato fa ancor più riflettere se ci si sofferma anche su un altro aspetto di primaria rilevanza, e cioè che l'impatto delle misure anticrisi dei singoli sta-

nazionale siano utili alla riduzione delle disuguaglianze e della povertà nei paesi meno sviluppati, si veda, B. Hepple, *Diritto del lavoro, disuguaglianze e commercio globale*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 27.

⁶ Col WTO ci si è trovati, in fin dei conti, a replicare su scala mondiale, l'«avventura storica» dell'Europa, quella cioè relativa all'integrazione interna del mercato europeo (avviato già con il Trattato di Parigi del 1951 e successivamente col Trattato di Roma del 1957). Si vedano, in tal senso, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, VII ed., Padova, 2016, 30 e F. Montanaro, L. Testa, *Labour Rights in a Globalised World: What Future? Higher Standards or "Race to the Bottom"?*, in *Bocconi School of Law Student-Edited Papers*, No. 2011-05/EN, testo disponibile al sito: http://works.bepress.com/bocconi_legal_papers/34.

⁷ Parla di «inceppamento» del modello di emancipazione sociale, politica ed economica che dovrebbe caratterizzare ogni società civile G. Proia, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2016. Su come la crisi del progetto europeo abbia messo in discussione i fondamenti su cui poggiano i sistemi di *welfare state* nazionali, si vedano W. Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vetagte krise des demokratischen kapitalism*, Berlin, 2013 e C. Offe, *Europe entrapped*, Cambridge, 2015.

⁸ Così, G. Tremonti, *op. cit.*, 32; secondo cui la culla della povertà risiede proprio nel WTO e, parzialmente, anticipando le problematiche in parola, AA.VV., *Il fantasma della povertà: una nuova politica per difendere il benessere dei cittadini*, a cura di E. N. Luttwak, C. Pelanda, G. Tremonti, Milano, 1995, 85.

⁹ C'è anche chi sostiene che il diritto del lavoro abbia «abdicato ad ogni ambizione di governo del cambiamento». Così F. Martelloni, *Stagione 183: prevedibilità del diritto del lavoro e sue perversioni*, in *Lav. dir.*, 2015, I, 53.

¹⁰ Eppure il rispetto dei diritti sociali fa parte di quei requisiti necessari per una competizione globalmente sostenibile, configurando il diritto del lavoro nella sua dimensione sovranazionale come un «diritto alla sostenibilità». Così, A. Perulli, *Commercio globale e diritti sociali. Novità e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, 4; e più in generale si vedano le considerazioni di D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, Bari-Roma, 2015, 355.

¹¹ Non sembra condivisibile, infatti, la ricostruzione di A. Pfaller, *I welfare state europei di fronte a sfide comuni endogene ed esogene: verso la convergenza?*, in AA.VV., *Stato sociale e mercato globale*, a cura di M. Ferrera, Torino, 1993, 157, secondo cui, in questo caso, non si potrebbe parlare di *dumping* sociale, in quanto questo fenomeno non si manifesta tanto (almeno in Europa) sotto forma di trasferimenti effettivi di produzioni e di posti di lavoro da paesi ad alto costo verso paesi a basso costo, quanto sotto forma di priorità accordata ai primi nelle decisioni di ridimensionamento e priorità accordata ai secondi nelle decisioni di nuovo insediamento produttivo e occupazionale. In altre parole, dati i costi di trasferimento e i vantaggi in termini di «fertilità industriale» che le aree sviluppate ancora offrono (trasporti, servizi e così via), le imprese tendono per lo più a restare dove sono, nonostante le crescenti minacce ai governi e ai sindacati. Sulla correlazione tra globalizzazione e *dumping* sociale, si veda anche A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, I, 13.

ti membri e le misure di austerità derivate in questi ultimi anni¹², hanno imposto riforme dei mercati del lavoro che favoriscono la deregolamentazione e l'instabilità organizzativa dell'impresa¹³, innalzando l'età pensionabile, diminuendo le retribuzioni, derogando la disciplina di legge e di contratto collettivo ed infine creando in larghi strati della popolazione «un sentimento di estrema e crescente insicurezza»¹⁴ e di sfiducia nei confronti delle istituzioni.

Peraltro, le decisioni assunte fino ad ora per frenare ed invertire la rotta dell'indebitamento pubblico e per tutelare, in seguito, i paesi dell'Eurozona dagli attacchi speculativi, hanno mietuto tra le vittime alcune delle istituzioni più caratteristiche di quell'economia sociale di mercato, richiamata dall'art. 3 del Trattato UE, che ha contraddistinto l'ascesa e l'affermazione del Modello Sociale Europeo (MSE)¹⁵.

L'articolo vuole pertanto porre l'accento su come gli effetti della globalizzazione¹⁶ ed, in particolare, la mancanza di una globalizzazione dei rischi nella cornice di un'Europa economicamente (dis)unita, abbiano pesato sul *welfare state*, in uno scenario per giunta aggravato da una carenza generale di regole. Regole che, nella maggior parte dei casi, sono state dettate dalla situazione di crisi dei paesi europei e quindi slegate dagli andamenti dell'economia reale, giacché influenzate a loro volta dalle aspettative speculative degli investitori. Lo scopo dell'articolo sarà dunque l'analisi della congiuntura ora incisivamente descritta e delle soluzioni che la dottrina ha proposto per riattivare i sistemi di *welfare*.

¹² L. Di Majo, *Quo vadis Europa? Spunti di riflessione in tema di deficit democratico delle istituzioni, politica economica e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. eu.*, Rassegna on line, Giugno 2015, testo disponibile al sito: <http://www.edizioniiesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/dimajo-quo-vadis.pdf>, asserisce, condivisibilmente, che «la crisi economica ha incentivato la produzione di un diritto "parallelo" al Trattato di Lisbona, caratterizzato da una serie di politiche di austerità che, connesse alle conseguenze della crisi del debito sovrano, rappresentano un *mix* terribile che innanzi ad un *trend* di crescita della spesa sociale, del prolungamento della vita media, della bassa fertilità e della diminuzione della popolazione in età lavorativa, aggrava il problema della sostenibilità del *welfare state*, concretizzandosi in una caduta di prescrittività dei diritti fondamentali».

¹³ Peraltro, secondo A. Supiot, *La solidarité. Enquete sur un principe juridique*, Paris, 2015, la regressione dell'apparato di tutela dei lavoratori derivante dalle misure anticrisi, dividerebbe i lavoratori stessi incrinandone la loro solidarietà.

¹⁴ Si è espressa in questi termini F. Guarriello, *Presentazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2013 II, 226.

¹⁵ Così ancora F. Guarriello, *op. cit.*, *passim*. Sulla crisi del modello sociale europeo e le conseguenti implicazioni, si veda anche S. Giubboni, *Diritto e politica nella crisi del «modello sociale europeo»*, in *Pol. soc.*, 2014, I, 139.

¹⁶ Secondo S. Stange, *Economia politica globale e welfare: un commento conclusivo*, in AA.VV., *Stato sociale e mercato globale*, a cura di M. Ferrera, Torino, 1993, 248, dalla definizione di globalizzazione intesa quale «processo dinamico» consistente in un insieme di «cambiamenti strutturali dell'economia politica globale, cambiamenti che alterano in modo significativo la gamma di opzioni aperte ai governi nazionali, alle imprese commerciali, alle classi sociali, alle generazioni (compresa la posterità), ai due sessi, e ai singoli individui a seconda della loro posizione particolare in quell'economia politica globale», se ne evincono gli effetti. Si veda pure, R. Dassie, *Gli effetti della globalizzazione sulla sovranità statale: verso una governance globale?*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2013, 43, 128 e C. Giusti, *Gli effetti della globalizzazione. Pluralità nell'interazione tra globale e locale*, in *Riv. studi pol.*, 2009, 3, 55.

2. *Il punto di non ritorno europeo: la difficile convivenza dei vari stati europei all'interno del sistema economico europeo e le ripercussioni sui diritti sociali*

Il problema della globalizzazione economica ed in particolare gli effetti negativi di essa sui sistemi di sicurezza sociale, non sono altro che la punta di un *iceberg* che poggia su una questione non risolta nelle sue premesse, ovvero nelle condizioni minime e condivise di fattibilità economica tra i diversi stati europei.

Anche se, infatti, gli stati membri hanno rinunciato alla loro sovranità nazionale (su cui si dirà *infra*), e, come conseguenza, agli strumenti base della politica economica (si pensi ad esempio, alla perdita del controllo sul tasso di cambio a seguito della moneta unica, oppure agli imposti vincoli di bilancio)¹⁷, rimane, di fondo, il problema che non si è realizzata un'Europa economicamente unita. Viceversa, si è dato origine ad un circuito distorto che vede la prevalenza di paesi dotati di una forte economia, a scapito di altri, gravati invece da una forte iniquità fiscale, a volte accentuata, come nel caso italiano, da una presenza considerevole del lavoro sommerso, che rende difficile una qualsiasi politica dei redditi.

Malgrado la generalizzata convinzione, dunque, che fosse possibile un'osmosi tra le varie economie europee, sulla scorta di quelle più virtuose, si è assistito ad una battuta d'arresto allorché il modello progettato ha prodotto il risultato opposto, ossia l'ampliamento delle divergenze tra le varie realtà economiche.

È scaturita così una crescita graduale degli squilibri finanziari e commerciali, con la conseguente contrapposizione tra economie forti e virtuose, in grado di dare credito (quella tedesca, ad esempio), ed economie deboli, con debiti pubblici crescenti e PIL che invece stentano a crescere (quella greca, ad esempio).

Se poi si guarda alla realtà sistemica, il panorama che si profila per il prossimo futuro è quello di una disgregazione graduale ulteriore del sistema Europa dovuta proprio alla differenza che s'attesta a livello economico (e della stessa gestione economica) all'interno del Continente. Ed infatti, un regime monetario unificato per economie nord europee caratterizzate dal «risparmia ed investi» ed economie sud europee, basate invece sul «prendi in prestito e spendi», non può produrre effetti positivi per entrambe. Se davvero si volesse giungere ad un *trait*

¹⁷ Non a caso C. Iannello, *Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello stato sociale*, in *Dir. pubbl. eu.*, Rassegna on line, 2015, testo disponibile al sito: <http://edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/iannello-dper-nov-2015.pdf>, fa riferimento ad una nozione attuale di politica economica obsoleta, poiché si assiste in questi anni ad un ribaltamento della relazione tra economia e politica, al punto che l'economia non è più eterodiretta dalla politica, bensì dirige essa stessa i processi secondo i propri obiettivi e le proprie regole.

d'union, una delle due economie dovrebbe riformare il proprio sistema, calibrandolo completamente sullo stampo dell'altra¹⁸.

Ad oggi, un equilibrio non è ancora stato raggiunto poiché da un lato i Trattati e le raccomandazioni UE spingono i paesi sud europei a conformarsi a quelli del nord Europa esasperando a volte il concetto di competitività che spesso è richiamato in tali fonti, e dall'altro lato i paesi meridionali tendono ancora ad avere un euro leggero caratterizzato dai tassi di inflazione, dai debiti pubblici e dalle svalutazioni periodiche, con l'appoggio dei paesi nord europei che ormai hanno sempre più il ruolo di creditori di ultima istanza¹⁹.

Il conflitto generato da questo caos ha minato sensibilmente sia i livelli di vita delle persone, sia le loro abitudini consolidate, nonché i sistemi di protezione sociale tipici dei singoli paesi, e si traduce, in termini utili al fine della nostra indagine, in una crescente ostilità verso i costi fiscali del *welfare state* e verso le conseguenze inflazionistiche del finanziamento delle spese di *welfare* tramite il debito pubblico.

Per tale via, non essendo, a quanto consta²⁰, ancora completamente terminata la depressione che ha investito l'Europa, sembra sempre più indefettibile una riforma organica che contribuisca ad una maggiore integrazione tra i paesi della zona euro tale da divenire il volano per una ripresa durevole dell'economia e di tutti gli altri settori che da essa dipendono, ivi compreso quello dei diritti sociali. Una possibile soluzione a questa dissociazione economica che sembra potersi accreditare è quella di un nuovo modello di *governance* UE²¹ e di un relativo piano di regolazione che, assistito dal neo Consiglio Europeo di Bilancio (*European Advisory Board*), siano in grado di risanare i conti pubblici degli stati. Dovrebbe, in sostanza, essere superato quel malvezzo che vede l'Europa dei grandi numeri sempre più intergovernativa e sempre meno comunitaria, caratterizzata da un decisionismo maggioritario e selettivo, a detrimento di forme di sovranità nazionale.

¹⁸ Sulle tensioni tra la costruzione complessiva dell'UE e la costruzione interna della zona euro si veda, U. Neergaard, 'When Poverty Comes in at the Door, Love Flies out the Window: The Influence of Eurozone Reforms Upon the Social Dimension of the EU – and Vice Versa?', in *Eur. labour law jour.*, 2016, 2.

¹⁹ Per spunti in questo senso si vedano, M. R. Napolitano, A. De Nisco, G. Mainolfi, V. Marino, *Aufmerksamkeit Frau Merkel! Animosità economica, etnocentrismo ed effetto country-of-origin: uno studio sulla percezione della Germania in Italia durante la crisi dell'euro*, in *Merc. comp.*, 2015, II, 87.

²⁰ Peculiare è la situazione italiana in cui si ha ripresa senza occupazione. In tal senso si veda A. M. Battisti, *Sviluppo sostenibile e generazioni future*, in *Mass. giur. lav.*, III, 2016, 125. L'A. afferma che si è delineato un quadro chiaroscuro dove la disoccupazione resta ai minimi da tre anni, ma allo stesso tempo permangono criticità che rischiano di cronicizzarsi, come nel caso dei *Neet*.

²¹ Sulle teorizzazioni per una nuova *governance* europea (economica e monetaria) si vedano, C. Georges, *Flaws, old and new, of economic governance in Europe*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, special issue, 2015, 9 e S. Giubboni, *Europe's crisis law and the welfare state – a critique*, in *Eur. labour law jour.*, 2015, 1, 4.

3. *Le molteplici correlazioni tra mercato economico (in crisi) e crisi del welfare*

3.1. *Governo macroeconomico nazionale, welfare state e dumping sociale*

Non v'è dubbio che, se analizzata nel suo complesso, la globalizzazione economica abbia comportato anche significative e positive novità per le imprese, creando catene di fornitura globale e favorendole al di fuori dei confini nazionali, con ciò causando un effetto di non irrilevante importanza per il mercato. I processi legati alla globalizzazione hanno infatti prodotto nuove offerte e cospicue opportunità alle imprese stesse, sia in termini di innovazione che di profitto, ma al tempo stesso questo apparente aspetto positivo non ha bilanciato la crescente riduzione della capacità di controllo macroeconomico dei governi nazionali²². Ebbene, proprio la separazione tra spazio politico e spazio economico, nonché le interconnesse conseguenze, hanno rimesso in discussione tanto la nazionalità economica delle imprese quanto l'efficacia delle tradizionali politiche economiche nazionali, soprattutto se proiettate in un'ottica di *welfare state*.

E così se è vero che la globalizzazione ha comportato un aumento delle interdipendenze, fino al punto che ciò che accade in uno stato ha conseguenze significative su cittadini, paesi e comunità anche molto lontani tra loro – attraverso una sorta di «effetto domino che dalla fonte si propaga agli altri stati»²³ – è vero anche che il benessere di un paese viene sempre più a dipendere da quello degli altri con i quali i propri cittadini intrattengono rapporti di affari²⁴. Tale interdipendenza nel tempo si è accentuata, soprattutto se si considera che l'economia dei servizi ha preso il sopravvento sull'economia dell'industria, processo

²² Afferma P. Maddalena, *Crisi della rappresentanza politica e della divisione dei poteri nel quadro della crisi economica finanziaria globale*, in *Dir. pubbl. eu.*, Rassegna on line, 2015, testo disponibile al sito: <http://www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/crisi-maddalena.pdf>, che il meccanismo europeo di stabilità (c.d. MES), entrato in vigore dal 27 settembre 2012, non ha fatto altro che accentuare la crisi della sovranità nazionale poiché esso «si sostituisce» in pratica «nella gestione della politica economica del Paese debitore. Infatti, lo Stato membro che chiede un prestito deve sottostare ad una «rigorosa condizionalità» nell'ambito di un programma di aggiustamento macroeconomico e di progressivo rientro del suo debito pubblico [...]. E non è tutto. Il MES è un ente finanziario che opera sul mercato e i suoi azionisti sono i principali istituti di investimento mondiali, la sua ingerenza nella politica economica dei singoli paesi membri si traduce nel serio rischio che a dettare le relative disposizioni siano coloro che concedono i soldi al fondo. La sovranità dei singoli stati membri rischia quindi di essere sostituita da una «governance economica privata» in grado di imporsi facilmente sugli organi sovrani dei vari paesi membri».

²³ Il concetto è espresso da U. Draetta, N. Parisi, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Milano, 1999.

²⁴ Parla di frammentazione dei regimi internazionali M. R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, in corso di pubblicazione su *Stato e Merc.*

questo che ha acuitizzato la perdita per il singolo paese della sua sovranità nazionale unitamente alla sua eterogeneità sociale²⁵.

Ne abbiamo conferma anche a livello istituzionale dove si è determinato il trasferimento progressivo delle decisioni, che il singolo stato ordinariamente ha necessità di assumere, da istituzioni democraticamente elette (quali quelle designate a livello elettorale dai singoli stati) a istituzioni non democratiche²⁶ o di scarsa democrazia²⁷; da qui la mancanza, per i singoli governi, di una piena disponibilità negli strumenti di gestione, in quanto sottoposti a vincoli da parte di istituzioni sovranazionali (si veda, ad esempio, il Patto di Stabilità e Crescita o le riforme ispirate dal Fondo Monetario Internazionale)²⁸. *Coeteris paribus*, un'economia non più prettamente nazionale ha determinato, a sua volta, la crisi dei rispettivi sistemi di *welfare*.

Ebbene, ciò che si intende sottolineare è come i sistemi di *welfare*, sviluppati in realtà strettamente nazionali ed ora esposti ad un'economia globalizzata, sono stati sottoposti a giudizi comparativi non sempre costruttivi sia dal lato del rapporto costi-benefici, che da quello dell'efficienza-effettività. Non è difficile immaginare infatti che l'allargamento della *membership* a paesi caratterizzati da sistemi

²⁵ Secondo C. Iannello, *op. cit.*, le nuove categorie della «teco-economia» (profitto, produzione, mercato, competizione, consumo) invadono tutti i campi, anche quello politico e giuridico, ed il diritto si disancora dal suo fondamento originario, primo fra tutti quello rappresentato dal territorio, determinando la perdita di senso dei valori su cui le costituzioni erano state edificate.

²⁶ Il riferimento è ai membri della Commissione europea, composti, come noto, non da componenti eletti, bensì da soggetti nominati dai governi dei loro rispettivi stati-membri. Ciò sta a significare che non avendo essi un mandato democratico, elettivo o popolare, non hanno obblighi di *accountability*, neppure nei confronti dei governi che li hanno nominati. Per approfondimenti sul tema, si vedano le considerazioni di G. Pasquino, *Deficit democratico*, 2011, dattiloscritto, testo disponibile al sito <http://www.sisp.it/files/papers/2011/gianfranco-pasquino-1103.pdf>; sulla deriva postdemocratica e tecnocratica che trova la sua sublimazione nella cosiddetta nuova *governance* economica e monetaria dell'Unione europea, si veda lo studio monografico di J. Habermas, *The lure of technocracy*, Cambridge, 2015.

²⁷ Si veda, ad esempio, il Consiglio europeo, composto, come noto, dai capi di governo che non sono eletti democraticamente all'interno del Consiglio appunto, ma membri di diritto in virtù del loro *status*. Anche in questo caso possiamo parlare di *deficit* democratico o di istituzione corredata da «scarsa democrazia», giacché i capi di governo sono certamente eletti, attraverso competizioni democratiche nei rispettivi paesi, ma non hanno specifico mandato, elettorale o politico, relativo alle materie di carattere europeo da affrontare o risolvere in quella sede. Il *deficit* democratico, o la scarsa democrazia che dir si voglia, si rileva in particolare nel momento in cui si considera che nessuno di loro verrà mai chiamato a rispondere, dinanzi ai loro cittadini, relativamente alle scelte «europee» effettuate, accettate o subite all'interno Consiglio. Per gli opportuni approfondimenti si rinvia agli scritti di P. Norris, *Democratic Deficit*, Cambridge, 2011 e V.A. Schmidt, *Democracy in Europe. The EU and National Politics*, Oxford, 2006.

²⁸ Secondo, infatti, A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl. eu.*, Rassegna on line, 2015, testo disponibile al sito: <http://www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/europa-sovranita-patroni-griffi.pdf>, la vera questione centrale, a livello europeo, è quella di ricercare una sovranità democratica condivisa, di una sovranità meno «schmittiana» e non per questo meno forte, che si sostanzia in un'esperienza costituente fondata su una democrazia pienamente rappresentativa. Similmente anche H. Brunkhorst, *Collective bonapartism – democracy in the European crisis*, in *German law. rev.*, 2014, 6, 1177.

economici e di *welfare* meno evoluti è una delle ragioni che ha portato le imprese al trasferimento delle proprie attività al di fuori dei confini nazionali, comportando, *ex adverso*, un *deficit* nei paesi di origine per la perdita di quelle risorse²⁹.

In sostanza, l'erosione della sovranità dello stato ha messo in discussione uno dei tratti che maggiormente contraddistingue il contemporaneo *welfare state*: il carattere marcatamente nazionale dei suoi schemi e delle sue programmazioni³⁰. La creazione, infatti, di un mercato unico europeo impone la necessità di considerare che in assenza di politiche di convergenza ed integrazione, i sistemi di sicurezza sociale possano seriamente rappresentare una forte distorsione della concorrenza fra gli stati membri³¹ ed un potenziale ostacolo alla libertà di movimento dei lavoratori nella Comunità Europea³². L'ipotesi poi che tali distorsioni, in un mercato unico, possano crearsi per effetto delle diverse strutture di finanziamento della sicurezza sociale si fonda, in larga misura, sull'idea del *dumping* sociale³³. Difatti i paesi economicamente emergenti, caratterizzati da una mino-

²⁹ *Contra* H. Wilensky, *Stato-nazione, politica sociale e andamenti economici*, in AA.VV., *Stato sociale e mercato globale*, a cura di M. Ferrara, Torino, 1993, 41, per cui i sistemi di *welfare state* nazionali sono in grado di assorbire abbastanza facilmente le nuove sfide esogene, senza perdere troppo in autonomia e senza dover procedere a revisioni straordinarie della propria struttura.

³⁰ Così, AA.VV., *Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale*, a cura di G. Prosperetti, Torino, 2008, 13, secondo cui «la globalizzazione, esercitando un condizionamento sull'autonomia dei singoli Paesi nella formulazione nazionale di politiche economiche e sociali, riduce la capacità degli Stati di incidere sul tessuto economico-sociale così come invece avveniva nell'era fordista, sino a porre in crisi lo stesso concetto di Stato-nazione quale ente territoriale sovrano». Si veda anche M. Ferrera, *Dinamiche di globalizzazione e stato sociale: un'introduzione*, in AA.VV. *Stato sociale e mercato globale*, a cura di Id., Torino, 1993, per cui il nucleo originario e fondamentale del *welfare state*, ossia la concessione o conquista di specifici diritti di protezione sociale, ha significato e vigore solo in riferimento a un ordine territoriale sovrano quale, appunto, lo stato-nazione; sono stati proprio i problemi e gli interessi di integrazione sociale, stabilità politica e crescita economica dello stato-nazione a plasmare l'evoluzione qualitativa e quantitativa delle politiche sociali durante l'ultimo secolo. Per l'evoluzione del carattere marcatamente nazionale dei sistemi di *welfare state* occidentali, si veda, P. Flora, A. J. Heidenheimer, *The Development of Welfare States in Europe and North America*, New York, 1981 (tr. it. *Lo sviluppo del welfare state in Europa e America*, Bologna, 1983); P. Flora, *Solution or Source of Crisis? The Welfare State in Historical Perspective*, in AA.VV., *The Emergence of the Welfare State in Britain and Germany*. London, a cura di W. J. Mommsen, 1981, 343-389 (tr. it. *Soluzione o fonte di crisi? Il welfare state in prospettiva storica*, in M. Ferrera, *Lo stato del benessere: una crisi senza uscita?*, Firenze, 1981, spec. 1-58) e J. Alber, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, Frankfurt, 1982 (tr. it. *Dalla carità allo stato sociale*, Bologna).

³¹ Il punto è ampiamente ricostruito da G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 104 del 2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Crisi-economica-ed-effettivit-dei-diritti-sociali-in-Europal/4774.aspx>, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³² Da ultimo affrontano questo problema, B. Suwankiri, A. Razin, E. Sadka, *The welfare state and migration: A dynamic analysis of political coalitions*, in *Research ec.*, 2016, 1, 122.

³³ Il termine *dumping* viene usato anche nel Trattato dell'UE all'art. 113 relativamente alle politiche commerciali: in tale settore per *dumping* si intende l'offerta di beni e servizi da parte di un Paese ad un prezzo inferiore rispetto a quello praticato in quello d'origine. L'art.100 del Trattato prevede, inoltre, che il Consiglio possa emettere direttive per l'omologazione di norme stabilite dalla legge, dai regolamenti o dall'azione amministrativa in quei Paesi membri, che possono influenzare direttamente l'istituzione o il funzionamento del mercato comune. Il Consiglio può intervenire non solo quando è coinvolto il funzionamento dell'Unione economica, ma anche per quanto riguarda eventuali differenze previdenziali o attinenti alle condizioni di lavoro. Per

re spesa pubblica in campo sociale e da oneri contributivi inferiori e conseguente minor costo del lavoro, divengono più competitivi rispetto a quelli con sistemi di sicurezza sociale più avanzati³⁴. Il *welfare* si trova a svolgere, così, il ruolo di un bene di lusso, accessibile essenzialmente ai paesi ricchi, che inevitabilmente genera un costo per il sistema produttivo, essendo finanziato prevalentemente dalle imprese e dai lavoratori³⁵ in rapporto al pagamento dei contributi assicurativi e previdenziali.

3.2. *Risanamento dei conti pubblici e sistemi di sicurezza sociale*

La perdita della sovranità nazionale ora descritta, ha fatto venir meno quelle condizioni che erano alla base dello stato sociale che, per anni, ha ridistribuito risorse, regolando il conflitto tra classi e producendo sicurezza in tutti gli strati sociali.

un'ulteriore analisi, si vedano M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, VII ed., Padova, 2016, 170; W. Benedek, *The World Trade Organization and Human Rights*, in AA.VV., *Economic Globalization and Human Rights*, a cura di W. Benedek, K. De Feyter, F. Marrella, Cambridge, 2007, 137; D. Brown, *International Trade and core labour standards: a survey of the recent literature*, in *Oecd Labour Market and Social Policy Occasional Papers*, n. 43, 2000; D. Gottardi, L. Calafa', *Presentazione a Responsabilità sociale delle imprese*, in *Lav. dir.*, 2009, IV, 501; A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, I, 13.; M. Volpe, *Delocalizzazione e dumping sociale. La prospettiva delle teorie economiche*, in *Lav. dir.*, 2011, 1, 45 e R. Pessi, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *Libertà, lavoro e sicurezza sociale*, I Working Paper Università di Macerata, 2011, n. 3, testo disponibile al sito: <http://giurisprudenza.unimc.it/it/ricerca/publicazioni/liberta-lavoro-sicurezza-sociale/Dumpingsocialeedirittodellavoro.pdf>.

³⁴ Si veda, M. Roccella, *L'unione europea fra neoliberalismo e dumping sociale*, in *Insight*, 2009, testo disponibile al sito: <http://www.insightweb.it/web/node/110>, secondo cui «con buona pace della retorica sul “Modello sociale europeo”, il *dumping* sociale è già oggi ampiamente presente nel mercato integrato dell'Europa comunitaria. Chi non ricorda la discussione attorno al progetto di direttiva *Bolkestein*? Si trattava, appunto, di un tentativo di sancire come regola generale il principio del Paese d'origine, che avrebbe avuto come effetto di legittimare una concezione della concorrenza fra imprese fondata sulla compressione di salari e diritti. La libertà di prestazione transnazionale di servizi stabilita dal Trattato, per essere davvero effettiva, avrebbe dovuto essere liberata da ogni sorta d'ostacolo in particolare da quello rappresentato per le imprese dei Paesi dove il lavoro è *low cost* (quelli dell'est europeo in primo luogo), dall'obbligo di rispettare gli standard protettivi più elevati di altri Paesi, allorché esse vi si spostino con i propri dipendenti per eseguire una determinata prestazione di servizi. Quel tentativo non è passato. Fatto è che quel tentativo cacciato dalla porta rischia di rientrare dalla finestra, attraverso l'interpretazione di un'altra direttiva del 1996; questa direttiva, era stata a suo tempo approvata proprio per contrastare il rischio di *dumping* sociale, recependo le indicazioni di una famosa sentenza della Corte di Giustizia, che aveva sostenuto che il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, in loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro». Le regole della direttiva sono poi state nel complesso interpretate in maniera equilibrata dalla Corte, si veda, a conferma, l'ampia giurisprudenza, tra tutte, Cgce 15.3.2011, *Heiko Koelzsch - État du Grand-Duché de Luxembourg*, Case C-29/10, testo disponibile al sito: <http://www.dplmodena.it/16-03-11CEGcausaLavoro.htm>.

³⁵ Così F. R. Pizzuti (a cura di), *Rapporto sullo stato sociale 2013. Crisi, istituzioni, beni comuni e welfare state*, Napoli, 2013.

Non è inusuale difatti che, a seguito della rottura di ogni legame tra stato e territorio, «il cittadino-lavoratore subisce l'effetto di poteri extraterritoriali e/o sovranazionali *esterni*³⁶ che sfuggono al controllo dello stato stesso»³⁷.

Su tali premesse, il fallimento della missione dello stato sociale, quale promotore della liberazione dal bisogno, è divenuto inevitabile. È infatti, divenuto difficile per lo stato, se non impossibile, assolvere a questo suo compito avendo uno spazio di manovra minimo, limitato dalla primaria esigenza di risanare il debito. In altri termini, si è dovuto investire risorse economiche per il risanamento dei conti pubblici mettendo in secondo piano il *welfare state* e le risorse a questo destinate.

Anche qui può rilevarsi come è mancata la presenza dell'Europa; in particolare non si fa riferimento ad un intervento «di diritto» della stessa Europa, nel rispetto dell'art. 153, par. 4, TFUE, che esclude chiaramente un intervento del legislatore UE sui sistemi di sicurezza sociale³⁸, bensì si allude ad un intervento di politica economica nel verso di una politica monetaria mirata a rendere omogenee le politiche fiscali dei singoli stati, legate, ad ora, prevalentemente al contenimento delle spese pubbliche. Inoltre, come si dirà nel proseguo, son mancate anche delle politiche mirate ad uniformare, o per meglio dire, finalizzate alla coesione dei *welfare* esistenti, che per giunta son minati anche da non trascurabili fattori «interni» agli stati, quali il calo demografico³⁹ e la modificazione del modello di società civile.

Innanzitutto, nei paesi più deboli, questi mutamenti interni ed esterni hanno prodotto una considerevole riduzione dei servizi sociali ed un arretramento delle tutele in genere⁴⁰.

³⁶ Il corsivo è mio.

³⁷ Così, P. Costa, *Cittadinanza Sociale e Diritto del Lavoro nell'Italia Repubblicana*, in *Lav. dir.*, 2009 I, 35.

³⁸ Afferma infatti E. Ales, *op. cit.*, 455, che i fondi dell'Unione non possono essere utilizzati nel finanziamento ordinario di prestazioni nazionali permanenti.

³⁹ Proprio con riferimento al problema demografico, nel Libro Bianco del maggio 2009, è stato rilevato che la demografia è il fattore di cambiamento più importante dei prossimi decenni. Saranno gli andamenti della natalità, il mutare della aspettativa di vita e i flussi migratori a determinare nuovi equilibri politici ed economici e a orientare le caratteristiche del *welfare* del futuro. Si veda, sul punto, M. Sacconi, *op. cit.*, M. Gramaglia, *Calo demografico*, in *Pol. ec.*, 1993, 1, 96 e F. Sperotti, *Demografia e mercato del lavoro: i cambiamenti dei prossimi quarant'anni*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 106. Si vedano anche da ultimo le soluzioni argomentate dalla dottrina nel numero monografico su *Pensioni: crescita della vita e decrescita del tasso di natalità*, in *Coll. giur. lav.*, 2016, 1.

⁴⁰ Eppure si potrebbe collegare il commercio internazionale ai diritti sociali attraverso il cd. sistema generalizzato di preferenze (GSP), in base al quale un paese riconosce trattamenti preferenziali (tariffari o di altro genere) in particolare a paesi in via di sviluppo, a condizione che essi rispettino certi *standard* sociali. In tal senso, A. Perulli, *Fundamental social rights. Market regulation and EU external action*, in *Int. jour. of comp. lab. law*, 2014, 27. Questo strumento, definito un «*milder approach to the social clause*», peraltro è stato ampiamente utilizzato anche dall'UE, che lo ha ripetutamente aggiornato e perfezionato, da ultimo col regolamento 732/2008.

Ma non solo; tale circostanza appare ancor più sconcertante se si considera che nel panorama attuale non si intravedono segnali di inversione di tendenza, al punto da essere necessitata una rimodulazione, in via autonoma da parte dei singoli paesi, del *welfare state*, sulla base delle mutate condizioni.

3.3. *Rivoluzione tecnologica e crisi dell'impresa fordista: gli effetti sui sistemi di welfare*

La nuova dimensione del capitalismo e del mercato economico non si sono attestate solo rispettivamente all'astrazione finanziaria ed alle virtualità delle strategie economiche, incidendo altresì considerevolmente su ogni settore produttivo, sui mercati, sugli scambi e non da ultimo sul diritto del lavoro. In particolare, il passaggio da un'economia industriale ad una tecnologica⁴¹ ha determinato un «sommovimento»⁴² e persino una soppressione di alcuni fondamenti del *welfare state*, mettendo in discussione tutti gli equilibri sino ad ora conquistati. Si deve così far fronte, con ancor più incisività, all'emersione di nuove classi sociali, a nuove povertà, a nuovi fenomeni migratori ed a nuovi bisogni del singolo⁴³.

Sul fronte della produzione, la situazione non è migliore poiché questa situazione ha generato il disfacimento del modello di impresa a stampo fordista, quella cioè edificata sulla produzione di massa o in larga serie e basata sulle catene di montaggio predisposte per la manodopera semi-qualificata del lavoratore di massa.

L'utilizzo, per giunta, di forme di organizzazione flessibile non ha fatto altro che accelerare quel processo di declino, per alcuni semi-permanente⁴⁴, del paradigma lavorativo a stampo fordista, indebolendo lo stereotipo del lavoro subordinato a tempo indeterminato⁴⁵, mitigando i confini tra lo stesso ed il lavoro auto-

⁴¹ Si tratta di *Industry 4.0* (da cui il nome di quarta rivoluzione industriale), termine che serve comunemente oggi ad identificare la produzione aziendale legata all'utilizzando della rete *IoT* (*Internet Of Thing*) in via totalmente automatica ed interconnessa. Per gli opportuni approfondimenti si veda F. Seghezzi, *Come cambia il lavoro nell'Industry 4.0*, Bergamo, 2015 e G. Gabrielli, *Mettere mano al lavoro nell'epoca della trasformazione digitale con quali domande?*, in *Lead. & manag.*, 2016, 1-2, 6. Per un'analisi del ruolo del lavoratore all'interno di questi cambiamenti si veda, M. Frey, M. Osborne, *Technology at work v2.0. The future in not what it used to be*, Oxford, 2016. Per un esame del *welfare* al tempo di *Industry 4.0*, si rinvia al § 5 del presente scritto.

⁴² Utilizza tale vocabolo R. Pessi, *Ordine giuridico ed economia di mercato*, Padova, 2010, 21. Similmente anche A. Schiavone, *L'Italia contesa. Sfide politiche e egemonia culturale*, Bari, 2009.

⁴³ Per gli opportuni approfondimenti su queste problematiche, in particolare sui fenomeni migratori, si veda W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia in Europa*, Torino, 2013.

⁴⁴ In questo senso si vedano M. Centra, V. Gualtieri, *La domanda di lavoro stabile nel periodo di crisi economica: un'analisi sul territorio italiano*, in *Ec. soc. reg.*, 2015, I, 53.

⁴⁵ Secondo M. Franzini, *Quando la tecnologia cambia: vincitori e perdenti nel passato e... nel futuro*, in *Parolechiave*, 2014, 57, la tecnologia non solo indebolisce lo stereotipo del lavoro subordinato a tempo pieno, ma incide sulle disparità di reddito tra lavoratori.

nomo e superando definitivamente l'originaria distinzione tra lavoro manuale e lavoro intellettuale⁴⁶.

Tale effetto, peraltro, non è stato casuale se si considera che la ragione risiede nell'eccessiva rigidità di quel modello di lavoro – individuato come *standard* – rispetto alle esigenze delle imprese di organizzare la propria attività produttiva in modo flessibile per tener conto del mercato economico e di una più aggressiva competizione globale. La soluzione dei vari legislatori (*in primis* quello italiano, dove il modello *standard* era fortemente presente) sono consistite nell'introdurre e/o nel promuovere modelli di lavoro «non *standard*», ovvero flessibili. Da ciò la naturale conseguenza per cui, al cospetto di cambiamenti così pervasivi, le dinamiche evolutive del *welfare state* – tradizionalmente incardinate sul vecchio modello fordista di solidarietà sociale (basato, come detto, sulla produzione di massa, sulla grande fabbrica, sul lavoro dipendente a tempo pieno) – nonché le sottostanti logiche di stampo protezionistico funzionalmente connesse alla difesa dei posti di lavoro e dei redditi dei lavoratori, sono irrimediabilmente e progressivamente andate in crisi⁴⁷.

Volendo ragionare in termini economico-previdenziali, potremmo sostenere che il superamento dell'impresa di tipo fordista ha segnato il passaggio da un *welfare state* di stampo keynesiano, contraddistinto dall'estensione dei diritti sociali sotto forma di norme generalizzate per un "consumo di massa", ad un *welfare state* di stampo schumpeteriano⁴⁸, caratterizzato dall'innovazione e dal cambiamento tecnologico, in cui le attività di *welfare* vengono riorganizzate sulla base della flessibilità del mercato del lavoro e della competitività strutturale.

3.4. Welfare state e spesa sociale

Un'ulteriore legante tra mercato economico e *welfare state* è rappresentato dalla mala gestione della spesa sociale, specialmente se essa viene esaminata con la lente comparativa delle altre realtà europee⁴⁹.

⁴⁶ Per i cui approfondimenti si rinvia ad A. Garilli, *Le categorie legali nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987, 88.

⁴⁷ Sull'irreversibilità del problema occupazionale, si veda fra tutti M. Rodriguez Piñero, B. Ferrer, *Per una Flexi-security virtuosa*, in *Lav dir.*, 2008, II, 341. Sulle strategie per far fronte al problema, soprattutto dal fronte della sicurezza sociale, si vedano, R. Muffels, C. Crouch, T. Wilthagen, *Flexibility and security: national social models in transitional labour markets*, in *Eur. rev. lab. res.*, 2014, 20, 114.

⁴⁸ Trattasi di un *welfare* principalmente volto a promuovere l'innovazione, orientato alla competitività e all'innovazione dei processi produttivi. Esso in sintesi segna il trapasso storico del primato delle politiche sociali rispetto alle politiche di sviluppo economico. Per un approfondimento sul tema, si rinvia a R. Jessop, *La transizione al postfordismo ed il welfare state postkeynesiano*, in AA.VV., *Stato sociale e mercato mondiale: il welfare state europeo sopravvivrà alla globalizzazione dell'economia?*, a cura di M. Ferrara, Torino, 1993, 76 ss.

⁴⁹ Sul confronto dei modelli in questi termini, si vedano R. Artoni, M. D'Antoni, M. Del Conte, S. Liebman, *Labour Protection Regimes and Models of Welfare State: A Comparative Perspective*, in *Social science rese-*

Il tema è certamente dei più centrali e complessi, stante da un lato la necessità di mantenere un *welfare* inclusivo e dall'altro lato il rispetto dei sempre più stringenti vincoli di bilancio, imponendo a chi studia il tema di analizzarlo sotto il profilo dell'efficienza delle (poche) risorse a disposizione, non potendo riferirsi, in questo periodo, ad aumenti economici di queste ultime. Non gioca difatti a vantaggio la realtà concreta, per cui la crisi ha aumentato le richieste di erogazioni per l'integrazione del reddito (ad esempio sussidi di disoccupazione, pagamenti per il pensionamento anticipato, assegni familiari) e, per via della recessione, per gli altri servizi di *welfare* (quali le politiche relative all'abitazione, alla sanità e alla famiglia), il ch  fa comprendere come nell'attuale periodo le spese sociali vengano percepite comunemente come un costo, anzich  come un investimento collettivo in capitale umano e infrastrutture socio-produttive.

Tale percezione   peraltro amplificata allorquando lo stato ha dovuto aumentare le *tax expenditures*, cio  le sue spese reali e/o fiscali per le innovazioni tecnologiche e la riorganizzazione strutturale⁵⁰.

Appare interessante, a questo punto, fornire qualche dato.

Dalle ultime rilevazioni ufficiali effettuate, la spesa sociale netta italiana in rapporto al PIL (25,5%) risulta superiore, anche se di poco, soltanto a quella spagnola (25,2%) mentre   di poco inferiore a quella svedese (26,1%) e ampiamente inferiore a quella di Francia (32,1%), Stati Uniti (28,9%), Regno Unito (27,7%) e Germania (27,5%)⁵¹. Se poi si confrontano i sistemi di *welfare* europei, si vede come la vera anomalia del sistema italiano sia nell'inadeguatezza della spesa com-

arch network, 2006, testo disponibile al sito: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877884. Pi  di recente si veda l'analisi comparata di U. Ascoli, E. Pavolini, *The Italian welfare state in a European perspective. A comparative analysis*, Bristol, 2015.

⁵⁰ Questo, in altri termini, null'altro   che l'effetto del *trend* di deregolamentazione liberista, iniziato negli anni Ottanta negli USA e poi globalizzato a seguito del *WTO*, il quale ha svuotato il modello economico che era alla base del secolo scorso; in particolare, il mercato dei capitali ha operato una scissione tra impresa e profitto, affidando quest'ultimo ad operazioni non pi  connesse al valore dei beni e delle attivit , ma ancorandolo alla dimensione speculativa delle aspettative degli investitori. Ci  sta a significare che il sistema finanziario non ha retto la progressiva globalizzazione del sistema economico, dove, al contrario, doveva esserne il supporto.

⁵¹ Gli ultimi dati rilevati si riferiscono al 2014 e sono riportati da R. Fantozzi, *La spesa per protezione sociale in Italia e in Europa*, testo disponibile al sito: <http://www.eticaeconomia.it/spesa-per-protezione-sociale-in-italia-in-europa/>, 2014. In tale ricerca vengono utilizzati i dati sulla spesa sociale di fonte Eurostat, rilevati in coerenza con i criteri adottati nell'Esspros (*European System of Integrated Social Protection Statistics*), che classifica la spesa per protezione sociale in base ai diversi rischi (malattia, vecchiaia, invalidit , superstiti, disoccupazione, famiglia, esclusione sociale, abitazione). *Contra*, A. Brambilla, *Le bugie sul welfare: siamo nella media Ue*, in *Corriere della sera*, 29 dicembre 2014, il quale smentisce che l'Italia sarebbe sotto la media europea perch  su un totale di spesa pubblica pari a 801 miliardi (bilancio 2012), comprensiva della mostruosa spesa per interessi di 86,7 miliardi (quasi l'11% della spesa totale), la spesa per pensioni, assistenza sociale e sanit    stata pari a 392,4 miliardi cio  il 49% dell'intera spesa.

plessiva ed, in particolare, in quella per gli ammortizzatori sociali, per la formazione, per il contrasto alla povertà oppure ad esempio la cura degli anziani⁵².

Giova ricordare, peraltro, che in Italia, al pari di Grecia e Ungheria, sono completamente assenti misure a sostegno del reddito minimo⁵³.

Queste carenze assicurative contribuiscono a spiegare il livello di povertà nel nostro paese (le persone a rischio di povertà relativa sono il 28.7%⁵⁴), che non solo è superiore alla media europea (16%), ma è anche molto mal distribuito⁵⁵. Il livello di povertà infatti è sentito maggiormente nei paesi del Mezzogiorno, dove s'attesta al 23.7%, a fronte di un 6.3% del Centro e un 4.9% del Nord Italia⁵⁶.

Tali indicatori, dunque, destano preoccupazioni non solo perché rappresentano una cattiva distribuzione del livello di reddito, che in Italia è più sperequato rispetto alla media europea, ma anche perché, paradossalmente, c'è una sostanziale distonia delle spese sociali, indirizzate tutte verso le prestazioni di vecchiaia e pressoché assenti in altri settori, quali il sostegno alla disoccupazione involontaria, alla malattia e all'invalidità oppure alla famiglia, all'infanzia, all'edilizia sociale o alla lotta all'esclusione.

Per quanto conveniente sotto il profilo dell'efficienza, e forse desiderabile sotto il profilo dell'equità in prospettiva globale, non v'è dubbio che una redistribuzione delle risorse rappresenti uno dei momenti che lega la crisi economica alla crisi del *welfare*, ma al contempo anche una delle sfide a cui un *welfare state* sviluppato deve necessariamente saper rispondere.

4. *Il dibattito dottrinale sulla necessità di riforma dei sistemi di welfare*

Il prolungarsi di uno scarso sviluppo economico, con problematiche circa il recupero delle risorse da destinare alle spese sociali, non fa altro che confermare la necessità di una ricalibratura del *welfare*⁵⁷.

⁵² In particolare, su quest'ultimo aspetto, si rinvia allo studio di C. Gori, J. L. Fernandez, R. Wittenberg (a cura di), *Long-term care in OECD countries, successes and failures*, Bristol, 2016, in cui si analizza l'impatto delle misure adottate dagli attori pubblici nazionali sulla popolazione anziana e sui loro fornitori di cura, con particolare riferimento alla gestione dei sistemi di LTC, al loro finanziamento e alla loro regolamentazione.

⁵³ I dati sono stati presi dalla redazione economica di Panorama, disponibili in <http://www.panorama.it/economia/lavoro/reddito-minimo-garantito-come-funziona-in-europa/>. Sul punto si rinvia a quanto ampiamente argomentato da G. Proia, *Stato sociale e redditi minimi*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 11, 734.

⁵⁴ Dati ISTAT pubblicati il 6 dicembre 2016, relativi all'anno 2015, disponibili in <http://www.istat.it/it/archivio/193650>.

⁵⁵ Sul tema si rinvia a quanto sostenuto da P. Rosanvallon, *La société des égaux*, Paris, 2011, 380.

⁵⁶ Per i dati precedenti si veda D. Berardi, F. Bersanetti, *Politiche di sostegno ai consumi alimentari delle fasce sociali meno abbienti*, in *Quad. ref. ric.*, n. 6, 2013, testo disponibile anche al sito: http://www.refricerche.it/fileadmin/Materiale_sito/contenuti/QR_06.pdf.

⁵⁷ Si parla da tempo infatti di de-mercificazione del *welfare*, come «*political protection against the economic risk*»; in questo senso, A. Hemerijck, *Two or three waves of welfare state transformation*, in N. Morel, B.

È opinione condivisa che, a seguito delle profonde trasformazioni dell'economia avvenute nell'ultimo periodo, non sia più perseguibile l'obiettivo della piena occupazione, che costituiva il presupposto di un *welfare* in cui sostanzialmente i diritti sociali venivano collegati al posto di lavoro.

Gli strumenti utilizzati dai governi che si sono succeduti, d'altra parte, sono stati tesi tutti ad un contenimento dei costi, tagliando indistintamente settori nevralgici per una società civile, allontanandosi da quell'idea di un *welfare state* concepito quale strumento di giustizia redistributiva a favore di chi ha necessità di liberarsi dal bisogno.

Per giunta, il notevole rallentamento del tasso di crescita e la sua crescente imprevedibilità, il diversificarsi ed il frantumarsi del mercato del lavoro in tipologie segnate da precarietà e da temporizzazioni occupazionali variegiate, o comunque instabili, nonché l'incalzare di andamenti demografici la cui combinazione (in particolare legate al calo della natalità e all'allungamento della vita media⁵⁸) ha reso improbabile il rispetto del patto intergenerazionale⁵⁹, sono solo alcuni dei fattori che hanno reso impossibile la realizzazione di quei principi di solidarietà che sono alla base del *welfare state*.

Da qui la forte necessità di riconsiderare e di riformare l'impianto complessivo del *welfare*.

In altre parole, oggi si sente più che mai la necessità di riaffermare la sostenibilità dei modelli di *welfare* esistenti, rafforzandoli lì dove insufficienti, al fine di far fronte ai nuovi bisogni⁶⁰, secondo un'ottica evolutiva, rendendoli altresì operativi per quanto riguarda la tutela dell'individuo dai rischi sociali⁶¹.

È, dunque, soprattutto nell'ultimo ventennio che s'è acceso un ricco dibattito in letteratura teso a fornire le ricette (da leggere anche in combinato disposto tra loro) su un'eventuale nuovo *welfare* che recuperi una solida sostenibilità finanziaria e che sia in grado di realizzare quell'idea di strumento destinato al soddisfacimento di coloro i quali vertono in uno stato di bisogno cronico o temporaneo.

Palier, J. Palme (eds), *Towards a social investment welfare state? Ideas, policies and challenges*, Bristol, 2012, 33.

⁵⁸ Così, G. Prosperetti, *op. cit.*, secondo cui «quello dell'invecchiamento della popolazione è un problema grave per i Paesi europei ed è il risultato di due distinti fattori: il calo della natalità e l'allungamento della speranza di vita grazie ai progressi fatti dalla medicina». Da ultimo si veda in particolare il volume monografico su *Pensioni: crescita della vita e decrescita del tasso di natalità*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 1, 2016.

⁵⁹ Parlano di «patto generazionale» T. Treu, *Riforme o destrutturazione del welfare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 96, 535 e R. Pessi, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, VI ed., Torino, 2016, 75 ss.

⁶⁰ In tal senso si vedano M. Ferrera, *Trent'anni dopo. Il welfare State europeo tra crisi e trasformazione*, in *Stato e merc.*, 2008, 81, 346; U. Ascoli (a cura di), *Il Welfare in Italia*, Bologna, 2011, 22; M. Ferrera, *Il Welfare state in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Bologna, 1984, 17; I. Colozzi, *L'Evoluzione del Sistema Italiano di "Welfare State"*, Milano, 1985, 301 e A. Nardi (a cura di), *Politiche sociali e riforme in Europa*, Palermo, 1988, 51 ss.

⁶¹ Sulla tutela dell'individuo dai rischi sociali nell'era moderna, si veda, P. Costa, *op. cit.*, 46 ss.

5. *Le proposte per un welfare mix*

Un problema fondamentale, per non dire determinante, a cui la letteratura ha dovuto rispondere e che ha sempre inciso sullo stato sociale ed in particolare sul suo operare, è il finanziamento. Ebbene proprio tale problema che la dottrina ha cercato di risolvere elaborando teorie che sono giunte a quello che oggi è comunemente conosciuto come *welfare mix*.

Con il termine *welfare mix*, sviluppato in Italia negli anni novanta⁶² (da cui è derivato un primo approccio legislativo attraverso la legge n. 328 del 2000, che ha disegnato un sistema integrato di servizi sociali) ed in Europa nei primi anni di questo secolo⁶³, s'intende l'innovazione del sistema di *welfare* nel suo finanziamento attraverso la partecipazione (economica) dei privati, seppur mantenendo la centralità strategica e organizzativa di bene pubblico.

Secondo tale teorizzazione si vorrebbe, senza modificarne o stravolgerne le dinamiche interne, affiancare al *welfare* pubblico un *welfare* di tipo privato, non *profit* e *profit*, al quale chiedere (in *partnership* con il pubblico) di coprire gli spazi non adeguatamente coperti dal *welfare state* attraverso meccanismi di delega e (soprattutto) sostegni finanziari dell'offerta, senza però giungere alla costruzione di "mercati sociali" veri e propri. In sintesi si tratterebbe di accantonare la storica ostilità dello Stato nei confronti di altri soggetti, altre istituzioni, in un'ottica evolutiva che vede anche questi ultimi come veicoli di solidarietà sociale. Tecnicamente ciò sarebbe reso possibile attraverso l'accreditamento istituzionale reso nei confronti delle azioni spontanee di alcune formazioni sociali che sono nei fatti più vicine e sensibili ai bisogni dell'individuo e della collettività⁶⁴.

Tendendo così la mano all'ideologia liberale⁶⁵ di contenimento del *welfare state*, da tempo si propone l'idea di mutare sensibilmente l'attuale equilibrio tra

⁶² Le prime teorizzazioni sono state effettuate da U. Ascoli, S. Pasquinelli (a cura di), *Il welfare mix. Stato sociale e terzo settore*, 1993, Milano; O. de Leonardis, *I welfare mix. Privatismo e sfera pubblica*, in *Stato e merc.*, 1996, 46, 51, a cui si rinvia in particolare per i problemi sottesi a tale proposta e L. Fazzi, *Il welfare mix in Italia*, Milano, 1998. Per un'attualizzazione, quanto alla sua applicabilità, si veda R. Pessi, *Il Welfare mix: povertà ed esclusione sociale*, in AA.VV., *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, a cura di G. Canavesi, I. Di Spilimbergo, Macerata, 2012, 51 ss.

⁶³ Si vedano, U. Ascoli, C. Ranci, *Dilemmas of the welfare mix. The new structure of welfare in an era of privatization*, London, 2002.

⁶⁴ Così P. Donati, *La cultura della cittadinanza oltre lo Stato*, Roma, 1994; C. Ranci, *Oltre il Welfare State, Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del Welfare*, Bologna, 1999 e A. M. Battisti, *Welfare e no profit in Europa. Profili comparati*, Torino, 2013.

⁶⁵ In linea generale, per sistema di *welfare* liberale, si intende un modello di *welfare* anche detto «residuale», in cui i diritti sociali derivano dalla dimostrazione dello stato di bisogno. Il sistema si fonda essenzialmente sulla precedenza dei bisogni che hanno i poveri meritevoli (teoria della *less eligibility*, per i cui approfondimenti si rinvia ad A. A. White, *The concept of "less eligibility" and the social function of prison violence in class society*, in *Buffalo law Rev.*, 2008, 737). I servizi pubblici pertanto non vengono forniti indistintamente a tutti, ma solamente a chi è povero di risorse, previo accertamento dello *status* di bisogno; per gli altri individui inve-

pubblico e privato in campo sociale a vantaggio del secondo⁶⁶. In particolare si vorrebbe contenere la presenza pubblica nella previdenza, nella sanità, nel collocamento, nella gestione degli ammortizzatori sociali e nella sicurezza del lavoro, a vantaggio di strutture ed assicurazioni integrative private, incentivate fiscalmente e finanziate a capitalizzazione⁶⁷.

Attraverso questa proposta non si vuole, ad ogni modo, smantellare lo Stato sociale bensì trasformarlo ed alleggerirlo. Si parla infatti, di un sistema di *welfare* in grado di risolvere la crisi del modello tradizionale, ripartendone oneri, attività

ce, che costituiscono la maggior parte della società, tali servizi sono acquistabili sul mercato privato dei servizi. Tale sistema, che è sostanzialmente adoperato negli Stati Uniti d'America ove sono previsti organismi come il *Medicaid* per i non abbienti, il *Medicare* per gli anziani e l'AFDC per le «madri sole», riflette una teoria politica secondo cui è utile ridurre al minimo l'impegno dello stato che risulta incentrata sulla logica del «cavarsela da soli», in cui vengono individualizzati i rischi sociali. Il risultato è un forte dualismo tra cittadini non bisognosi e cittadini assistiti. A tale modello se ne contrappongono altri due, ovvero il sistema di *welfare* conservatore, anche detto «particolaristico», in cui i diritti derivano dalla professione esercitata: le prestazioni del *welfare* sono legate al possesso di determinati requisiti, in primo luogo, l'aver un contratto di lavoro o esercitare, appunto, una professione. In base al lavoro svolto, si stipulano delle assicurazioni sociali obbligatorie che sono all'origine della copertura per i cittadini. I diritti sociali sono quindi strettamente collegati alla condizione di cittadino-lavoratore. Questo è il modello tipico degli Stati dell'Europa continentale e meridionale, tra cui l'Italia (per determinati servizi). Un'ultima variante del modello particolaristico è il cosiddetto *welfare* aziendale che si è diffuso in alcuni paesi occidentali ed in Giappone (per le esperienze italiane si vedano, A. Tursi, *Welfare aziendale: profili istituzionali*, in *Riv. pol. soc.*, 2012 III, 213 ed E. Fagnani, *Dalla crisi del welfare state al welfare aziendale. Flexible benefits: verso una nuova forma di finanziamento indiretto all'istruzione?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, I, 159). Esso si basa sui contributi dei dipendenti e su somme erogate dalla stessa azienda che, nel caso di previsione di utili nel lungo periodo (specie in caso di monopoli), possono rappresentare la parte principale del finanziamento dei servizi. L'ultimo, è il sistema di *welfare* socialdemocratico, detto anche «universalistico», sviluppatosi nei paesi nord europei, quali Svezia, Danimarca, Norvegia e Finlandia. I diritti qui derivano dalla cittadinanza: vi sono quindi dei servizi che vengono offerti a tutti i cittadini dello stato senza nessuna differenza. Tale modello promuove l'uguaglianza di *status* fornendo un *welfare* che si propone di garantire a tutta la popolazione degli *standard* di vita qualitativamente più elevati. Sul declino di questo ultimo modello di *welfare* si veda: I. Madama, M. Natili, *A farewell to universalism, a farewell to equality? The paradox of redistribution in the era of the new politics of the welfare state*, in *Pol. soc.*, 2016, 3, 459. Per una rassegna ragionata sui sistemi di sicurezza sociale, invece, A. Pessi, *Riflessioni sui sistemi di sicurezza sociale*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, 2005, Padova, 1621.

⁶⁶ In questi termini anche F.R. Pizzuti, *ult. op. cit.*, per cui «di fronte alla crisi dello Stato sociale e dei ceti medi (visibili in questi anni) alcuni economisti sostengono la necessità di diminuire la spesa pubblica ed il prelievo fiscale, sostenendo allo stesso tempo nuove forme di socialità basate su economie di scala e ricorso alle tecnologie informatiche dei servizi da erogare al cittadino. In questo modo i servizi risulterebbero più efficienti e meno costosi. Si sostiene allo stesso tempo l'idea di affidare (in tutto o in parte) a gestori privati, ritenuti più efficienti, servizi come le pensioni (fondi pensione privati), la sanità e l'istruzione. Tuttavia i problemi di giustizia ed equità sociale nonché il ridotto ruolo dello Stato nella redistribuzione della ricchezza che deriverebbero da simili scelte, per molti non sono affatto trascurabili, specie alla luce dei risvolti dimostratisi nell'attuale crisi evidenziata nel 2008».

⁶⁷ Il caso emblematico è l'esortazione «continua» del legislatore italiano ad attivare forme di, previdenza complementare, per i cui approfondimenti si rinvia a M. Gambacciani, *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Napoli, 2011; S. Giubboni, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Bari, 2009; G. Sigilló Massara, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, V, 480 e P. Passalacqua, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, 47.

ed organizzazione tra dimensione pubblica e quella creativa dei privati⁶⁸. Questo nuovo modo di intendere il *welfare* ridisegnerebbe compiutamente il ruolo dello stato, che non sarebbe più la sola espressione ed il solo mezzo di concretizzazione della solidarietà sociale, pur rimanendone il centro di coordinamento rispetto alle formazioni sociali che spontaneamente si candidano ad intercettare le aspettative ed i bisogni dell'individuo nel rispetto delle loro identità.

L'effettività della teoria esposta risiede a mio avviso nella creazione di un sistema sempre più integrato e plurale, nel quale viene superato quello zoccolo duro che vede interesse pubblico ed interesse privato su piani completamente separati e reciprocamente indifferenti, al fine di farli coesistere ed interagire puntando alla valorizzazione della dimensione collettiva.

5.1. *Le proposte per un welfare collegato al terzo settore*

Sempre nell'ottica dell'integrazione pubblico-privato, si va consolidando, da qualche anno, l'ipotesi di un «nuovo»⁶⁹ *welfare* il cui motore sia il terzo settore, cioè quel mondo articolato e complesso di formazioni sociali (fondazioni, associazioni di volontariato, cooperative sociali, sindacati, enti *no profit* e bilaterali, per dirne alcune) che è appunto terzo rispetto allo stato ed al mercato, in quanto sintetizza organizzazioni che non sono entità esponenziali del primo e che non operano secondo la logica del secondo⁷⁰.

Anche qui l'idea di fondo è che la solidarietà non sia espressione meramente statale, quanto piuttosto rinvenibile anche nelle formazioni sociali che si stanno mostrando come sempre più vicine e sensibili ai bisogni dell'individuo e della collettività⁷¹.

⁶⁸ In questi termini, R. Pessi, *Il welfare mix: povertà ed esclusione sociale*, in *Lav. prov. oggi*, 2010, 11, 1097. Ma anche, P. Donati, *La cultura della cittadinanza oltre lo Stato*, Roma, 1994; C. Ranci, *Oltre il Welfare State, Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del Welfare*, Bologna, 1999 e A. M. Battisti, *Welfare e no profit in Europa. Profili comparati*, Torino, 2014, 10.

⁶⁹ L'espressione è di M. Persiani, *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 140, 641.

⁷⁰ Al riguardo si vedano gli scritti di F. Pasuello, *Una nuova frontiera: il Terzo settore*, Roma, 1997; F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello Stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2001; C. Ascoli, C. Raci, *Il welfare mix in Europa*, Bari, 2003 e P. Donati, I. Coluzzi (cura di), *Il privato sociale che emerge. Realtà e dilemmi*, Bologna, 2004. Di diverso avviso, invece E. Mignone, *Le dinamiche del capitalismo, la mercificazione globale e la crisi economica*, in *Pol. soc.*, 2014, II, 216, secondo cui queste esperienze possono effettivamente articolare risposte efficaci rispetto ai rischi ed a bisogni di protezione sociale molto differenziati, ma lasciano aperti due problemi: la necessità di mantenere un livello elevato di impegno e risorse pubbliche da investire nel coordinamento e nella regolazione della protezione dei cittadini e l'esigenza di mantenere sotto controllo l'incremento delle disuguaglianze sociali.

⁷¹ Così anche A. M. Battisti, *ult. op. cit.*, 84; P. Donati, *op. cit.* e C. Ranci, *op. cit.*

Si parla, così, della realizzazione di un *welfare state* attraverso il settore del *no profit*⁷², il ché, anche rispetto alla teorizzazione del *welfare mix*⁷³, farebbe superare le riserve contenute in quella concezione che vede il *welfare* come una competenza esclusiva dello stato sull'assioma (confutabile) che ciò che è gestito dal pubblico è «sicuro», perché scontatamente associato al bene comune, mentre ciò che è gestito dal privato è «fuori controllo», perché legato prettamente al profitto.

Nel suo ultimo approdo, peraltro, questa prospettiva gode di un'approfondita analisi che dimostra come un'opportuna canalizzazione delle attività verso il terzo settore possa elevare la qualità delle prestazioni di *welfare*, riducendone i costi nelle due aree nevralgiche e più esposte: quella pensionistica e quella sanitaria⁷⁴. Certo è che, sebbene il terzo settore possa indubbiamente innalzare la qualità e lo *standard* stesso dei servizi, a tutto vantaggio dei beneficiari, rimane ineso quel nodo del finanziamento che continuerebbe a gravare sulle casse dello stato.

5.2. *Le proposte per un welfare basato sull'attivazione del soggetto beneficiario*

Da altro versante sembra interessante anche un'altra proposta, ossia quella di collegare il *welfare* ad un atteggiamento proattivo del beneficiario del servizio⁷⁵. Si parla in questi termini di un tipo di *welfare* “abilitante”, attraverso un meccanismo di sussidiarietà circolare che prevede l'interazione sistematica, sia nel momento progettuale che in quello della realizzazione, tra lo stato, il mondo delle imprese e quello delle associazioni, e dove venga enfatizzata la partecipazione degli individui nella società civile per «costruire una capacità di progettazione culturale comune»⁷⁶.

⁷² Per le prospettive e le criticità del *no profit* nei disegni di legge italiani, si veda E. Pavolini, *Il terzo settore in Italia fra disegni di riforma e caratteristiche del fenomeno*, in *Pol. soc.*, 2014, III, 485.

⁷³ In particolare il riferimento è al fatto che nel *welfare mix* l'apertura sia anche a settore *profit*.

⁷⁴ In tal senso, F. M. Emanuela, *Il terzo pilastro. Il no profit motore del nuovo welfare*, Napoli, 2008 e A. M. Battisti, *ult. op. cit.*, 11.

⁷⁵ Per i cui approfondimenti si veda, da ultimo, il contributo di G. Cazzola, E. Messagli, S. Spattini, M. Tiraboschi, *Lavoro e Welfare della persona. Un “libro verde” per il dibattito pubblico*, 2015, testo disponibile al sito: http://www.bollettinoadapt.it/wpcontent/uploads/2015/10/libro_verde_11_2015.pdf. Agli antipodi di questo modello si porrebbe il tipo di *welfare* c.d. occupazionale, ovvero quello che fa riferimento a prestazioni che sono erogate a seguito di un processo di contrattazione fra le parti sociali o come prodotto di iniziative unilaterali e volontarie promosse dalla imprese. Per gli approfondimenti del caso, si veda, C. Agostini, U. Ascoli, *Il welfare occupazionale: un'occasione per la ricalibrazione del modello italiano?* in *Pol. soc.*, II, , 2014, 263.

⁷⁶ Così, si veda, M. Ceruti, T. Treu (a cura di), *Organizzare l'altruismo, globalizzazione e welfare*, Roma – Bari, 2010. Il concetto di *welfare* abilitante si sposa spesso con le politiche che mirano all'attivazione del singolo individuo. Il concetto di attivazione si inserisce tra le logiche, dominanti nell'ultimo decennio, dei tentativi di ristrutturare i sistemi di *welfare* dei paesi dell'Unione Europea. Esso, infatti, esprime un significato molto esteso comprendente tutte le politiche attuate (o che si intendono attuare) per la protezione sociale e di mercato del lavoro. In particolare, attraverso tali politiche, che si inseriscono nel quadro socio politico contemporaneo promosso dalla SEO e dalle *guidelines* nazionali dei singoli stati, il lavoratore non solo sarebbe protetto, ma

I nuovi equilibri in cui verrebbero a trovarsi i soggetti coinvolti richiederebbero una responsabilizzazione degli stessi che, in molti casi, manca allo stato attuale⁷⁷. In questo modo essi potrebbero essere stimolati a sviluppare le risorse e le capacità necessarie per fronteggiare la situazione di rischio e incertezza lavorativa, onde cogliere le opportunità della società⁷⁸ e rendersi coautori delle politiche di *welfare* maggiormente corrispondenti ai loro bisogni. Si tratta, in sintesi, di rovesciare la logica dell'intervento passivo di sussidio tipico dei modelli di *welfare* industriale nell'ottica di un modello di *welfare* attivo⁷⁹, orientato a risolvere o prevenire i bisogni, in grado cioè di promuovere le capacità del singolo che diverrebbe esso stesso responsabile del proprio benessere⁸⁰. Tra l'altro questa concezione di *welfare* è in linea con quanto già da tempo sostenuto dalle politiche europee sul tema e da alcuni documenti ufficiali dell'OECD⁸¹, per cui dinanzi a siffatti problemi occorrono politiche attive che non tamponino temporaneamente la situazione di bisogno ma che siano piuttosto finalizzate a mutare la condizione in cui gli individui vertono.

A livello pratico, oltre ad una valorizzazione del *welfare* negoziale, già palese dalla dottrina⁸², una delle possibili alternative da percorrere potrebbe essere quella di creare delle reti sul territorio che a livello decentrato, attraverso dina-

sarebbe in grado di inserirsi nel mercato del lavoro e di costruirsi la propria vita professionale. Per gli opportuni approfondimenti, anche critici, del sistema, si rinvia a J. Barbier, *Attivazione*, in *Riv. pol. soc.*, 2005, I, 260.

⁷⁷ Sul principio di condizionalità dei diritti sociali che permea tale modello, si vedano i contributi di A. Alaimo, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e "strategia delle obbligazioni reciproche"*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 507 ss.; E. Ales, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, 251 e L. Corazza, *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 483.

⁷⁸ Si pensi, ad esempio, alla possibilità che questo tipo di *welfare* possa offrire quanto alla creazione delle condizioni personali e sociali necessarie affinché tutti i lavoratori e i cittadini partecipino a pieno titolo all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, sulla scorta dell'art. 3, comma 2 della Carta costituzionale. Per questi ed altri esempi, si rinvia a G. Bronzini (a cura di), *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, 119.

⁷⁹ La partecipazione attiva costituisce, infatti, secondo E. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 147, 489, «un aspetto fondamentale del principio di condizionalità che, come detto, informa il diritto e, in particolare, i diritti sociali, mettendo in discussione le fondamenta stesse della concezione proprietaria, statica dei diritti sociali e premiando una visione dinamica e partecipata dell'integrazione sociale».

⁸⁰ A tale livello si potrebbe giungere, secondo G. Proia, *Il Welfare negoziale*, in AA.VV., *Solidarietà e Sicurezza Sociale*, a cura di G. Canavesi, I. Di Spilimbergo, Macerata, 2012, 92, dando e riconoscendo peso alla parte negoziale di un moderno sistema di *welfare*: perché un'altra delle conseguenze negative della burocratizzazione dello stato sociale è la deresponsabilizzazione degli individui, mentre la responsabilità individuale è essenziale per qualsiasi realizzazione di politica sociale.

⁸¹ «OECD Annual report 2005», disponibile su <http://www.oecd.org/about/34711139.pdf>. Per una dettagliata analisi generale sui rilevamenti dell'OECD, si vedano M. Del Conte, C. Devillanova, S. Morelli, *L'indice OECD di rigidità nel mercato del lavoro: una nota*, in *Pol. ec.*, 2004, III, 335 e P. Tergeist, *Multinational enterprises and codes of conduct: the OECD guidelines for MNEs in perspective*, in R. Blanpain (ed.), *Comparative labor law and industrial relations in industrialized market economies*, Kluwer, 2014, 213.

⁸² Così, G. Proia, *ult. op. cit.*, 93.

miche di *empowerment*, programmino e gestiscano le prestazioni. Tali dinamiche sarebbero in grado, a mio avviso, di veicolare processi di attivazione per i soggetti in stato di difficoltà, così da liberarli dalla dipendenza passiva dei sussidi, tenuto conto delle specificità dei luoghi geografici in cui risiedono.

Questo processo di *rescaling* potrebbe coinvolgere, come detto, a livello istituzionale le amministrazioni locali (opportunamente potenziate sia nelle competenze che nei servizi) e a livello sociale le organizzazioni private, il terzo settore, le reti di volontariato, le famiglie ed infine anche le parti sociali⁸³. Tale *modus operandi* può ben essere letto come una declinazione rispettosa, ma in chiave moderna ed in termini fattuali, del principio di sussidiarietà che ha caratterizzato e caratterizza molti modelli di *welfare*. Peraltro esso potrebbe essere il volano per il passaggio dal vecchio *welfare* improntato su strette logiche di *government* ad uno, di più ampio respiro, che fonda le sue logiche su un coinvolgimento collettivo e multilivello caratterizzato da dinamiche di *governance*⁸⁴.

Il disegno così delineato modificherebbe a livello strutturale sia gli obiettivi tradizionali della protezione sociale sia i suoi rapporti con le politiche del lavoro in senso stretto, rendendoli al passo con i tempi e rispettosi di quelle politiche che vedono nel *welfare* il superamento di forme riparatorie o di mera compensazione economica⁸⁵.

A parere di chi scrive, tale via, oltre a risolvere i problemi di gestione e di risorse (umane, materiali ed economiche) che ruotano intorno al *welfare*, aprirebbe la strada ad un modello effettivo di *welfare society* che rigeneri le ormai stagnanti forme di *welfare* industriale, capace di generare inclusione, benessere e soprattutto, coesione sociale⁸⁶.

⁸³ In questi termini anche Y. Kazepov, (a cura di), *Rescaling Social Policies: Towards Multilevel Governance*, Ashgate, 2010.

⁸⁴ Sulla necessità di tale cambiamento, si veda, K. Leichsenring, *I cambiamenti nei sistemi dei paesi del centro Europa*, in *Il cambiamento dei sistemi di welfare: quali politiche e processi di governance*, Venezia 17-18 Maggio 2012, dattiloscritto, testo disponibile al sito: http://www.unive.it/media/allegato/School_SSPP/eventi/2012-13/Leichsenring_I_cambiamenti_nei_sistemi_del_centro_Europa.pdf

⁸⁵ Così, T. Treu, *Politiche del Lavoro. Insegnamenti di un Decennio*, Bologna, 2001, 171 e J. F. Handler, *Social citizenship and workfare in the united states and western europe: the paradox of inclusion*, Cambridge, 2004, 90, secondo cui il *welfare* andrebbe riformato e il lavoro andrebbe *re-commodified*, cioè nuovamente reinserito in un contesto di mercato.

⁸⁶ Secondo R. Pessi, *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 145, 134, il passaggio dal *welfare state* alla *welfare society* è sempre più pressante, di talché il benessere dei cittadini è rimesso non più al solo stato, ma alla società nel suo complesso, in un'interazione organizzata tra gli enti pubblici nelle varie articolazioni territoriali, sulla base del principio della sussidiarietà verticale. Sostiene A. Ciarini, *Individualizzazione e Welfare: Dimensioni e processi*, in *Riv. pol. soc.*, 2010, II, 347, che tale sistema potrebbe alimentare particolarismi ed indebolire la solidarietà nazionale. Tale *impasse*, secondo chi scrive, potrebbe essere superato mantenendo alta la funzione di coordinamento, di indirizzo e di gestione economica a livello nazionale, mettendo al tempo stesso nella giusta evidenza le responsabilità dei soggetti che operano sul territorio. Un coordinamento ed un'assistenza, a livello centrale, da parte dello stato (similmente, P. Sandulli, *Tutela Previdenziale e Assistenziale dei Lavoratori*

5.3. *Le proposte per un «neowelfarismo liberale»*

Quando si parla di proposte per delle “nuove” forme di funzionamento dei sistemi di *welfare state* non si può omettere la trattazione di una nuova sintesi ideologica che è stata opportunamente definita da Ferrera «neowelfarismo liberale»⁸⁷.

Tale forma è volta a combinare, in modo creativo, alcuni tratti della tradizione liberale con altri della tradizione socialdemocratica al fine di elaborare una nuova concezione della natura e del ruolo dello stato sociale in un contesto economico sempre più basato sulla conoscenza e sempre più aperto.

I tratti distintivi di questa nuova modalità operativa si caratterizzano da un nucleo centrale incentrato sul liberalesimo, ossia nella tutela della libertà negativa⁸⁸ e da elementi derivati dal liberismo, come ad esempio l'uguaglianza di opportunità, la non discriminazione, l'efficienza del mercato e l'economia aperta⁸⁹. Al tempo stesso il «neowelfarismo liberale», proprio per la sua natura di sin-

Atipici nell'Ordinamento Giuridico Italiano, in *Lav. dir.*, 2003, III, 409) permetterebbe anche di superare quella logica (fredda) di *welfare* di attivazione c.d. all'americana (per i cui approfondimenti si veda M. Wisemann, *USA. Workfare: Un sistema Complesso*, in *Ass. soc.*, 1999, 89) per cui, al fine di far rientrare un individuo nella cittadinanza attiva, lo si obbliga ad accettare una proposta lavorativa di qualunque genere essa sia, pena la perdita del sussidio, nei termini di un «offerta che non si può rifiutare», puntando (pesantemente) sulla sua responsabilizzazione, (in questi termini si veda V. Borghi, *Il lavoro dell'attivazione: lo statuto sociale del legame tra welfare e lavoro nelle politiche di attivazione*, in AA.VV., *Le politiche sociali. Temi e prospettive emergenti*, a cura di L. Bifulco, Roma, 2005, 45). Altre criticità vengono segnalate da M. Franzini, *Il welfare state e il futuro del benessere*, in *Pol. soc.*, 2014, II, 180, il quale riferisce che orientare le politiche di *welfare* alla creazione di capitale umano, formulata da coloro che auspicano il passaggio dalla protezione alla promozione, può condurre ad esiti deludenti se l'obiettivo è (anche) quello di includere e di ridurre le disuguaglianze.

⁸⁷ L'A. affronta il tema, anche con una notevole ricostruzione storica sulla radice dell'ideologia in parola, in *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e merc.*, 2013, 1, 3. Sul neoliberismo come ideologia applicata al *welfare*, si vedano anche, S. Mudge, *What is Neo-liberalism?*, in *Socio-economic rev.*, 2008, 6, 703 e F. Scharpf, *Europe's neo-liberal bias*, in A. Hemerijck, B. Knapen, E. van Doorne (a cura di), *Aftershocks Economic Crisis and Institutional Choice*, Amsterdam, 2009, 228.

⁸⁸ In estrema sintesi attraverso questa ricostruzione la nozione di libertà negativa viene de-contestata in tre modi. Innanzitutto viene inestricabilmente legata alla libertà positiva e alle opportunità che consentono lo sviluppo dell'individuo e delle sue potenzialità (con ciò traducendo quanto sistematicamente asserito da J. S. Mill, *Principles of political economy*, London, 1848- trad. italiana a cura di B. Fotana, *Principi di economia politica*, Torino, 2006); in secondo luogo, la libertà negativa è utilizzata per rafforzare il principio di non discriminazione e generare così nuovi tipi di diritti civili che possiedono rilevanti implicazioni sociali (quali ad esempio le quote di genere, i diritti delle “minoranze” etniche oppure i diritti dei migranti); in terzo ed ultimo luogo, la libertà in parola è utilizzata per rafforzare il legame tra libertà e diritti fondamentali (quali quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

⁸⁹ La teorizzazione di M. Ferrera, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, *cit.*, tende pertanto a de-contestare anche la nozione classica di uguaglianza secondo tre direttrici. In primo luogo, essa assume un carattere marcatamente dinamico, tenendo a mente che il fine non è quello legato al momento, ma quello che si evince nel lungo periodo; in secondo luogo, essa ha un carattere multidimensionale, dove non si tiene da conto solo del reddito del beneficiario, ma anche altri importanti fattori, quali l'etnia, l'orientamento sessuale, e via dicendo. In terzo luogo, Ferrera, fa rientrare nella nozione di eguaglianza i benefici da riservare ai meno avvantaggiati, pur rimanendo nel solco dell'universalità degli interventi resi in campo sociale.

tesi ideologica, al punto che a mio avviso potrebbe anche esser nominato come un “*welfare* di sintesi”, combina ai punti anzidetti, gli elementi centrali della tradizione socialdemocratica, quali la solidarietà, la redistribuzione, l’inclusione e l’universalismo.

A questi tradizionali ceppi ideologici, si aggiungono profili innovativi, come per esempio l’impegno a sostenere e promuovere l’individualità, la razionalità della spesa e l’apertura dei mercati economici, nonché l’impegno a mantenere un equilibrio ragionevole fra valori in competizione e spinte normative inevitabilmente contrastanti⁹⁰.

Il discorso sulla sua portata pratica è tuttavia assai limitato.

Il potenziale insito nel «neowelfarismo liberale», infatti, è stretto nella morsa dell’intransigenza rigorista delle autorità economiche dell’UE e della debole dimensione sociale europea.

Nonostante questa nuova visione del *welfare* sia portavoce di valori fondamentali per le odierne società, nonché attento alle nuove esigenze delle stesse, quali la crescita, la competitività, l’occupazione, non è riuscito a scalfire il prevalente consenso di matrice monetarista e di conservatorismo fiscale nella gestione dell’UME, ma soltanto ad imprimere un timido segnale⁹¹.

Anche in questo caso sono state determinanti le politiche di austerità da parte di Bruxelles che hanno gradualmente sovrastato l’autonomia degli stati nazionali⁹², aggravando più che mai le asimmetrie e le architetture del mercato economico europeo.

Resta da vedere se, superata la crisi dell’euro, attraverso riforme mirate a livello UE, possa essere elaborato un nuovo paradigma di politica economica che vada nel verso di un’effettività, non solo teorica, delle politiche sociali.

5.4. *Cenni sulle proposte di un welfare «non per cassa, ma per equità»*

Da ultimo, non si può trascendere dalla proposta presentata a novembre del 2015 dal Presidente dell’INPS, intitolata «Non per cassa, ma per equità» e strutturata come un vero e proprio disegno di legge, con tanto di relazione illustrativa e tecnica, corredata da tabelle esplicative, attraverso un articolato di ben sedici articoli.

⁹⁰ Su tali equilibri, come necessari per un nuovo *welfare*, si vedano, P. Magonette, *The fragility of liberal Europe*, in *Eur. pol. sc.*, 2009, 8, 190 e M. Freedon, *European liberalism*, in *Eu. jour. pol. theory*, 2008, 7, 9. Sulle prospettive future, P. Pierson, *The welfare state over the very long run*, in *ZeS-Arbeitspapier*, 2011, 2.

⁹¹ Così anche N. Morel, B. Palier, J. Palme, *Towards a social investment state?*, Bristol, 2011.

⁹² Per le cui dinamiche ed implicazioni si rinvia a quanto già sostenuto nel § 3.1 del presente scritto.

Tralasciando le polemiche da alcuni scagliate⁹³ nei confronti del mezzo e del metodo utilizzato dall'Istituto, sembra che il "progetto" possa essere apprezzato per due ordini di ragioni: in primo luogo perché riaccende un dibattito che ora più che mai ne risulta rinvigorito; in secondo luogo poiché, a livello generale, centra il problema dell'attuale *welfare* cioè le pensioni e la povertà, seppur trattandole congiuntamente. Si tratta infatti di possibili soluzioni per abbattere il tasso di povertà, alzare l'occupazione giovanile ed infine, dare delle risposte al problema del conflitto intergenerazionale, attraverso la leva del ricambio generazionale.

Quel che invece, a mio avviso, desta qualche perplessità, sono le soluzioni approntate. Nel documento si legge che «un contributo decisivo alla riduzione della povertà non potrà che venire dal mercato del lavoro, soprattutto quello dei più giovani». La ricetta prospettata è quella di una maggiore flessibilità in uscita da parte dei soggetti che non hanno maturato i requisiti pensionistici, attraverso il rodato meccanismo dei prepensionamenti o delle transizioni flessibili che dir si voglia, per far spazio alle "nuove leve". Tale proposta sembra dar poco conto alle proiezioni sull'andamento demografico, in particolare dell'invecchiamento della popolazione, e soprattutto, della forte decontribuzione di cui è fiero il contratto a tutele crescenti. Entrando nel merito poi, la soluzione dei prepensionamenti ha già mietuto i suoi nefandi raccolti lì dove operata, si veda il caso dei lavori usuranti come soluzione all'attività particolarmente usurante prestata dal lavoratore addetto a specifiche e determinate lavorazioni, per dirne uno degli ultimi casi tangibili. A quanto consta, infatti, prepensionare soggetti ancora in forza (lavorativa e fisica) non sembra la soluzione più appropriata posto che i problemi di natura finanziaria per la sostenibilità dei costi del *welfare* non può esser sorretta (semplicisticamente) senza l'aumento di coloro che ne sostengono i costi e quindi dei lavoratori che pagano i contributi. Il meccanismo, peraltro, se avesse seguito, si collocherebbe in antitesi con il percorso che la Corte europea sta compiendo in questi anni con la richiesta d'innalzamento dell'età pensionabile, tale che possa essere garantita la sostenibilità e l'adeguatezza delle pensioni stesse.

Ad adiuvandum, si potrebbe oltremodo sostenere che la proposta impedirebbe quelle trasmissioni funzionali delle competenze che invece sono costantemente richieste dal mercato del lavoro e che stanno prendendo piede in altri ordinamenti, *in primis*, quello anglosassone.

Di fondo, qui c'è da fare una riflessione cogente: si continua a riferire il *welfare* alle pensioni, annichilendo altri fattori di non secondaria importanza, ma che rientrano all'interno di esso; come precedentemente affermato, esso è anche

⁹³ Per tutti, si veda G. Cazzola, *Un Jobs Act per le pensioni*, in *Bollettino Adapt*, 9 novembre 2015, n. 39, testo disponibile al sito: <http://www.bollettinoadapt.it/politically-incorrect-una-rubrica-adapt-sul-lavoro-un-jobs-act-per-le-pensionil>.

sostegno alla disoccupazione, alla formazione, alle politiche per la famiglia, per l'infanzia, per l'edilizia sociale, per la lotta all'esclusione, e via dicendo. Tratti questi che sanciscono e ribadiscono (se si tiene a mente quanto già autorevolmente sostenuto⁹⁴) l'unione della previdenza sociale con l'assistenza sociale, attraverso un'attuale e necessaria visione d'insieme, in controtendenza alla persistente distinzione delle due branche.

6. *Le recenti trasformazioni del welfare state. Il welfare al tempo di Industry 4.0*

Mentre il dibattito dottrinale è costantemente acceso sui temi della sostenibilità finanziaria, sulle prestazioni adeguate o sui destinatari, il mondo della produzione e dei consumi ha subito nel corso degli ultimi decenni cambiamenti epocali che hanno segnato la transizione dall'economia industriale del secolo scorso a quella che viene attualmente definita economia della conoscenza, oppure quarta rivoluzione industriale, anche nota come *Industry 4.0*⁹⁵.

Senza dilungarmi troppo sulle caratteristiche di *Industry 4.0*, perché ormai note ai più, è interessante immaginare come il mercato economico ed il *welfare state* saranno condizionati da questo nuovo modo di fare impresa. Certamente una prima riflessione, benché scontata, è quella per cui il *welfare state* sarà chiamato a confrontarsi su nuove sfide, che si sommano a quelle passate non ancora soddisfatte, rendendo ancor più arduo il raggiungimento di quella effettività che dovrebbe esser garantita ai diritti sociali⁹⁶.

⁹⁴ M. Persiani, *Considerazioni sulla relazione annuale del Presidente dell'Inps*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, IV-V, 891. L'A. muove dalla considerazione per cui sia l'assistenza che la previdenza dovrebbero essere, ormai, ricondotte ad un'unica funzione che è quella sancita dal secondo comma dell'art. 3 Cost. e che consiste nel garantire, a tutti i cittadini e non solo ai lavoratori, in adempimento di quel dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost., le condizioni necessarie per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici. Peraltro, tale ricostruzione ha un fondamento normativo nella legge n. 328 del 2000, che ha razionalizzato l'intero sistema dell'assistenza sociale di cui alla legge 153 del 1969 e successive modifiche, attribuendo ai soggetti protetti ed ai loro famigliari un diritto soggettivo alle prestazioni assistenziali.

⁹⁵ Per gli opportuni approfondimenti sul tema di *Industry 4.0* nelle sue implicazioni giuslavoristiche, si vedano, da ultimo e senza pretesa esaustiva, F. Seghezzi, *Lavoro e relazioni industriali nell'Industry 4.0*, in *Dir. rel ind.*, 2016, 1, 178; M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *ivi*, 2016, 3, 651 ss e A. Sartori - M. Corti, *La legge di stabilità e i nuovi progetti governativi sul lavoro autonomo e lo smart working*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 2, 165. In estrema sintesi, la quarta rivoluzione industriale ha prodotto (in alcune realtà, quali ad esempio il caso "pilota" in atto alla GM di Torino attraverso l'utilizzo del c.d. *smart working*) o produrrà notevoli stravolgimenti sul diritto del lavoro in generale e sulla prestazione di lavoro in particolare. Proprio quest'ultima è svolta, tramite la rete IoT ed attraverso *smartphone* o *tablet*, in modalità *everytime* e *everywhere*, rivoluzionando i confini ed i canoni della materia.

⁹⁶ Per ulteriori approfondimenti sul tema si vedano, T. Treu, *Labor law and sustainable development*, in *WP M. D'Antona.INT*, n. 130/2016 e F. Onida, *Standard sociali e del lavoro nella rule of law internazionale*, in AA.VV., *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, a cura di G. Amato, Roma, 2009, 215.

Credo sia logico sostenere l'assunto per cui il *welfare* al tempo di *Industry 4.0*, o *welfare 4.0*, sarà sempre più legato all'innovazione, in rispetto ai capisaldi stessi della quarta rivoluzione industriale. Ma l'innovazione è legata a stretto giro di corda alle persone, a maggior ragione se ci riferiamo al periodo attuale in cui le istituzioni non possono realisticamente sostenere il *welfare* nella sua totalità. Ebbene credo che l'innovazione in parola sarà rapportata soprattutto alla disponibilità delle persone di aggregare le domande, di mettere in comune, di cercare luoghi, modi e spazi in cui sostenere e facilitare il mutualismo, in tempi in cui i cittadini sono sempre più spinti a ripiegarsi su se stessi a causa di una sfiducia negli apparati e negli organi di governo (nazionali e comunitari). D'altra parte, si tratterebbe di applicare quei principi già noti e conosciuti che storicamente derivano dalla lezione del movimento cooperativo, il quale trovava nel mutualismo una leva che convertiva i problemi in risorse. Sarebbe questo il punto di partenza anche per uscire dai confini predefiniti delle prestazioni di *welfare* attraverso l'innovazione dei soggetti e degli ambienti fisici. Aprire infatti i confini del *welfare* tradizionale consente di smarcarsi dai confini stessi e dalle identificazioni tradizionali per ricercare spazi di convergenza trasversali che hanno a che vedere con la cittadinanza, prima che col bisogno. Lo scopo ultimo, infatti, del *welfare 4.0* è quello di intentare una rivoluzione copernicana dove gli interventi non si attestino solo alle fragilità, a *target* di utenti o a bisogni teoricamente predeterminati; occorre infatti rivolgersi alla generalità dei cittadini, al fine di sostenere lo sviluppo delle competenze come leva promozionale per l'autonomia.

Sulla traccia delle proposte dottrinali per un *welfare* proattivo o abilitante, peraltro, la domanda sociale non sarebbe più intesa come riparazione, ma come promozione, definendo obiettivi "allargati" dove far convergere disponibilità e bisogni, in cui le differenze trovano spazio ed accoglienza, attraverso un peculiare processo che si potrebbe definire di "rigenerazione dei legami" nella comunità.

Dal fronte concreto la realizzazione di questo *welfare 4.0*, benché in stato ancora estremamente progettuale ed ipotetico, potrebbe essere largamente affidata agli stessi soggetti beneficiari secondo una logica innovativa che non tollera più una netta separazione tra chi produce il servizio ed il beneficiario. Ciò sarebbe perseguibile attraverso una logica fortemente generativa e capacitante anche per i destinatari che diventerebbero co-produttori dell'intervento per se stessi e per gli altri⁹⁷.

⁹⁷ Quanto detto non rimane pura teoria in quanto già posto in essere in molti progetti tra i quali si segnalano: Case del tempo, Abito.me; Human library, E-20 e via dicendo.

7. Osservazioni conclusive nell'ottica di un welfare internazionale

Alla luce di quanto detto, sembra che, quel che esiste di negativo sul mercato unico e sulla globalizzazione in genere, non avrà, anche per ragioni politiche, soluzione nel breve periodo.

Le recenti politiche neoliberali⁹⁸ hanno tolto agli stati (e di conseguenza ai cittadini) la possibilità di scegliere come determinare il proprio sviluppo economico – sociale, con tutto ciò che ne consegue sul piano dell'effettività della democrazia e della tutela dei diritti sociali⁹⁹. Proprio su questi ultimi possono sollevarsi altrettanti problemi, specie in merito ad una riforma sostanziale del *welfare state*, quantunque, a mio avviso, qui ci sia un più ampio margine di intervento. Benché infatti, quando si parla di *welfare state* è naturale scontrarsi con la realtà empirica che tipizza e caratterizza il singolo ordinamento al punto da far ritenere, a prima vista, che una regolamentazione generale a livello europeo sia pressoché impossibile da realizzare, è pur vero che questa utopica idea non osta a un rafforzamento delle regole, dettate a livello comunitario, che presidino il lavoro e la persona umana, essendo diventata questa una necessità indifferibile a cui la stessa Europa non può rinunciare.

Si tratterebbe di estendere quei minimi diritti sociali inderogabili facendo leva sul principio comunitario del non regresso¹⁰⁰, valorizzandone la sua portata ed estendendolo incisivamente agli stati in cui si ha ancora una regolamentazione sociale debole o assente, declinando così “a pioggia” un tipo di *welfare* di stampo universalistico, in coerenza con i diritti di libertà ed uguaglianza.

Sarebbe quindi auspicabile nei prossimi anni un intervento europeo in materia, che sia poggiato su una solida sfera di solidarietà redistributiva. Il riferi-

⁹⁸ Il riferimento specifico è al patto *Europlus*, al c.d. *Six pack* ed infine al *Fiscal compact*.

⁹⁹ Sostiene infatti, A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl. eu.*, Rassegna on line, 2015, testo disponibile al sito: <http://www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articolieuropa-sovranita-patroni-griffi.pdf>, che «nelle difficoltà della presente congiuntura economica globale e alla luce dei riflessi che la stessa determina sulla tenuta del livello, che si riteneva acquisito, di tutela dei diritti sociali, il tema del futuro della democrazia europea si pone, ancor di più, come ineludibile (...) stante la crisi, che in Europa a questo punto non è più solo economica, ma anche e soprattutto politica e sociale e rischia di toccare le stesse fondamenta dell'edificio». Sul punto, interessanti anche gli spunti di M. Rocca, *Enemy at the (flood) gates: Eu 'exceptionalism' in recent tensions with the international protection of social rights*, in *Eur. labour law. jour.*, 2016, 1.

¹⁰⁰ Il principio comunitario esposto lo si ritrova ormai in tutte le direttive che riguardano la materia delle politiche sociali (ivi compresi i rapporti di lavoro). Il legislatore comunitario infatti, stabilisce che la loro attuazione non costituisca, per gli stati membri, una valida giustificazione per realizzare un regresso, nell'ambito coperto dalla direttiva, del livello generale di tutela già garantito dalle legislazioni nazionali. Per gli approfondimenti generali, si veda M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 95, 487; U. Carabelli, G. Dondi, L. Garofalo, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 103, 535 ed A. Perulli, *Fundamental social rights. Market regulation and EU external action*, in *Int. jour. of comp. lab. law*, 2014, 27. Con specifico riferimento al contratto a termine, si vedano, A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001.

mento è ad un tipo di *welfare* sovranazionale, al di sopra dei singoli paesi europei, che unisca in sé i diritti sociali – da prestare alle persone in condizioni di bisogno – ed i corrispondenti doveri di solidarietà. Tale percorso potrebbe essere concretizzato, all’occorrenza, anche attraverso un concorso finanziario all’uopo predisposto tra gli Stati UE che non vertono – o che vertono meno – in uno stato di crisi economica. Ciò sarebbe reso possibile, proceduralmente, dal già collaudato Metodo Aperto di Coordinamento (MAC), e, sostanzialmente, ferme le necessarie diversità e tipicità che caratterizzano i singoli stati membri, attraverso politiche sociali e fiscali all’uopo predisposte ma comunque idonee a fissare quei minimi materiali necessari per governare le difficoltà economiche all’interno dell’Unione, scongiurando fenomeni di *dumping* sociale. Ed infatti, anche se non si può negare, in questa sede, che i mercati internazionali non siano tenuti a farsi carico dei problemi inerenti il benessere individuale o collettivo, è vero anche che a livello centrale è possibile, per via indiretta, orientare il mercato nel senso di produrre ricchezza da redistribuire in termini di solidarietà.

7.1. *Una proposta concreta: il dialogo sociale europeo come “ponte” tra governance economica e governance sociale*

Nei paragrafi che precedono sono state individuate le criticità dei processi decisionali su cui si basa la *governance* economica europea, in particolare la sua rigidità, la macchinosità, la vischiosità ed una assai debole legittimazione democratica.

È stato già detto anche quale sono state le cause e quali gli effetti sui sistemi di *welfare state*, e della necessità indefettibile di una reinterpretazione dei vincoli di disciplina finanziaria e del significato e della portata dell’idea di solidarietà tra stati membri dell’UE¹⁰¹.

Ebbene, a parere di chi scrive, una soluzione a questo problema, che vada nel verso di un *welfare* internazionale, potrebbe giungerci attraverso un più incisivo utilizzo del dialogo sociale europeo.

Per meglio comprendere quanto asserito ritengo necessario ripercorre brevemente qualche passaggio storico ed in particolare ricordare le conclusioni che si ebbero al Vertice di Parigi, dove il Consiglio adottò una Risoluzione relativa al Programma di azione sociale, datata 21 gennaio 1974¹⁰². In essa il Consi-

¹⁰¹ Il punto è ampiamente analizzato da R. Cisotta, *Democrazia e diritti sociali: forma della governance economica e scelte dell’UE*, in *Pol. soc.*, 2015, 163.

¹⁰² Per i cui approfondimenti si rinvia a F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale europeo*, Milano, 1992.

glio si impegnava ad adottare le misure necessarie al conseguimento di obiettivi importanti per la coesione sociale europea che però, allo stato concreto, non ebbe i risultati attesi a causa di una sfavorevole congiuntura economica internazionale, dovuta allo *shock* petrolifero del tempo, che finì col gravare su quell’embrionale e timido tentativo di affermare un modello di *welfare* a portata continentale.

Il passaggio storico però, seppur non determinante a fini pratici rispetto all’obiettivo preposto, non fu da considerarsi una sorta di “buco nell’acqua”, giacché è considerabile a buona guisa come il punto di partenza dell’odierna proposta.

Attraverso questo passaggio storico, in combinato disposto anche col Memorandum francese del 1980 sullo «Spazio Sociale Europeo», il dialogo sociale europeo è stato indicato, o se si ritiene “investito” – unitamente all’occupazione ed al coordinamento della sicurezza sociale – tra le strategie per un efficace raggiungimento della tanto ambita integrazione sociale. In sintesi, il dialogo sociale europeo, per la prima volta, fu visto marcatamente come la strada da percorrere per l’integrazione sociale europea. D’altra parte, è nella stessa definizione di dialogo sociale fornita dall’Organizzazione Internazionale del Lavoro che meglio si comprendono le sue potenzialità «di negoziazione, consultazione o semplicemente scambio di informazioni tra, o fra, rappresentanti di governi, datori di lavoro e lavoratore, su questioni di comune interesse concernente le politiche economiche e sociali»¹⁰³.

Per avvalorare la tesi, va segnalato pure che la Commissione ha affidato, a partire dagli anni Novanta, al dialogo sociale europeo un ruolo significativo, promozionale e propulsivo sul procedimento di integrazione sociale in parola. Ne sono conferma, in particolare, le Comunicazioni della Commissione del 1998 (Adattare e promuovere il dialogo sociale a livello europeo), del 2002 (Il dialogo sociale europeo forza di modernizzazione e cambiamento) e del 2004 (Partenariato per il cambiamento in un’Europa allargata – Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo), le quali hanno tutte sottolineato le prerogative del dialogo sociale nell’affrontare temi come il miglioramento di competenze e qualifiche, la modernizzazione dell’organizzazione del lavoro, la promozione dell’opportunità e l’elaborazione di politiche a favore dell’invecchiamento attivo. In particolare è nella Comunicazione del 2004 che si intravedono i segni distintivi della maturità raggiunta dal dialogo sociale, ormai non più relegato a mero supporto, ma tassello determinante nel processo di integrazione europea, non solo per quanto riguarda la *governance* economica, ma anche per quanto attiene la *governance* sociale.

L’auspicato *welfare* comunitario di cui s’è detto nel paragrafo precedente, potrebbe essere raggiunto proprio attraverso questo strumento, che meglio di

¹⁰³ La definizione è ripresa da L. Fiorillo, *L’Unione europea e il dialogo sociale*, in AA.VV., *Europa e concertazione: modelli a confronto*, a cura di R. Pessi, Padova, 2009, 171.

altri (nuovi o vecchi che siano) ne dà garanzia di risultato. La garanzia di tali obiettivi potrebbe infatti essere la sintesi dello sviluppo di buone sinergie tra i vari livelli delle relazioni industriali condivise e congiunte al miglioramento della rappresentatività delle organizzazioni sindacali a livello europeo, all'intensificazione dell'attività dei Comitati Aziendali Europei (CAE) ed alla promozione della responsabilità sociale delle imprese.

Sulla scorta di queste e delle precedenti considerazioni rispetto a quanto sostenuto a livello teorico, una proposta concreta dunque potrebbe essere quella che conta sull'appoggio delle parti sociali, similmente a ciò che è accaduto per scongiurare abusi nei paesi in via di sviluppo, come ad esempio nel caso di lavoro minorile, estendendo i poteri di controllo ad organismi mondiali, ovvero ad organismi transnazionali di rappresentanza dei lavoratori. Deve infatti riconoscersi un ruolo significativo in capo agli accordi sindacali internazionali, cioè agli accordi collettivi quadro stipulati dai sindacati internazionali sia con sindacati nazionali sia con la partecipazione dei CAE.

Attraverso tale coinvolgimento, assegnando alle parti sociali una nuova sinergia e nuove responsabilità, anche le risorse finanziarie erogate dall'UE potrebbero essere infatti usate in modo virtuoso e più armonico. Attraverso la chiave della concertazione¹⁰⁴, operata attraverso queste ultime infatti, si contribuirebbe anche ad una gestione trasparente delle risorse in grado di fissare degli *standard* economici e normativi di trattamento da rivolgere con più incisività verso le aree europee a forte integrazione economica e sociale.

¹⁰⁴ Sull'importanza ed efficacia della concertazione, nonché sui suoi esiti, si veda A. Vallebona, *Interesse generale e concertazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, 1 e M. P. Gentili, *Concertazioni e sistema pensionistico*, in AA.VV., *Europa e concertazione: modelli a confronto*, a cura di R. Pessi, Padova, 2009, 131.

Mercato economico e welfare State

L'articolo affronta la delicata questione degli effetti della globalizzazione economica sui sistemi di *welfare state*. Il punto di partenza dell'indagine è, in generale, l'analisi della crisi economica che dal 2008 ha investito anche l'Europa e delle conseguenze da essa scaturite sul sistema produttivo, con riferimento, in particolare, al tramonto, a seguito della rivoluzione tecnologica, dell'impresa di stampo fordista. Questo processo, unito alla globalizzazione economica e alla conseguente crisi della sovranità nazionale, ha portato i sistemi di *welfare state* in *default*, non potendo più essi garantire quelle prestazioni che avevano caratterizzato e contraddistinto il Vecchio Continente. L'Autore, non da ultimo, affronta la necessità, ormai non più rinviabile, di dare conto a quelle proposte avanzate di recente dalla letteratura in merito all'innovazione di tali sistemi al fine di renderli sostenibili ed effettivi.

The economic market and the welfare state

The essay addresses the sensitive issue of the effects of economic globalisation on the welfare state. The starting point of the investigation is the analysis of the economic crisis underway since 2008 which has also affected Europe and the consequences resulting from it on the production system, with reference to the decline in Fordist enterprise. This process, combined with the economic globalisation and the consequent crisis of national sovereignty, has led to defaults in state welfare systems, being no longer able to guarantee the performance that had characterised and distinguished the "Old Continent". The Author also addresses the now urgent need to take account of those proposals recently put forward by the literature concerning the innovation of these systems in order to make them sustainable and effective.

Articoli e Saggi

Non performing loan, crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato

Guido Befani

SOMMARIO: 1. Premessa: l'individuazione del problema. – 2. L'incertezza del regime degli aiuti di Stato al settore bancario. – 3. I limiti della garanzia pubblica alle cartolarizzazioni delle sofferenze bancarie. – 4. Le problematiche prospettive di intervento dei fondi Atlante. – 5. Il fallimento della ricapitalizzazione del Monte dei Paschi di Siena. – 6. Le prospettive di intervento del d.l. 23 dicembre 2016, n. 237 (c.d. salva risparmio). – 7. Una possibile lettura evolutiva del regime degli aiuti di Stato alla luce della sentenza *Kontik*. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: l'individuazione del problema

Nel difficile contesto economico attuale, lo stato di patologica insolvenza dei debitori non performanti ha rappresentato uno dei principali fattori di vulnerabilità del sistema bancario che, complice il perdurare degli effetti dalla crisi dei mutui *sub-prime*¹, ha registrato una significativa incidenza negativa della qualità degli attivi patrimoniali².

¹ L'economia di questo contributo non consente un'approfondita trattazione sulle origini e sugli effetti della crisi dei mutui *sub-prime*. Per una descrizione delle diverse cause si rinvia, *ex multis*, ai rilievi di J.E. Stiglitz, *Macroeconomics, Monetary Policy and the Crisis*, in O. Blanchard, D. Romer, M. Soence, L.E. Stiglitz (edited), *In the Wake of the Crisis*, Cambridge, 2013; K. Rogoff, P. Reinhart, M. Carmen, *Financial and Sovereign Debt Crises: Some Lessons Learned and Those Forgotten*, in S. Claessens, M.A. Kose, L. Laeven, F. Valencia (edited), *Financial Crises: Causes, Consequences, and Policy Responses. Presented September 14, 2012, at IMF conference on financial crises*, Washington, DC, 2014. Per la dottrina italiana, v. N. Salanitro, *Capitalizzazione e crisi economica*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 125 ss. e M. Onado, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca, impresa e società*, 2009, 5 ss.

² Secondo il Rapporto annuale della Banca d'Italia sulla stabilità finanziaria di novembre 2015, il settore bancario italiano avrebbe accumulato oltre 360 miliardi di crediti deteriorati lordi, di cui oltre 207 rappresentati da «sofferenze» pesanti in termini netti 85,5 miliardi di perdita secca. Cfr. sul punto Banca d'Italia, *Rapporto*

In tale frangente, la prima soluzione «istituzionale» approntata dal Comitato di Basilea nell'ambito del c.d. pacchetto di Basilea 3³ non sembrerebbe essere riuscita a scongiurare il potenziale effetto domino di un'insolvenza a cascata tra le banche e l'innescio di pericolose interazioni sistemiche, fattore che ha contribuito a porre al centro del dibattito economico-politico la ricerca di una nuova stabilità dei mercati e tra i mercati, e ha fatto ri-emergere l'esigenza di un intervento pubblico di «salvaguardia», per scongiurare che un settore altamente strategico e di indiscussa rilevanza pubblicistica⁴, come quello del credito, venga lasciato alla «mano invisibile» di autogoverno, con tutte le conseguenze del caso⁵.

sulla stabilità finanziaria, 2/2015, 33 ss. Sui *non performing loan* si rinvia, *ex multis*, ai rilievi di M. Gandolfo, *La nozione di insolvenza nelle sofferenze bancarie*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2/2015, 339 ss.

³ L'architettura del «Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria» ha imposto l'accantonamento prudenziale di riserve obbligatorie proporzionali all'ammontare di credito esposto al rischio di insolvenza. In conseguenza della crisi finanziaria del 2007-2008, infatti, è stato approvato un apposito accordo internazionale di vigilanza prudenziale, il c.d. pacchetto Basilea 3, diretto al miglioramento della capacità del settore bancario di assorbire gli *shock* derivanti dalle tensioni economiche e finanziarie, indipendentemente dalla loro origine, a migliorare la gestione del rischio e la *governance* e a rafforzare la trasparenza e l'informativa delle banche. L'accordo di Basilea 3 è stato trasfuso nell'Unione Europea all'interno del Regolamento UE n. 575/2013 e della direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale, la c.d. «direttiva sui requisiti patrimoniali», recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, per un commento dei quali si rinvia a F. Accettella, *L'Accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2013, 462 ss.

⁴ Già all'indomani della legge bancaria del 1936, la migliore dottrina aveva mostrato un vivo interesse sulla funzione pubblicistica del credito e del risparmio, configurando l'attività di erogazione del credito quale servizio pubblico. In tale dibattito, si rinvia a M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia del 1939*, ora in Id., *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, nonché a Id., *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico del 1949*, ora in Id., *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 57 ss. Sui profili pubblicistici del credito e sul ruolo di Stato banchiere si rinvia a M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969. La rilevanza giuspubblicistica del credito ha poi assistito, in conseguenza della scomparsa dello Stato-imprenditore-banchiere degli anni '90, al riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività bancaria e la sua collocazione in un assetto di mercato concorrenziale. Cfr. sul punto, *ex multis*, la ricostruzione di R. Costi (a cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, Milano, 1990, nonché A. Predieri, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma della concorrenza comunitaria*, Milano, 2002.

⁵ In termini generali, per una ricostruzione storica sugli ausili pubblici alle imprese in difficoltà, si rinvia ai rilievi di A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti generali*, in M. Bessone (a cura di), *Trattato dir. priv.*, vol. XXV, Torino, 2012, 103 ss., nonché, con specifico riferimento al settore bancario, a A. Dell'Atti, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Conc. e Merc.*, 2012, 585, e C. Buzzacchi, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Conc. e Merc.*, 2013, 77 ss. L'economia del presente contributo non consente ulteriori approfondimenti su un tema così vasto. Nella consapevolezza di tale limite, si rinvia, *ex multis*, ai rilievi di F. Ferraro, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 335 ss.; R. Luja, *State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 145 ss., nonché G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2009, 429 ss. Sui diversi fallimenti del mercato, e sulle relative ragioni macroeconomiche a sostegno dell'intervento pubblico, cfr. l'analisi di J.E. Stiglitz, *The Economics of the Public Sector*, 3rd ed., New York, 2000. Da ultimo, cfr. anche i rilievi di S. Amorosino, *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2016, 339 ss.; F.A. Grassini, *Ritorno ai salvataggi?*, in *Astrid Rassegna*, 7/2015; G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2014, 1 ss.; nonché F. Fracchia, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era*

Sempre in tale contesto, e nell'alveo degli interventi strutturali e delle diverse esperienze di salvataggi pubblici di istituti di credito, si è inserita anche la soluzione istituzionale dell'Unione Bancaria europea, che ha visto la duplice introduzione del Meccanismo di vigilanza unico e del Meccanismo di risoluzione unico, e che ha trovato il suo «naturale» compimento con l'emanazione della direttiva 2014/59/UE «*Bank Recovery and Resolution Directive*», istitutiva di un quadro preventivo comune di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento in stato di crisi⁶, l'attuazione della quale cela il rischio di paradossali effetti distorsivi per la stabilità del sistema bancario⁷.

Infatti, come meglio si vedrà nell'analisi del fallimento della ricapitalizzazione Monte dei Paschi, l'introduzione generalizzata dell'istituto del *Bail-in*⁸, ha suscitato negli investitori un pericoloso effetto «palla di neve», che rischia fortemente di auto alimentarsi in una pericolosa spirale al ribasso, laddove proprio l'obbligo di intervento preventivo posto a carico di azionisti, obbligazionisti e correntisti dell'istituto da risanare, avrebbe l'inevitabile effetto di rendere ancor meno appetibili i titoli azionari e obbligazionari degli istituti coinvolti, compromettendo ulteriormente le sorti finanziarie dell'ente al posto di porvi rimedio⁹, specie nell'eventualità, tutt'altro che remota, che il rischio sotteso di un forzoso aumento di capitale, nel caso in cui il mercato non lo finanzi spontaneamente, possa acuire la crisi di liquidità degli istituti bancari e da cui potrebbe scaturire una crisi sistemica di solvibilità e un fallimento del mercato del credito che, se

della globalizzazione, in *Il diritto dell'economia*, 2012, 11 ss. e Id., *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 451 ss.

⁶ Recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

⁷ Tra i commenti dottrinari alla direttiva BRRD, cfr., *ex multis*, quanto rilevato da A. Argentati, *I salvataggi di banche italiane e l'“Antitrust” europeo*, in *Mercato, concorrenza regole*, 1/2016, 109 ss.; V. Carriero, *Salvataggi bancari e sacrificio di diritti: il “bail-in”*, in *Il Foro italiano*, 4/2016, pt. 5, 147 ss.; G. Guizzi, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, Intervento al Seminario «La tutela del risparmio nell'Unione bancaria», Roma, 5 maggio 2016, in *Corriere giuridico*, 6/2016, 745 ss.; B. Inzitari, *BRRD, “Bail in”, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Contratto e impresa*, 3/2016, 689 ss.; A. De Aldisio, *La gestione della crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca impresa società*, 3/2015, 391 ss.

⁸ La direttiva 59/2014 ha previsto un meccanismo di salvataggio interno, il c.d. *Bail-in*, che consente la svalutazione e la conversione forzata delle passività dell'ente da risanare, imponendo l'intervento preventivo degli azionisti, degli obbligazionisti e dei correntisti con depositi superiori alla nota soglia di garanzia di cento mila euro. Lo stesso art. 3, comma 1, n. 33, del Reg. 806/2014 sul Meccanismo unico di risoluzione definisce il *Bail-in* quale «meccanismo per l'esercizio dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione».

⁹ Significative al riguardo sembrerebbero essere le esperienze della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio e di Banca Marche, Cassa di risparmio di Ferrara, Cassa di risparmio di Chieti, sottoposte alla procedura di risoluzione prevista dall'art. 32 del d.lgs. n. 180 del 2015 con apposito provvedimento della Banca d'Italia del 23 novembre 2015. Cfr. sul punto Banca d'Italia, *L'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia: Linee generali e interventi nei confronti delle quattro banche poste in “risoluzione”*, del 30 gennaio 2016.

ritenuto «insostenibile», aprirebbe la strada a un intervento pubblico straordinario di dubbia compatibilità con il regime degli aiuti di Stato¹⁰.

Alla luce di queste premesse, pertanto, lo scopo del presente contributo è di tentare di individuare una diversa prospettiva di indagine sul problema dell'intervento pubblico a sostegno delle crisi bancarie, anche a fronte delle problematiche emerse in attuazione delle diverse soluzioni di mercato via via approntate. Nello specifico, si cercheranno di individuare gli elementi di criticità connessi alla garanzia pubblica sulle cartolarizzazioni delle sofferenze bancarie, alla partecipazione pubblica ai due fondi Atlante e all'attuazione del decreto «salva risparmio», perché i profili di rischio appena delineati potrebbero rappresentare in astratto tanto un fallimento del mercato, quanto un fallimento istituzionale delle regole, ovvero un problematico *mix* dei due, con dei dubbi risolti di compatibilità col regime generale degli aiuti di Stato niente affatto definibili con significativi margini di certezza.

2. *L'incertezza del regime degli aiuti di Stato al settore bancario*

La prospettiva di ricorrere a un paracadute pubblico per far fronte a una crisi bancaria di rilevanza sistemica, già sperimentata nel caso simbolo della nazionalizzazione britannica della *Northern Rock*¹¹, ha comportato l'emersione di diversi profili problematici nell'individuare la compatibilità col regime degli aiuti di Stato¹².

¹⁰ Cfr. sul punto D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il "bail-in" e la sua concreta applicazione*, Relazione al Convegno «Quali regole per quali Mercati? Una riflessione sui nuovi modelli regolatori e sui mercati in transizione», Milano, 11-12 dicembre 2015, in *federalismi.it*, 1/2016, 10 ss., nonché A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 5/2015, 587 ss.

¹¹ Su tale operazione si vedano, *ex multis*, i rilievi di M. Marini, *Il caso "Northern Rock": il consolidarsi del nuovo paradigma proprietario nel diritto privato europeo*, Nota a CEDU, sez. IV, 10 luglio 2012 (D. Graininger e al. c. Regno Unito), in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 4/2014, pt. 2, 493 ss.; P. Mottura, *Lo strano caso di Northern Rock*, in *Banca impresa società*, 1/2010, 19 ss.; B. Bortolotti, H. Song Shin, *Da Mary Poppins a Northern Rock. Spunti sulle corse agli sportelli moderne*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2009, 79 ss., nonché P. Mottura, *La Northern Rock e la sua crisi di liquidità*, in *Bancaria*, 6/2008, 3 ss.

¹² Le varie problematiche degli aiuti di Stato sono già state ampiamente evidenziate dalla dottrina intervenuta sul tema; senza pretesa di esaustività per una tematica così vasta si rinvia, *ex multis*, a E. Triggiani, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 1989; G. Salimbeni, *Gli aiuti pubblici alle imprese. Profili generali*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 5 ss.; M. Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995; T. Ballarino, L. Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997; F. Ferraro, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, 335 ss.; F. Bestagno, *Gli aiuti di Stato in tempi di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e Piano europeo di ripresa*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, 691 ss.; G. Contaldi, *Aiuti di Stato e crisi economica internazionale*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e ten-*

A fronte di questa incertezza, pertanto, appare necessario contestualizzare il problema del sostegno pubblico al settore bancario nello scenario giuridico-istituzionale europeo delle note clausole di flessibilità del par. 3 dell'art. 107 del TFUE, che legittimerebbero l'intervento pubblico a determinate condizioni.

A scanso di equivoci o di errori metodologici, infatti, l'importanza di un coordinamento tra l'impostazione teorica generale degli aiuti di Stato con le specificità proprie del comparto bancario è confermata anche dalla progressiva evoluzione dell'approccio giuridico al problema degli aiuti di Stato al settore creditizio, che ha seguito quattro fasi evolutive di graduale interesse¹³.

La prima fase, infatti, che è perdurata sotto la vigenza dell'allora art. 86 TCE fino alla nota sentenza della Corte Giustizia Europea 14 luglio 1981, causa 172/80, *Zuechner* che ha riconosciuto espressamente la natura imprenditoriale dell'attività bancaria, è stata caratterizzata dalla sottrazione indifferenziata degli aiuti concessi agli istituti di credito, equiparati alle imprese che gestiscono servizi di «interesse economico generale».

La seconda fase, con un approccio diametralmente opposto, attraverso l'emanazione della direttiva 77/780/CEE, la prima che ha riconosciuto il carattere di impresa all'attività creditizia, ha visto l'equiparazione *hic et nunc* delle banche al regime previsto per ogni altra impresa «in difficoltà», con una valutazione rigorosa delle situazioni legittimanti gli aiuti e con l'applicazione generalizzata dell'allora art. 87, par. 3, lett. c), del Trattato CE, in forza della quale l'intervento pubblico era subordinato o al noto criterio dell'investitore privato in regime di libero mercato¹⁴, ovvero alla deroga espressa da parte della Commissione¹⁵.

denze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone, cit., 711 ss.; G. Meo, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, in *Dir. comm. intern.*, 2011, 47 ss.

¹³ Sulla periodizzazione della evoluzione degli aiuti di Stato in generale, si rinvia ai rilievi di G.L. Tosato, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in www.astrid-online.it, 2009 e Id., *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in C. Schepisi (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 3 ss. Con specifico riferimento al settore bancario, si rinvia in particolare a G. Rotondo, D. Vattermoli, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1/2000, 240 ss.; V. Giglio, R. Setola, *La disciplina degli aiuti di Stato e le crisi bancarie italiane*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 213 ss.; V. Giglio, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 23 ss.; D. Diverio, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, Milano, 2010, 97 ss.; S. Fortunato, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. Banc.*, 1/2010, 379 ss.

¹⁴ Sulla contrapposizione tra l'intervento dello Stato in veste di potenziale azionista, e quello disposto in veste di pubblica autorità, cfr. i rilievi di G.M. Caruso, *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione fra Stato azionista e Stato autorità negli incerti parametri europei*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2014, 113 ss.

¹⁵ Come evidenziato da autorevole dottrina (cfr. S. Fortunato, *op. cit.*) non vi sarebbe in questa fase alcuna specifica comunicazione della Commissione che riguardi gli aiuti per il settore bancario, a fronte dell'applicazione generalizzata della «Comunicazione recante orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà» del 23 dicembre 1994. In questa fase, infatti, è degno di nota l'intervento «puntuale» della Commissione europea sul salvataggio francese del *Credit Lyonnais*, di cui alla Decisione della Commissione 98/490/CE nel caso C 47/96. Per dottrina più significativa di questa fase, si veda, *ex*

La terza fase, invece, ha visto l'alleggerimento della disciplina all'indomani del fallimento della *Lehman Brothers*¹⁶, con un progressivo approccio istituzionale basato sulla più elastica lett. b) dell'art. 107 TFUE a fronte della riconosciuta esigenza di «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro¹⁷» e attraverso una regolamentazione demandata alla preventiva autorizzazione della Commissione, la cui sintesi è rinvenibile nelle sei note Comunicazioni per il settore finanziario della Commissione europea, emanate non a caso a cavallo tra il 2008 e il 2011¹⁸, con il primo vero riconoscimento formale della strategicità del settore finanziario-creditizio¹⁹.

La quarta fase di regolamentazione, infine, ha trovato un approccio istituzionale uniforme e tendenzialmente orientato a definire una struttura dell'ammissibilità degli interventi pubblici a sostegno delle crisi bancarie, e trova la sua sintesi attuale nella «Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel

multis, G. Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti di Stato alle imprese*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1993, 399 ss.

¹⁶ Sull'impatto della crisi finanziaria dei mutui *sub-prime* sulla disciplina generale degli aiuti di Stato, premessa la vastità del tema e nell'economia del presente contributo, cfr., *ex multis*, i rilievi di N. Pesaresi, *Diritto della concorrenza e crisi d'impresa*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, 2012, spec. 161; M. Merola, *La politica degli aiuti di Stato nel contesto della crisi economico-finanziaria: ruolo e prospettive di riforma*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *op. cit.*, 217 ss., nonché M. Passalacqua, *Aiuti di Stato al settore finanziario nell'amministrazione dell'emergenza*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *op. cit.*, 241 ss.

¹⁷ Il riferimento al grave turbamento dell'economia è stato interpretato dalla giurisprudenza europea nel senso di dover incidere sull'economia nazionale nel suo complesso e la sua gravità deve essere valutata in riferimento all'intera Unione. Cfr. sul punto Trib. Ce 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH* c. Commissione, in *Racc. giur. C. giust.*, 1999, II, 3663 ss.

¹⁸ Nello specifico sono state emanate la «Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale» del 25 ottobre 2008, la «Comunicazione relativa alla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza» del 15 gennaio 2009, la «Comunicazione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario» del 26 marzo 2009, la «Comunicazione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato» del 19 agosto 2009, la «Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria» del 7 dicembre 2010, nonché la «Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria» del 6 dicembre 2011.

¹⁹ La comunicazione relativa alle banche del 2008, in particolare, ha permesso agli Stati membri di istituire regimi per il salvataggio delle banche senza escludere, al tempo stesso, gli interventi *ad hoc*. Nell'ordinamento italiano la terza fase trova una «conferma» normativa nell'emanazione di tre decreti legge in funzione «salva risparmio» (d.l. 9 ottobre 2008, n. 155; d.l. 13 ottobre 2008, n. 157 e d.l. 29 novembre 2008, n. 185). Sul punto cfr., *ex multis*, i rilievi di M. Allena, A. Giannelli, S. Vernile, *Le misure di sostegno pubblico agli istituti di credito*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2012, 49 ss.; A. Dolmetta, *Pacchetti legislativi per il salvataggio delle banche*, in *Le società*, 2009, 339 ss. e T. Tomasi, *Le nuove misure statali "salva banche" (Riflessioni sulla l. n. 190/08 e disposizioni collegate)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, 1013 ss.

contesto della crisi finanziaria» del 30 luglio 2013, che ha ridisegnato il quadro regolamentare della materia.

Nello specifico, in caso di carenza strutturale di capitale di un istituto di credito, la Comunicazione ha ritenuto autorizzabili le misure di intervento pubblico solo previa approvazione del piano di ristrutturazione dell'ente interessato, e attraverso un'adeguata condivisione interna degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori, il c.d. *burden sharing*.

Con questa nuova impostazione «di compromesso» per valutare l'eventuale compatibilità con il regime generale degli aiuti di Stato, appare molto significativa la previsione di una «valvola di sicurezza» contenuta nel considerando 45 della Comunicazione, che ha ammesso una deroga in bianco alle previsioni della stessa, nel caso in cui «l'attuazione di tali misure metterebbe in pericolo la stabilità finanziaria o determinerebbe risultati sproporzionati».

L'importanza di una tale apertura non è certo questione di poco conto, atteso che la stessa è corroborata anche dalle previsioni della direttiva 2014/59 che «al fine di evitare o rimediare a una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro e preservare la stabilità finanziaria», ha previsto diverse eccezioni per cui l'intervento pubblico è considerato compatibile, previa approvazione nel quadro ordinario del regime degli aiuti di Stato.

Ad ogni modo, la potenziale virtuosità di un tale sistema, che consentirebbe l'apertura straordinaria dei «rubinetti pubblici» in caso di emergenza, presenta non pochi elementi problematici.

In primo luogo, la tenuta di sicurezza del sistema ha mantenuto in capo alla Commissione la competenza esclusiva in materia di controllo degli aiuti di Stato, che potrà quindi, del tutto discrezionalmente, considerare compatibili soltanto quegli interventi che mirano a porre rimedio «a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», lasciando pertanto intendere che saranno autorizzabili solo gli interventi *ex post* rispetto a uno stato di crisi già verificatosi.

In secondo luogo, la Commissione non ha fissato *ex ante* delle soglie minime o delle condizioni *standard* di legittimità per parametrare l'intervento statale in materia bancaria, e questa mancanza imporrebbe di valutare la legittimità di qualsiasi ipotesi di intervento pubblico con lo schema generale della disciplina in materia di aiuti di Stato. Pertanto, nel caso in cui uno Stato membro notifichi alla Commissione un progetto di aiuto che risulti conforme alla normativa europea, la stessa dovrà, almeno in linea di principio, autorizzare tale progetto senza porre particolari problemi interpretativi. Viceversa, è sempre ammessa la facoltà per gli Stati membri di notificare progetti di aiuti di Stato «straordinari» potendo questi essere autorizzati volta per volta in pendenza di circostanze eccezionali.

Ed è proprio sulla valutazione concernente la «eccezionalità» delle circostanze che si gioca la tenuta sistemica del complesso e contraddittorio quadro regolamentare vigente del comparto bancario²⁰, perché i diversi tentativi di mercato di risoluzione delle crisi bancarie hanno mostrato dei limiti significativi, e una loro analisi critica si pone quindi come operazione necessaria per riaffermare l'eventuale opportunità di un intervento pubblico²¹.

3. *I limiti della garanzia pubblica alle cartolarizzazioni delle sofferenze bancarie*

Una prima soluzione «di mercato» a copertura della patrimonializzazione delle sofferenze bancarie ha previsto la possibilità di ricorrere allo schema generale della cessione dei crediti deteriorati attraverso le operazioni di cartolarizzazione di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130, che, per spostare il rischio di insolvenza dei flussi finanziari dal mercato del credito al mercato dei capitali, ha previsto la costituzione di un'apposita società veicolo per l'incorporazione dei rapporti ceduti in dei titoli di credito, i c.d. *Asset-Backed Securities*, da collocare poi sul mercato, previa accettazione da parte dei sottoscrittori interessati della c.d. clausola di *limited recourse*²².

Ma nonostante l'apparente attrattività di tali operazioni, l'esperienza concreta delle cartolarizzazioni ha trovato numerose difficoltà applicative dovute all'assenza di una puntuale regolamentazione dei crediti effettivamente cartolarizzabili e delle oggettive difficoltà di valutazione sulla solvibilità del rapporto di

²⁰ Le banche infatti continuerebbero a rimanere esposte a *shock* di origine interna o internazionale, e le maggiori fonti di incertezza operativa deriverebbero proprio dalle importanti iniziative regolamentari internazionali in corso di completamento, quali la riforma del pacchetto di Basilea 3 e del *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*, nonché l'entrata in vigore del nuovo standard contabile IFRS 9 sulla valutazione degli strumenti finanziari. Cfr. al riguardo Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 2/2016, 23 ss.

²¹ È cosa ormai nota la oscillante gradualità dell'intervento pubblico nell'economia. Per ulteriori approfondimenti su di un tema così vasto, si rinvia, *ex multis*, a M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958, 232 ss., nonché ai rilievi di F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, *La Costituzione Economica*, Padova, 1977, 105 ss.; V. Ottaviano, *Il governo dell'economia: i principi giuridici*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., 185 ss.; E. Cianci, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977; G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Quaderni del pluralismo*, n. 1, 1995, 1 ss.; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; P. Savona, *Il ritorno dello Stato padrone*, Soveria Mannelli, 2009; G. Cerrina Ferroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012; M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012. Da ultimo cfr. anche G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia semi-globalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2014, 1 ss., nonché i rilievi di G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016.

²² Che vincola la corresponsione delle cedole al rimborso del credito sottostante.

credito sottostante, specie nell'eventualità, tutt'altro che remota, che nelle operazioni di cartolarizzazione finiscano dei *non performing loan*²³.

Pertanto, per incentivare lo sviluppo del mercato delle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati, il governo italiano, oltre all'attuazione della direttiva 2014/59²⁴, ha emanato anche il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, il c.d. decreto salva-banche, che è intervenuto su diversi fronti, il più significativo dei quali è rappresentato dalla possibilità per il Ministero dell'economia di «concedere la garanzia dello Stato sulle passività emesse nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione di cui all'articolo 1 della legge 30 aprile 1999, n. 130».

In particolare, l'operazione di cartolarizzazione dei crediti in sofferenza cui dovrebbe accedere la menzionata garanzia (la c.d. GACS), prevede l'emissione di titoli attraverso una tripartizione in classi diverse in ragione del grado di subordinazione nell'assorbimento delle perdite: la classe *junior*, maggiormente subordinata perché non ha diritto al rimborso del capitale, al pagamento degli interessi o altra forma di remunerazione fino al completo rimborso del capitale dei titoli delle altre due classi, cioè la *mezzanine*, (che limitatamente alla corresponsione degli interessi è postergata alla corresponsione degli interessi dovuti alla classe superiore) e la classe dei titoli *senior*, la più sicura e maggiormente garantita.

In forza dell'art. 8 del d.l. n. 18 del 2016, la garanzia statale può essere concessa solamente sui titoli *senior*, deve essere onerosa, incondizionata, irrevocabile e a prima richiesta, nonché destinata a coprire i pagamenti contrattualmente previsti, per interessi e capitale, a favore dei detentori dei titoli *senior* per la loro intera durata.

In particolare, poiché la garanzia pubblica è prestata dal MEF con un apposito fondo istituito nel proprio stato di previsione, si è posto il problema della sua eventuale compatibilità con il regime degli aiuti di Stato.

In questa prospettiva, lo schema del d.l. n. 18 del 2016 è stato oggetto di un'apposita decisione del 10 febbraio della Commissione Europea, che ha escluso la configurabilità di un aiuto di Stato qualora la garanzia venga «prezzata» a determinate condizioni di mercato.

Nello specifico, per essere compatibile col regime degli aiuti di Stato, la garanzia pubblica deve essere commisurata al valore medio degli indici dei *credit default swap (cds)*, cioè di quelle polizze standard contro l'insolvenza delle obbli-

²³ Cfr. sul punto i rilievi di U. Violante, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5/2014, 1004 ss. Cfr. altresì F. Battaglia, M. Mazzuca, *La relazione tra attività di cartolarizzazione e liquidità nelle banche italiane. Alcune evidenze empiriche dalla recente crisi finanziaria*, in *Banca, impresa, società*, 3/2012, 419 ss., nonché F. Capriglione, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, Relazione al Convegno «La distribuzione di prodotti finanziari, bancari e assicurativi», Bari, 9 novembre 2007, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2008, 20 ss.

²⁴ Recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

gazioni. Più in dettaglio, la garanzia pubblica deve essere parametrata a tre panieri di *cds* attinenti la valutazione del merito di credito rilasciata dalle agenzie *S&P*, *Fitch Ratings* o *Moody's*, per un livello di rischio «corrispondente» a quello dei titoli garantiti²⁵.

Ciò premesso, sebbene ad una prima lettura la scelta normativa di parametrare la garanzia pubblica ai tassi di mercato appaia pienamente conforme ai criteri di mercato, in realtà, questa stessa scelta presenta un profilo problematico proprio in riferimento all'obbligo di «corrispondenza» con i *credit default swap*.

Una prima considerazione di ordine problematico, infatti, risiede proprio nella natura derivata e atipica dei *cds*, niente affatto standardizzati a fronte delle molteplici varianti presenti sui mercati²⁶, e laddove il sinallagma dell'operazione è rappresentato proprio dallo scambio (traduzione letterale di *swap*) del solo rischio di insolvenza, e non anche del rapporto creditorio sottostante²⁷.

Nello specifico, nonostante la funzione sociale dei *credit default swap* consista nel «prezzare» il rischio di insolvenza del debitore, l'esatta quantificazione del prezzo è però negoziata sul mercato *over-the-counter* che non è regolamentato, a differenza di quanto avviene per altre figure contrattuali tipiche di assunzione del rischio come l'assicurazione o la fidejussione²⁸.

Attraverso queste operazioni derivate, infatti, la valutazione sul «merito creditizio» viene di fatto trasferita da un settore altamente regolato e vigilato, come quello bancario e assicurativo, verso un altro settore non regolamentato, svincolato da ogni controllo prudenziale delle autorità di vigilanza e rimesso, sostanzial-

²⁵ Ai sensi dell'art. 5 del d.l. n. 18 del 2016, ai fini del rilascio della garanzia pubblica, i titoli *senior* devono avere previamente ottenuto un livello di *rating* «non inferiore all'ultimo gradino della scala di valutazione del merito di credito *investment grade*» che sia stato assegnato da una agenzia esterna di valutazione del merito di credito (ECAI) accettata dalla Banca Centrale Europea al 1° gennaio 2016.

²⁶ L'intera famiglia dei contratti derivati di credito ricomprende al proprio interno diverse tipologie contrattuali. Significative al riguardo, sembrerebbero essere la figura del *credit default swap* semplice, del *credit default swap* complesso, della *credit default option*, del *credit spread swap*, della *credit spread option* e del *total rate of return swap*. Sui maggiori profili dei derivati finanziari si rinvia, *ex multis*, ai rilievi di F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007.

²⁷ Cfr. R. Tarolli, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6/2008, 1169 ss.

²⁸ Per quanto riguarda gli *Over the Counter* basati in Italia, la CONSOB può richiedere agli organizzatori, agli emittenti e agli operatori dati, notizie e documenti sugli scambi organizzati di strumenti finanziari (artt. 78 e 79 del TUFIN - d.lgs. n. 58 del 1998). La CONSOB gestisce l'elenco dei Sistemi di Scambi Organizzati. Cfr. sul punto i rilievi di F. Delfini, *Contratti derivati OTC: problemi di validità e di qualificazione (a margine di un recente libro in tema di Swap)*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2014, 910 ss.

Sulla differenza dei *cds* con analoghe figure contrattuali quali la cessione di credito, l'assicurazione e la fidejussione, si rinvia, *ex multis*, ai rilievi di C. Rucellai, *Cartolarizzazione sintetica e "Credit Default Swap"*, Relazione al Convegno «Le nuove cartolarizzazioni bancarie», Roma, 20 maggio 2011, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2012, 371 ss., nonché a E. Barcellona, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 6/2009, 658.

mente, alla discrezionalità delle agenzie di *rating* sull'efficienza della tenuta «di sistema» del mercato in generale e non del singolo rapporto sottostante²⁹.

Non da ultimo, poiché la stessa garanzia pubblica sarebbe prestata «a condizioni di mercato» sia per renderla compatibile col regime degli aiuti di Stato, e sia per cercare di dare una maggiore valorizzazione dei titoli garantiti, verrebbe comunque da chiedersi quale possa essere l'effettiva portata di un tale strumento, limitato però ai titoli più sicuri che già presentano un loro mercato di «assicurazione», laddove semmai sarebbero i titoli *mezzanine* e *junior* i più bisognosi di una incentivazione pubblica nel caso in cui il settore privato, verosimilmente, non vi provveda in modo spontaneo.

Impostata in questi termini l'analisi, infatti, si arriverebbe al paradosso di dover necessariamente commisurare il menzionato «trasferimento» del rischio di insolvenza verso un soggetto pubblico³⁰, il cui prezzo sarebbe però rimesso e commisurato ad una valutazione media di merito effettuata da tre agenzie di *rating* su delle operazioni «corrispondenti» al livello di rischio dei titoli *senior* da garantire.

E quindi delle due l'una, o non esiste un mercato di «garanzia» tale da stimolare le operazioni di cartolarizzazione, e quindi si potrebbe discutere sulla necessità di un intervento pubblico in tal senso, ovvero, se un mercato di garanzia effettivamente esiste, apparirebbe superfluo commisurare una garanzia pubblica «non necessaria» ai corrispondenti livelli di mercato, emessi oltretutto secondo un giudizio tendenzialmente arbitrario e insindacabile delle agenzie di *rating*³¹, le valutazioni delle quali avvengono ancora in un regime di sostanziale oligopolio, e con dei potenziali conflitti di interessi che rischierebbero di non rappresentare in modo adeguato la ponderazione del rischio cui sarebbe esposta l'entità emettrice dei *cds*³². A maggior ragione, quindi, verrebbe da chiedersi quanto possa rispon-

²⁹ Cfr. al riguardo i lucidi rilievi di T. Padoa Schioppa, *I prodotti derivati: profili di pubblico interesse*, in *Bollettino Economico* della Banca d'Italia, 1996, n. 26.

³⁰ Ai sensi dell'art. 11, comma 3, del d.l. n. 18 del 2016, con il pagamento della garanzia il MEF è surrogato nei diritti dei detentori dei titoli *senior*.

³¹ Sul punto, cfr. i rilievi di A. Benedetti, *Le agenzie di rating tra crisi dei modelli di mercato e criticità dei processi di regolamentazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2012, 21 ss.; G. La Rosa, *Il ruolo delle agenzie di rating*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2012, 25 ss. e L. Pianesi, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private «geneticamente modificate»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 179 ss. Sulla critica al *rating* quale strumento di controllo del rischio a oligopolio privato, cfr. M. Passalacqua, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012, spec. 156 ss., nonché G. Ferri, P. Lacitignola, *Concorrenza e agenzie di "rating": il dibattito economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2012, 299 ss. Per una riflessione più approfondita sulle dubbie implicazioni dell'attività valutativa delle agenzie di *rating* si rinvia ad A. Benedetti, *Certezza pubblica e «certezze» private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; G. Ferri, P. Lacitignola, *Le agenzie di rating*, Bologna, 2009, nonché C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2012.

³² Cfr. sul punto E. Barcellona, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, cit.; F. Delfini, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40 Reg. intermed., obbligazioni strutturate e derivati di credito*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 3/2014, 296 ss., nonché i rilievi di V. De Sensi, *"Credit default swap" tra dinamiche di mercato e disciplina concorsuale*, in *Rivista di diritto societario*, 2/2014, pt. 3, 286 ss.

dere ai criteri di adeguatezza e di razionalità la commisurazione, sempre rimessa alle stesse agenzie di *rating*, del prezzo per lo stesso livello di rischio «corrispondente» a quello dei titoli *senior* cui dovrebbe accedere la garanzia pubblica³³.

Alla luce di queste considerazioni, pertanto, appare inevitabile domandarsi l'effettiva tenuta della garanzia pubblica anche a fronte delle considerazioni già espresse nella menzionata comunicazione del 10 febbraio, laddove alla stessa Commissione è demandato di verificare il rispetto del criterio dell'investitore di mercato a condizione che l'intervento pubblico «*does not bear any more risk than a private investor would have taken and paid for*», e laddove, viceversa, qualora lo Stato pagasse al di sotto dei valori di mercato per i *non-performing loan* ovvero accettasse prezzi inferiori per la garanzia rispetto agli operatori di mercato, allora «*this constitutes state aid and can only be implemented if the bank is put into resolution*³⁴» in accordo con l'impianto generale della normativa europea sugli aiuti di Stato e della *Bank Recovery and Resolution Directive*.

In buona sostanza, a giudizio della Commissione, o la garanzia pubblica è commisurata ai valori medi di mercato, rimessi alla discrezionalità delle agenzie di *rating*, e con degli indici di valutazione di compatibilità potenzialmente scollegati da qualsiasi parametro «regolamentare» certo e definibile, oppure costituirà un aiuto di Stato e la sfera di intervento pubblico dovrà essere limitata unicamente alla procedura di risoluzione prevista dalla menzionata direttiva 2014/59, rimanendo oltretutto insoluto il problema del collocamento dei titoli *mezzanine* e *junior*, cioè dei più problematici da smaltire per il rilancio e il risanamento del settore bancario³⁵.

4. *Le problematiche prospettive di intervento dei fondi Atlante*

L'istituzione nel mese di aprile 2016 del primo fondo Atlante, ha rappresentato la seconda soluzione di mercato destinata a sorreggere la «volta celeste» del

³³ Nell'economia del presente lavoro, per approfondimenti sul problema dell'effettività dei giudizi delle agenzie di *rating*, e sul ruolo amplificatore dei *cds* nella crisi dei mutui *sub prime* si rinvia a S. Balzola, *Gli strumenti finanziari derivati e la crisi: un confronto tra le iniziative legislative dell'Unione Europea e degli Stati Uniti*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 10/2015, 36 ss.; D. Maffei, *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2012, 280 ss., nonché F. Mattassoglio, *Strumenti finanziari derivati e bolla speculativa: origine e risposta del diritto*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2012, 14 ss. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a A. D'Amato, *Le agenzie di "rating": funzioni e profili problematici*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 17/2014, 61 ss.

³⁴ Cfr. sul punto European Commission - Press release, *State aid: Commission approves impaired asset management measures for banks in Hungary and Italy*, Brussels, 10 febbraio 2016.

³⁵ Allo stato attuale, risulta aver fatto ricorso alla GACS solamente la Banca Popolare di Bari, le cui sofferenze sono state cedute al 30% del loro valore lordo, cioè al di sopra del «valore medio di mercato» calcolato dalla Banca d'Italia al 22,3%.

sistema bancario italiano, sulla falsariga dell'omonimo titano, grazie anche all'ibrida sinergia pubblico-privata della mano pubblica di Cassa depositi e prestiti e della Società di gestione delle attività.

Nello specifico, è stato infatti destinato ad assicurare il successo degli aumenti di capitale richiesti per le banche che si trovano a fronteggiare oggettive difficoltà di mercato, quali Banca Popolare Vicenza e di Veneto Banca³⁶, agendo come sottoscrittore di «ultima istanza» acquistando le eventuali azioni rimaste inoptate in conseguenza del *Bail-in*.

Tuttavia, la provvista del primo fondo Atlante, esaurita interamente dagli aumenti di capitale, non è però riuscita a far fronte ai *non performing loan*, fattore che ha reso necessaria l'istituzione ad agosto 2016, del secondo fondo gemello Atlante 2, demandato unicamente alla sottoscrizione dei titoli *mezzanine* e *junior* emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione che non possono accedere alla garanzia pubblica.

Ciò premesso, l'intervento congiunto dei due fondi Atlante, se nel breve periodo consente di scongiurare i timori sul fallimento degli aumenti di capitale delle banche interessate, evitando al contempo il cortocircuito del *Bail-in* e la successiva procedura di risoluzione, nel lungo periodo però cela il rischio di un problematico «contagio sistemico» anche degli istituti bancari più solidi e delle diverse casse previdenziali coinvolte, laddove l'operazione di acquisto delle *tranches junior* e *mezzanine* sposterebbe l'eventuale insolvenza direttamente sul bilancio del fondo, aumentando proporzionalmente l'esposizione di tutti gli investitori istituzionali coinvolti.

Le prospettive di intervento dei due fondi Atlante, infatti, celano il rischio di spostare solamente in avanti, senza risolverli del tutto, gli evidenziati problemi connessi con gli obbligati aumenti di capitale e con la cartolarizzazione delle sofferenze bancarie, comportando l'inevitabile insidia di un contagio a cascata dagli istituti minori in stato di crisi, verso gli istituti di maggiori dimensioni, con il paradosso di amplificare ulteriormente la sofferenza del sistema bancario italiano piuttosto che porvi rimedio³⁷.

Inoltre, uno dei maggiori aspetti problematici dell'intervento dei due fondi Atlante è dato dalla loro eventuale incompatibilità con il regime degli aiuti di

³⁶ Ottenendo anche il parere favorevole dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, perché gli investitori di Atlante «non eserciteranno in alcun modo attività di direzione e coordinamento». Cfr. il Provvedimento AGCM n. 26151/2016, C12059 - *Quaestio Capital Management/Veneto Banca*, in *Bollettino settimanale* n. 30 del 22 agosto 2016, pubblicato su www.agcm.it, ai sensi del quale «l'operazione si inserisce nel generale contesto di crisi che ha interessato il settore bancario in Italia negli ultimi mesi e, più in particolare, è finalizzata a trovare una soluzione allo stato di crisi registrato da Veneto Banca».

³⁷ Significativo al riguardo sembrerebbero essere le svalutazioni delle rispettive quote nei fondi Atlante, effettuate sia da Unicredit nell'ambito della maxi operazione di aumento di capitale di febbraio 2017 e sia di Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

Stato, al pari di quanto già verificato per le due esperienze del fondo interbancario di tutela dei depositi³⁸ e del fondo di risoluzione³⁹, data dalla partecipazione pubblica di Cassa depositi e prestiti al primo, e della Società per la gestione delle attività al secondo, che rischierebbe di alterare la natura «privata⁴⁰» degli stessi laddove le finalità pubbliche che i due istituti perseguono non consentirebbero di accertare il rispetto del canone generale dell'investitore privato in regime di libero mercato e di renderne pertanto l'operato compatibile con la normativa europea che, come è noto, non distingue gli interventi pubblici a seconda della loro causa o del loro scopo, ma solamente in funzione dei loro effetti potenzialmente distortivi del libero gioco concorrenziale⁴¹.

5. *Il fallimento della ricapitalizzazione del Monte dei Paschi di Siena*

Il tentativo fallimentare di ricapitalizzazione del Monte dei Paschi di Siena ha riguardato un istituto che, paradossalmente, non era ancora a rischio di dissesto tale da far scattare le procedure di *Bail-in*, ma che ha dovuto «solamente» rispondere all'esigenza di ricondurre il proprio capitale sociale ai livelli di sicurezza imposti dalla BCE, rappresentando *ex post* un chiaro esempio di sostanziale fallimento «sul campo» delle soluzioni di mercato alla crisi del sistema bancario.

Infatti, a ridosso della scadenza del 31 dicembre 2016 imposta dalla BCE per l'aumento di capitale, si è registrato il fallimento contestuale di tutte le diverse soluzioni di mercato prospettate per fornire la liquidità necessaria al deconsolidamento delle sofferenze con una nuova emissione azionaria che evitasse il futuro e inevitabile dissesto dell'ente.

³⁸ Anche il fondo interbancario, infatti, essendo imposto come contributo obbligatorio *ex lege* rischierebbe di essere configurabile come aiuto di Stato in ipotesi di salvataggio non conforme all'*aquis* europeo. Cfr. sul punto A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2/2015, 315 ss., spec. 317. Solamente l'intervento del fondo di garanzia dei depositanti in funzione di pagamento dei depositi protetti, ai sensi della direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, non costituisce aiuto di Stato. Cfr. A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 5/2015, 595, spec. nota 27.

³⁹ Sia la comunicazione sul settore bancario del 2013 e sia l'art. 19 del regolamento sul Meccanismo di Risoluzione unico, considerano i finanziamenti del «fondo di risoluzione» come aiuto di Stato, e come tali devono essere soggetti alla valutazione di compatibilità con tale regime.

⁴⁰ Sulla nozione di aiuti di Stato anche attraverso l'utilizzo di risorse «private», cfr. quanto rilevato a suo tempo dalla CGCE, causa 173/73, Italia c. Commissione, in *Racc.* 1974, par. 16. In dottrina, si vedano, *ex multis*, i contributi di G.M. Caruso, *Società pubbliche e regimi giuridici differenziati. Itinerari incerti delle discipline pubblicistiche fra approcci sostanzialistici e derive formalistiche*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 3, 2012, 28 ss.; nonché F. Ghelarducci, M. Capantini, *Gli aiuti di Stato e il principio dell'«investitore privato» negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, 2004, in www.astrid-online.eu.

⁴¹ Si vedano al riguardo, i rilievi di F. Ciruolo, *I Fondi di risoluzione nel settore bancario, tra disciplina della crisi e aiuti di Stato*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, cit., 317 ss.

In particolare, è fallita la conversione «volontaria» delle obbligazioni subordinate del Monte dei Paschi da parte dei vari obbligazionisti sottoscrittori del bond *Upper Tier 2* in scadenza a maggio 2018.

Tra le diverse concause del fallimento, in primo luogo è possibile rilevare proprio la delicata posizione, tra l'incudine e il martello, degli obbligazionisti che si sarebbero visti costretti a scegliere tra «mangiarsi la minestra» di una conversione alla pari in azioni del valore nominale dell'obbligazione già sottoscritta, il c.d. *debt-to-equity swap*, ovvero a «buttarsi dalla finestra» e restare in attesa dell'evolversi degli eventi, rischiando però, in caso di perdurante insuccesso della ricapitalizzazione, l'eventuale conversione forzata delle obbligazioni sottoscritte a un valore sensibilmente inferiore.

In secondo luogo, il fallimento è ascrivibile anche al cortocircuito normativo della regolamentazione bancaria, perché la maggioranza degli obbligazionisti che avrebbero dovuto aderire alla conversione «volontaria», sarebbe stata rappresentata da investitori non professionali, protetti dalla rigida normativa prevista dalle note direttive MIFID a tutela della c.d. *adeguatezza bloccante*⁴², e impossibilitati, anche volendo, ad aderire all'iniziativa senza una preventiva autorizzazione della Consob.

Riscontrato il fallimento dell'aumento di capitale con le operazioni di mercato, il direttivo del Monte dei Paschi ha inoltrato al Ministero dell'Economia formale istanza di ricapitalizzazione «precauzionale», attivando così quel meccanismo di intervento pubblico che, per essere conforme al regime ordinario in materia di aiuti di Stato, è ammesso solo come «temporaneo» e «proporzionato» all'esigenza di prevenire o evitare una grave perturbazione economica.

Nello specifico, questa operazione di ricapitalizzazione precauzionale rappresenta il banco di prova della nuova normativa bancaria di derivazione europea e, se non rappresenta certo il primo intervento pubblico «salva-banche», è sicuramente il primo che si inserisce nell'alveo delle disposizioni della direttiva 2014/59.

Sulla condivisione degli oneri, in particolare, è già emerso un problema, più politico che giuridico in verità: come tutelare gli investitori non professionali sottoscrittori del bond *Upper Tier 2* e come contemperare, eventualmente, la loro posizione protetta dall'adeguatezza bloccante con la procedura di conversione forzata.

In questo difficile contesto, pertanto, il principale nodo da sciogliere sembrerebbe essere proprio quella condivisione obbligatoria degli oneri a carico dei

⁴² Regime di tutela in forza del quale a un risparmiatore con un determinato basso profilo di rischio è impedito in partenza di acquistare azioni della banca, utilizzato da Monte dei Paschi nel 2008 per il lancio dell'offerta del bond.

piccoli risparmiatori-obbligazionisti, che rischierebbe però di innescare quella «grave perturbazione» di fiducia che secondo la stessa direttiva 2014/59 andrebbe (e dovrebbe essere) evitata con l'intervento precauzionale dello Stato.

In quest'ultimo senso, appare particolarmente significativa la prima soluzione «d'urgenza» adottata dal governo italiano con l'emanazione del decreto legge 23 dicembre 2016, n. 237, che con una modifica ai saldi di finanza pubblica ha stanziato 20 miliardi a sostegno del sistema bancario, di cui si dovrà inevitabilmente tenere conto nel prosieguo dell'analisi.

6. *Le prospettive di intervento del d.l. 23 dicembre 2016, n. 237 (c.d. salva risparmio)*

Per garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese, il menzionato d.l. n. 237 del 2016 ha autorizzato il MEF a concedere la garanzia dello Stato su passività delle banche italiane e a sottoscrivere o acquistare le azioni emesse da banche italiane anche in deroga alle norme di contabilità di Stato⁴³.

Quanto alla garanzia, è previsto che questa sia esclusivamente in forma onerosa, incondizionata, irrevocabile e a prima richiesta, da prestare sugli strumenti finanziari di debito emessi da banche italiane che soddisfino determinati requisiti⁴⁴, e che sia limitata a quanto strettamente necessario per ripristinare la capacità di finanziamento a medio-lungo termine delle banche beneficiarie e solo dopo la positiva decisione della Commissione europea.

Quanto alla sottoscrizione di capitale, l'intervento dello Stato «può essere richiesto» da un emittente di azioni che abbia esigenza di rafforzare il proprio patrimonio solo previa sottoposizione all'autorità di vigilanza di un programma di rafforzamento patrimoniale giudicato insufficiente a conseguire l'obiettivo di rafforzamento patrimoniale.

⁴³ Come è noto, in attuazione del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio di cui al nuovo art. 81 Cost., il Governo, una volta autorizzato dal Parlamento a maggioranza assoluta, può ricorrere all'indebitamento «per realizzare operazioni relative alle partite finanziarie attivando le procedure previste in caso di eventi eccezionali dall'articolo 6, comma 3, della legge 24 dicembre 2012, n. 243». Nell'economia del presente contributo, per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a D. Pappano, *Autonomia finanziaria degli enti territoriali e garanzia dei diritti al tempo della crisi*, su *federalismi.it*, 2/2016, 11 e l'ampia bibliografia ivi citata, nonché I. Ciolli, *Il pareggio di bilancio in Costituzione, tra le ragioni del diritto costituzionale e i vincoli comunitari*, *Il diritto dell'economia*, 1/2012, 105.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 2, la garanzia dello Stato può essere concessa su strumenti finanziari di debito emessi da banche italiane che presentino congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) sono emessi successivamente all'entrata in vigore del presente decreto-legge, anche nell'ambito di programmi di emissione preesistenti, e hanno durata residua non inferiore a tre mesi e non superiore a cinque anni o a sette anni per le obbligazioni bancarie garantite di cui all'articolo 7-bis della legge n. 130/1999; b) prevedono il rimborso del capitale in un'unica soluzione a scadenza; c) sono a tasso fisso; d) sono denominati in euro; e) non presentano clausole di subordinazione nel rimborso del capitale e nel pagamento degli interessi; f) non sono titoli strutturati o prodotti complessi né incorporano una componente derivata.

Come contropartita, per ritenersi conforme alla disciplina in materia di aiuti di Stato, la menzionata richiesta dovrà essere corredata da una dichiarazione con cui l'emittente assume determinati obblighi di impiego dei fondi pubblici, contenuti nel par. 47 della comunicazione sul settore bancario del 2013.

Solo a seguito della positiva decisione della Commissione sulla compatibilità dell'intervento con il quadro normativo sugli aiuti di Stato, con successivo decreto del Ministero dell'economia, sarà disposta l'applicazione delle misure di ripartizione degli oneri ovvero, laddove ciò fosse necessario, l'aumento del capitale dell'emittente a servizio della sottoscrizione delle azioni da parte del MEF, derogando anche al diritto di opzione dell'articolo 2441⁴⁵ c.c., oltre al prezzo di sottoscrizione o di acquisto delle azioni dell'emittente⁴⁶.

Tuttavia, la disciplina d'intervento descritta presenta almeno tre criticità.

In primo luogo, per quanto riguarda la garanzia statale sulle passività bancarie, anche in questa sede varrebbero gli stessi rilievi critici già sollevati sulla GACS sulla commisurazione del «prezzo» al valore dei *credit default swap*⁴⁷, nonché gli stessi dubbi sull'affidabilità dei giudizi delle agenzie di *rating*.

In secondo luogo, tra i menzionati impegni sull'utilizzo dei fondi pubblici, sembra a dir poco paradossale la previsione del rimando generalizzato alle prescrizioni contenute dal par. 47 della comunicazione sul settore bancario del 2013, e nello specifico alla lett. d), secondo la quale le banche beneficiarie «non devono eseguire alcuna operazione di gestione del capitale senza previa approvazione da parte della Commissione». In questo modo, infatti, non si comprenderebbe quale potrebbe essere la concreta portata applicativa di un onere così stringente, che oltretutto sposterebbe sulla Commissione la responsabilità delle decisioni di investimento attraverso l'assunzione per vie di fatto del ruolo di «banca agente» di fondi pubblici, snaturando per ciò solo la sua missione istituzionale di «custode delle disposizioni dei trattati» nei confronti di un'attività di intermediazione bancaria, le cui valutazioni sulla relativa opportunità del merito creditizio, sarebbero difficilmente percepibili in tutte le loro molteplici sfaccettature di «convenienza economica» di un investimento di capitali.

⁴⁵ Ai sensi del quale le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.

⁴⁶ Per espressa previsione normativa, come effetto della sottoscrizione del capitale o all'acquisto di azioni, non si applicheranno gli artt. 2527 e 2528 c.c., gli artt. 106, comma 1, e 109, comma 1, del TUFIN sull'Offerta pubblica di acquisto totalitaria e sull'Acquisto di concerto, nonché gli eventuali limiti di possesso azionario previsti da disposizioni legislative o statutarie, ivi compresi i limiti previsti dall'art. 30 del TUB sul possesso azionario.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 6 del decreto, concernente il corrispettivo della garanzia dello Stato, gli oneri economici a carico delle banche beneficiarie della garanzia sono determinati caso per caso sulla base della valutazione del rischio di ciascuna operazione sulla base di alcuni panieri di CDS.

Infine, il fronte più problematico sembrerebbe essere proprio l'applicazione delle misure di ripartizione degli oneri interni, previste dall'art. 22 del decreto, secondo una precisa gerarchia di intervento che comunque prevede la conversione forzata delle obbligazioni in nuove azioni secondo una tendenziale uniformità di trattamento tra creditori omogenei.

E infatti, nonostante queste previsioni generali, il decreto ha comunque riconosciuto una espressa deroga al Monte dei Paschi sulla conversione forzata delle obbligazioni in azioni, laddove secondo l'art. 23, comma 3, qualora Banca Monte dei Paschi S.p.a. presenti la richiesta di intervento statale, «il valore economico reale da attribuire alle passività da essa emesse» sarebbe differenziato in base alle diverse classi di obbligazionisti, prevedendo, tra l'altro, la conversione al 100% del valore nominale dell'obbligazione di Emissione IT0004352586 che altro non è che il famigerato bond *Upper Tier 2* in scadenza a maggio 2018.

In questo modo, quegli stessi obbligazionisti che non avevano voluto o potuto sottoscrivere la conversione volontaria «a condizioni di mercato», ritrovano nuovamente aperta l'eventualità di dover procedere in tal senso, riproponendo anche in questa sede quegli stessi dubbi interpretativi di compatibilità con il regime dell'adeguatezza bloccante che rischierebbe di esporre il fianco a pericolose contestazioni legali da parte degli investitori non professionali.

Nonostante questo ulteriore potenziale cortocircuito normativo, in termini generali è comunque prevista dall'art. 19 del decreto la possibilità per il MEF «in caso di transazione tra l'emittente o una società del suo gruppo e gli azionisti divenuti tali a seguito dell'applicazione delle misure di ripartizione degli oneri» di acquistare le azioni rivenienti dall'applicazione di dette misure, se ricorrono cumulativamente determinate condizioni tra le quali, la lett. b), espressamente prescrive che gli azionisti «convertiti» non debbano essere né controparti qualificate, né clienti professionali ai sensi del TUFIN.

Questa soluzione politica di compromesso e di tutela degli obbligazionisti non professionali, in particolare, se da un lato certamente offre una risposta al problema dell'adeguatezza bloccante, spostando direttamente sul Ministero gli oneri derivanti dalla conversione, dall'altro però espone il fianco a critiche sulla compatibilità con il regime generale degli aiuti di Stato sulla condivisione delle perdite. Inoltre, rimarrebbe insoluto il problema delle contestazioni per l'introduzione di una netta disparità di trattamento tra gli obbligazionisti non professionali e quelli istituzionali-professionali, difficilmente giustificabile laddove si dimostrasse che anche gli istituzionali, in realtà, gestiscono fondi per conto di risparmiatori non-professionali che rimarrebbero privi della tutela pubblica solo perché intermediati da un operatore professionale.

Pertanto, proprio sulla condivisione degli oneri, si registrerebbero in ultima analisi le maggiori problematiche imposte dalla regolamentazione di derivazione europea che continua a configurare l'intervento pubblico in termini di straordinarietà ammissibile solo in via eccezionale e «precauzionale» e solo dopo che il mercato abbia pagato un «prezzo», prescindendo però dalle relative ricadute pratiche di grave perturbazione di fiducia, che rischiano fortemente di compromettere l'equilibrio di un sistema basato proprio sulla fiducia nella stabilità delle transazioni.

7. *Una possibile lettura evolutiva degli aiuti di Stato alla luce della sentenza Kontik*

La riconosciuta caratteristica di «straordinarietà» che condiziona l'intervento pubblico nel settore bancario, così come previsto dalla Comunicazione del 2013, rischia però di esporre a diverse censure di legittimità l'operato di quei governi che vorrebbero intervenire anche al di fuori di quei parametri.

E a complicare l'impostazione teorica di indagine sull'ammissibilità di aiuti *extra ordinem*, è intervenuto anche l'arresto giurisprudenziale di luglio 2016 della Corte di Giustizia (Causa C-526/14 "*Kontik*"⁴⁸), che, sulla portata da riconoscere alle disposizioni della Comunicazione del 2013, al Considerando 45 ha espressamente ritenuto che «non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri».

Come logica conseguenza dell'intervento pretorio, deriverebbe che la Comunicazione sul settore bancario del 2013 non risulterebbe idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri, perché si limita unicamente a stabilire delle condizioni che mirerebbero a garantire la compatibilità con il mercato interno di aiuti di Stato accordati alle banche nel contesto della crisi finanziaria, di cui la Commissione deve tener conto nell'esercizio dell'ampio margine di discrezionalità di cui essa dispone.

Trattandosi di un potere discrezionale, pertanto, la Commissione potrà quindi legittimamente rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo, in deroga alle prescrizioni della Comunicazione, non incentivi le banche beneficiarie ad assumere un comportamento tale da «porre rimedio a un grave tur-

⁴⁸ Come è noto, la sentenza *Kontik* è intervenuta sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte Costituzionale slovena sulla validità e sull'interpretazione dei punti da 40 a 46 della comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria. Per un commento, cfr. B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, Nota a CGUE, Grande sezione, 19 luglio 2016 (causa C-526/14), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 6, 773 ss.

bamento dell'economia di uno Stato membro», in linea con gli obiettivi di cui all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE.

Così come rilevato dalla stessa Corte di Giustizia, infatti: «Un aiuto siffatto deve essere necessario per la realizzazione degli obiettivi previsti da tale disposizione di modo tale che, in sua assenza, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe, di per sé solo, di ottenere che le imprese beneficiarie adottino un comportamento idoneo a contribuire alla realizzazione di tali obiettivi⁴⁹». Ne deriverebbe dunque, che un aiuto che apporti un sicuro miglioramento della situazione finanziaria dell'impresa bancaria beneficiaria, senza però essere immediatamente percepibile come necessario per il conseguimento degli scopi dell'art. 107, par. 3, TFUE rischierà di non poter essere considerato compatibile con il mercato interno⁵⁰.

Ed è proprio sulla «tempistica» di riferimento, cioè sul dover riuscire «a porre rimedio a un grave turbamento» che si gioca la partita più problematica, perché l'elevato livello di interconnessione e di interdipendenza che oramai caratterizza l'intero settore bancario europeo⁵¹, infatti, continua a far temere ai mercati l'esplosione di un rischio sistemico di contagio in caso di instabilità finanziaria anche di un solo ente creditizio. Lo stesso timore, inoltre, vede nella correlata crisi dei debiti sovrani un inevitabile moltiplicatore di rischio degli effetti negativi derivanti dalla patologica insolvenza di un istituto di credito che abbia in portafoglio diversi titoli di Stato, evidenziando per ciò solo i limiti strutturali di una politica di questo tipo che rischierebbe di non garantire affatto le condizioni di stabilità finanziaria a medio-lungo termine secondo il noto paradigma della lett. b), dell'art. 107 TFUE, anche e soprattutto alla luce delle interazioni problematiche «a cascata» offerte dal *Bail-in*.

L'effettivo raggiungimento di una stabilità finanziaria, infatti, implicherebbe la necessità di scongiurare gli effetti negativi di ricaduta per il sistema bancario nel suo complesso, che ben potrebbero scaturire dal potenziale dissesto anche di un solo ente creditizio, attraverso un approccio marcatamente preventivo rispetto alle procedure di risoluzione di derivazione europea, anche e soprattutto a fronte della riconosciuta necessità di garantire che il sistema bancario provveda con regolarità a un'adeguata erogazione dei prestiti all'economia reale.

⁴⁹ Cfr. considerando n. 49.

⁵⁰ Oltre alla menzionata sentenza *Kontik*, cfr., *ex multis*, sentenza del 13 giugno 2013, HGA e a./Commissione, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU: C:2013:387, spec. punto 104 e la giurisprudenza ivi citata.

⁵¹ Come è noto, i sistemi economico-finanziari dei vari Paesi risultano interconnessi e interdipendenti attraverso una vasta e articolata rete di partecipazioni «incrociate» che genera un pericoloso intreccio tra tutte le maggiori banche europee. Sulle statistiche e sulle percentuali di tali interconnessioni, si rinvia a Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 2/2011, spec. 21, liberamente consultabili su www.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-stabilita/2011-2/1-rapporto-stabilita-finanziaria.pdf.

Per queste connaturate esigenze pubblicistiche, infatti, gli aiuti di Stato al settore bancario potrebbero pertanto (e forse dovrebbero) ricadere in via interpretativa nella nozione di «altri eventi eccezionali» di cui all'art. 107, par. 2, lett. b), del TFUE, e quindi ricadere nella presunzione di compatibilità *ex ante* con l'ordinamento europeo previa notifica «formale» alla Commissione; inoltre, gli aiuti al settore bancario potrebbero (e forse dovrebbero) trovare un giusto compromesso «istituzionale» nella formulazione dell'art. 108, par. 2, TFUE, laddove viene rimessa alla unanimità del Consiglio la possibilità di ritenere un aiuto compatibile con il mercato interno, e in deroga alle disposizioni del Trattato, «quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione», permettendo così il mantenimento di una rete di sicurezza costituita dalla possibilità per gli Stati membri di continuare a concedere misure di intervento pubblico «eccezionali» esenti dall'obbligo di notifica preventiva.

8. *Considerazioni conclusive*

Tirando le fila del discorso, le effettive possibilità di rilancio del settore bancario sembrerebbero essere rimesse all'intervento pubblico che sia, se non di stimolo, quantomeno di paracadute rispetto alle interazioni problematiche delle diverse e fallimentari soluzioni di mercato.

L'effettiva stabilità del sistema, infatti, sembrerebbe essere condizionata da diverse condizioni esogene al comparto bancario stesso, il fallimento del quale è co-generato dal contestuale fallimento istituzionale delle regole preposte al suo funzionamento.

Nello specifico, appare significativa la necessità di ricorrere a procedure di riscossione dei crediti più snelle e a tempi più rapidi delle procedure fallimentari; già obiettivo della recente riforma operata in materia dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59.

In secondo luogo, emerge la necessità di un ritorno da parte delle banche a una «redditività operativa» dei flussi di cassa derivanti dallo smaltimento progressivo dei *non performing loan*, anche e attraverso delle stabili operazioni di cartolarizzazione, di modo che le perdite di bilancio pregresse possano essere assorbite senza il probabile ricorso agli aumenti di capitale forzoso e ai rischi sottesi del *Bail-in*, (e qui si inserirebbe, seppur problematico, l'intervento combinato di «garanzia» dei due fondi Atlante).

In terzo luogo, appare significativa l'eventualità di ridurre, e se possibile prevenire, la presenza di *shock* negativi di matrice altamente speculativa nei Paesi dell'Eurozona, derivante da circostanze politiche esterne, come può essere il caso dei potenziali effetti distorsivi sui mercati finanziari dell'ancora irrealizzata *Bre-*

xit, ovvero da fattori di crisi interni, come il possibile fallimento di un istituto di credito di dimensioni significative, come può essere il caso del Monte dei Paschi privo del paracadute pubblico.

La componente pubblicistica dei fondi Atlante, in particolare, rappresenterebbe un valido e generalizzato paracadute pubblico di stimolo dei *non performing loan* in grado di promuovere tanto il mercato delle cartolarizzazioni non assistite dalla GACS, quanto gli aumenti di capitale, e garantirebbe comunque un minimo di redditività contro gli interventi speculativi al ribasso da parte dei fondi di investimento internazionali pronti a rilevare «sotto costo», o a prezzi comunque non in linea con le ottimali quotazioni di mercato, quelle sofferenze bancarie con degli *asset* sottostanti particolarmente attrattivi⁵².

In ultima analisi, pertanto, sarebbe opportuno «sdoganare», per lo meno in via interpretativa, il regime degli aiuti di Stato al settore bancario, per evitare che, nelle more della procedura di «benepiacito» europea, rimessa sostanzialmente alla scelta discrezionale della Commissione, possano intervenire altri fattori di rischio sistemico e di instabilità dei mercati tali da acuire la crisi del sistema bancario.

Se è vero, quindi, che l'architettura istituzionale degli artt. 107 e 108 del TFUE contiene già tutta la flessibilità necessaria per far fronte a circostanze eccezionali, il possibile paracadute pubblico di intervento a sostegno dei crediti deteriorati sembrerebbe essere una misura necessaria, opportuna e doverosa, e per spiegarsi al meglio dovrebbe essere rafforzato da un'azione coordinata multi-livello tra la Commissione e le autorità di vigilanza nazionali al fine di garantire una buona interazione tra i diversi ruoli e responsabilità di tutti i soggetti interessati al rispetto e all'applicazione della normativa bancaria «prudenziale» (ad esempio, in materia di riacquisto di strumenti ibridi e sui divieti di distribuire cedole e dividendi, riducendo in tal modo le note problematiche di quel rischio morale che erano state alla base dell'introduzione generalizzata del *Bail-in*).

Non da ultimo, appare significativo il richiamo alla nota «neutralità del diritto europeo sulla proprietà delle imprese» laddove la normativa europea non escluderebbe *a priori* l'intervento pubblico, e che proprio nel settore bancario opererebbe a doppio binario nel caso in cui l'istituto di credito da risanare fosse in tutto o in parte a partecipazione pubblica. In questo scenario, infatti, il principio dell'adeguata condivisione «interna» degli oneri sottesi al *Bail-in* troverebbe una diretta applicazione da parte del «socio pubblico»⁵³ chiamato eventualmente a sottoscrivere gli aumenti forzosi di capitale anche se in perdita, sulla falsariga di quanto già avvenuto nell'esperienza spagnola, con l'istituzione del *Fondo de Ree-*

⁵² Cfr. sul punto l'imposizione dottrinarica sui criteri di «razionalità economica» per l'esercizio di ogni prerogativa connessa alla veste di socio pubblico in G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, cit., spec. 158 ss. e 553 ss.

⁵³ Sulla nozione e ricostruzione dogmatica del socio pubblico, si rinvia all'elaborazione scientifica di G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, cit., *passim*.

*structuración Ordenada Bancaria*⁵⁴, in quella portoghese di ricapitalizzazione pubblica della *Caixa Geral de Depósitos*, dell'esperienza austriaca di nazionalizzazione della *Hypo Alpe Adria* ovvero alle analoghe esperienze delle *landesbank* e *sparkasse* tedesche a partecipazione pubblica, che hanno visto, nel maggio 2016, l'intervento pubblico a sostegno della Nordbank Hsh da parte dei *Länder* di Amburgo e Schleswig Holstein.

Ancora una volta, infatti, l'esigenza di un corretto consolidamento del settore bancario, implicherebbe la necessità di prevenire gli effetti negativi di ricaduta derivanti dal dissesto di un ente creditizio a prescindere dalla sua natura pubblica o privata, e quindi implicherebbe di garantire che gli istituti di credito continuino a fornire un'adeguata erogazione di prestiti all'economia reale una volta dismessi o recuperati i crediti in sofferenza iscritti in bilancio anche grazie alla libertà di azione dell'intervento pubblico, la legittimità del quale sarebbe da riconoscersi anche e soprattutto in forza del noto principio *salus rei publicae suprema lex esto*.

In buona sostanza, la tenuta del sistema bancario dovrebbe essere demandata a una lettura evolutiva del quadro normativo sugli aiuti di Stato che porti a un ri-bilanciamento del rapporto tra stabilità finanziaria e libero gioco concorrenziale delle imprese bancarie, spostando l'ago dell'intervento pubblico nettamente a vantaggio della prima.

⁵⁴ Sugli interventi del FROB, si vedano i rilievi dottrinari di V. Marrocco, *Il Caso degli aiuti pubblici alle banche spagnole*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, cit., 295 ss., nonché J.A. Ureña Salcedo, *Crisis y transformación del sistema bancario español*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 40/2015; Id., *La crisis del sistema financiero y la transformación de las Cajas de Ahorro en España*, in *Derecho de la regulación económica*, Santiago Muñoz Machado (dir.), Vol. 10/2010; F. Leon Sanz, *La restructuración del las cajas de ahorros en la crisis del sistema financiero español*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1/2012, 63 ss.

Non performing loan, crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato

La soluzione istituzionale d'introduzione generalizzata del Bail-in non è riuscita a scongiurare l'innescò di pericolose interazioni sistemiche dovute al perdurare dello stato di patologica insolvenza dei debitori non performanti, contribuendo a porre al centro del dibattito economico-politico l'esigenza di un nuovo intervento pubblico di salvaguardia della stabilità del sistema bancario.

Pertanto, poiché le possibili manifestazioni di intervento presentano dei dubbi profili di compatibilità col regime generale degli aiuti di Stato, il presente contributo tenterà di individuare una diversa prospettiva di indagine sul problema dell'intervento pubblico a sostegno delle crisi bancarie e, per meglio comprendere l'esperienza giuridica italiana rispetto alle soluzioni adottate da altri paesi, si cercheranno di individuare gli elementi di criticità connessi alla GACS, al fondo Atlante e al salvataggio pubblico del Monte dei Paschi di Siena, per provare a fornire una lettura evolutiva del quadro normativo sugli aiuti di Stato.

Non-performing loans, banking crises and market solutions: reflections on the compatibility of public interventions with the regime of state assistance

The institutional solution of the generalised introduction of the 'Bail-in' has proved unable to prevent the triggering of dangerous systemic interactions due to the continuation of the state of pathological insolvency of non-performing debtors, contributing to placing the need for a new public intervention to safeguard the stability of the banking system at the very heart of the politico-economic debate.

Therefore, as the possible intervention provisions offer dubious compatibility formats with the general regime of state assistance, this contribution will attempt to identify an alternative study perspective on the issue of public interventions to deal with support banking crises and, in order to better understand the Italian juridical experience compared to the solutions adopted by other countries, the attempt will be made to identify the critical elements linked to the GACS, to the Atlante fund and to the public rescue of the Monte dei Paschi di Siena bank, in order to try and provide an evolutionary interpretation of the normative framework of state assistance.

Sezione di diritto internazionale dell'economia*

UNIONE EUROPEA

Governance economica

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca centrale europea, *Seconda relazione sui progressi compiuti nella riduzione dei crediti deteriorati in Europa*, COM(2018) 133 del 14 marzo 2018.

Comunicazione della Commissione, *Semestre europeo 2018: 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*, COM(2018) 120 del 7 marzo 2018.

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *relativo ai requisiti prudenziali delle imprese di investimento e che modifica i regolamenti (UE) n. 575/2013, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 1093/2010*, COM(2017) 790 del 20 dicembre 2017.

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla vigilanza prudenziale sulle imprese di investimento e recante modifica delle direttive 2013/36/UE e 2014/65/UE*, COM(2017) 791 del 20 dicembre 2017.

Comunicazione della Commissione, *Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia*, COM(2017) 821 del 6 dicembre 2017.

Comunicazione della Commissione, *Nuovi strumenti di bilancio per una zona euro stabile nel quadro dell'Unione*, COM(2017) 822 del 6 dicembre 2017.

Comunicazione della Commissione *su un ministro europeo dell'Economia e delle finanze*, COM(2017) 823 del 6 dicembre 2017.

Proposta di direttiva del Consiglio *che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri*, COM(2017) 824 del 6 dicembre 2017.

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che modifica il regolamento (UE) 2017/825 per aumentare la dotazione finanziaria*

* Coordinatore: Prof.ssa Ornella Porchia (Università degli Studi di Torino – Dipartimento di Giurisprudenza). Hanno partecipato alla redazione della presente Sezione: Elena Corcione, Francesco Costamagna, Filippo Croci, Alberto Miglio, Lorenza Mola, Stefano Montaldo, Alberto Oddenino, Ludovica Poli, Vito Rubino, Elisa Ruozi, Stefano Saluzzo, Andrea Spagnolo, Francesca Varvello.

del programma di sostegno alle riforme strutturali e adattarne l'obiettivo generale, COM(2017) 825 del 6 dicembre 2017.

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio per quanto riguarda il sostegno alle riforme strutturali negli Stati membri, COM(2017) 826 del 6 dicembre 2017.

Proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione del Fondo monetario europeo, COM(2017) 827 del 6 dicembre 2017.

Raccomandazione di raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro, SWD(2017) 660 del 22 novembre 2017.

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea, causa C-521/15.

«Ricorso di annullamento – Decisione d'esecuzione (UE) 2015/1289 – Irrogazione di un'ammenda a uno Stato membro nel contesto della sorveglianza economica e di bilancio della zona euro – Manipolazione di dati statistici relativi al disavanzo dello Stato membro interessato – Competenza giurisdizionale – Regolamento (UE) n. 1173/2011 – Articolo 8, paragrafi 1 e 3 – Decisione delegata 2012/678/UE – Articolo 2, paragrafi 1 e 3, e articolo 14, paragrafo 2 – Regolamento (CE) n. 479/2009 – Articolo 3, paragrafo 1, articolo 8, paragrafo 1, e articoli 11 e 11 bis – Diritti della difesa – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 41, paragrafo 1 – Diritto a una buona amministrazione – Articoli 121, 126 e 136 TFUE – Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi – Effettività dell'infrazione – Errata rappresentazione – Determinazione dell'ammenda – Principio dell'irretroattività delle norme penali».

Sentenza del 13 dicembre 2017, Tribunale (UE), Crédit mutuel Arkéa contro Banca centrale europea, causa T-52/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Vigilanza prudenziale su base consolidata – Gruppo sottoposto a vigilanza prudenziale – Enti collegati in modo permanente a un organismo centrale – Articolo 2, paragrafo 21, lettera c), del regolamento (UE) n. 468/2014 – Articolo 10 del regolamento (UE) n. 575/2013 – Requisiti in materia di fondi propri – Articolo 16, paragrafo 1, lettera c), e paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1024/2013».

Aiuti di Stato

Sentenza del 7 marzo 2018, Corte di giustizia (UE), *SNCF Mobilités contro Commissione europea*, causa C-127/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Aiuti messi in atto dalla Repubblica francese a favore della Sernam – Aiuto alla ristrutturazione e ricapitalizzazione, garanzie e rinuncia a crediti da parte della SNCF nei confronti della Sernam – Decisione che dichiara tali aiuti incompatibili con il mercato interno e che ordina il loro recupero – Vendita degli attivi in blocco – Nozione di “vendita” – Confusione tra l’oggetto e il prezzo della vendita degli attivi in blocco – Procedura aperta e trasparente – Criterio dell’investitore privato – Applicazione di tale principio ad una cessione degli attivi in blocco – Misure compensative».

Sentenza del 6 marzo 2018, Corte di giustizia (UE), *Commissione europea contro FIH Holding A/S e FIH Erhvervsbank A/S*, causa C-579/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Nozione di “aiuto” – Nozione di “vantaggio economico” – Principio dell’operatore privato in economia di mercato – Condizioni di applicabilità e di applicazione – Crisi finanziaria – Interventi successivi di salvataggio di una banca – Considerazione o meno, in sede di valutazione del secondo intervento, dei rischi derivanti dagli impegni assunti dallo Stato membro al momento del primo intervento».

Sentenza del 28 febbraio 2018, Corte di giustizia (UE), *«ZPT» AD contro Narodno sabranie na Republika Bulgaria e a.*, causa C-518/16.

«Rinvio pregiudiziale – Aiuti di Stato – Regolamento (CE) n. 1998/2006 – Articolo 35 TFUE – Aiuto “de minimis” sotto forma di agevolazione fiscale – Normativa nazionale che esclude dal beneficio di tale agevolazione fiscale gli investimenti nella fabbricazione di prodotti destinati all’esportazione».

Sentenza del 26 gennaio 2018, Tribunale (UE), *Centro Clinico e Diagnostico G. B. Morgagni Srl contro Commissione europea*, causa T-172/16.

«Aiuti di Stato – Agevolazioni fiscali e contributive dovute dalle imprese ubicate nelle aree colpite dalle calamità naturali verificatesi in Italia – Decisione che dichiara gli aiuti incompatibili con il mercato interno e ne dispone il recupero – Ricorso di annullamento – Beneficiario potenziale titolare di un diritto quesito – Incidenza diretta e individuale – Ricevibilità – Parità di trattamento – Legittimo affidamento».

Sentenza del 25 gennaio 2018, Tribunale (UE), *Brussels South Charleroi Airport (BSCA) contro Commissione europea*, causa T-818/14.

«Aiuti di Stato – Aiuti concessi dal Belgio a favore di BSCA – Decisione che dichiara gli aiuti in parte compatibili e in parte incompatibili con il mercato interno – Atto giuridicamente vincolante – Periodo limite – Natura economica

dell'ILS – Proporzione di utilizzo economico degli impianti – Dati numerici errati – Domanda di adattamento – Determinazione dei valori attuali – Obbligo di motivazione – Distorsioni della concorrenza – Legittimo affidamento».

Sentenza del 17 gennaio 2018, Corte di giustizia (UE), *Commissione europea contro Repubblica ellenica*, causa C-363/16.

«Inadempimento di uno Stato – Aiuti di Stato – Aiuto dichiarato illegittimo ed incompatibile con il mercato interno – Obbligo di recupero – Articolo 108, paragrafo 2, secondo comma, TFUE – Regolamento (CE) n. 659/1999 – Articolo 14, paragrafo 3 – Società beneficiaria dichiarata fallita – Procedure di insolvenza – Iscrizione dei crediti al passivo fallimentare – Cessazione delle attività – Sospensione della procedura concorsuale ai fini dell'esame della possibilità di rilancio delle attività – Obbligo di informazione – Mancata esecuzione».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Regno di Spagna contro Commissione europea*, causa C-81/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Televisione digitale – Aiuto alla diffusione della televisione digitale terrestre in zone remote e meno urbanizzate – Sovvenzione a favore degli operatori di piattaforme di televisione digitale terrestre – Decisione che dichiara le misure di aiuto in parte incompatibili con il mercato interno – Nozione di “aiuto di Stato” – Vantaggio – Servizio di interesse economico generale – Definizione – Margine di discrezionalità degli Stati membri».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Comunidad Autónoma de Galicia e Redes de Telecomunicación Galegas Retegal SA (Retegal) contro Commissione europea*, causa C-70/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Televisione digitale – Aiuto alla diffusione della televisione digitale terrestre in zone remote e meno urbanizzate – Sovvenzione a favore degli operatori di piattaforme di televisione digitale terrestre – Decisione che dichiara le misure di aiuto in parte incompatibili con il mercato interno – Nozione di “aiuto di Stato” – Vantaggio – Servizio di interesse economico generale – Definizione – Margine di discrezionalità degli Stati membri».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Comunidad Autónoma del País Vasco e a. contro Commissione europea*, cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Televisione digitale – Aiuto alla diffusione della televisione digitale terrestre in zone remote e meno urbanizzate – Sovvenzione a favore degli operatori di piattaforme di televisione digitale terrestre – Decisione che dichiara le misure di aiuto in parte incompatibili con il mercato interno – Nozione di “aiuto di Stato” – Vantaggio – Servizio di interesse economico generale – Definizione – Margine di discrezionalità degli Stati membri».

Sentenza del 23 novembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Servizi assicurativi del commercio estero SpA (SACE) e Sace BT SpA contro Commissione europea*, causa C-472/15 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Assicurazione del credito all'esportazione – Copertura riassicurativa accordata da un'impresa pubblica a una sua controllata – Conferimenti di capitale volti a coprire le perdite della controllata – Nozione di aiuti di Stato – Imputabilità allo Stato – Criterio dell'investitore privato».

Sentenza del 9 novembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Viasat Broadcasting UK Ltd contro TV2/Danmark A/S*, causa C-657/15 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Articolo 107, paragrafo 1, TFUE – Servizio pubblico di radiodiffusione – Misure adottate dalle autorità danesi in favore dell'emittente danese TV2/Danmark – Nozione di “aiuti accordati dagli Stati o per mezzo di risorse statali” – Sentenza Altmark».

Sentenza del 9 novembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Commissione europea contro TV2/Danmark A/S*, causa C-656/15 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Articolo 107, paragrafo 1, TFUE – Servizio pubblico di radiodiffusione – Misure adottate dalle autorità danesi in favore dell'emittente danese TV2/Danmark – Nozione di “aiuti accordati dagli Stati o per mezzo di risorse statali”».

Sentenza del 9 novembre 2017, Corte di giustizia (UE), *TV2/Danmark A/S contro Commissione europea*, causa C-649/15 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Articolo 107, paragrafo 1, TFUE – Servizio pubblico di radiodiffusione – Misure adottate dalle autorità danesi in favore dell'emittente danese TV2/Danmark – Nozione di “aiuti accordati dagli Stati o per mezzo di risorse statali” – Sentenza Altmark».

Alimenti, agricoltura e pesca

Sentenza del 23 novembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Bionorica SE, Diapharm GmbH & Co. KG contro Commissione europea*, cause riunite C-596/15 P e 597/15P

«Impugnazione – Sanità pubblica – Tutela dei consumatori – Regolamento (CE) n. 1924/2006 – Indicazioni sulla salute fornite sui prodotti alimentari – Articolo 13, paragrafo 3 – Elenco delle indicazioni sulla salute consentite sui prodotti alimentari – Sostanze botaniche – Indicazioni sulla salute in sospeso – Ricorso per carenza – Articolo 265 TFUE – Presa di posizione da parte della Commissione europea – Interesse ad agire – Legittimazione ad agire».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse e Gen contro Agrarmarkt Austria*, causa C-516/16.

«Rinvio pregiudiziale – Agricoltura – Organizzazione comune dei mercati – Programma operativo nel settore degli ortofrutticoli – Regolamento (CE) n. 1234/2007, come modificato dal regolamento (CE) n. 361/2008 – Articoli 103 ter, 103 quinquies e 103 octies – Aiuto finanziario dell'Unione europea – Regolamento di esecuzione (UE) n. 543/2011 – Articolo 60 e allegato IX, punto 23 – Investimenti realizzati nelle aziende e/o nei locali dell'organizzazione di produttori – Nozione – Legittimo affidamento – Certezza del diritto».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne contro Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG*, Causa C-393/16.

«Rinvio pregiudiziale – Organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli – Tutela delle denominazioni di origine protetta (DOP) – Regolamento (CE) n. 1234/2007 – Articolo 118 quaterdecies, paragrafo 2, lettera a), ii), lettere b) e c) – Regolamento (UE) n. 1308/2013 – Articolo 103, paragrafo 2), lettera a), ii), lettere b) e c) – Ambito di applicazione – Sfruttamento della notorietà di una DOP – Usurpazione, imitazione o evocazione di una DOP – Indicazione falsa o ingannevole – DOP “Champagne” utilizzata nella denominazione di un prodotto alimentare – Denominazione “Champagner Sorbet” – Prodotto alimentare che contiene champagne come ingrediente – Ingrediente che conferisce al prodotto alimentare una caratteristica essenziale».

Sentenza del 24 gennaio 2018, Corte di giustizia (UE), *Commissione europea contro Repubblica italiana*, causa C-433/15.

«Inadempimento di uno Stato – Latte e latticini – Prelievo supplementare sul latte – Campagne dal 1995/1996 al 2008/2009 – Regolamento (CE) n. 1234/2007 – Articoli 79, 80 e 83 – Regolamento (CE) n. 595/2004 – Articoli 15 e 17 – Violazione – Mancato pagamento effettivo del prelievo entro i termini impartiti – Mancato recupero in caso di omesso versamento del prelievo».

Ambiente e energia

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Eni S.p.A.*, causa C-226/16.

«Rinvio pregiudiziale – Energia – Settore del gas – Sicurezza dell'approvvigionamento di gas – Regolamento (UE) n. 994/2010 – Obbligo per le imprese di gas naturale di adottare misure dirette a garantire l'approvvigionamento di gas dei clienti protetti – Articolo 2, secondo comma, punto 1 – Nozione di “clienti

protetti” – Articolo 8, paragrafo 2 – Obbligo supplementare – Articolo 8, paragrafo 5 – Possibilità per le imprese di gas naturale di soddisfare il loro obbligo a livello regionale o dell’Unione – Normativa nazionale che impone ai fornitori di gas un obbligo supplementare di stoccaggio di gas il cui ambito di applicazione include clienti che non rientrano tra i clienti protetti ai sensi del regolamento n. 994/2010 – Obbligo di stoccaggio che deve essere soddisfatto per l’80% nel territorio dello Stato membro di cui trattasi».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation contro Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, causa C-664/15.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Direttiva 2000/60/CE – Politica dell’Unione europea in materia di acque – Articolo 4, paragrafo 1, e articolo 14, paragrafo 1 – Obblighi di impedire il deterioramento dello stato dei corpi idrici e di promuovere la partecipazione attiva di tutte le parti interessate all’attuazione della direttiva – Convenzione di Aarhus – Partecipazione del pubblico al processo decisionale e accesso alla giustizia in materia ambientale – Articolo 6 e articolo 9, paragrafi 3 e 4 – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articolo 47 – Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva – Progetto che può avere un impatto sullo stato delle acque – Procedimento amministrativo di autorizzazione – Organizzazione per la tutela dell’ambiente – Domanda diretta a ottenere la qualità di parte nel procedimento amministrativo – Possibilità di far valere diritti conferiti dalla direttiva 2000/60/CE – Perdita della qualità di parte nel procedimento e del diritto di ricorso nel caso in cui tali diritti non siano stati fatti valere in tempo utile nel corso del procedimento amministrativo».

Sentenza del 18 gennaio 2018, Corte di giustizia (UE), *INEOS Köln GmbH contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-58/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Sistema di scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra nell’Unione europea – Direttiva 2003/87/CE – Articolo 10 bis – Norme transitorie ai fini dell’armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote di emissioni – Periodo 2013-2020 – Decisione 2011/278/UE – Articolo 3, lettera h) – Nozione di “sottoimpianto con emissioni di processo” – Emissioni derivanti dalla combustione di carbonio parzialmente ossidato – Residui liquidi – Esclusione».

Sentenza del 28 febbraio 2018, Corte di giustizia (UE), *Comune di Castellbellino contro Regione Marche e a.*, causa C-117/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Direttiva 2011/92/UE – Articolo 4, paragrafi 2 e 3, e allegati da I a III – Valutazione di impatto ambientale – Autorizzazione a effettuare lavori in un impianto per la produzione di energia elettrica da biomasse senza previa verifica dell’assoggettabilità a valutazione di impatto

ambientale – Annullamento – Regolarizzazione a posteriori dell'autorizzazione in base a nuove disposizioni di diritto nazionale senza previa verifica dell'assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale».

Sentenza del 7 marzo 2018, Corte di giustizia (UE), *Cristal Union contro Ministre de l'Économie et des Finances*, causa C-31/17.

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2003/96/CE – Tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità – Articolo 14, paragrafo 1, lettera a) – Prodotti energetici utilizzati per produrre elettricità – Obbligo di esenzione – Articolo 15, paragrafo 1, lettera c) – Prodotti energetici per la generazione combinata di calore e di energia – Facoltà di esenzione o di riduzione del livello di tassazione – Gas naturale destinato alla cogenerazione di calore e di elettricità».

Sentenza del 15 marzo 2018, Corte di giustizia (UE), *North East Pylon Pressure Campaign Limited e Maura Sheehy contro An Bord Pleanála e altri*, causa C-470/16.

«Rinvio pregiudiziale – Valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti – Direttiva 2011/92/UE – Diritto di ricorso dei membri del pubblico interessato – Ricorso prematuro – Nozioni di spese non eccessivamente onerose e di decisioni, atti o omissioni rientranti nelle disposizioni della direttiva sulla partecipazione del pubblico – Applicabilità della convenzione di Aarhus».

Sentenza del 15 marzo 2018, Corte di giustizia (UE), *SC Cali Esprou SRL contro Administrația Fondului pentru Mediu*, causa C-104/17.

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 94/62/CE – Imballaggi e rifiuti di imballaggio – Recupero e riciclaggio dei rifiuti – Contributo a un fondo nazionale per l'ambiente – Immissione sul mercato nazionale dei prodotti imballati e degli imballaggi, senza intervento su questi ultimi – Principio cosiddetto «chi inquina paga» – Qualità di soggetto che inquina».

Consumatori

Sentenza del 7 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Banco Santander SA contro Cristobalina Sánchez López*, causa C-598/15.

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 93/13/CEE – Contratti conclusi con i consumatori – Clausole abusive – Poteri del giudice nazionale – Effettività della protezione riconosciuta ai consumatori – Contratto di mutuo ipotecario – Procedura stragiudiziale di esecuzione della garanzia ipotecaria – Procedura giudiziale semplificata di riconoscimento dei diritti reali dell'aggiudicatario».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *José Luis Núñez Torreiro contro AIG Europe Limited, Sucursal en España*, causa C-334/16.

«Rinvio pregiudiziale – Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli – Direttiva 2009/103/CE – Articolo 3, primo comma – Nozione di “circolazione dei veicoli” – Normativa nazionale che esclude la guida degli autoveicoli su strade e terreni non “idonei alla circolazione”, salvo quelli che, pur non presentando tale caratteristica, sono tuttavia “comunemente utilizzati”».

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Binca Seafoods GmbH contro Commissione europea*, causa C-268/16P.

«Impugnazione – Regolamento (CE) n. 834/2007 – Produzione ed etichettatura dei prodotti biologici – Regolamento (CE) n. 889/2008 – Regolamento di esecuzione (UE) n. 1358/2014 – Interesse ad agire – Nozione di “vantaggio personale”».

Sentenza del 20 febbraio 2018, Corte di giustizia (UE), *Regno del Belgio contro Commissione europea*, causa C-16/16P.

«Impugnazione – Tutela dei consumatori – Servizi di gioco d'azzardo online – Tutela dei consumatori e degli utenti nonché prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi di cui trattasi – Raccomandazione 2014/478/UE della Commissione – Atto dell'Unione giuridicamente non vincolante – Articolo 263 TFUE».

Proprietà intellettuale e Nuove tecnologie

Sentenza del 20 dicembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Incyte Corporation contro Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, causa C-492/16.

«Rinvio pregiudiziale – Proprietà intellettuale e industriale – Diritto dei brevetti – Medicinali per uso umano – Regolamento (CE) n. 469/2009 – Articolo 18 – Prodotti fitosanitari – Regolamento (CE) n. 1610/96 – Articolo 17, paragrafo 2 – Certificato protettivo complementare – Durata – Fissazione della data di scadenza – Effetti di una sentenza della Corte – Possibilità o obbligo di rettifica della data di scadenza».

Sentenza del 20 dicembre 2017, *Schweppes SA contro Red Paralela SL, Red Paralela BCN SL*, causa C-291/16.

«Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Marchi – Direttiva 2008/95/CE – Articolo 7, paragrafo 1 – Esaurimento del diritto conferito dal marchio – Marchi paralleli – Cessione dei marchi per una parte del territorio dello Spazio economico europeo (SEE) – Strategia commerciale che rafforza deliberatamente l'immagine di un marchio globale e unico in seguito alla cessione – Titolari indipendenti ma che intrattengono intensi rapporti commerciali ed economici».

Sentenza del 23 febbraio 2018, Tribunale (UE), *Schniga GmbH contro Ufficio comunitario delle varietà vegetali (UCVV)*, causa T-445/16.

«Ritrovati vegetali – Domanda di concessione di una privativa comunitaria per ritrovati vegetali per la varietà vegetale Gala Schnico – Esame tecnico – Obbligo di motivazione – Articolo 75, primo periodo, del regolamento (CE) n. 2100/94 – Omogeneità – Articolo 8 del regolamento n. 2100/94 – Esame supplementare – Articolo 57, paragrafo 3, del regolamento n. 2100/94 – Parità di trattamento – Esame d'ufficio dei fatti da parte dell'UCVV – Articolo 76 del regolamento n. 2100/94».

Libera circolazione delle merci

Sentenza del 1 marzo 2018, Corte di giustizia (UE), *SC Petrotel-Lukoil SA e Maria Magdalena Georgescu contro Ministerul Economiei e a.*, causa C-76/17.

«Rinvio pregiudiziale – Tassa di effetto equivalente a dazi doganali – Articolo 30 TFUE – Tributo interno – Articolo 110 TFUE – Tassa applicata ai prodotti petroliferi esportati – Non-ripercussione della tassa sul consumatore – Onere della tassa sostenuto dal contribuente – Rimborso delle somme versate dal contribuente».

Sentenza del 23 gennaio 2018, Corte di giustizia (UE), *Albert Buhagiar e a. contro Minister for Justice*, causa C-267/16.

«Rinvio pregiudiziale – Portata territoriale del diritto dell'Unione – Articolo 355, punto 3, TFUE – Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e agli adattamenti dei trattati – Articolo 29 – Allegato I, parte I, punto 4 – Esclusione di Gibilterra dal territorio doganale dell'Unione europea – Portata – Direttiva 91/477/CEE – Articolo 1, paragrafo 4 – Articolo 12, paragrafo 2 – Allegato II – Carta europea d'arma da fuoco – Attività di caccia e tiro sportivo – Applicabilità al territorio di Gibilterra – Obbligo di trasposizione – Insussistenza – Validità».

Libertà di circolazione dei lavoratori

Sentenza del 21 febbraio 2018, Corte di giustizia (UE), *Ville de Nivelles contro Rudy Matzak*, causa C-518/15.

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2003/88/CE – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Organizzazione dell'orario di lavoro – Articolo 2 – Nozioni di “orario di lavoro” e “periodo di riposo” – Articolo 17 – Deroghe – Vigili del fuoco – Ore di guardia – Servizi di guardia al proprio domicilio».

Sentenza del 6 febbraio 2018, Corte di giustizia (UE), *Procedimento penale a carico di Altun e a*, causa C-359/16.

«Rinvio pregiudiziale – Lavoratori migranti – Previdenza sociale – Normativa da applicare – Regolamento (CEE) n. 1408/71 – Articolo 14, punto 1, lettera a) – Lavoratori distaccati – Regolamento (CEE) n. 574/72 – Articolo 11, paragrafo 1, lettera a) – Certificato E 101 – Forza probatoria – Certificato ottenuto o invocato in modo fraudolento».

Libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi

Sentenza del 24 gennaio 2018, Corte di giustizia (UE), *Presidenza del Consiglio dei Ministri e a. contro Gianni Pantuso e a.*, cause riunite C-616/16 e C-617/16.

«Rinvio pregiudiziale – Coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico – Direttive 75/363/CEE e 82/76/CEE – Formazione come medico specialista – Remunerazione adeguata – Applicazione della direttiva 82/76/CEE alle formazioni iniziate prima del termine assegnato agli Stati membri per la trasposizione di questa direttiva e terminate dopo tale data».

Sentenza del 16 novembre 2017, Corte di giustizia (UE), *Robeco Hollands Bezit NV e a. contro Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM)*, causa C-658/15.

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2004/39/CE – Mercati degli strumenti finanziari – Articolo 4, paragrafo 1, punto 14 – Nozione di “mercato regolamentato” – Ambito di applicazione – Sistema a cui partecipano broker che rappresentano investitori, da un lato, e agenti di organismi di investimento collettivo di “tipo aperto” con l’obbligo di eseguire ordini relativi ai loro fondi, dall’altro lato».

Sentenza del 30 gennaio 2018, Corte di giustizia (UE), *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort e Visser Vastgoed Beleggingen BV contro Raad van de gemeente Appingedam*, cause riunite C-360/15 e C-31/16.

«Rinvio pregiudiziale – Servizi nel mercato interno – Direttiva 2006/123/CE – Ambito di applicazione – Articolo 2, paragrafo 2, lettera c) – Esclusione dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica – Articolo 4, punto 1 – Nozione di “servizio” – Vendita al dettaglio di prodotti – Capo III – Libertà di stabilimento dei prestatori – Applicabilità a situazioni puramente interne – Articolo 15 – Requisiti da valutare – Restrizione territoriale – Piano regolatore che vieta l’attività di vendita al dettaglio di prodotti non voluminosi in aree geografiche situate al di fuori del centro cittadino – Protezione dell’ambiente urbano – Autorizzazio-

ne per le reti e i servizi di comunicazione elettronica – Direttiva 2002/20/CE – Oneri pecuniari connessi ai diritti di installare strutture destinate a una rete pubblica di comunicazione elettronica».

Regolamento (UE) 2017/2401 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, *che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*, in GUUE L 347 del 28 dicembre 2017, pp. 1-34.

ALTRE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Biotecnologie

European Group on Ethics in Science and New Technologies, Dichiarazione *Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, 9 marzo 2018.

La dichiarazione auspica l'adozione di regole in materia di progettazione, produzione, ed utilizzo dell'intelligenza artificiale, identificando alcuni principi etici fondamentali, basati sui valori consacrati nei Trattati UE e nella Carta dei diritti fondamentali.

UNESCO, *Dichiarazione sui principi etici in relazione al cambiamento climatico*, 13 novembre 2017.

Il documento individua alcuni principi etici che gli Stati sono invitati ad applicare nel processo decisionale e nella definizione di azioni relative al cambiamento climatico.

Controversie investitore-Stato

Decisione del 16 marzo 2018 sulla proposta di ricasazione di Gary Born, *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain* (Trattato sulla Carta dell'Energia), ICSID Case No. ARB/15/23.

«Investimenti nel settore energetico – articolo 57 ICSID – Regola 9 Regole arbitrali ICSID – standard giuridico sulla ricasazione di arbitro – testo plurilingue – imparzialità – indipendenza»

Sentenza dell'Alta Corte del Regno Unito del 2 marzo 2018 sulla richiesta di annullamento, *GPF GP S.à.r.l v. Republic of Poland (BIT Polonia-Unione economica belgo-lussemburghese)*, SCC Case No. V 2014/168.

«Investimenti nel settore immobiliare – decisione sulla competenza – clausola arbitrale – regole di interpretazione dei trattati – trattamento giusto ed equo – espropriazione indiretta»

Decisione del 2 marzo 2018 sulla proposta di ricasazione di Álvaro Castellanos Howell, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (BIT Barbados-Venezuela)*, ICSID Case No. ARB 12/20 (in spagnolo).

«Investimenti nel settore turistico – standard per la ricasazione – imparzialità – indipendenza»

Decisione del 23 febbraio 2018 sulla competenza e l'ammissibilità, *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (BIT Argentina-Italia)*, ICSID Case No. ARB/15/39.

«Investimenti nel settore delle infrastrutture – prescrizione – requisito dell'esperimento di rimedi interni per 18 mesi – competenza del giudice domestico – legittimazione attiva»

Decisione del 2 febbraio 2018 sull'annullamento, *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (BIT Paesi Bassi-Venezuela)*, ICSID Case No. ARB/12/22.

«Investimenti nel settore manifatturiero e di servizi – eccesso di potere – insufficienza della motivazione – violazione delle garanzie processuali»

Decisione del 30 gennaio 2018 sulla competenza e l'ammissibilità, *Resolute Forest Products Inc. v. the Government of Canada (NAFTA)*, PCA Case No. 2016-13.

«Investimenti nel settore manifatturiero – onere della prova – competenza *ratione temporis* – competenza *ratione materiae* – impatto sull'investimento – comportamento di autorità locale – verosimiglianza della pretesa – misure fiscali»

Lodo del 22 dicembre 2017, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC v. Democratic Republic of Timor-Leste (Legislazione sugli investimenti stranieri, contratto)*, ICSID Case No. ARB/15/2.

«Investimenti nel settore dell'elettricità – *iura novit curia* – precedenti pronunce arbitrali – consenso a sottoporre la controversia ad arbitrato – 'investimento' ex articolo 25(1) ICSID»

Lodo del 22 dicembre 2017, *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia (BIT Lettonia-Lituania)*, ICSID Case No. ARB/12/33.

«Investimenti nel settore dell'elettricità – competenza *ratione personae* – consenso a sottoporre la controversia ad arbitrato – competenza *ratione materiae* – controversia relativa ad un investimento – *estoppel* – acquiescenza – prescrizione – richiesta di sospensione del procedimento – richiesta di conclusione del procedimento – espropriazione – rilascio di permessi e autorizzazioni in conformità al diritto nazionale – trattamento della nazione più favorita – *quantum*»

Decisione del 15 dicembre 2017 sul merito della seconda allegazione di violazione dell'accordo di risoluzione amichevole della controversia, *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic (BIT Laos-Paesi Bassi)*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6.

«Investimenti nel settore del gioco d'azzardo – espropriazione – risoluzione amichevole – riattivazione del tribunale arbitrale – procedimenti paralleli – *res judicata* – *inadimplenti non est adimplendum* – ‘clean hands’ – violazione grave dell'accordo».

Lodo del 14 dicembre 2017, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan (BIT Giordania-Kuwait)*, ICSID Case No. ARB/13/38.

«Investimenti nel settore dell'informazione e della comunicazione – competenza del tribunale – misura fiscale – decisioni del giudice interno».

Decisione del 13 dicembre 2017 sulle obiezioni accelerate, *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama (Accordo di promozione commerciale Panama-Stati Uniti)*, ICSID Case No. ARB/16/34.

«Investimenti nel settore manifatturiero – obiezioni accelerate – onere della prova – standard probatorio – nozione di investimento – marchio commerciale – controversia in relazione diretta con un investimento – legittimazione attiva – sviamento di procedura – decisioni del giudice interno».

Decisione del 4 dicembre 2017 sulla competenza, *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica (BIT Canada-Costa Rica)*, ICSID Case No. ARB/14/5.

«Investimenti nel settore minerario – annullamento di concessione – competenza del tribunale – clausola arbitrale dell'accordo bilaterale sugli investimenti – nozione di “misure” – pretesa su base pattizia – pretesa *prima facie* – requisito dell'inesistenza di una pronuncia interna sulle misure controverse – condizioni di ammissibilità – riserva in materia ambientale».

Lodo del 30 novembre 2017, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (Accordo di libero scambio Canada-Perù)*, ICSID Case No. ARB/14/2.

«Investimenti nel settore minerario – competenza del tribunale – esistenza di un investimento – legittimazione attiva – investimento legittimamente costituito – buona fede – *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* – ammissibilità – espropriazione – *police powers* – trattamento giusto ed equo – standard minimo internazionale – piena sicurezza e protezione – misure irragionevoli o discriminatorie – danni – standard dell'indennizzo – interessi».

Parere e Ordinanza del 19 novembre 2017 della Corte distrettuale per il Distretto meridionale di New York, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v. Republic of Guinea (Legislazione sugli investimenti)*, ICSID Case No. ARB/14/22.

«Investimenti nel settore minerario – mozione di sospensione del procedimento non arbitrale – procedimento arbitrale ICSID pendente – corruzione – *contract claims* – preclusione indiretta».

Decisione del 23 novembre sulle misure provvisorie, *Rizzani de Eccher S.p.A., Obrascón Huarte Lain S.A. and Trevi S.p.A. v. State of Kuwait (BIT Italia-Kuwait, BIT Kuwait-Spagna)*, ICSID Case No. ARB/17/8.

«Investimenti nel settore edile – richiesta di misure provvisorie – poteri del tribunale arbitrale».

Lodo del 13 novembre 2017, *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (BIT Stati Uniti-Venezuela)*, ICSID Case No. ARB/12/21.

«Investimenti nel settore manifatturiero – espropriazione – competenza del tribunale – consenso dello Stato convenuto – denuncia della Convenzione ICSID – rapporti tra trattati – articoli 71 e 72 ICSID».

Lodo del 30 ottobre 2017, *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela (BIT Germania-Venezuela)*, ICSID Case No. ARB/11/19.

«Investimenti nel settore chimico – competenza del tribunale – espropriazione – indennizzo».

Decisione del 23 ottobre 2017 della Corte d'appello per il Secondo distretto, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania (BIT Romania-Svezia)*, ICSID Case No. ARB/05/20.

«Investimenti nel settore alimentare – riconoscimento di lodo ICSID – applicabilità del Foreign Sovereign Immunities Act statunitense – foro competente negli Stati Uniti».

Lodo dell'11 ottobre 2017, *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic (BIT Germania-Repubblica Ceca)*, PCA Case No. 2014-03.

«Investimenti nel settore energetico (fotovoltaico) – diritto applicabile – *iura novit curia* – competenza del tribunale – definizione di investitore – accordo bilaterale sugli investimenti tra Stati membri dell'UE – diritto UE – *police power* – trattamento giusto ed equo – aspettative legittime – diritto UE sugli aiuti di Stato – piena sicurezza e protezione – *umbrella clause*».

Organizzazione Mondiale del Commercio

Rapporto dell'Organo d'Appello del 22 marzo 2018, *Russia - Anti-Dumping Duties on Light Commercial Vehicles from Germany and Italy*, WT/DS479/AB/R.

«Accordo Antidumping, GATT 1994».

Rapporto del panel del 22 febbraio 2018, *Korea - Import Bans, and Testing and Certification Requirements for Radionuclides*, WT/DS495/R.

«Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, GATT 1994».

Rapporto del panel del 25 gennaio 2018, *European Union - Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Indonesia*, WT/DS480/R.

«Accordo Antidumping, Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, GATT 1994».

Rapporto del panel del 6 dicembre 2017, *United States - Anti-Dumping and Countervailing Measures On Certain Coated Paper From Indonesia*, WT/DS491/R.

«Accordo sui sussidi e sulle misure compensative, Accordo Antidumping».

Rapporto del panel del 14 novembre 2017, *United States - Anti-Dumping Measures on Certain Oil Country Tubular Goods from Korea*, WT/DS488/R.

«Accordo Antidumping, Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, GATT 1994».

Rapporto dell'Organo d'Appello del 9 novembre 2017, *Indonesia - Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Products*, WT/DS477/AB/R, WT/DS478/AB/R.

«Accordo sull'Agricoltura, GATT 1994, Accordo relativo alle procedure in materia di licenze. d'importazione, Accordo sulle ispezioni pre-imbarco».

Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità

Andrea Maltoni

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Brevi cenni alla normativa in tema di commissariamento. - 2.1. Estensione dei poteri prefettizi di commissariamento al settore sanitario e finalità perseguite. - 3. Il commissariamento prefettizio e l'irrelevanza dei profili attinenti alla tutela della concorrenza. - 3.1. Gli illeciti accertati nel giudizio penale, la ri-valutazione della legittimità dell'aggiudicazione da parte del g.a. e la tutela dei concorrenti non aggiudicatari sul piano risarcitorio. - 3.2. Commissariamento e tutela della concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici. - 4. Il commissariamento disposto nei confronti di imprese esercenti attività sanitarie per conto del S.S.N. - 5. Il commissariamento in seguito all'emissione di informative interdittive antimafia: la gestione commissariale estesa a tutti i contratti pubblici. - 6. I Patti di integrità o Protocolli di legalità tra prevenzione degli illeciti penali e tutela della concorrenza. - 6.1. I Protocolli di legalità di ultima generazione e le clausole risolutive espresse.

1. *Premessa*

Nel presente scritto, dopo aver richiamato brevemente la normativa in tema di commissariamento di imprese limitatamente all'esecuzione di singoli contratti pubblici, nonché dato conto dell'avvenuta estensione al settore sanitario dell'ambito di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, si indicheranno le finalità perseguite da detta normativa, mettendo in rilievo le principali criticità che la stessa presenta, come conseguenza della mancata considerazione dei profili attinenti alla tutela della concorrenza, quale valore primario da assicurare tanto nelle procedure di aggiudicazione quanto nella fase di esecuzione dei contratti pubblici¹.

¹ Occorre precisare che, nel presente lavoro, non ci si soffermerà su molti degli aspetti critici della disciplina di cui all'art. 32 d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014 in quanto sono stati esaminati in

2. *Brevi cenni alla normativa in tema di commissariamento*

Com'è noto, in base all'art. 32 del d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014, il Presidente dell'ANAC può chiedere al Prefetto di adottare misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio destinate ad incidere sui poteri di amministrazione e gestione di imprese, nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria abbia avviato procedimenti inerenti all'accertamento di una serie di delitti, o meglio sia stata rilevata la presenza di «situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite» o di «eventi criminali», attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di lavori, servizi o forniture ovvero ad un contraente generale ovvero ad un concessionario di lavori pubblici, e sempre che sussistano «fatti gravi e accertati» ex art. 19, comma 5 lett. a) del medesimo decreto². Più precisamente, il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto di: ordinare il rinnovo degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla esecuzione del contratto; di provvedere, direttamente, alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente all'esecuzione del contratto; di provvedere alla misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa.

Il potere di commissariamento è, in particolare, riconosciuto al fine di evitare che l'esecuzione di un contratto pubblico possa essere interrotta in ragione dell'avvio di una indagine relativa a fatti corruttivi³, nonché impedire che l'im-

altro scritto, si v. A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private: presupposti e limiti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1079 s., spec. 1098 s.

² Con detta previsione normativa si è dunque stabilito che «in presenza di indagini per delitti di particolare gravità ai danni delle pubbliche amministrazioni, ovvero in presenza di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad imprese aggiudicatarie di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, il Presidente dell'ANAC sia dotato di incisivi poteri propositivi nei confronti del Prefetto», si v. la Relazione al disegno di legge n. 2486/2015, 22, reperibile al sito <http://www.camera.it/leg17/126>. Più in generale, in tema di contrasto alla corruzione e contratti pubblici, si v.: F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 177 s.; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 11/2014; AA.VV., *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, a cura di G.M. Racca, C.R. Yukins, Bruxelles, Bruylant, 2014; Y. Marique, *Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?*, in *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, a cura di J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, Edward Elgar Publishing, 2014, 85 s.; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127 s.; G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. e app.*, 2015, 749 s.; M.P. Santoro, *La disciplina dei contratti pubblici tra semplificazione e regolazione*, in *Giustamm.it*, n. 7/2016. Si v. anche. Commissione UE, Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, 3 febbraio 2014.

³ Con riferimento al tema più generale dell'individuazione dei fattori istituzionali ed economici che possono agevolare fenomeni corruttivi la letteratura è molto ampia, si v. *ex multis*: A. Shleifer, R.W. Vishny, *Corruption*, in *Quarterly Journal Economics*, August, 1993, 599 s.; S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, 1999; A. Ogus, *Corruption and regulatory structures*, in *Law &*

presa esecutrice, coinvolta in dette condotte illecite, possa conseguire un ingiusto arricchimento.

Inoltre, con l'art. 1, comma 704, l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016) è stata estesa la possibilità di adottare le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014 alle imprese che esercitano attività sanitarie o socio-sanitarie per conto del S.S.N., che risultino coinvolte in procedimenti penali per fatti corruttivi ovvero siano destinatarie di informative antimafia; imprese che, in quanto autorizzate alla realizzazione e all'esercizio di strutture sanitarie, nonché accreditate dalla Regione, abbiano stipulato con quest'ultima o con le aziende sanitarie accordi ex art. 8-quinquies d.lgs. n. 502/1992 o altre convenzioni.

Da ultimo, deve richiamarsi la disciplina contenuta nell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014 – applicabile anche alle imprese operanti nel settore sanitario testé indicate – ai sensi del quale la misura del commissariamento può essere disposta, su iniziativa del Prefetto – il quale, diversamente dall'ipotesi sopra richiamata, è semplicemente tenuto ad informare il Presidente dell'ANAC – là dove sia stata emessa «un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici», ancorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011, ovvero «l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi».

Detta ipotesi differisce da quella precedente in ragione del fatto che la disposizione *de qua* indica in modo puntuale i presupposti per l'esercizio del potere prefettizio di commissariamento, nonché i fini di interesse pubblico perseguiti. Là dove, infatti, trovino contestuale applicazione l'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 e l'art. 94, comma 3 d.lgs. n. 159/2011⁴, in presenza di un'informazione interdittiva antimafia, il Prefetto adotta la misura del commissariamento allo scopo di salvaguardare determinati interessi pubblici⁵. Detta misura può essere adottata soltanto qualora sia necessario «evitare interruzioni nell'erogazio-

Policy, 2004, vol. 26, 338 s.; D. Della Porta, A. Vannucci, *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Ashgate Publishing, 2012; M. De Benedetto, *Administrative Corruption*, in J. Backhaus, *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on-line, 2014.

⁴ Per l'affermazione secondo cui è possibile l'adozione di una delle misure adottate dal Prefetto ai sensi dell'art. 32, d.l. cit., si v. *ex multis*: TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 2750; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5678; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵ Sottolineano il fatto che l'avvio del procedimento preordinato all'adozione della misura del commissariamento non consegue in via automatica all'emissione di una informazione antimafia interdittiva, R. Canto-

ne di prestazioni che risultano indispensabili per consentire ad una collettività o a tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti, quali la libertà di circolazione, il diritto alla salute, ecc.», ovvero «mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro, la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico (ad esempio nel territorio provinciale) o in un determinato comparto produttivo», ovvero «evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica»⁶, e sempre che ricorrano le condizioni che avrebbero legittimato la prosecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa aggiudicataria, ovvero l'opera sia in corso di ultimazione, ovvero la fornitura di beni e servizi risulti essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico⁷.

Nel caso, invece, in cui non sussistano le condizioni indicate dall'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011, in quanto l'opera non sia in corso di ultimazione ovvero la fornitura di beni e servizi non possa considerarsi essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, l'intervenuta emissione dell'informazione interdittiva impone di procedere alla revoca dell'aggiudicazione, o nel caso in cui sia stato stipulato il contratto, alla risoluzione del medesimo.

2.1. Estensione dei poteri prefettizi di commissariamento al settore sanitario e finalità perseguite

Nel delineare l'estensione dei poteri prefettizi occorre tener conto non soltanto delle disposizioni già richiamate, ma anche di alcuni documenti e linee guida dell'ANAC che ne hanno con più precisione definito i contorni.

Come è stato posto in rilievo dalla stessa ANAC nelle *Secondo Linee Guida* del 2015, il potere attribuito al Prefetto nell'individuazione della misura più adeguata risulta molto ampio, potendo il medesimo sempre disporre in via diretta il commissariamento, ogni qual volta reputi che la rinnovazione dell'organo sociale con poteri di amministrazione «non risulti sufficiente a garantire gli interessi di

ne, B. Coccagna, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, a cura di R. Cantone, F. Merloni, Torino, 2015, 117.

⁶ Si v. ANAC, *Secondo Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia* 27 gennaio 2015, in <https://www.anticorruzione.it/>.

⁷ Si v. ancora ANAC, *Secondo Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, cit.

tutela della legalità e dell'immagine dell'amministrazione (ad esempio perché le situazioni verificatesi interessano più organi o una pluralità di loro componenti)»⁸.

Peraltro, sempre l'ANAC non ha mancato di sottolineare come il commissariamento, anche se limitato «alla completa esecuzione dell'appalto o della concessione», comunque fino al collaudo dell'opera nel caso di lavori pubblici, costituisca una misura molto più invasiva e penetrante nei confronti dell'autonomia imprenditoriale rispetto a quella della rinnovazione degli organi sociali con poteri di amministrazione⁹.

Con riguardo, più specificamente, ai poteri dei commissari, nelle richiamate *Seconde Linee Guida* è stato posto in rilievo come ai medesimi siano attribuiti ampi poteri conformativi e limitativi della libertà di iniziativa economica, atteso che, a norma del comma 2 dell'art. 32, d.l. cit., per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono sospesi l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa, nonché i poteri dell'assemblea dei soci per l'intera durata del commissariamento, limitatamente all'esecuzione del contratto¹⁰.

In ordine agli effetti conformativi e limitativi di tali poteri occorre altresì tener conto che, a seguito del commissariamento, l'utile d'impresa, derivante dal contratto pubblico, deve essere accantonato in un apposito fondo – anche attraverso la costituzione di una società per azioni o mediante la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447-*bis* c.c. –, non può essere distribuito ed è impignorabile fino all'esito dei giudizi penali ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari relativi all'informazione interdittiva antimafia¹¹.

La finalità del commissariamento è dunque essenzialmente quella di garantire la continuità nell'esecuzione del contratto pubblico, nei tempi previsti, al fine di assicurare che i proventi ricavabili dall'esecuzione del contratto siano destinati in via esclusiva agli «eventuali interventi (quali confische o risarcimenti) che potrebbero essere disposti a seguito dell'accertamento penale»¹². Peraltro, come

⁸ Si v. ANAC, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro Spa con riferimento all'appalto relativo alle "Architetture di servizio" afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015*, in <https://www.anticorruzione.it/>.

⁹ Si v. ANAC, *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia – Art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114*, in <http://www.anticorruzione.it/portal/publicclassic>.

¹⁰ Si v. ANAC, *Seconde Linee Guida per l'applicazione di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, 27 gennaio 2015, § 2, in <https://www.anticorruzione.it>.

¹¹ Ne consegue che – come è stato posto in rilievo nella Relazione annuale 2016 dell'ANAC, Roma, Camera dei deputati, 6 luglio 2017, in <http://www.anticorruzione.it> – la destinazione di tali somme, provvisoriamente congelate, non può che essere considerata in «una prospettiva funzionale e coerente con l'intervento di misure cautelari patrimoniali di competenza del giudice penale, quali il sequestro preventivo e la confisca, ovvero con eventuali istanze risarcitorie promosse dalla stazione appaltante».

¹² Si v. sul punto ANAC, *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia – Art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla legge*

è stato sottolineato dai giudici del Consiglio di Stato, con la misura del commissariamento di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, il legislatore ha cercato di bilanciare «unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando sullo sfondo l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara a monte»¹³.

Se questo è l'assetto di interessi prefigurato dal legislatore, la cui concretizzazione è rimessa all'Autorità prefettizia sulla base della richiesta espressa dal Presidente dell'ANAC, sembra possibile prospettare alcuni profili di illegittimità costituzionale, in quanto detto commissariamento comprime in modo eccessivo la libertà di iniziativa economica delle imprese che risultano sottoposte a tale misura e finisce per tutelare essenzialmente gli interessi patrimoniali pubblici, come si desume dalla previsione dell'obbligo di segregazione delle somme destinate a confische o risarcimenti¹⁴. La stazione appaltante, in seguito al commissariamento, per un verso, evita che venga interrotta l'esecuzione del contratto in essere ed il subentro nel medesimo di un altro concorrente partecipante alla procedura non risultato aggiudicatario, per l'altro, elimina il rischio che, come conseguenza di detto subentro, si determini un allungamento dei tempi di durata del contratto, nonché un aumento delle spese. Ciò, tuttavia, determina una discrasia tra il diritto interno (i.e. l'art. 32, d.l. cit.), che tutela in via prioritaria l'interesse delle amministrazioni aggiudicatrici all'integrale esecuzione del contratto, e il diritto europeo che mira ad assicurare, in attuazione del principio concorrenziale, che le procedure di affidamento di contratti pubblici siano eque, imparziali e non condizionate da fattori distorsivi della concorrenza.

In tale prospettiva, la configurazione del summenzionato bilanciamento, che scaturisce dalla disposizione attributiva di tali poteri prefettizi, non può considerarsi soddisfacente, invero, anche per altre rilevanti ragioni.

Innanzitutto, il soddisfacimento degli interessi patrimoniali delle stazioni appaltanti avviene a scapito degli altri concorrenti nella medesima procedura di aggiudicazione.

In secondo luogo, il rischio che si determini un ingiusto arricchimento dell'impresa derivante dall'esecuzione del contratto è da porsi esclusivamente in relazione al commissariamento disposto dal Prefetto, che è finalizzato alla completa esecuzione del contratto, rischio che non sarebbe configurabile là dove vi fosse il subentro nell'esecuzione del contratto di un altro concorrente non aggiudicatario.

11 agosto 2014, n. 114, in <http://www.anticorruzione.it>. In tal senso si v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹³ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143; nonché in termini non dissimili: Cons. Stato, 16 settembre 2014, ord. n. 4089, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁴ Sia consentito rinviare su detti aspetti ad A. Maltoni, *op. cit.*, spec. 1109-1110.

In terzo luogo, la disciplina relativa al potere di commissariamento non ha tenuto conto della sostanziale diversità sussistente tra i contratti pubblici, regolati dalle normative di matrice europea, e gli accordi contrattuali e le convenzioni con il S.S.N., che non sono conclusi in esito a un confronto concorrenziale.

In quarto luogo, occorre considerare che il Prefetto, il quale è chiamato caso per caso a verificare la sussistenza delle condizioni per procedere al commissariamento, non è tenuto, come nell'ipotesi in cui siano state invece emesse informazioni interdittive antimafia, a valutare se e come debbano essere soddisfatti altri beni o valori di rango costituzionale, come ad es. la tutela dell'occupazione, la tutela di diritti fondamentali (ad es: quello alla salute).

In quinto luogo, in molti casi si potrebbero inserire specifiche clausole risolutive espresse, contenute in Protocolli di legalità o Patti di integrità, al fine di ottenere un effetto deflattivo in relazione all'adozione delle misure prefettizie di commissariamento, qualora non siano state emanate informazioni interdittive antimafia. In virtù dell'applicazione di dette clausole, al ricorrere di fatti rilevanti configuranti gravi indizi di colpevolezza – che giustificano la predetta misura di straordinaria gestione – ancorché non definitivamente accertati nel giudizio penale – si avrebbe il subentro nel contratto pubblico di altro concorrente non risultato aggiudicatario.

Si esamineranno, ora, partitamente, i rilievi testé indicati.

3. *Il commissariamento prefettizio e l'irrilevanza dei profili attinenti alla tutela della concorrenza*

Com'è noto, le procedure di evidenza pubblica disciplinate dalle normative europee perseguono il soddisfacimento di finalità di interesse generale più ampie rispetto agli interessi patrimoniali dello Stato e delle stazioni appaltanti, atteso che la disciplina europea della concorrenza – come riconosciuto più volte dai giudici del Consiglio di Stato – è rivolta «essenzialmente alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti nelle gare pubbliche»¹⁵. Esigenze imperative, quali la tutela dell'ordine pubblico, possono comportare limitazioni delle libertà fondamentali all'interno dello spazio unico europeo – dal momento che configurano deroghe all'applicazione

¹⁵ Si v. Cons Stato, sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686; ID 27 marzo 2013, n. 1833; TAR Milano sez. I, 20 aprile 2014. n. 974, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. In dottrina si v. *ex multis*: A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 s.; G. Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 333.

del principio di concorrenza – a condizione che dette limitazioni siano conformi al principio di proporzionalità.

Potrebbe ritenersi, *prima facie*, che la disciplina di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014 consideri in modo prioritario gli obiettivi di tutela e sicurezza pubblica, sacrificando parzialmente i diritti di proprietà e di iniziativa economica¹⁶. In realtà, il commissariamento di un'impresa aggiudicataria di un appalto o di una concessione non appare propriamente rivolto a garantire il rispetto di esigenze di ordine pubblico, al di fuori dei casi in cui sia stata emessa un'informazione interdittiva antimafia. Si consideri, infatti, che con tale misura – come si è sottolineato – si perseguono interessi pubblici diversi da quelli appena indicati, *recte*: a) quello alla sollecita realizzazione dell'opera o alla fornitura del servizio o dei beni; b) quello di evitare che il possibile reo lucri sul proprio illecito conseguendo gli utili derivanti dall'esecuzione del contratto. Tuttavia, quand'anche si volesse sostenere che nella decisione assunta dal Prefetto si tiene conto anche di esigenze di ordine pubblico, occorrerebbe pur sempre verificare se la predetta misura sia o meno conforme al principio di proporzionalità in ragione del sacrificio imposto alla libertà di iniziativa economica e al diritto di proprietà dell'operatore economico, sottoposto alla indicata misura straordinaria. In realtà, si dovrebbe tener conto altresì che con il commissariamento viene imposto un sacrificio anche ad altri soggetti privati, *i.e.* i concorrenti non risultati aggiudicatari, in ragione dei fatti corruttivi emersi, atteso che ai medesimi non viene mai consentito di subentrare nell'esecuzione del contratto e dunque di conseguire il bene della vita¹⁷.

In altri termini, il commissariamento pregiudica i concorrenti, i quali sarebbero risultati aggiudicatari là dove non si fossero verificati quegli illeciti che hanno falsato la concorrenza in quella determinata gara¹⁸. Il commissariamento costituisce infatti una misura che viene adottata prescindendo completamente da considerazioni circa il rispetto del principio della concorrenza, dal momento che non

¹⁶ Si v. per tale rilievo F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Dir. econ.*, 2017, I, spec. 193.

¹⁷ La totale pretermissione del sacrificio imposto agli operatori concorrenti non risultati aggiudicatari è chiaramente desumibile dalla esclusiva considerazione del fatto che, come è stato sottolineato anche di recente dai giudici di Palazzo Spada, il commissariamento costituisce uno «strumento per l'esecuzione del contratto nell'esclusivo interesse della p.a. (in alternativa al recesso) cui si affianca l'ulteriore funzione cautelare e preventiva, di accontamento degli utili eventualmente prodotti in visto della definitiva confisca» (si v. Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93, cit.).

¹⁸ Come si sottolinea nel Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, pubblicato in data 01.10.2012, consultabile in <http://trasparenza.formez.it>, la diffusione del fenomeno corruttivo «altera la libera concorrenza, favorendo la concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano del mercato della tangente a scapito di coloro che invece si rifiutano di accettarne le condizioni».

viene attribuito alcun rilievo al fatto che nell'aggiudicazione del contratto non siano state assicurate procedure eque, trasparenti e imparziali.

Detto rilievo non ci pare che sia contraddetto dall'osservazione secondo cui «la tutela della continuità dell'esecuzione dell'appalto riguarda essenzialmente l'opportunità di non gravare la stazione appaltante dei tempi e dei costi necessari all'espletamento di una nuova procedura, ...ma non può spingersi – pena l'incostituzionalità dell'art. 32 per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., nonché del principio euro-unitario di tutela della concorrenza – fino al punto di blindare l'esito della procedura di evidenza pubblica, rendendolo insensibile alle iniziative giurisdizionali degli altri concorrenti»¹⁹. Questi ultimi possono, infatti, sempre impugnare l'aggiudicazione per «vizi di legittimità concernenti profili diversi da quelli all'origine dell'intervento del Prefetto»²⁰.

Al riguardo, va però osservato che, là dove i fatti corruttivi emersi abbiano falsato il confronto concorrenziale, i concorrenti non aggiudicatari risultano pregiudicati due volte: la prima perché non hanno ottenuto l'aggiudicazione del contratto a causa degli illeciti penali compiuti nella fase dell'evidenza pubblica; la seconda in ragione del fatto che gli è inibito il subentro nell'esecuzione del contratto, nonostante la scoperta di detti illeciti – che non possono essere fatti valere quali autonomi vizi propri dell'aggiudicazione – posto che, in seguito al commissariamento, è la stessa impresa aggiudicataria a dover dare completa esecuzione al contratto, sia pure attraverso la gestione commissariale.

In questa prospettiva, la valutazione compiuta in sede giurisdizionale in ordine alla legittimità dell'attività amministrativa della stazione appaltante risulta sempre e comunque avulsa dai fatti illeciti emersi, quand'anche questi abbiano falsato il confronto concorrenziale in una determinata procedura.

3.1. Gli illeciti accertati nel giudizio penale, la ri-valutazione della legittimità dell'aggiudicazione da parte del g.a. e la tutela dei concorrenti non aggiudicatari sul piano risarcitorio

L'assoluta irrilevanza sul piano della legittimità dell'attività amministrativa compiuta dalla stazione appaltante dell'illecito penale accertato – come conseguenza della circostanza che i fatti corruttivi sono emersi in una fase successiva a quella di aggiudicazione della gara – determina una evidente distonia.

A questo riguardo, deve segnalarsi come, ad avviso dei giudici del Consiglio di Stato, sia configurabile una netta cesura, sul piano degli effetti giuridici,

¹⁹ Si v. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>.

²⁰ Si v. ancora Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533, cit.

tra gli illeciti oggetto di accertamento in un giudizio penale, comunque perpetrati durante la gestione della procedura di gara da parte della stazione appaltante, e la valutazione compiuta dal giudice amministrativo in ordine alla legittimità degli atti adottati nella procedura stessa, seppure ai soli fini del riconoscimento del risarcimento del danno patito²¹. Ciò essenzialmente in ragione del fatto che l'evento – *recte* l'accertamento dell'illecito penale – là dove si sia «verificato in un momento successivo all'esaurimento della fase pubblicistica di scelta del contraente» «non [può] mai “retroagire” in modo da viziare *ex post* gli atti di gara»²².

Detta cesura, sia pure in termini un po' più sfumati, viene riconosciuta anche in un'altra decisione, riguardante sempre una vicenda nella quale era coinvolta la società EXPO 2015, ove i giudici amministrativi hanno evidenziato come «per “provvedimento adottato in violazione di legge” deve intendersi quello in cui il vizio sia stato posto in essere nell'ambito dell'attività procedimentale/provedimentale della p.a., senza che possano assumere rilievo *ex se* le eventuali condotte illecite (o finanche penalmente rilevanti) poste in essere dai soggetti che abbiano operato per conto della stessa p.a.; queste ultime, se del caso, potranno rilevare sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2000, nr. 5366), ma a condizione che tale vizio trovi “rappresentazione” negli atti impugnati attraverso le sue figure sintomatiche, come sempre è necessario perché possa configurarsi tale tipologia di vizio»²³.

²¹ Appaiono significativi, al riguardo, gli argomenti utilizzati dai giudici di Palazzo Spada nel ribaltare le conclusioni cui erano pervenuti i giudici di primo grado. Occorre anzitutto ricordare che questi ultimi (si v. TAR, Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>), muovendo dal rilievo secondo cui «la responsabilità della società Expo, alla luce della sua incapacità di assicurare la legalità della procedura di gara e, una volta emerse le sopra citate condotte di malaffare, di porvi immediato rimedio, trova piena conferma ove si raffrontino le condotte illecite dei soggetti (prima indagati e poi) condannati e gli atti e i provvedimenti assunti dalla stazione appaltante nell'ambito del procedimento di gara», e, tenuto conto che il giudizio amministrativo deve essere ormai inteso come un giudizio sul rapporto, erano pervenuti alla conclusione che non è «soltanto, all'atto terminale del procedimento di gara che si deve prestare attenzione ai fini del decidere, quanto, piuttosto, a ciò che è accaduto nel corso della procedura di gara, sulla cui illiceità non vi è dubbio alcuno», atteso che la legittimità dell'attività amministrativa non può «prescindere dall'accertata illiceità della procedura di gara e dall'elementare rispetto del principio di legalità, la cui violazione è provata dalla definizione non soltanto dalle sopra citate vicende giudiziarie, ma, anche, e non secondariamente, dalle motivate ragioni che hanno condotto al commissariamento dell'aggiudicataria». Per contro, i giudici del Consiglio di Stato hanno ritenuto che i presupposti individuati dai giudici di prime cure come fondativi della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione non attengono a vizi di legittimità dell'atto amministrativo, bensì «– i primi due (*culpa in eligendo* ed *in vigilando*), attengono ad una attività di controllo che si afferma carente e/o inesistente della persona giuridica pubblica su soggetti titolari o componenti di organi amministrativi, dunque sulla loro complessiva attività e sulla rispondenza del “comportamento” tenuto dai medesimi al *munus publicum* conferito; – l'ultimo (omesso esercizio del potere di autotutela) ad un comportamento omissivo dell'esercizio di un potere del quale l'amministrazione è titolare» (si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>).

²² Si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, cit.

²³ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, ove si rimarca altresì che non «deve sorprendere il fatto che, a fronte di condotte illecite e anche penalmente rilevanti poste in essere da pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni, possa non sussistere anche un vizio di legittimità negli atti da questi

In tal modo, però, si finisce per trascurare il fatto che la violazione del principio di libera concorrenza – che impone di osservare procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici eque, trasparenti e imparziali – costituisce la diretta conseguenza dei fatti illeciti accertati²⁴.

Là dove, in virtù degli illeciti penali accertati, risulti falsato il confronto concorrenziale tra le imprese nella fase dell'evidenza pubblica, non possono non risultare violati quei principi del diritto europeo che costituiscono espressione ed attuazione del principio di libera concorrenza, atteso che detti principi impongono di assicurare procedure di aggiudicazione eque ed imparziali. A ben vedere, non può mai risultare garantito il rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio* in una pubblica gara nella quale l'impresa aggiudicataria sia scelta in virtù di artifici che costituiscono la diretta conseguenza dei patti corruttivi conclusi, quand'anche manchi la formalistica rappresentazione della violazione di detti principi negli atti di tale procedura. Si osservi infatti che è la complessiva attività della stazione appaltante nella procedura di evidenza pubblica a risultare inficiata, con la conseguenza che, essendo risultato falsato il confronto concorrenziale, dovrebbero ri-valutarsi le offerte presentate in detta procedura al fine di pervenire ad una nuova determinazione finale. Detta illegittimità, tuttavia, a distanza di anni dall'aggiudicazione e dall'avvio dell'esecuzione del contratto, non potrebbe che rilevare sul piano risarcitorio. Al riguardo va considerato che, a norma dell'art. 30, comma 1, c.p.a., l'azione risarcitoria può proporsi anche in via autonoma rispetto all'azione di annullamento, fermo restando la necessità di proporre la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi «entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

Nella prospettiva risarcitoria indicata, che differisce tuttavia da quella accolta nelle pronunzie dei giudici di Palazzo Spada sopra richiamate, l'accertamento in via definitiva di illeciti penali commessi nella fase dell'evidenza pubblica finirebbe per rilevare anche sul piano della valutazione della legittimità dell'attività compiuta dalla stazione appaltante, considerato che, là dove la domanda

posti in essere: trattasi invero di evenienza fisiologica, connessa alla diversa natura del giudizio amministrativo di legittimità, che presuppone sempre l'accertamento di vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall'iter procedimentale che li ha preceduti, rispetto al giudizio penale, che ha a oggetto l'accertamento di responsabilità individuali per fatti previsti dalla legge come reati (e la cui commissione, come è noto, può determinare anche l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica tra il pubblico ufficiale e la p.a. presso cui presta servizio)».

²⁴ Per un riferimento a detto collegamento, sia pure in termini piuttosto laconici, si v. TAR, Lombardia, Milano, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 553, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>.

risarcitoria fosse proposta, in via autonoma²⁵, davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo non potrebbe che prendere atto che l'atto di aggiudicazione – con cui era stato individuato un determinato contraente – è illegittimo per violazione dei principi del diritto europeo, recepiti nel nostro ordinamento interno, e dunque per violazione di legge o per eccesso di potere²⁶.

In altri termini, l'operatività del termine decadenziale di 120 giorni previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a., decorrerebbe dalla conoscenza dell'illegittimità dell'atto di aggiudicazione – da considerarsi realizzata al momento del passaggio in giudicato della sentenza con cui vengano accertati gli illeciti penali commessi ovvero allorquando la responsabilità con riferimento a questi ultimi sia divenuta non più contestabile in base ad un altro provvedimento del giudice penale – atteso che soltanto da detto momento può ritenersi che il soggetto che ha subito il pregiudizio abbia avuto piena contezza del fatto che il confronto concorrenziale, in quella determinata procedura, è risultato falsato e l'aggiudicazione è avvenuta in spregio ai principi del diritto europeo²⁷. Come è stato riconosciuto dai giudici

²⁵ Come sottolineato di recente anche dal giudice delle leggi «Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa.», si v. Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

²⁶ Non sembra potersi condividere, con riferimento a situazioni di tal fatta, la costruzione giurisprudenziale sopra richiamata secondo cui, nell'ipotesi della *culpa in eligendo* o *in vigilando*, la responsabilità attribuita all'amministrazione non discenderebbe dall'illegittimità dell'atto adottato ma atterrebbe «al più generale comportamento del funzionario (legato da rapporto di servizio o di ufficio), il cui comportamento illecito eventualmente causativo di danno a privati, pur svoltosi in cesura di rapporto organico (proprio perché penalmente illecito), avrebbe tuttavia potuto essere evitato attraverso un diligente esercizio del potere di scelta (*recte*: di preposizione organica), ovvero di vigilanza sull'operato del medesimo funzionario». I giudici del Consiglio di Stato, nel caso di specie, a ben vedere, hanno fatto riferimento a categorie utilizzate tipicamente nei giudizi davanti alla Corte dei conti al fine di stabilire la sussistenza di ipotesi di responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici, atteso che – come i medesimi giudici sottolineano – le forme di responsabilità connesse agli istituti della *culpa in eligendo* ed *in vigilando* si riferiscono «ad un vizio afferente al corretto rapporto tra persona giuridica pubblica e soggetto che per essa agisce, stante il rapporto organico, e dell'agire del quale l'amministrazione è chiamata a rispondere non già perché responsabile delle conseguenze lesive dell'atto adottato, non essendo ad essa imputabili eventuali effetti derivanti dall'attività o comportamento penalmente illecito, stante l'intervenuta cesura del rapporto organico (il che, ove al contrario fosse, comporterebbe una responsabilità risarcitoria in solido con l'autore del fatto-reato), quanto una responsabilità distinta, fondata su elementi diversi: non già sull'azione o omissione illecita causativa di danno, quanto su un (distinto) comportamento cui si sarebbe stati tenuti e che, in difetto, determina una (distinta) responsabilità» (si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, cit.). Occorre però tener distinto il profilo della responsabilità dei singoli agenti nei confronti di amministrazioni pubbliche da quello attinente alla valutazione della legittimità dell'azione amministrativa e al pregiudizio subito da soggetti terzi. Non può trascurarsi infatti che gli illeciti penali, in ipotesi di tal fatta, denotano l'avvenuta violazione dei principi del diritto europeo nella fase dell'evidenza pubblica, stante la non configurabilità di procedure eque ed imparziali, con riferimento alle quali i soggetti che hanno subito un pregiudizio sono individuabili nei concorrenti non aggiudicatari.

²⁷ Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si rileva che si deve anche tener conto che la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto che «*il testo dell'art. 2947 c.c. dev'essere letto e interpretato congiuntamente al disposto dell'art. 2935 c.c.*», nel senso che «*per*

del Tar Milano – nella controversia sopra richiamata – deve rilevarsi che la prima parte dell'art. 30, comma 3, c.p.a. «presenta una formulazione identica a quella di cui all'art. 2947 c.c., mentre la seconda parte collega la decorrenza del termine decadenziale alla conoscenza del provvedimento nei casi in cui il danno sia a questo direttamente ascrivibile», di tal che non potrebbe prescindersi «dall'esatta percezione delle conseguenze dannose scaturite dall'illiceità della procedura di gara oggetto del contendere», dal momento che «le ripercussioni degli illeciti [sono] divenute conoscibili alle ricorrenti soltanto dopo l'eclatante scoperta del patto delittuoso volto a turbare la selezione pubblica»²⁸. In altri termini, il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria decorrerebbe dalla conoscenza dell'illegittimità dell'atto di aggiudicazione, la quale si realizzerebbe in un momento successivo a quello in cui si è provveduto a dare comunicazione del medesimo atto ai concorrenti nella gara (*recte*: con l'accertamento in via definitiva degli illeciti penali), in quanto soltanto in tale momento potrebbe affermarsi che si è avuta l'esatta percezione delle conseguenze dannose scaturite dall'illiceità della procedura di gara²⁹. Quand'anche, poi, si dovesse ritenere che detta successiva conoscenza

poter esercitare il diritto al risarcimento del danno è cioè indispensabile che il titolare sia adeguatamente informato non solo dell'esistenza del danno, ma anche della sua ingiustizia, non potendo altrimenti riscontrarsi nel suo comportamento l'inerzia che è alla base della prescrizione» e che il termine per proporre la domanda di risarcimento non dev'essere, pertanto, fatto decorrere «dal momento in cui l'agente compie l'illecito o da quello in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui l'illecito e il conseguente danno si manifestano all'esterno, divenendo oggettivamente percepibili e riconoscibili» (si v. Cass. civ. sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26188). Inoltre, sottolineano i medesimi giudici che «la prescrizione decorre dal momento in cui il danneggiato, con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia in grado di avere conoscenza dell'illecito, del danno e della derivazione causale dell'uno dall'altro» (si v. Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2011, n. 13616). Non sembra peraltro essere priva di significato la sottolineatura, contenuta nella recente pronuncia della Consulta, secondo cui «il termine di centoventi giorni previsto dalla norma censurata, . . . di per sé ed in assenza di problemi legati alla conoscibilità dell'evento dannoso, non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (si v. Corte cost. 4 maggio 2017, n. 94, cit.). Nell'ipotesi qui considerata la conoscibilità dell'evento dannoso, a decorrere dal quale debbono computarsi i 120 giorni, non potrebbe che farsi coincidere con l'accertamento in via definitiva dell'illecito penale commesso dagli agenti della stazione appaltante o da altro provvedimento del giudice penale, come quello di accoglimento della richiesta di patteggiamento da parte del GIP (si v. ancora in questi termini: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, cit.).

²⁸ Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, cit. Ciò comporta, ad avviso di tali giudici, che non è «fondatamente sostenibile che, al momento della comunicazione ex art. 79 del D.lgs. 163/2006 (22.11.2013), le società ricorrenti fossero al corrente, o potessero anche astrattamente percepire, le dannose conseguenze dell'operato illecito (allora ignoto) posto in essere dagli appartenenti al sodalizio criminale, essendosi tali conseguenze palesatesi «solo nel maggio 2014» (cfr. p. 3 del ricorso), vale a dire quando i citati soggetti sono stati arrestati (8.5.2014). Soltanto dopo aver percepito il carattere delittuoso delle condotte in questione, e, in diretta dipendenza, la rilevanza eziologica di tali comportamenti in ordine alla consumata turbativa della procedura di gara, il RTI ricorrente ha, senza indugio, notificato il ricorso introduttivo (11.6.2014), depositato il giorno successivo (12.6.2014)».

²⁹ Come sottolinea R. Gisondi, *Art. 30*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, (a cura di) F. Caringella, M. Protto, Roma, 2015, 384, «diversamente da quanto avviene per l'azione di annullamento non è, infatti, sufficiente la semplice percezione della lesione della sfera giuridica individuale provocata dall'atto illegittimo, ma è altresì necessaria un'esatta conoscenza delle conseguenze dannose che, nella maggior parte dei casi,

finisce per rimettere di fatto in termini i soggetti interessati per proporre l'azione di annullamento, dovrebbe sempre valutarsi se la stessa possa ancora considerarsi utile, tenuto conto che è molto probabile che venga esperita a distanza di anni dall'aggiudicazione, ossia allorquando il contratto risulti ormai completamente eseguito o comunque si trovi in una fase avanzata di esecuzione.

3.2. *Commissariamento e tutela della concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*

Deve rilevarsi, ai fini che qui maggiormente interessano, che il principio di libera concorrenza trova applicazione anche nella fase di esecuzione dei contratti pubblici³⁰.

Sulla base di quanto si è sopra osservato, l'unico dato che potrebbe forse indurre a ritenere preferibile la prosecuzione dell'esecuzione del contratto da parte della stessa impresa – nei confronti della quale siano emerse situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali – per il tramite della gestione commissariale, è individuabile nella circostanza che gli illeciti penali, nel momento in cui si dispone il commissariamento, non sono stati ancora accertati in via definitiva nell'ambito di un giudizio penale. Occorre però tener conto che ai fini dell'adozione della misura del commissariamento – che impatta in modo rilevante sull'autonomia gestionale dell'impresa – è sufficiente che sussistano elementi tali da indurre ad una valutazione probabilistica in ordine all'illecita aggiudicazione di un contratto, paragonabili a gravi indizi di colpevolezza, che siano acquisiti nell'esercizio di poteri ispettivi e di vigilanza da parte dell'ANAC ovvero nell'ambito di accertamenti compiuti dall'autorità giudiziaria penale, a conclusione dei quali sia stata adottata una ordinanza cautelare o un decreto che dispone il giudizio³¹.

A ciò si aggiunga che, al fine di non comprimere in misura eccessiva la libertà di iniziativa economica e il diritto di proprietà dell'operatore economico sot-

non avviene al momento della conoscenza dell'atto ma in quello in cui tali conseguenze si sono prodotte e sono divenute conoscibili dalla vittima anche in relazione al nesso eziologico che le lega al fatto illecito» (a sostegno di detta conclusione il medesimo A. richiama Cass. Sez. un., 18 novembre 2008, n. 27337 e Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008 n. 576).

³⁰ Ancorché il Codice dei contratti pubblici non lo contempli tra quelli riferibili all'esecuzione dei contratti pubblici, ciò non di meno detto principio trova applicazione anche nella fase di esecuzione di tali contratti, come si evince dai limiti che incontra la possibilità di introdurre varianti al loro contenuto o di prorogare la durata dei medesimi. Sul punto si v. M.P. Chiti, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, I, Milano, 2008, 145 s.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, spec. 335 s.

³¹ In tal senso R. Cantone, B. Coccagna, *op. cit.*, spec. 110-111.

toposto al commissariamento prefettizio, dovrebbe potersi vagliare, quale misura alternativa a quest'ultimo, la risoluzione del contratto. Nella prospettiva indicata si dovrebbe contemperare il rischio che si verificano dei ritardi nell'esecuzione del contratto – come conseguenza del subentro nel medesimo di altro concorrente, illecitamente pregiudicato – con le limitazioni relative alla gestione dell'impresa imposte *ex lege* dal commissariamento, segnatamente individuabili nella sospensione dei poteri e delle funzioni degli organi sociali, e tenuto altresì conto delle possibili interferenze sulla gestione ordinaria dell'impresa derivanti dalla gestione commissariale del contratto³².

Inoltre, non si può non considerare il fatto che gli utili d'impresa, derivanti dall'esecuzione del contratto pubblico, determinabili anche in via presuntiva dai commissari di nomina prefettizia – che non possono essere distribuiti e sono impignorabili fino all'esito dei giudizi penali ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva – debbono essere accantonati in un apposito fondo, anche mediante la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447-bis c.c. o di una società per azioni, con inevitabili costi che ricadono sulla medesima impresa. Né, invero, si può trascurare il fatto che col decreto commissariale vengono determinati anche i compensi spettanti ai commissari, di cui deve farsi carico interamente l'impresa sottoposta a commissariamento.

Nell'applicazione della disciplina qui in considerazione sembrerebbe dunque potersi completamente pretermettere ogni valutazione circa i costi/benefici per l'impresa commissariata – ovvero ogni valutazione riguardante i costi di transazione addossati interamente su quest'ultima – atteso che per detta impresa, quand'anche il commissariamento dovesse cessare per sopravvenuta conclusione del giudizio penale o inoppugnabilità del provvedimento interdittivo antimafia, con conseguente restituzione all'impresa delle somme accantonate – potrebbe comunque risultare più conveniente non proseguire nell'esecuzione del contratto ossia pervenire ad una risoluzione del medesimo al verificarsi delle condizioni che legittimano l'adozione di detta misura straordinaria di gestione.

A tali considerazioni deve aggiungersi che, per quanto non sia esplicitato dalle disposizioni di cui all'art. 32, d.l. cit., non sembra che possa prescindersi nella valutazione che deve essere compiuta ai fini dell'adozione della misura del

³² Sottolinea il fatto che la gestione del contratto non costituisce un compartimento stagno all'interno di un'impresa, da cui deriva la necessità di realizzare un non agevole coordinamento tra la gestione commissariale dell'impresa limitatamente all'esecuzione dello specifico contratto e la gestione ordinaria della stessa da parte degli organi sociali, M. Giustiniani, *Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare*, in *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, Roma, 2014, spec. 154, nonché, in termini non dissimili, R. Cantone, B. Coccagna, *op. cit.*, 115, che evidenziano come la previsione riguardante la sospensione dei poteri dell'assemblea debba essere interpretata come limitata all'esecuzione dello specifico contratto.

commissariamento dal fatto che la procedura di aggiudicazione non è stata equa ed imparziale e che i concorrenti che non sono risultati aggiudicatari potrebbero avere interesse a subentrare nell'esecuzione del contratto. Occorre infatti considerare che il commissariamento costituisce estrinsecazione di un potere discrezionale amministrativo, il cui esercizio presuppone che si debba tener conto, nella ponderazione tra i diversi interessi coinvolti nella decisione riguardante l'adozione di detta misura, del principio concorrenziale, atteso che tale principio trova applicazione anche nella fase di esecuzione dei contratti pubblici.

Detta conclusione ci riporta alla questione sopra prospettata, ovvero se sussistono motivi di interesse generale che giustificano una misura come il commissariamento – che, come si è rilevato, introduce una deroga all'applicazione del principio di libera concorrenza oltre a limitare quello di libera circolazione dei capitali – e se la stessa risulti conforme al principio di proporzionalità.

4. *Il commissariamento disposto nei confronti di imprese esercenti attività sanitarie per conto del S.S.N.*

Quanto si è finora rilevato non sembra però riferibile al caso in cui i destinatari del commissariamento siano imprese o altri soggetti che abbiano stipulato accordi ex art. 8-quinques, d.lgs. n. 502/1992 o convenzioni con le Aziende sanitarie, là dove siano rilevate condotte illecite o eventi criminali posti in essere ai danni del S.S.N.

Com'è noto, l'esercizio di attività sanitarie per conto e a carico del S.S.N. è subordinato all'ottenimento dell'accreditamento istituzionale (art. 8-quater d.lgs. n. 502/1992)³³ e alla stipulazione di accordi contrattuali (art. 8-quinques d.lgs. n. 502/1992).

Tali imprese – che debbono essere previamente autorizzate alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie oltre che acquisire l'accreditamento da parte della Regione – non stipulano tuttavia accordi in esito a procedure di aggiudicazione, disciplinate da normative europee o nazionali³⁴. Regione e aziende sanitarie, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche e con quel-

³³ Sull'accreditamento istituzionale si v. *ex multis*: E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubbl e priv.*, 2004, 151 s.; A. Oneto, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *Sanità pubbl e priv.*, 2007, 17 s., nonché in giurisprudenza: Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94; Corte cost., 3 novembre 2008 n. 361, in <http://www.cortecostituzionale.it>; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3428, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Cass. sez. III, 27 giugno 2006, n. 14758, in *Foro it.*, 2007, I, 1561.

³⁴ Tale diversità è sottolineata anche nella *Relazione annuale 2015* dell'ANAC del 14 luglio 2016, 261, in <http://www.anticorruzione.it>.

le equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con le strutture private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale.

L'accreditamento costituisce presupposto necessario ma non sufficiente per l'erogazione della prestazioni sanitarie per conto del S.S.N.³⁵, atteso che soltanto in seguito alla stipula degli accordi contrattuali nasce in capo al soggetto accreditato il diritto alla erogazione delle prestazioni, il che ha indotto a ritenere che tanto il provvedimento di accreditamento, quanto l'accordo contrattuale costituiscono espressione di una valutazione discrezionale amministrativa³⁶. Peraltro, ai sensi dell'art. 8-quinques, comma 2-quinques, d.lgs. n. 502/1992, la mancata stipula degli accordi comporta la sospensione dell'accreditamento istituzionale delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del S.S.N.

In queste ipotesi non sono posti in essere procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica, bensì stipulati con i soggetti accreditati accordi contrattuali o convenzioni, in virtù dei quali sono stabiliti i volumi delle prestazioni erogabili da parte di tali soggetti, il cui finanziamento è posto a carico del S.S.N., e la remunerazione ad essi spettante³⁷.

Tenuto conto di dette rilevanti differenze, non sembra che possa fondatamente sostenersi che, nell'ipotesi in cui siano stati conclusi accordi contrattuali e convenzioni nel settore sanitario, il commissariamento costituisca una misura che arrechi un qualche pregiudizio ad altri operatori economici, atteso che non vi è stato prima della stipula dell'accordo contrattuale un confronto concorrenziale.

Inoltre, a differenza di quanto si è posto in rilievo sopra, con il commissariamento di soggetti privati accreditati, limitatamente all'accordo contrattuale concluso, si intende salvaguardare l'esercizio dell'attività sanitaria svolta per conto del S.S.N., evitando che, a causa di indagini della magistratura, possano determinarsi interruzioni o ritardi nell'erogazione di prestazioni sanitarie che garantiscono il diritto fondamentale alla tutela della salute dei cittadini³⁸.

³⁵ Come sottolineato da TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 22 febbraio 2005, n. 141, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>: «l'accreditamento ...attribuisce la qualifica "istituzionale" di gestore del servizio pubblico, ma non consente all'accreditato di erogare prestazioni a carico del SSN se non previa pattuizione di appositi "accordi contrattuali", che definiscono "programmi di attività", con indicazione dei volumi e delle tipologie di prestazioni erogabili...»

³⁶ Si v. sul punto P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio-sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, 2013, spec. 112 e 126, il quale, peraltro, sottolinea come, mentre il contenuto degli accordi risulta autoritativamente determinato in relazione ai limiti massimi di spesa, la tipologia delle prestazioni da erogare risulta negoziabile.

³⁷ Come sottolinea A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, 129, il sistema dell'accreditamento congiuntamente agli accordi contrattuali consentono alla Regione di regolare l'offerta di prestazioni sanitarie in modo pienamente coerente con la propria programmazione.

³⁸ Si v. sul punto: ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., 262.

Deve porsi in rilievo come la finalità della tutela della salute dei cittadini – che appare sottesa alla previsione che estende il commissariamento a imprese accreditate che abbiano stipulato accordi contrattuali o convenzioni – non è stata esplicitata all'art. 32 d.l. cit. bensì soltanto dall'ANAC³⁹.

In definitiva, a tali ipotesi non appaiono riferibili i rilievi critici sopra illustrati, in quanto il commissariamento, sebbene comporti una ingerenza molto forte nella gestione dell'impresa privata, per un verso, viene disposto al fine di assicurare non meri interessi patrimoniali degli enti pubblici bensì il diritto fondamentale alla tutela della salute dei cittadini, per l'altro, non induce, in questo ambito, a sollevare obiezioni in ordine alla compatibilità del medesimo col rispetto del principio di libera concorrenza nella fase di esecuzione di contratti pubblici.

5. *Il commissariamento in seguito all'emissione di informative interdittive antimafia: la gestione commissariale estesa a tutti i contratti pubblici*

Si sono già indicate le finalità di interesse pubblico cui risulta finalizzato il commissariamento di un'impresa privata e si è rilevato come le stesse abbiano carattere essenzialmente patrimoniale.

Nel caso in cui, invece, il Prefetto debba valutare se disporre il commissariamento di un'impresa, in seguito all'emissione di una informazione interdittiva antimafia – com'è desumibile dal diritto positivo ed è stato ben evidenziato nelle *Seconde Linee Guida dell'ANAC* – la prosecuzione dei contratti è funzionale a garantire prestazioni indifferibili (ad es. sicurezza, incolumità, igiene pubblica, tutela della salute), nonché la tutela occupazionale⁴⁰. Si consideri, inoltre, che nel caso delle interdittive antimafia la misura del commissariamento non è connessa ad uno specifico evento corruttivo, bensì al fatto che dalle medesime deriva un giudizio complessivo sull'onorabilità di quell'impresa che incide sulla sua capacità di contrattare con amministrazioni pubbliche⁴¹. Ciò comporta che il commissariamento non può essere di solito limitato ad un singolo contratto, ma deve

³⁹ Si v. ANAC, Ministero dell'interno, Ministero della salute, *Quarte linee guida per l'applicazione dell'articolo 32, commi 2-bis e 10 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, 2016, in <http://www.anticorruzione.it>, e soprattutto ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., 262.

⁴⁰ Si v. ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit.

⁴¹ Allorquando sia adottata nei confronti di un operatore economico un'interdittiva antimafia, al medesimo non è più consentito partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti pubblici, stipulare nuovi contratti pubblici, né risultare affidatario di subappalti, ai sensi dell'art. 80, commi 2 e 14, del Codice dei contratti; inoltre il medesimo operatore non può proseguire l'esecuzione del contratto in essere, tranne che nei casi specificati dall'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia).

riguardare – in base alla valutazione discrezionale del Prefetto – tutti i contratti in essere di quell'impresa con amministrazioni pubbliche.

Il commissariamento in detta ipotesi, per quanto fondato sulla tutela di beni e valori costituzionali fondamentali è molto esteso e può comportare la sostituzione dei commissari nell'intera gestione dell'impresa, soprattutto in quei casi in cui «il perimetro della gestione commissariale coincide pressoché integralmente con l'attività di impresa», con la conseguenza di determinare, in applicazione del combinato disposto di cui ai commi 3 e 10, dell'art. 32, d.l. cit., la sospensione di tutti i poteri di gestione e di disposizione degli organi amministrativi sociali e dei poteri dell'assemblea⁴².

Una così estesa sostituzione dei commissari nella gestione dell'impresa desta però notevoli perplessità anche sotto il profilo dell'efficacia del commissariamento, atteso che, com'è stato rilevato dalla stessa ANAC, detta misura comporta delle limitazioni nell'attività gestionale, che non sono invece riscontrabili nell'amministrazione giudiziaria disposta dal Tribunale, la quale presenta indubbiamente maggiori margini di operatività, che assicurano la continuità aziendale e permettono alla stessa impresa di partecipare a nuove gare per l'affidamento di contratti pubblici⁴³. Ciò rende evidente come il commissariamento nei confronti di un'impresa, che sia esteso a tutti i contratti in essere, soprattutto allorché questi ultimi rappresentino la parte prevalente dell'attività sociale o il *core business* dell'impresa, costituisca una misura che può determinare delle inefficienze, a causa dei limiti gestionali che incontra la gestione commissariale. Dette inefficienze non si ripercuotono, a ben vedere, soltanto sulla gestione dell'impresa, ma più in generale possono mettere a repentaglio il soddisfacimento delle finalità di interesse pubblico cui risulta preordinato il commissariamento che sia disposto in presenza di un'interdittiva antimafia. Deve, tuttavia rilevarsi che, nonostante dette criticità, nell'ipotesi in cui sia stata adottata un'interdittiva antimafia, debbono sussistere determinati presupposti, individuabili nell'esigenza di tutelare beni e valori costituzionali, perché possa disporsi la prosecuzione nell'esecuzione del contratto attraverso la gestione commissariale.

In giurisprudenza si è sottolineato soprattutto come l'applicazione congiunta dell'art. 94, comma 3, d.lgs. 159/2011 e dell'art. 32, comma 10 d.l. cit. imponga di valutare, al fine di evitare la soluzione di continuità nell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa, non tanto la concreta possibilità di completare o proseguire detto contratto in presenza di un'interdittiva antimafia, quanto se sussista un'urgente necessità connessa ai vantaggi derivanti dal «mantenere in cantie-

⁴² Si v. ANAC, *Relazione annuale 2016*, Roma Camera dei deputati, 6 luglio 2017, 259, in <http://www.anticorruzione.it>.

⁴³ Si v. ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., 271-272.

re l'impresa appaltatrice rispetto all'ipotesi alternativa di far subentrare una diversa impresa alla luce dei prevedibili effetti delle soluzioni alternative sugli interessi pubblici (obiettivi o finalità) menzionati al comma 10» *i.e.* «garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici»⁴⁴.

In conclusione, non paiono configurabili con riguardo al commissariamento, che sia disposto successivamente all'adozione di un'informativa antimafia – il quale comporta, come si è sottolineato, l'interruzione del rapporto contrattuale in essere a meno che non sussistano specifiche ragioni di interesse pubblico⁴⁵ – quei profili di criticità in ordine alla tutela della concorrenza, che si sono sopra evidenziati, ove si considerino il complesso delle restrizioni che la normativa antimafia determina in relazione all'impresa colpita da interdittiva antimafia, e segnatamente con riguardo ai contratti in essere con amministrazioni pubbliche, atteso che detta normativa prevede, di regola, che subentrino nei medesimi contratti altre imprese⁴⁶.

Tali conclusioni ci inducono a ritenere non convincente quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il prefetto, quand'anche a seguito dell'interdittiva antimafia l'amministrazione abbia proceduto a recedere dal contratto, là dove sussistano i presupposti di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, nel perseguimento dell'interesse pubblico, può «invalidare o privare di efficacia il recesso... e disporre la prosecuzione del rapporto in amministrazione straordinaria»⁴⁷. Non soltanto detta ipotesi non è disciplinata dalla normativa speciale, ma recherebbe un grave pregiudizio alle imprese concorrenti, atteso che, in seguito alla cessazione del rapporto con l'impresa colpita da interdittiva, potrebbero già essere subentrate nell'esecuzione del contratto.

⁴⁴ Si v. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Meno condivisibile appare, però, la conclusione cui sono pervenuti tali giudici, là dove affermano che la valutazione prefettizia attenendo a scelte di carattere tecnico-discrezionale non è sindacabile in sede giurisdizionale di legittimità.

⁴⁵ La prosecuzione del contratto comporta un particolare onere motivazionale per la stazione appaltante. Come è stato infatti evidenziato in giurisprudenza «la facoltà di continuare il rapporto è ipotesi – data l'evidente ratio di pieno sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici – all'evidenza, remota e residuale, e dunque consentita al solo fine di tutelare l'interesse pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione a circostanze particolari, quali il tempo dell'esecuzione del contratto o la sua natura, o la difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene ad esecuzione ampiamente inoltrata» (si v. TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 860, ed in termini non dissimili anche: TAR, Sardegna, Cagliari, sez. I, 2 maggio 2016, n. 385, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

⁴⁶ Si v. Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3576, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si specifica che l'informativa antimafia interdittiva è finalizzata ad «assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata, e ad un tempo alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione».

⁴⁷ Si v. Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

6. *I Patti di integrità o Protocolli di legalità tra prevenzione degli illeciti penali e tutela della concorrenza*

I Patti o Protocolli di legalità si erano affermati in via di prassi prima che entrasse in vigore la l. n. 190/2012, che, all'art. 1, comma 17, stabilisce che «le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara»⁴⁸. Prassi che aveva trovato l'avallo dell'AVCP, la quale si era espressa nel senso di ritenere legittimo «prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara», tra cui anche «(v). l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità»⁴⁹.

Con l'introduzione, prevista dalla c.d. legge anticorruzione, della possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire negli atti delle procedure di gara l'obbligo di rispettare clausole di patti di integrità o di protocolli di legalità, come è stato posto in rilievo, si è inteso integrare la buona fede precontrattuale richiesta ai concorrenti, specificando i comportamenti dai medesimi dovuti, non soltanto nella fase della partecipazione alla gara ma anche in quella di esecuzione del contratto, e le relative sanzioni per i casi di violazione di dette clausole⁵⁰.

Successivamente, i giudici amministrativi hanno posto in rilievo come detti Protocolli o Patti siano strumenti convenzionali che «rinvengono la loro base legislativa di carattere generale nell'art. 15 l. n. 241/90, nonché in norme in materia di contratti pubblici», i quali assolvono ad una duplice funzione: quella di essere «strumentali alla lotta ai fenomeni di devianza criminale e, in forza di tale azione di contrasto», quella di risultare «funzionali alla tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza»⁵¹.

Si è inoltre affermato in giurisprudenza che, là dove detti Protocolli siano stati approvati dalla stazione appaltante, stabilendosi che le previsioni ivi contenute siano inserite negli atti di gara e recepite negli stipulandi contratti, gli obblighi assunti da tutti i concorrenti hanno carattere precettivo, risultando connes-

⁴⁸ Sulle origini dei protocolli di legalità si v. F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 244 s.

⁴⁹ Si v. AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, in <http://www.anticorruzione.it>.

⁵⁰ Si v. sul punto G.M. Racca, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, spec. 133.

⁵¹ Si v. Cons. giust. amm. sic., 12 settembre 2014, n. 534, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

si «al preventivo ed effettivo impegno della stessa stazione appaltante ad assicurare... un confronto concorrenziale scevro da qualsiasi condizionamento»⁵².

Occorre, poi, sottolineare che anche i giudici Corte di Giustizia europea hanno riconosciuto che l'obbligo dei concorrenti di accettare in sede di offerta le clausole contenute nei Protocolli di legalità è compatibile con i principi del diritto europeo, sebbene le clausole contenute nei medesimi debbano risultare conformi al principio di proporzionalità⁵³. Nonostante i giudici europei non lo abbiano affermato in modo espresso, detto scrutinio di proporzionalità trova fondamento nel fatto che le clausole contenute nei Protocolli di legalità integrano la *lex specialis* di gara. Occorre infatti considerare che il Protocollo di legalità, essendo finalizzato a «prevenire e contrastare il fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, della criminalità organizzata», «è funzionale altresì alla tutela dei principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la normativa italiana e dell'Unione europea in materia di appalti pubblici»⁵⁴.

In questa prospettiva, dunque, non si verifica alcuna contrapposizione tra la prevenzione e il contrasto della criminalità, da un lato, e la tutela della concorrenza, dall'altro, atteso che il contrasto dell'attività criminale mira ad impedire che si determinino distorsioni della concorrenza⁵⁵.

6.1. I Protocolli di legalità di ultima generazione e le clausole risolutive espresse

Nei Protocolli di legalità di ultima generazione, adottati successivamente alla pubblicazione di Linee guida da parte dell'ANAC e alla sottoscrizione di diverse Intese da parte di ANAC, Prefetture, e Amministrazioni locali, si è previ-

⁵² Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. D'altra parte, va osservato che, in modo significativo, al XIV considerando della direttiva europea 2007/66/CE dell'11.12.2007 si afferma, sia pure con riferimento ad aggiudicazioni avvenute mediante affidamenti diretti illegittimi, che «la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere».

⁵³ Si v. Corte di Giustizia europea, sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, in <http://curia.europa.eu>. Si è osservato in dottrina con riguardo alla tassatività delle cause di esclusione (si v. S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 318 s.) che la giurisprudenza si sarebbe orientata a ritenerle integrabili da parte del diritto interno, in ragione del fatto che l'ordine pubblico costituisce un'esigenza imperativa di interesse generale, di tal che la stessa può giustificare una deroga all'applicazione del diritto europeo rivolto a garantire la tutela della concorrenza.

⁵⁴ Si v. ancora Corte di Giustizia europea, sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, cit.

⁵⁵ Sostanzialmente in questi termini, si v. ancora Corte di Giustizia europea, sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, cit. § 28. Si v. anche di recente TAR, Lombardia, Milano, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 553, cit., ove si afferma che «l'atto di autotutela posto in essere dall'amministrazione è stato adottato... altresì per la violazione della fiducia e dell'affidamento ingenerato nella stazione appaltante da – OMISSIS – con la sottoscrizione del patto di integrità, violazione che legittimava, dunque, anche da sola, per quanto contenuto nell'art. 4 del medesimo, la rimozione in via di autotutela dell'aggiudicazione stessa».

sto che le stazioni appaltanti possano inserire clausole risolutive espresse nei contratti, ex art. 1456 c.c., allorquando siano adottate misure cautelari o un provvedimento di rinvio a giudizio, come conseguenza di accordi corruttivi. In particolare, in detti Protocolli e Patti si è anche previsto che la risoluzione del contratto possa essere subordinata ad una valutazione da parte dell'ANAC⁵⁶.

Dette osservazioni ci inducono a rilevare come clausole contenute in tali Patti o Protocolli possono individuare misure in grado di evitare il commissariamento di imprese limitatamente all'esecuzione di determinati contratti pubblici⁵⁷, garantendo al contempo il rispetto del principio di concorrenza e una tutela anticipata connessa a fatti penalmente rilevanti non ancora definitivamente accertati. Tali misure, contemplate da clausole di Patti di integrità o Protocolli di legalità non sarebbero comunque sottratte al controllo di proporzionalità⁵⁸.

Sebbene in dette ipotesi la risoluzione del contratto costituirebbe una misura rivolta anche a garantire una tutela anticipata rispetto ad illeciti non ancora definitivamente accertati nel giudizio penale, occorre tener conto che la stessa dovrebbe pur sempre fondarsi su evidenze giudiziarie supportate dall'adozione di una misura cautelare o da un provvedimento di rinvio a giudizio, ben più pregnanti dal punto di vista probatorio di quelle considerate sufficienti per disporre il commissariamento⁵⁹.

Peraltro, dal momento che con la presentazione della domanda tutte le imprese concorrenti accetterebbero detta clausola del Protocollo o Patto⁶⁰ – qua-

⁵⁶ In tema si v. G. Martellino, *I Patti di integrità in materia di contratti pubblici alla luce della recente giurisprudenza comunitaria e dell'evoluzione normativa. Applicazioni pratiche*, in <http://www.appaltiecontratti.it/2016/01/18>, che sottolinea come uno degli aspetti più innovativi di detti nuovi Protocolli sia costituito dal riconoscimento in capo alle stazioni appaltanti della potestà di azionare la clausola risolutiva espressa, allorquando l'operatore economico non dia comunicazione del tentativo di concussione subito ovvero siano adottate misure cautelari o un provvedimento di rinvio a giudizio.

⁵⁷ Sul rilievo che i Protocolli di legalità possano prevedere la misura della risoluzione del contratto in alternativa al commissariamento sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *op. cit.*, spec. 1108, si v. anche F. Peirone, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 1940 s.

⁵⁸ Sottolinea come il principio di proporzionalità rappresenti per i giudici di Lussemburgo il principale limite all'attività amministrativa di redazione dei Protocolli di legalità, la quale è connotata da un'ampia discrezionalità, S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, cit.

⁵⁹ Con riferimento a detto commissariamento, come si è sopra rilevato, si ritiene che sia sufficiente la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza emersi anche soltanto in fase di indagini non ancora concluse.

⁶⁰ Come sottolinea Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066, «il Patto d'integrità configura un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara», nonché nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Si v. inoltre: Cons. giust. amm. sic., 12 settembre 2014, n. 534, ove si rimarca che la giurisprudenza amministrativa ha già riconosciuto che le amministrazioni aggiudicatrici hanno il potere di pretendere l'accettazione dei Patti o Protocolli a pena di esclusione, ex art. 1, comma 17, l. n. 190/2012, nonostante detta disposizione legislativa si riferisca espressamente al mancato rispetto e non anche alla mancata accettazione.

le parte integrante degli atti di gara – verrebbe garantito il rispetto del principio di non discriminazione⁶¹.

Le imprese partecipanti, con l'accettazione della predetta clausola, assumerebbero dunque il rischio della risoluzione del contratto per il caso in cui siano adottati nei loro confronti i provvedimenti giudiziari indicati. Nel rischio di impresa derivante dalla partecipazione alle pubbliche gare verrebbe dunque ad essere incorporato anche quello della risoluzione del contratto, in ragione del fatto che durante le fasi che si concludono con l'aggiudicazione e nel corso dell'esecuzione del contratto potrebbero essere adottati detti provvedimenti giudiziari sfavorevoli per l'impresa concorrente, la quale, in ogni caso prima di presentare la domanda, sarebbe posta nelle condizioni di conoscere detta possibile causa di risoluzione del contratto.

Nel caso in cui, invece, si ritenesse che in ipotesi di tal fatta possa essere adottato soltanto il commissariamento, verrebbe, a ben vedere, pregiudicata l'aspirazione ad ottenere il bene della vita dei concorrenti che non sono risultati vincitori, a causa degli effetti distorsivi della concorrenza derivanti da illeciti penali, quali la concussione, la corruzione o la turbata libertà degli incanti.

Là dove, poi, pur a fronte della previsione di detta clausola risolutiva espressa, la medesima non fosse azionata dalla stazione appaltante, l'ANAC avrebbe forse potuto esercitare il potere di raccomandazione ex art. 211, comma 2 del Codice – potere che tuttavia è stato abrogato dall'art. 123, comma 1 lett. b), d.lgs. n. 56/2017 – allorquando fosse stata violata una disposizione della *lex specialis* di gara, tenuto conto che la medesima Autorità, in base a detta disposizione, poteva chiedere alla stazione appaltante non soltanto di agire in autotutela, ma anche di rimuovere «gli eventuali effetti degli atti illegittimi».

⁶¹ Si v. ancora Corte di Giustizia sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, cit., § 28.

Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità

A norma dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014, il Presidente dell'ANAC può chiedere al Prefetto di adottare misure straordinarie di gestione, sostegno o monitoraggio nei confronti di un'impresa. Tali misure possono essere adottate nei casi in cui l'autorità giudiziaria abbia avviato procedimenti inerenti all'accertamento di una serie di reati, attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di lavori, servizi o forniture ovvero ad un contraente generale ovvero ad un concessionario. Detta normativa è stata estesa anche al settore sanitario. In questo articolo si sono evidenziate le finalità perseguite da detta normativa.

Inoltre, si è rilevato come la principale criticità sia individuabile nella mancata considerazione in detta normativa dei profili attinenti alla tutela della concorrenza, quale valore primario da assicurare tanto nelle procedure di aggiudicazione quanto nella fase di esecuzione dei contratti pubblici.

La misura più incisiva tra quelle adottabili nei confronti di un'impresa, è individuabile nel commissariamento di imprese, limitatamente all'esecuzione di determinati contratti pubblici. Tuttavia, detto commissariamento può essere evitato con l'inserimento in Protocolli di legalità di clausole che garantiscono sia il rispetto del principio di concorrenza che una tutela anticipata connessa a fatti penalmente rilevanti non ancora definitivamente accertati.

Commissaryship of companies limited to single public contracts, the safeguarding of competition in the contract execution phase and protocols of legality

According to Article 32 of the decree n. 90 of 2014, converted into law no. 114 of 2014, the President of the National Authority on Anti-Corruption and Public Contracts may ask the Prefect (competent authority) to adopt extraordinary measures of management (i.e. temporary takeover), support or monitoring of a company. Such measures could be adopted in cases where the judicial authority has opened proceedings concerning the detection or prosecution of a series of criminal offences attributable to the award-winning company of public works, services, supply contracts or the general contractor or the concessionaire of a public contract.

This regulation has recently been extended to the health sector.

In this essay, the general aims of that regulation have been highlighted.

Furthermore, it has been pointed out that the lack of any consideration for the protection of free competition – which is a matter of primary concern to both the awarding and execution of public contracts – is the main critical issue of that legislative framework. The most intrusive measure for a company, among those listed in that legislative provision, consists of temporary takeover, but only for the execution of public contracts.

However, that temporary takeover can be avoided if “Protocols of Legality” include specific contractual clauses, which provide both the compliance to the principle of competition and the pre-empted protection in cases where criminal offences have not yet been irrefutably established by a criminal court.

Articoli e Saggi

I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la natura amministrativa della loro attività e la conseguente competenza del giudice amministrativo alla soluzione delle controversie

Riccardo De Napoli

SOMMARIO: 1. L'obiettivo dell'indagine: la risoluzione dell'incertezza sul riparto di competenze tra giudice sportivo e giudici statali. – 2. Le ragioni alla base del problema: la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici e la nascita del giudice sportivo. – 3. (*segue*) I riflessi costituzionali dell'istituzione di una competenza esclusiva del giudice sportivo. – 4. I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la qualificazione degli organi federali come soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa. – 4.1. La produzione unilaterale degli effetti – 4.2. L'origine legale del potere. – 4.3. La finalizzazione del potere alla persecuzione dell'interesse pubblico. – 5. Gli effetti della natura autoritativa degli atti delle Federazioni sul riparto di competenze tra giudice sportivo e giudici statali. – 5.1. L'apparente contrarietà del criterio di riparto della legge 280 con la qualificazione pubblicistica del potere delle Federazioni sportive. – 5.2. Il criterio di riparto desumibile dalla tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici. – 5.3. La sostanziale compatibilità del criterio di riparto della legge 280 con la qualificazione pubblicistica del potere delle Federazioni sportive. – 6. Le conclusioni raggiunte: la competenza generale del giudice amministrativo in materia sportiva. – 7. (*segue*) Il reale valore del giudice sportivo.

1. *L'obiettivo dell'indagine: la risoluzione dell'incertezza sul riparto di competenze tra giudice sportivo e giudici statali*

Nell'ultimo trentennio, il fenomeno sportivo è stato oggetto di crescente attenzione da parte degli esperti del diritto, soprattutto alla luce del livello di diffusione planetario e della notevole rilevanza economica che ha raggiunto¹.

¹ A partire dagli anni ottanta, infatti, il fenomeno sportivo è cresciuto a livelli inimmaginabili in precedenza, raggiungendo un rilievo economico di spessore nazionale, come emerge dal *Focus n. 16*, 7 maggio 2013, a cura di G. Ajassa e S. Ambrosetti, per il Servizio Studi B.N.L., in www.sportindustry.com: il peso sul P.I.L. nazionale è del 3%; genera un giro di affari di circa 25 miliardi di euro; il valore della produzione è pari a oltre

Mentre, in origine, lo sport era quasi esclusivamente un passatempo, oggi è pacificamente accettato, limitatamente al settore del professionismo, che si tratta di un luogo di affari di notevole importanza: la prestazione sportiva, infatti, non è più rilevante esclusivamente in sé, come momento di tempo libero che non era dedicato né al lavoro né al riposo²; al contrario, assume la caratteristica di vera e propria prestazione lavorativa, tanto da aver giustificato l'applicazione del diritto comunitario al settore dei contratti sportivi³.

In parallelo alla crescita economica del fenomeno⁴, si è sviluppato, inoltre, un conflitto tra giudici sportivi e giudici nazionali in ordine alla competen-

50 miliardi di euro; le spese per lo sport delle famiglie d'Italia ammontano a 22 miliardi di euro, pari al 2,3% del totale dei consumi; ed inoltre, il settore sportivo assorbe circa il 90% delle sponsorizzazioni totali in Italia. Le ragioni di questa evoluzione economica sono state individuate, da F. Bonini, *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, Torino, 2006, 156 ss., in Italia, nell'acquisizione, da parte del gruppo Fininvest, della società Milan A.C.: questo ha permesso che «gli introiti anticipatamente accumulati dalla cessione dei diritti televisivi e dai diversi tipi di sponsorizzazione, hanno prodotto mutamenti radicali nelle tradizionali politiche d'investimento [...]»; la ragione di questo sviluppo a livello globale, invece, è identificata dall'Autore nella sessione del C.I.O. di Tokio del settembre 1990, quando «viene approvata la regola n. 45, che dichiara vietate soltanto le sponsorizzazioni e le contropartite economiche relative alla prestazione olimpica in sé. Si tratta di una legittimazione formale del professionismo, o più esattamente di un modello 'open' nel movimento olimpico». L'evoluzione del peso economico dello sport, in assenza di un adattamento della disciplina regolamentare, ha determinato, come evidenziato da G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale: i rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, 190, in primo luogo «una grave crisi finanziaria degli organismi sportivi, costretti a investimenti finanziari di entità nettamente superiore al passato: crisi che ha ispirato interventi legislativi tesi a incrementare e a rendere più penetranti i controlli statali nel settore. In secondo luogo, ha sensibilmente accresciuto la litigiosità di atleti e di società sportive nei confronti degli organismi sportivi: basti solo considerare che per un atleta professionista, per un dirigente sportivo o per una società sportiva anche sanzioni non espulsive, quali una squalifica o una penalizzazione, possono cagionare danni economici ingentissimi».

² Si tratta di un'espressione utilizzata da, A. Corbin, *L'invenzione del tempo libero*, Roma-Bari, 1996 ed E. Grendi, *Lo sport, una innovazione vittoriana?*, in *Quaderni Storici*, 1983, XVIII, 679 ss. In argomento, v. anche A. Mosso, *L'educazione fisica della gioventù*, Milano, 1894, 41 ss., il quale esalta lo sport nell'ambiente accademico inglese del diciannovesimo secolo: «(l)'esercizio fisico è utile allo sfogo della vitalità esuberante della gioventù, la fatica un rimedio generale per molti mali, e i giuochi atletici sono una grande scuola per la disciplina. Una corsa a otto remi, una partita al football o al cricket non possono vincersi senza una disciplina assoluta».

³ Le prime sentenze della Corte di Giustizia riguardanti l'ambito sportivo risalgono già agli anni settanta: in particolare, con il caso *Walrave*, 12 dicembre 1974, causa C 36/72, in *Foro it.*, 1975, IV[^], 81 ss., e il caso *Donà*, 14 luglio 1976, causa C 13/76, in *Foro it.*, IV[^], 361 ss., il giudice comunitario ha assoggettato al diritto dei trattati i casi di professionismo sportivo. Successivamente la Corte intervenne in maniera più incisiva, attraverso il noto caso *Bosman*, 15 dicembre 1995, C 415/93, in *Foro it.*, 1996, IV, 1 ss., con note di S. Bastianon, *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, e di G. Vidiri, *Il 'caso Bosman' e la circolazione dei calciatori professionisti nell'ambito della Comunità Europea*; in dottrina, tra gli altri, ha analizzato il caso, nell'ottica del rapporto tra la giurisprudenza comunitaria e la tesi ordinamentale, M. Clarich, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 626 ss., il quale ha riconosciuto «l'impossibilità di individuare criteri univoci per distinguere gli ambiti dei due ordinamenti e per risolvere eventuali conflitti tra norme. Forse solo attraverso un'attenta operazione di ponderazione degli interessi di volta in volta in gioco appare possibile stabilire, con tutte le incertezze e l'opinabilità di questo tipo di operazioni, la preminenza dell'uno o dell'altro ordinamento». Infine, il giudice comunitario è intervenuto in ambito sportivo anche con i casi *Kolpak*, 8 maggio 2003, C 35/03, in *www.europa.eu.int/eur-lex*, e *Simutenkov*, 12 aprile 2005, C 265/03, in *www.giustiziasportiva.it*, allo scopo di affermare il primato del diritto comunitario anche sui regolamenti delle Federazioni sportive.

⁴ In dottrina, P. Sandulli, M. Sferazza, *Il giusto processo sportivo. Il sistema di giustizia sportiva della Federcalcio*, Milano, 2015, 55, sottolineano la stretta connessione tra l'emersione della rilevanza economi-

za a risolvere le controversie⁵. Infatti, in origine ritenuta pacificamente legittima la competenza esclusiva del giudice sportivo, pur in assenza di una disposizione legislativa a riguardo, alla luce della natura esclusivamente ludica dello sport; successivamente, l'evoluzione economica del settore ha determinato l'emersione di interessi non prettamente sportivi, che i giudici statali hanno ritenuto meritevoli della tutela giurisdizionale generale.

L'interventismo dei giudici dello Stato nelle controversie di competenza del giudice sportivo ha fatto emergere l'esigenza di individuare un criterio di riparto idoneo tra le due giurisdizioni. L'ambito maggiormente delicato si è rivelato quello relativo agli atti posti in essere dalle Federazioni sportive nei confronti di affiliati o tesserati, in grado di incidere sulla possibilità per questi ultimi di svolgere l'attività sportiva a contenuto economico. In materia si è formata una giurisprudenza costante, la quale ha ritenuto determinante la natura dell'interesse perseguito di volta in volta dalle Federazioni sportive: se pubblico, l'atto avrebbe natura pubblicistica, e la controversia sarebbe di competenza del giudice amministrativo; se privato, l'atto avrebbe invece natura privatistica e sarebbe competenza del giudice sportivo risolvere un'eventuale disputa⁶.

Questa giurisprudenza, tuttavia, ha determinato notevoli inconvenienti pratici: si è assistito, da un lato, ad un'incertezza relativa al criterio di riparto tra giudici, determinata dalle difficoltà in ordine all'individuazione della natura dell'interesse perseguito⁷; dall'altro, è proseguito il fenomeno di interventismo

ca e la perdita di rilevanza meramente interna dell'ordinamento sportivo, ovvero «un assottigliamento della linea di demarcazione tra diritto sportivo e *lex mercatoria*»: in particolare, «potrebbe ritenersi che molti dei profili una volta considerati come propri dell'ordinamento sportivo siano – oggi – suscettibili di non conservare più quel rilievo meramente interno, attesa la sempre più crescente incidenza dell'attività sportiva nel contesto economico-sociale».

⁵ Le controversie in ordine al riparto di competenza che hanno suscitato maggiori attenzioni sono i due c.d. 'casi Catania', il primo risalente al 1993 ed il secondo al 2003. In relazione al primo 'caso Catania', le pronunce rilevanti sono: due ordinanze del TAR Sicilia, pubblicate in *Foro it.*, 1994, IV, 511 ss., con nota di G. Vidiri, *Il 'caso Catania', i difficili rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*; la decisione Consiglio di Stato, VI[^], 1998, n. 1257, in *Riv. dir. sport.*, 1998, 479 ss., con nota di R. Guidolin, *Sulla tutela giurisdizionale statale avverso i provvedimenti di esclusione di società sportive da campionati agonistici*.

⁶ Questo criterio è stato elaborato dalla Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenze gemelle 9 maggio 1986, n. 3091 e 3092, in *Foro it.*, 1986, I, 1251 ss. Sulla base di questa pronuncia, l'attenzione va posta sull'interesse tutelato: da un lato, si può trattare di interesse privato, dall'altro, «sono pubbliche le manifestazioni di volontà che tendono ad un fine sicuramente coincidente con quello del Coni, o che combaciano perfettamente con la finalità pubblica del Coni».

⁷ La Cassazione, nelle sentenze 3091 e 3092, cit., utilizzò un criterio organico, distinguendo i casi in cui le Federazioni sportive operino «come organi del Coni» da quelli in cui operino come soggetti che esprimono «l'autonomia dell'associazione»; il legislatore, invece, cambiò questo criterio, come è sottolineato in dottrina da F. Goisis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa e arbitrato*, Milano, 2007, 108, il quale, attraverso un'analisi del D.Lgs. 23 luglio 1999, n. 242, in tema di «riordino del Comitato Olimpico Nazionale Italiano – C.O.N.I.», ha evidenziato un rapporto di delega piuttosto che un rapporto organico, perdendo quindi il riferimento con la giurisprudenza degli anni ottanta. Tuttavia, pochi anni dopo l'emanazione del decreto in questione, la giurisprudenza amministrativa fece nuovamente riferimento al criterio organico: in particolare v. Consi-

dei giudici statali nelle materie, in linea teorica, destinate alla competenza esclusiva del giudice sportivo⁸, al fine di tutelare il principio costituzionale di accesso al giudice⁹. Questa condizione ha creato, e continua a creare, considerevoli difficoltà pratiche in ordine alla determinazione del soggetto competente alla risoluzione delle dispute.

Sulla base di questa situazione di fatto, l'obiettivo che ci si pone è quello di superare questa problematica attraverso un cambio di prospettiva: si ritiene, infatti, possibile affermare che non sia realizzabile un riparto di competenze rigido tra giudice sportivo e giudice amministrativo; al contrario, sembra necessario che i rispettivi campi di azione dei giudici si sovrappongano e si integrino, al fine di garantire una tutela effettiva.

Questo obiettivo verrà perseguito attraverso la qualificazione delle Federazioni sportive come soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa e, quindi, dotati di un potere autoritativo¹⁰. Infatti, si ritiene che il criterio

glio di Stato, VI[^], sentenza 9 luglio 2004, n. 5025, in *www.gazzettaamministrativa.it*: «le Federazioni sportive, pur sorgendo come soggetti privati (associazioni non riconosciute), in presenza di determinati presupposti assumono la qualifica di organi del Coni e partecipano alla natura pubblica di questo».

⁸ Per un'analisi della giurisprudenza interventista, v. E. Lubrano, *Il TAR Lazio segna la fine del vincolo di giustizia. La FIGC si adegua*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2005, II, 21 ss. La dottrina, in ogni caso, manifesta il proprio favore per l'interventismo del giudice amministrativo: in particolare, v. G. Manfredi, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle norme emanate dagli organi sportivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, I, 615 ss. e G. Vidiri, *Organizzazione dell'attività agonistica, autonomia dell'ordinamento sportivo e d.l. n. 220 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 509 ss. Per un'opinione contraria, favorevole all'ampliamento delle soluzioni privatistiche in ambito sportivo, v. A. Cariola, *I rapporti tra giurisdizione sportiva e statale: è possibile un ritorno al privato*, in *Foro amm.-Cds*, 2010, X, 2257 ss.

⁹ Secondo quanto disposto dall'art. 24 della Costituzione, che garantisce che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». In argomento, v. L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 40, il quale evidenzia come la locuzione diritti soggettivi-interessi legittimi ha lo scopo di garantire una tutela per qualsiasi posizione giuridicamente rilevante.

¹⁰ La possibilità dell'esistenza di soggetti privati che esercitano attività amministrativa è stata riconosciuta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha introdotto nella legge 7 agosto 1990, n. 241 il comma 1-ter all'articolo 1: «(i) soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». In giurisprudenza, sono stati individuati numerosi casi nei quali l'attività del soggetto privato, perseguendo necessariamente l'interesse pubblico, è idonea a produrre effetti verso una situazione soggettiva qualificabile come interesse legittimo: in particolare, in ambito di concessionari di opere pubbliche, v. Corte di Cassazione, Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, 3405 ss. e Cons. di Stato, V, 21 ottobre 1991, n. 1250, in *Giur. it.*, 1991, 255 ss.; in materia di appalti e servizi pubblici, v. Corte di Cassazione, Sez. Un., 12 giugno 1999, n. 332, in *Urbanistica appalti*, 1999, 1349 ss. e Cons. di Stato, IV, 20 maggio 1995, n. 498, in *Riv. trim. app.*, 1997, 99 ss. In dottrina, v. G. Pastori, *Attività amministrativa e soggetti privati*, relazione al Convegno «Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica», Milano, 27-28 settembre 2013, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, IV, 1783 ss., il quale analizza la tendenza costante, degli ordinamenti contemporanei, ad affidare il perseguimento di fini pubblici a soggetti privati, che di conseguenza sono incaricati di esercitare un'attività amministrativa per la tutela di interessi generali. Per la definizione di cosa debba intendersi per soggetti privati che esercitano attività amministrativa, v. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016, 343 ss.: «(g)li organismi [privati che esercitano attività amministrativa], pur avendo personalità giuridica di diritto privato, hanno una posizione organizzativa simile a quella degli enti pubblici. [...] Il codice del processo amministrativo qualifica questi soggetti come

individuato dalla giurisprudenza, ossia l'analisi della natura degli interessi che vengono tutelati di volta in volta dalle Federazioni sportive, sia assorbito dall'analisi del rapporto che intercorre tra le stesse e gli affiliati o tesserati: si cercherà di dimostrare che le istituzioni sportive, seppur aventi personalità giuridica privata, sono titolari di un potere autoritativo in quanto organi indiretti del C.O.N.I.; di conseguenza, i privati che entrano in relazione con le Federazioni sono titolari di un interesse legittimo al corretto esercizio di questo potere.

Alla luce della ricostruzione del rapporto tra affiliati o tesserati e Federazione, l'attività delle Federazioni sarebbe amministrativa non solo quando persegue un interesse pubblico, ma in ogni circostanza, poiché il potere assunto dall'istituzione sportiva in questione è qualificabile come autoritativo. Questa definizione di tutta l'attività delle Federazioni sportive come amministrativa, di conseguenza, avrebbe il pregio di risolvere a monte il problema del riparto di giurisdizione. Infatti, alla luce della stessa, a priori e senza incertezze, tutte le controversie che sorgono tra Federazioni sportive e affiliati o tesserati sarebbero, in realtà, da un lato, di competenza del giudice amministrativo, senza la necessità di ulteriori indagini; dall'altro, di competenza anche del giudice sportivo, ma in via pregiudiziale; egli, come si avrà modo di sottolineare, rimane l'unico soggetto idoneo a tutelare alcune esigenze rilevanti esclusivamente per l'ordinamento sportivo.

2. *Le ragioni alla base del problema: la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici e la nascita del giudice sportivo*

Al fine di arrivare all'obiettivo auspicato, si ritiene opportuno portare alla luce tutti gli elementi che hanno determinato l'emersione dei problemi riguardanti il riparto di competenza delle controversie relative al fenomeno sportivo. Infatti, a monte dell'interventismo dei giudici ordinari, vi è stata la scelta di istituire una giustizia sportiva. Si cercherà, in breve, di spiegare come mai, in questo settore, la tutela di alcune fattispecie sia stata delegata, in via esclusiva, ad un soggetto, il giudice sportivo, che non rientra nel potere giurisdizionale dello Stato¹¹.

L'origine di questa soluzione è stata possibile grazie all'attività della dottrina, la quale, verso la metà del secolo scorso, ha teorizzato l'esistenza di un ordinamento giuridico sportivo finalizzato alla regolamentazione dei rapporti tra i soggetti

pubbliche amministrazioni, con la conseguenza che la tutela nei confronti degli atti, o almeno di alcuni atti, di questi organismi è affidata al giudice amministrativo».

¹¹ In argomento, v. S. Papa, *Il procedimento innanzi agli organi di giustizia sportiva*, Napoli, Jovene, 2014, 13, il quale sottolinea che «(i)l giudizio innanzi agli organi della giustizia sportiva non può qualificarsi alla stregua di un procedimento avente natura giurisdizionale» e «tale assunto trova conferma nella dottrina più autorevole, e nella giurisprudenza più recente».

che agiscono all'interno di questo settore¹². In particolare, il Giannini contribuì ad individuare gli elementi necessari a definire l'insieme delle regole sportive un vero e proprio ordinamento, differente e separato dall'ordinamento generale dello Stato¹³.

In tale sede si vuole porre l'attenzione sulla principale conseguenza di questa interpretazione: poiché l'ordinamento statale e quello sportivo sono diversi nei loro elementi costitutivi, i principi e le finalità dell'ordinamento sportivo possono essere in parte diversi da quelli dell'ordinamento statale. Di conseguenza, i rapporti che per l'uno sono considerati giuridici, è ben possibile che per l'altro siano irrilevanti, alla luce della circostanza che vi è un diverso impianto di regole alla base. Si tratta, quindi, di due ordinamenti separati ed autonomi. Tuttavia, è necessario tenere presente che essi hanno alcuni ambiti di sovrapposizione, alla

¹² In particolare, l'origine di questa soluzione risale alle opere di W. Cesarini Sforza, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1993, I, 1383 ss. e *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, il quale effettua una prima ricostruzione del fenomeno sportivo nei termini di 'ordinamento giuridico', riprendendo i requisiti previsti da Santi Romano, nella teoria pluralistica, affinché la regolamentazione di cui si dota una comunità possa essere qualificata come ordinamento; poi fu approfondita da M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 3 ss., il quale contribuì a dare organicità e completezza alla ricostruzione. Queste opere della dottrina sono state alla base della prima teorizzazione della 'giustizia sportiva', ad opera di F.P. Luiso, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, il quale riprende l'opera del Giannini sull'ordinamento giuridico sportivo per trarne gli elementi del sistema di risoluzione delle controversie interno allo stesso. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto l'originarietà e l'autonomia dell'ordinamento giuridico sportivo: in particolare, v. Consiglio di Stato, IV[^], 10 ottobre 1978, n. 1053, in *Foro it.*, 1979, III, 376 ss., che ha sottolineato come il fenomeno sportivo abbia «una propria normazione, un proprio ordine di soggetti giuridici, una propria organizzazione; ed è preordinato allo svolgimento di attività in linea di massima estranea sia all'ordinamento statale che a quello internazionale». V. anche Corte di Cassazione, III[^], sentenza 11 febbraio 1978, n. 625, in *Foro it.*, 1978, I, 862 ss.: «(i)l fenomeno sportivo, quale attività disciplinata, sia in astratto, che in concreto, visto indipendentemente dal suo inserimento nell'ordinamento statale, si presenta come organizzato a base plurisoggettiva per il conseguimento di un interesse generale. È un complesso organizzato di persone che si struttura in organi in cui è demandato il potere-dovere, ciascuno nella sua sfera di competenza, di svolgere l'attività disciplinatrice, sia concreta, che astratta, per il conseguimento dell'interesse generale. È, dunque, un ordinamento giuridico».

¹³ La ricostruzione del Giannini ha avuto, come punto di partenza, la c.d. 'tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici', elaborata all'inizio del secolo scorso da S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918. Secondo l'Autore, ci si trova alla presenza di un ordinamento giuridico sia in relazione allo Stato che in relazione a qualsiasi corpo sociale dotato di un'organizzazione; la differenza fondamentale è che l'ordinamento dello Stato ha un contenuto particolare, essendo l'unico dotato di sovranità e quindi della capacità di imporsi sugli altri ordinamenti. Per un'analisi approfondita della posizione del Romano, v. N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, che approfondisce lo straordinario interesse che si è sviluppato per la tesi pluralistica in Europa, in grado di conciliare le posizioni di G.F. von Gerber, il quale riteneva che l'ordinamento potesse scaturire esclusivamente dallo Stato, e O. von Gierke, che riteneva, al contrario, possibile un differente ordinamento per ogni corpo sociale. In posizione critica rispetto alla teoria ordinamentale si è espresso invece G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 48, il quale rileva che «il limite che essa presenta è che [...] la pluralità degli ordinamenti giuridici li spiega solo dal punto di vista delle associazioni, che vengono viste 'in sé', e non nel rapporto con un ordinamento positivo che è parte qualificante della loro fattispecie e che non resta solo esterno ad essa. In realtà il rapporto Stato-associazioni influisce sul modo di essere di entrambi. Vi è un intreccio di ordinamenti, nel quale ognuno degli elementi che li compongono condiziona in vario modo l'altro elemento, restandone, però, a sua volta condizionato».

luce del fatto che l'ordinamento dello Stato, essendo generale, si applica a tutti i cittadini, anche a coloro che esercitano attività sportiva¹⁴.

La separazione tra i due ordinamenti permette di fornire una spiegazione al quesito che ci si era posti, ossia come mai esista il giudice sportivo. Esso è stato istituito allo scopo di garantire, a coloro che fanno parte dell'ordinamento dello sport, una tutela nei confronti di tutte le controversie che sorgono in ambito sportivo; a questo fine, infatti non sarebbe sufficiente il giudice dello Stato, poiché questi non ha la possibilità di risolvere le liti relative a circostanze giuridicamente irrilevanti per l'ordinamento generale.

Mentre la separazione degli ordinamenti è la *ratio* giustificatrice del giudice sportivo, il carattere non completo di questa separazione è la causa di emersione della problematica oggetto di trattazione: negli ambiti che siano rilevanti per entrambi gli ordinamenti, infatti, lo Stato non può rinunciare a far valere i suoi principi; di conseguenza i giudici statali non possono rinunciare ad intervenire nelle controversie¹⁵.

3. *(segue) I riflessi costituzionali dell'istituzione di una competenza esclusiva del giudice sportivo*

Il problema emerso, relativo al difficile riparto di competenze tra giudice sportivo e giudici statali, ha una notevole rilevanza costituzionale: infatti, sulla base della tesi ordinamentale, è necessario che anche l'ordinamento sportivo rispetti i principi inderogabili dell'ordinamento dello Stato, tra i quali una posizione privilegiata è assunta dal principio di accesso alla tutela giurisdizionale in difesa dei diritti soggettivi o interessi legittimi. In questa direzione, occorre comprendere quali siano le

¹⁴ In particolare, F. Bonini, *op. cit.*, X, sottolinea come la storia del fenomeno sportivo costituisca una «dialettica di autonomia e di dipendenza», utilizzando una formula che riflette la caratteristica di autonomia incompleta dell'ordinamento dello sport rispetto a quello generale. In dottrina non c'è uniformità di vedute in relazione alla necessità che l'ordinamento sportivo sia autonomo: da un lato, G. Manfredi, *op. cit.*, 120, sottolinea che «questa direttrice di sviluppo è ben lungi dal costituire una invariante, o una implicazione necessaria, e quasi di carattere ontologico, del fenomeno sportivo»; dall'altro, di opinione contraria, M. Ruotolo, *Giustizia sportiva e Costituzione*, in *Riv. dir. sportivo*, 1998, 443 ss., il quale ritiene che sia incompatibile con le peculiarità del settore una disciplina integralmente statale. Di recente, inoltre, è emersa in dottrina la tendenza a promuovere l'integrazione di ordinamento sportivo ed ordinamento statale: in particolare, v. L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione ed arbitrato dello sport*, in *Foro amm-CDS*, 2005, 1239 ss., il quale si sofferma sull'incompatibilità del metodo arbitrale a dare una risoluzione univoca delle controversie.

¹⁵ Infatti, come evidenziato da M.S. Giannini, *op. cit.*, 11, «l'ordinamento sportivo, se è originario, non è però sovrano, ove per sovranità si intenda la piena effettività della forza [...]»; gli unici ordinamenti che hanno la caratteristica di sovranità sono quelli statali, sicché l'ordinamento sportivo «non può che sottostare a ciò che gli Stati dispongono nell'ambito della loro sovranità».

conseguenze, per l'ordinamento costituzionale, della devoluzione in via esclusiva al giudice sportivo della competenza a risolvere una controversia.

Al fine di comprendere queste conseguenze, occorre soffermarsi sulla natura del giudice sportivo, la quale, a ben vedere, è duplice: si tratta, infatti, di un soggetto che si atteggia in modo diverso a seconda che venga considerato dal punto di vista dell'ordinamento sportivo e da quello dell'ordinamento generale.

In relazione al settore dello sport, le corti sportive e federali sono il vero e proprio potere giurisdizionale, che ha quindi la funzione di garantire un pieno rispetto dei regolamenti sportivi e una uniforme interpretazione delle regole¹⁶. Al contrario, in relazione all'ordinamento dello Stato, il giudice sportivo, in realtà, non è affatto un giudice: si tratta, infatti, di un soggetto, nominato dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano (C.O.N.I.) e dalle rispettive Federazioni sportive, che si occupa di risolvere determinate controversie attraverso un procedimento di natura amministrativa¹⁷. Dal punto di vista formale, non è inquadrabile nella funzione giurisdizionale, poiché è espressione del Comitato Olimpico che, come noto, è un ente pubblico; per l'ordinamento generale si tratta quindi, formalmente, di un soggetto della Pubblica Amministrazione. Dal punto di vista sostanziale, tuttavia, esercita una funzione 'giustiziale', poiché gli atti che emana sono decisioni che hanno come finalità quella di soddisfare gli interessi che sono stati lesi¹⁸.

¹⁶ La natura giurisdizionale del giudice sportivo, dal punto di vista dell'ordinamento dello sport, risulta particolarmente evidente attraverso un'analisi della dottrina relativa al vertice del sistema della giustizia sportiva, ossia il Collegio di garanzia dello sport: in particolare, v. P. Sandulli, M. Sferrazza, *op. cit.*, 119, i quali evidenziano come «(i)l neocostituito Collegio di garanzia dello sport, terzo grado di giudizio sportivo, (venga) chiamato a svolgere funzioni nomofilattiche analoghe a quelle che, nell'ordinamento giurisdizionale dello Stato, riveste la Suprema Corte di Cassazione.»; v. anche B. Agostinis, M. Vigna, *Il nuovo codice di giustizia sportiva: una vera rivoluzione per lo sport italiano*, in *Giustiziasportiva.it*, 2014, II, 77, i quali pongono l'accento sui poteri che sono attribuiti agli organi di giustizia del C.O.N.I.: da un lato, «un potere di controllo e vigilanza *ex post*, quale terzo grado di giudizio»; dall'altro, un potere di controllo «*ex ante*, attraverso il potere di coordinamento attribuito alla Procura Generale dello sport nei confronti delle Procure federali e di avocazione [...]».

¹⁷ Anche se, in dottrina, S. Papa, *op. cit.*, 12 ss., sottolinea che non è possibile «accomunare integralmente il procedimento innanzi agli organi di giustizia sportiva al procedimento originato dalla proposizione di un ricorso in via amministrativa» e quindi lo stesso termine 'procedimento' è utilizzato in senso atecnico, lo stesso Autore evidenzia come «per quanto concerne l'interpretazione della giurisprudenza, può ritenersi che l'orientamento formatosi a seguito delle decisioni del giudice amministrativo sia ormai costante nel definire il giudizio innanzi agli organi di giustizia sportiva quale procedimento amministrativo *lato sensu* inteso, caratterizzato da evidenti profili di natura giustiziale».

¹⁸ In tal senso, F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, 278, parla di «atti di funzione materialmente giustiziale quando si consideri che essi sono intesi alla restaurazione del diritto obbiettivo violato: è infatti nell'esercizio di questa funzione materiale che si assicura la giustizia mediante una valutazione della corrispondenza del singolo atto, pubblico o privato, con le norme di diritto obbiettivo e quindi mediante la decisione, sulla base di quella valutazione dei conflitti insorgenti tra soggetti interessati da o a quell'atto».

La funzione che svolge è quindi molto simile a quella svolta dalla Pubblica Amministrazione in espressione di autotutela¹⁹, ma con una differenza fondamentale: se la competenza del giudice sportivo viene qualificata come 'esclusiva', non vi è alcuna possibilità di impugnare la sua decisione, formalmente amministrativa, di fronte ai giudici dello Stato.

Di conseguenza, nel caso in cui oggetto della controversia sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo, è indefettibile l'intervento dei giudici dello Stato e il conseguente assorbimento della competenza: l'ordinamento giuridico della Repubblica, infatti, è tenuto a far rispettare i principi della Costituzione, e quindi anche quello di accesso al giudice, nei confronti di tutti i cittadini, anche coloro che fanno parte di organizzazioni sportive. Alla luce di ciò, l'assegnazione al giudice sportivo di una competenza esclusiva relativa ad un diritto soggettivo o interesse legittimo sarebbe contraria agli artt. 24 e 113 della Costituzione²⁰.

La questione, dal punto di vista teorico, non è mutata nel corso dell'evoluzione storica dell'ultimo secolo in ambito sportivo. Ciò che è cambiato è il numero di casi in cui, nel settore dello sport, si è registrata la presenza di una posizione giuridica tutelata dall'ordinamento generale: fino agli anni settanta, erano molto pochi, poiché lo sport era essenzialmente un gioco non lucrativo. A partire dagli anni ottanta, invece, sono cresciuti in maniera esponenziale, poiché il peso economico del settore sportivo ha assunto, come già approfondito, dimensioni considerevoli.

Questa evoluzione ha determinato, di conseguenza, una crescita delle circostanze in cui fosse necessario l'intervento del potere giurisdizionale dello Stato al fine di affermare la prevalenza dei suoi principi. Il momento di maggiore criticità è stato raggiunto nel periodo scandito dai due c.d. 'casi Catania'²¹, quando l'interventismo del potere giurisdizionale statale ha raggiunto livelli tali da richiedere una regolamentazione d'urgenza da parte del legislatore nel 2003, attraverso l'emanazione del D.L. 220, poi convertito nella legge 280²², finalizzato ad una

¹⁹ Sembra trattarsi di autotutela amministrativa: con questa espressione, secondo F. Benvenuti, *op. cit.*, 276 ss., si intende, la «capacità di risolvere da sola il conflitto, senza ricorrere (come dovrebbe fare necessariamente un privato) alla sentenza di un giudice e ciò sia rimuovendo l'atto impugnato sia portandolo ad esecuzione coattivamente».

²⁰ Gli articoli in questione, come evidenziato da L.P. Comoglio, *op. cit.*, 100, avevano la finalità, rinvenibile nella Relazione svolta all'Assemblea Costituente dalla I Sottocommissione, di ribadire «la necessità costituzionale di una garanzia atta ad impedire che il legislatore ordinario potesse privare determinate categorie di situazioni soggettive sostanziali dalla possibilità della tutela giurisdizionale». Di conseguenza emerge una necessaria pienezza della tutela giurisdizionale, non escludibile per alcune categorie di posizioni giuridiche. Ciò era avvenuto in passato, come analizzato da R. Laschena, *La giustizia amministrativa dall'istituzione della IV Sezione ai giorni nostri*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1989, 2454 ss., per gli interessi legittimi, nei confronti dei quali non vi era alcuna tutela fino all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

²¹ In argomento, v. nota 4.

²² Si tratta della legge 17 ottobre 2003, n. 280, conversione del D.L. 19 agosto 2003, n. 220, recante «disposizioni urgenti in materia sportiva» emanata allo scopo di comporre il conflitto sorto tra giudici sportivi e giudice amministrativo in occasione del secondo caso Catania. Dalla relazione al D.D.L. di conversione

migliore disciplina del riparto di competenza. Tuttavia, il legislatore non è stato in grado di risolvere il conflitto generatosi tra Federazioni e potere giurisdizionale statale, poiché gli interventismi dei giudici statali sono continuati anche dopo l'emanazione della legge 280.

La situazione a cui assistiamo oggi, di conseguenza, è un'incertezza in ordine all'individuazione delle rispettive competenze, poiché la determinazione del giudice dipende da una valutazione, caso per caso, della rilevanza o meno della controversia per l'ordinamento dello Stato. Questa incertezza presenta, essa stessa, profili di incostituzionalità. Come osservato, infatti, quando si parla di riparto di competenze tra giudice sportivo e giudici dello Stato, in realtà si sta effettuando una distinzione tra materie in cui è possibile l'accesso alla tutela giurisdizionale e materie in cui è negata questa possibilità in via assoluta. Ciò perché, nel caso in cui la risoluzione di una controversia risulti di competenza esclusiva del giudice sportivo, in realtà l'unico strumento concesso dall'ordinamento al titolare della pretesa giuridica è di natura amministrativa e non giurisdizionale, poiché non è ammesso in seconda battuta alcun accesso al giudice²³.

In conclusione, questa è la situazione, in fatto ed in diritto, in cui si pone il presente elaborato, che ha come obiettivo un'interpretazione delle norme vigenti che sia in grado di permettere una chiara definizione del riparto di competenza tra giudici statali e giudice sportivo. Infatti, si ritiene che non possa essere ammissibile, in uno Stato di diritto, una situazione di incertezza in ordine a questo argomento: un errore di valutazione della fattispecie da parte del giudice statale, che qualifichi una controversia come giuridicamente irrilevante, comporterebbe la violazione del diritto costituzionale di accesso al giudice.

del D.L. 220/2003, in *www.parlamento.it*, emerge che il legislatore, da un lato, aveva ritenuto che la causa delle problematiche in ambito sportivo fosse l'eccessiva ingerenza dei giudici dello Stato nelle materie tecniche e disciplinari; dall'altro, ha quindi perseguito lo scopo, con questo intervento, di individuare un ambito che sia riserva esclusiva delle istituzioni sportive e, di conseguenza, che la risoluzione delle controversie sia di competenza del giudice sportivo. In dottrina, G. Manfredi, *op. cit.*, 222 ss., parla di ripresa del «favor per il rafforzamento di detti organismi sportivi che si era manifestato dal secondo dopoguerra sino alla fine degli anni ottanta».

²³ Infatti l'art. 3 della legge 280 del 2003 permette il ricorso al giudice amministrativo solo nei casi in cui gli atti della Federazione fuoriescano dall'ambito tecnico e disciplinare. In questo si differenziano notevolmente dall'istituto dei c.d. ricorsi amministrativi. Secondo A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 144 ss., «anche se [...] alcuni profili della disciplina dei ricorsi amministrativi rispecchiano il loro carattere giustiziale e presentano perciò un'affinità con gli istituti di diritto processuale, i ricorsi amministrativi non comportano l'esercizio di una funzione giurisdizionale. L'atto con cui l'organo competente provvede su un ricorso amministrativo non è un atto giurisdizionale, ma è un provvedimento amministrativo». Di conseguenza, è sempre ammessa l'impugnazione di tale provvedimento di fronte al giudice amministrativo. I ricorsi al giudice sportivo non sono assimilabili nemmeno a quelli esperibili di fronte alle Autorità Amministrative Indipendenti, poiché, come risulta da S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, 594, «(i) il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti rappresenta, una [...] tipica forma di controllo. La previsione della giustiziabilità degli atti innanzi al giudice amministrativo, in doppio grado di giurisdizione esclusiva, è uno tra gli elementi che meglio contribuisce a definirne la natura amministrativa».

4. *I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la qualificazione degli organi federali come soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa*

Una volta chiarita la problematica che si intende affrontare, si procederà concentrandosi sull'obiettivo fissato in premessa, ossia la qualificazione delle Federazioni sportive come soggetti privati che svolgono attività amministrativa. Infatti, le difficoltà che incontrano i giudici, sportivi e statali, in ordine all'individuazione delle rispettive competenze, e la conseguente situazione di incertezza, sono causate dalla complessità di individuare, di volta in volta, l'interesse perseguito dall'atto della Federazione sportiva. Al contrario, qualificando non i singoli atti, ma tutta la loro attività come amministrativa, si porrebbe fine a questo tipo di conflittualità tra i giudici²⁴.

Questo risultato verrà realizzato attraverso l'analisi della natura del rapporto tra Federazioni sportive ed affiliati o tesserati: infatti, le controversie più rilevanti di competenza del giudice sportivo, ossia quelle relative alle materie tecniche e disciplinari, hanno come controparti tali soggetti. La questione da chiarire è se sia effettivamente possibile che alcune di queste controversie siano giuridicamente irrilevanti per l'ordinamento dello Stato e non richiedano una tutela giurisdizionale.

Alla soluzione positiva si è oggi arrivati attraverso un'analisi della posizione giuridica del tesserato o affiliato che viene incisa dall'atto della Federazione: sulla base della valutazione della natura di questa posizione giuridica, è possibile identificare anche il giudice competente alla risoluzione della controversia. In primo luogo, infatti, potrebbe essere che l'atto della Federazione abbia rilevanza pubblicistica poiché persegue gli interessi dell'ente pubblico 'C.O.N.I.'. In tal caso, la posizione giuridica di colui che subisce gli effetti dell'atto è pacificamente qualificata come interesse legittimo, tutelabile di fronte al giudice amministrativo²⁵. In secondo luogo, potrebbe essere che l'atto della Federazione produca un danno morale o patrimoniale all'associato o tesserato; ci sarebbe, in questa circostanza, la violazione di un diritto soggettivo²⁶. Infine, qualora non sia identificabile alcun interesse legittimo o diritto soggettivo, la dottrina ha identificato e ricono-

²⁴ In questa direzione assume rilevanza la nozione di 'organo indiretto' della Pubblica Amministrazione: la Corte di Cassazione, nella sentenza del 29 dicembre 1990, n. 12221, cit., afferma infatti che «la obiettiva natura amministrativa dell'atto proveniente da un organo indiretto porta a concludere che lo si debba ritenere anche soggettivamente quale atto amministrativo»; di conseguenza, ciò che rileva non è l'interesse perseguito dall'atto emanato dal soggetto in questione, ma la nuova veste assunta dal soggetto privato alla luce della sua posizione nei confronti della Pubblica Amministrazione, la quale gli consente l'emanazione di atti amministrativi.

²⁵ In tale direzione, v. Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenze n. 3091 e 3092 del 1986, cit., 1251 ss.

²⁶ In particolare, TAR Lazio, III ter, sentenza 14 dicembre 2005, n. 13616, in *www.giustizia-amministrativa.it* utilizza la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, della legge 280 per limitare la clausola di riserva di cui alla lett. b), comma 2, art. 2, L. 280/2003 ai «casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo», escludendo da tali fattispecie l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

sciuto la presenza di c.d. situazioni giuridiche soggettive irrilevanti per lo Stato, ma rilevanti esclusivamente per l'ordinamento sportivo, e di conseguenza tutelabili esclusivamente di fronte al giudice di tale ordinamento²⁷.

Dal punto di vista teorico, le situazioni giuridiche irrilevanti sono definibili come delle vere e proprie posizioni giuridiche soggettive: di conseguenza, in quanto tali, si occupano di disciplinare il rapporto tra un soggetto rispetto ad un bene della vita. Tuttavia, poiché non rilevano a livello giuridico per l'ordinamento, esse non hanno la dignità di diritti soggettivi o interessi legittimi²⁸. Alla luce di ciò, non si ha alcuna violazione della Costituzione nel caso in cui si escluda la tutela giurisdizionale e si conceda esclusivamente una tutela amministrativa, poiché l'accesso al giudice è garantito esclusivamente per le situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento ha scelto di tutelare. Inoltre, è degno di nota il fatto che la tutela amministrativa esperibile di fronte al giudice sportivo, in realtà, non sarebbe neanche dovuta da parte dell'ordinamento giuridico generale, ben potendo lasciare sfornite di qualsiasi protezione le situazioni soggettive che non hanno alcuna rilevanza giuridica²⁹.

A livello concettuale, questa categoria di situazioni giuridiche irrilevanti non sembra presentare problemi di grande rilievo: si tratta di posizioni individuate dall'ordinamento dello sport di cui lo Stato prende atto e non ha alcun interesse ad intervenire. Quello che invece si ritiene non possa essere condiviso è l'assunto che tali situazioni giuridiche sorgano nei rapporti tra Federazioni sportive e affiliati o tesserati³⁰; infatti, in questi casi, l'esperienza della prassi ha evidenzia-

²⁷ In dottrina, l'argomento è approfondito da E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 312, il quale definisce la situazione giuridica soggettiva come «la concreta situazione in cui è collocato – o meglio di cui è titolare – un soggetto dall'ordinamento con riferimento al bene che costituisce oggetto dell'interesse», ammettendo poi che, «nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti, ben potrebbero esserci situazioni giuridiche riconosciute e protette da uno di essi e non da quello generale», come avviene appunto nell'ordinamento sportivo.

²⁸ In argomento, v. F. Valerini, *Il processo e l'irrilevante giuridico (nota a margine di una controversia sportiva)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, III, 1035 ss., il quale approfondisce gli effetti di una situazione giuridica irrilevante sulla tutela giurisdizionale.

²⁹ Si tratterebbe, per l'ordinamento giuridico generale, di interessi di mero fatto, i quali sono presi in considerazione dalla dottrina amministrativistica al fine di differenziarli dagli interessi legittimi, che esigono una tutela giurisdizionale. Gli interessi di fatto, secondo M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2016, 141, «non consentono però l'esperimento di rimedi giuridici e in particolare di azioni da proporre in sede giurisdizionale, che sono previste soltanto per situazioni giuridiche soggettive in senso proprio».

³⁰ A favore del valore giuridico dell'attività sportiva organizzata, v. F. Goisis, *op. cit.*, 37, il quale evidenzia che, «nella misura in cui lo sport, pur non essendo (eventualmente) in grado di generare impegni seri tra i suoi praticanti, non di meno sia valutato, dall'ordinamento statale, come fenomeno socialmente rilevante, esso può presentare senz'altro rilievo giuridico. Sembra infatti che, nel diritto pubblico, qualsiasi fenomeno, specie se dotato, come lo sport, di una innegabile rilevanza collettiva, sia [...] suscettibile di interessamento e quindi di giuridicizzazione». Contrario a tale impostazione, invece, C. Furno, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 641, il quale sostiene che vi sia una completa incompatibilità tra gioco e diritto; inoltre, analizzando gli elementi del contratto con cui un soggetto si obbliga a svolgere una determinata attività sportiva, alla luce dello scopo che viene perseguito dall'attività stessa, ritiene che,

to come l'ordinamento dello Stato abbia un grandissimo interesse ad intervenire, attraverso i suoi giudici, per fornire una tutela. Se davvero fossero situazioni giuridiche irrilevanti, non vi dovrebbe essere alcuna manifestazione di questa esigenza.

Si ritiene che, al contrario, i giudici statali siano portati ad intervenire poiché, in realtà, nei rapporti tra Federazione sportiva ed associati o tesserati la rilevanza o irrilevanza della situazione giuridica dei cittadini viene assorbita da un'ulteriore circostanza: la natura degli atti posti in essere dalle Federazioni è amministrativa, e ciò non in funzione dell'interesse specifico che viene tutelato dall'atto di volta in volta, ma a causa della natura del rapporto giuridico che intercorre tra Federazione e cittadino, ossia un rapporto di supremazia-soggezione nel quale la prima esercita un potere autoritativo nei confronti dei secondi.

Al fine di provare quanto sostenuto, ossia che tutti gli atti delle Federazioni sono provvedimenti amministrativi, si analizzeranno gli elementi costitutivi che permettono alle istituzioni sportive di svolgere la loro attività, poiché questi coincidono con quelli relativi all'esercizio di un potere autoritativo di natura amministrativa: la possibilità di incidere in via unilaterale nella sfera giuridica dei destinatari, l'origine legislativa di tale possibilità nonché la finalizzazione di tale attività al perseguimento dell'interesse pubblico³¹.

per definirne la causa, non si possa andare oltre il mero 'gioco'. Un interessante punto di vista sull'argomento è espresso da G. Manfredi, *La giuridificazione dello sport*, in *Giur. ita.*, 2016, 485 ss., il quale, analizzando l'evoluzione storica dell'ordinamento sportivo, sottolinea come la caratteristica dell'irrilevanza delle regole sportive sia stata difesa e tutelata dalle istituzioni sportive stesse: «la formula 'lo sport agli sportivi' venne attuata da parte del CONI e delle Federazioni anche perseguendo l'obiettivo del 'primato del diritto sportivo' rispetto al diritto statale, ossia l'intento di far sì che l'attività sportiva fosse regolata, se non esclusivamente, almeno principalmente dalle norme create autonomamente da parte degli organismi sportivi, la cui applicazione doveva spettare agli organi della cosiddetta giustizia sportiva [...]».

³¹ In relazione al primo requisito, esso rappresenta la c.d. 'autoritatività' del provvedimento amministrativo, ossia, secondo M. Clarich, *op. cit.*, 98, la «titolarità di una capacità speciale di diritto pubblico che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti produttivi di effetti giuridici nella sfera dei destinatari». Il secondo requisito è inquadrabile nella c.d. 'tipicità' in quanto conseguenza del principio di legalità: infatti, come evidenziato da E. Casetta, *op. cit.*, 538, «(l)a possibilità per l'amministrazione di produrre in un caso puntuale e concreto una vicenda giuridica presuppone che il legislatore abbia ritenuto prevalente l'interesse pubblico rispetto a quello privato, attribuendo il potere all'amministrazione [...]. Di qui l'esigenza di una previa definizione del tipo di vicenda giuridica prodotto dall'esercizio del potere: nel che consiste la tipicità del provvedimento amministrativo». La necessità che l'esercizio di tale potere sia orientato alla persecuzione dell'interesse pubblico è rilevabile nel principio della c.d. doverosità della Pubblica Amministrazione, definita da G. Rossi, *op. cit.*, 90 come la «necessità di perseguire il fine pubblico nel miglior modo possibile, un principio che pervade l'attività dell'amministrazione, descrivendone la disciplina e ponendosi quale canone dell'azione amministrativa».

4.1. *La produzione unilaterale degli effetti*

Il primo elemento è individuabile nella capacità speciale della Federazione di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del destinatario della sua attività. Questa, infatti, è una caratteristica tipica del potere della Pubblica Amministrazione, che la distingue dai rapporti privatistici, nei quali la produzione di un effetto giuridico è subordinata al consenso di colui nella cui sfera giuridica l'atto produce effetti³².

Anche le Federazioni sportive, al pari della Pubblica Amministrazione, nonostante siano soggetti privati, hanno la capacità di incidere unilateralmente nella sfera degli affiliati o tesserati. Si può accertare l'esistenza di tale capacità attraverso un'analisi della costituzione e dello svolgimento del rapporto tra le due parti.

In relazione alla costituzione del rapporto giuridico, questa avviene attraverso l'accettazione, da parte di un atleta o di una società sportiva, dello statuto della Federazione di riferimento. Questo atto, che determina l'acquisizione dello *status* di affiliato o tesserato, comporta l'accettazione di una serie di obblighi *pro futuro*: in primo luogo, l'accettante si impegna a rispettare tutte le norme statutarie e regolamentari relative all'attività esercitata, non solo quelle esistenti ed in vigore al momento dell'accettazione, ma anche ogni eventuale modifica o novità che la Federazione decidesse di apportare; in secondo luogo, l'accettante si vincola a devolvere la risoluzione di tutte le controversie future, che possano sorgere per la violazione o erronea applicazione di queste norme, ai giudici sportivi³³, attraverso il c.d. vincolo di giustizia.

Alla luce di questo atto di accettazione, che rappresenta la modalità costitutiva del rapporto tra Federazione e atleti o società, è possibile individuare le modalità dello svolgimento di questa relazione. Infatti, le istituzioni sportive acquisiscono il potere di emanare atti in grado di produrre effetti nella sfera giuridica degli affiliati o tesserati in assenza di una manifestazione di un consenso da parte di questi, ovvero sia in via unilaterale. Questi atti sono suddivisibili in due principali categorie: in primo luogo, i regolamenti che disciplinano gli aspetti tecnici dell'attività sportiva, le modifiche a tali regolamenti nonché gli atti di applicazione degli stessi. Si tratta, a ben vedere, degli atti di natura tecnica. In secondo luogo, sono unilaterali i provvedimenti disciplinari nei confronti di coloro che non rispettano

³² In argomento, F. Benvenuti, *op. cit.*, 187 ss., qualificando gli atti amministrativi dal punto di vista del soggetto, evidenzia come «(d)a questo angolo di visuale diremo intanto che tutti gli atti amministrativi sono unilaterali quando per la formazione non hanno bisogno del concorso del destinatario»; anche quando l'atto conclusivo del procedimento è un accordo, che quindi richiede la manifestazione di volontà del privato, questi «non usa un proprio potere diverso da quello usato dall'amministrazione, ma concorre con questa nell'uso del solo potere d'imperio».

³³ A titolo esemplificativo, si veda l'art. 30, comma 1, Statuto della F.I.G.C., decreto del commissario ad acta del 30 luglio 2004.

questa normativa e le relative sanzioni, nonché i successivi provvedimenti dei giudici sportivi³⁴. Si tratta, in questo secondo caso, della materia disciplinare.

In tali circostanze, di conseguenza, a seguito dell'accettazione dello statuto, l'atleta o la società sportiva si trovano in una situazione di soggezione rispetto al potere delle Federazioni di incidere in via unilaterale nella loro sfera giuridica. Non hanno alcuna possibilità di manifestare il proprio dissenso ed evitare la produzione dell'effetto giuridico, il quale risulta essere determinato esclusivamente dalla manifestazione di volontà della Federazione.

4.2. L'origine legale del potere

Il secondo elemento, necessario perché si possa parlare di potere autoritativo delle Federazioni sportive, è l'origine legislativa di questa potestà. Infatti, in uno Stato di diritto, il potere esecutivo è esercitabile solo nel rispetto del principio di legalità, ossia sulla base di una norma attributiva di tale potere³⁵.

In relazione a questo elemento, è anzitutto necessario porre l'attenzione sul fatto che, anche nei rapporti tra privati, è possibile che la produzione di effetti nell'altrui sfera giuridica avvenga in maniera unilaterale: si tratta dei c.d. diritti potestativi³⁶. Tuttavia, tra un diritto potestativo ed un diritto autoritativo vi è una differenza fondamentale in relazione all'origine: la legittimazione all'esercizio di un potere privato sorge grazie al consenso preventivamente prestato dalla controparte³⁷; al contrario, è necessario che la legittimazione all'esercizio di un potere

³⁴ P. Moro, *Controversia tecnica ed equo processo: una questione aperta nella giustizia sportiva*, in *www.giustiziasportiva.it*, 2014, II, 7 ss., evidenzia alcuni casi relativi a provvedimenti di natura tecnica e disciplinare: la «formazione e gestione dei ruoli arbitrali», la procedura della «c.d. vittoria a tavolino», la decisione del «giudice di gara che agisce in posizione di terzietà». L'Autore si sofferma sulla circostanza che questi atti, nonostante la loro natura prettamente sportiva, incidono su interessi rilevanti dei destinatari.

³⁵ Le norme giuridiche in questione vengono definite dalla dottrina come «norme di azione», le quali, come esposto da M. Clarich, *op. cit.*, 108, «disciplinano il potere amministrativo nell'interesse esclusivo della pubblica amministrazione, hanno come scopo di assicurare che l'emanazione degli atti sia conforme a parametri predefiniti».

³⁶ Essi vengono definiti da A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 81, come «poteri di operare il mutamento della situazione giuridica di un altro soggetto». Come evidenziato da M. Clarich, *op. cit.*, 104, il diritto potestativo «rappresenta una particolare tecnica o modalità di produzione degli effetti giuridici nei rapporti intersoggettivi che vale, più in generale, anche per il potere amministrativo».

³⁷ La fattispecie giuridica che sorge tra i privati è definita da F. Benvenuti, *op. cit.*, 394, come «situazione di supremazia o di soggezione speciale», ossia quando «il diritto soggettivo dà il potere di compiere un atto giuridico, si ha appunto un'ipotesi in cui, per effetto della propria posizione giuridica di diritto soggettivo, un soggetto si trova in una situazione di supremazia rispetto al soggetto che, trovandosi in posizione di obbligo, ha invece una situazione di soggezione». La necessità del requisito del consenso è garantita da un principio fondamentale del diritto privato: il c.d. principio dell'accordo, il quale, secondo V. Roppo, *Il contratto. Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 24, «indica che esiste un ambito importante di relazioni

pubblico sorga per effetto di una disposizione di legge, la quale ne individua tutti i requisiti e presupposti³⁸.

La questione, a questo punto, è determinare se il potere unilaterale, che le Federazioni sportive esercitano, sia inquadrabile nell'ambito dei diritti potestativi oppure se, al contrario, abbia la natura di potere autoritativo. Per raggiungere questo obiettivo, è necessario indagare sull'origine di tale potere: se consensuale, sarà un potere privato; se al contrario, questo è istituito per legge, si tratterà di un potere autoritativo di natura pubblicistica.

A sostegno della posizione di un potere privato, si potrebbe sostenere che esso sorge con l'accettazione, da parte del futuro destinatario degli atti della Federazione, dello Statuto e dei regolamenti: si tratterebbe di una manifestazione di volontà, di natura consensuale, che costituisce, in capo alla Federazione sportiva, il diritto potestativo di incidere unilateralmente nella sfera giuridica della controparte, allo stesso modo di un contratto che costituisce un diritto di opzione³⁹.

In questo caso, al fine di determinare la competenza giurisdizionale, rileverebbe correttamente la natura della posizione giuridica soggetta al potere privato della Federazione: se questa è irrilevante per l'ordinamento giuridico dello Stato, allora sarà irrilevante anche il diritto potestativo sorto in capo agli organi federali.

Si ritiene tuttavia che questa possibilità non sia sostenibile: infatti, il rapporto tra Federazione e affiliato o tesserato ha un'origine che è solo formalmente consensuale, poiché si manifesta all'esterno come un atto definito 'accettazione', espressione all'apparenza di una manifestazione di volontà. Nella sostanza, al contrario, l'accettazione è imposta per legge. Infatti, chiunque voglia esercitare, come atleta o come società, una determinata attività sportiva partecipando alle competizioni nazionali ed internazionali, è vincolato a farlo associandosi o tesserandosi alla Federazione sportiva di riferimento riconosciuta dal C.O.N.I.⁴⁰ e non ha alcuna possibilità di scelta.

sociali entro cui i soggetti assumono obbligazioni solo se vogliono assumerle, e perdono le loro proprietà solo se vogliono perderle; un ambito entro cui ad ogni soggetto è garantito che le sue posizioni giuridiche non saranno incise per decisione unilaterale di un altro soggetto, senza corrispondente volontà del soggetto interessato».

³⁸ Si tratta del principio di legalità, ricavabile dalla Costituzione all'art. 97, comma 2, in particolare nel suo significato sostanziale, individuato da F. Levi, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss., sulla base del quale la legge indica non solo i limiti all'agire della Pubblica Amministrazione, ma anche le modalità di esercizio del potere e la sua finalizzazione alla tutela di un interesse pubblico.

³⁹ Si tratta, secondo A. Torrente, P. Schlesinger, *op. cit.*, 555, del «diritto del beneficiario (o opzionario) di perfezionare il contratto, entro il termine di validità dell'opzione, con la sua sola dichiarazione di accettazione, mentre l'altra parte resta vincolata e non può interferire sulla stipulazione del contratto, che ormai dipende esclusivamente dalla decisione del beneficiario dell'opzione».

⁴⁰ La dottrina si è occupata di evidenziare il carattere obbligatorio dell'affiliazione alle Federazioni sportive: in particolare, v. B. Cavallo, *In tema di affiliazione dell'organizzatore sportivo ad una federazione del C.O.N.I.*, in *Giur. it.*, 1965, II, 515, il quale pone l'accento sul fatto che «(l)'affiliazione si opera attraverso un particolare atto formale, in forza del quale il soggetto richiedente viene inserito, in veste di socio, nella struttura a carattere corporativo della federazione sportiva, assumendo la qualità di professionista. Tale inserimento [...]

Alla luce di ciò, la manifestazione di volontà del cittadino si esaurisce nel momento in cui sceglie quale attività sportiva esercitare a livello professionistico; una volta presa questa decisione, è vincolato dall'attuale assetto normativo ad accettare lo Statuto, i regolamenti e il sistema di giustizia del Comitato Olimpico e della Federazione di riferimento. L'accettazione del cittadino è solo apparentemente una manifestazione di volontà consensuale; in realtà è un presupposto legale all'esercizio del potere della Federazione sportiva.

Di conseguenza, è la legge stessa che conferisce alla Federazione il potere di incidere unilateralmente nei confronti delle posizioni giuridiche dei destinatari dei suoi atti. Ciò poiché tutti coloro che vogliono esercitare l'attività sportiva di riferimento sono vincolati a farlo attraverso questa accettazione, non potendo altrimenti partecipare ad alcuna manifestazione o competizione sportiva ufficiale.

Alla luce di tale ricostruzione, perde rilievo la valutazione della rilevanza o meno della situazione giuridica dell'affiliato o tesserato nei confronti della regola sportiva, poiché questa posizione viene assorbita da quella di interesse legittimo al corretto uso di tale regola: in altre parole, coesistono, nella stessa relazione, una pluralità di posizioni giuridiche, una delle quali è sempre di interesse legittimo all'esercizio del potere unilaterale della Federazione⁴¹.

Ad esempio, andando ad analizzare la regola del fuorigioco, essa è correttamente qualificabile come irrilevante per l'ordinamento generale: lo Stato non ha alcun interesse ad intervenire imponendo una modifica o eliminazione della regola stessa, poiché essa disciplina dei rapporti che rientrano esclusivamente nell'ordinamento sportivo. Tuttavia, l'affiliato o tesserato, in relazione all'esecuzione ed applicazione di questa regola, mantiene una posizione di interesse legittimo: in primo luogo, un atleta potrebbe opporre che la formulazione della regola stessa porti alla violazione del principio della parità di trattamento, nel caso in cui limiti l'utilizzo di strumenti tecnologici per la verifica dello stesso alle sole categorie superiori; in secondo luogo, una società potrebbe agire per ottenere il risarcimento dei danni, nel caso in cui un'applicazione erranea della regola stessa, con dolo o colpa, abbia cagionato un danno alla propria attività commerciale. In entrambe

si presenta come atto giuridicamente necessario sia per l'ordinamento giuridico statale che per l'ordinamento sportivo [...]». In argomento, v. anche F. Goisis, *op. cit.*, 79, il quale sottolinea che «l'adesione alle federazioni sportive costituisce una scelta obbligata per chi voglia praticare – in modo professionale e comunque organizzato e riconosciuto-tutelato – l'attività sportiva agonistica. Sicché, le federazioni saranno pure associazioni, ma in cui manca un'effettiva, libera, accettazione dello statuto, perché l'adesione ad esse è insostituibile condizione per il godimento di un determinato (e pubblicisticamente tutelato) bene della vita».

⁴¹ Sulla possibilità che da una stessa relazione scaturiscano una molteplicità di posizioni giuridiche v. G. Rossi, *op. cit.*, 447 ss., il quale, sottolineando che «(o)gni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismiatico», evidenzia come «(l)a convivenza fra le situazioni giuridiche soggettive non si concretizza solo in modo lineare fra due o più soggetti, in quanto la stessa situazione soggettiva ha una pluralità di relazioni con quella di altri soggetti». Di conseguenza, è ben possibile che vi sia una sovrapposizione tra una posizione giuridica irrilevante ed un interesse legittimo nei rapporti tra Federazioni sportive ed affiliati o tesserati.

queste situazioni, l'atleta o la società hanno un interesse legittimo al corretto esercizio del potere autoritativo in capo alla Federazione sportiva, poiché sia la modifica del regolamento che la decisione tecnica prese in considerazione incidono in via unilaterale sulla posizione giuridica dei destinatari.

4.3. *La finalizzazione del potere alla persecuzione dell'interesse pubblico*

Spostando, a questo punto, l'attenzione sulle motivazioni storico-giuridiche che hanno portato all'attuale assetto organizzativo delle istituzioni sportive, è possibile individuare il terzo elemento costitutivo necessario perché si possa parlare della sussistenza di un potere amministrativo in capo alle Federazioni sportive: la finalizzazione della loro attività al perseguimento dell'interesse pubblico.

Come è noto, le Federazioni sportive nacquero, all'inizio del novecento, come enti giuridici privati: si trattava di associazioni promosse da coloro che svolgevano le attività sportive al fine di coordinare le manifestazioni e di garantire l'uniformità dei regolamenti⁴². Non erano funzionali alla regolamentazione giuridica dell'attività sportiva, ma esclusivamente ad un sistema istituzionale che permettesse un'uniforme applicazione delle regole di ciascuno sport.

Anche il C.O.N.I. nacque in forma privatistica, come confederazione di Federazioni, pur avendo avuto, fin dall'origine, un forte collegamento con gli esponenti politici⁴³. L'istituzione di un comitato olimpico fu imposta dalle pressioni esercitate dal Comitato Internazionale Olimpico (C.I.O.), interessato alla realizzazione di un movimento olimpico mondiale attraverso la distribuzione di una serie di comitati nazionali che coordinassero la partecipazione di ciascun paese⁴⁴.

La caratteristica di un assetto a confederazione ha determinato una stretta connessione strutturale tra Comitato e Federazioni: le seconde hanno assunto l'obbligo di eseguire le disposizioni del primo, perseguendone gli obiettivi e contribuendo alla funzione di regolamentare e disciplinare il settore sportivo. Tutta-

⁴² Sull'origine delle Federazioni sportive, v. G. Colasante, *La nascita del movimento olimpico in Italia. Dal conte Brunetta d'Usseaux alla costituzione del C.O.N.I. (1894-1914)*, Roma, Comitato Olimpico Nazionale Italiano, 1996, 200 ss., il quale si occupa di analizzare l'evoluzione della natura delle Federazioni: nate come enti privati finalizzati al coordinamento dello svolgimento di un'attività sportiva, si sono evolute in rappresentanti istituzionali presso il Comitato Olimpico.

⁴³ In argomento, F. Bonini, *op. cit.*, 69, evidenzia che il Comitato Olimpico «nacque come ente di natura privata, con il consenso di fatto dei pubblici poteri». L'Autore, attraverso un'analisi della nascita del C.O.N.I., evidenzia in maniera approfondita tutte le connessioni tra sport e politica, le quali hanno portato a forti dubbi sulla natura di confederazione privata del Comitato, pur essendo stato a lungo formalmente non riconosciuto da alcuna disposizione statale.

⁴⁴ In argomento, v. G. Colasante, *op. cit.*, 200 ss., il quale evidenzia la connessione tra regolamentazione, da parte del Comitato Olimpico, delle attività sportive e partecipazione dell'Italia ai giochi olimpici.

via, in origine, poiché si trattava di una relazione tra soggetti privati, non aveva alcuna rilevanza il fine che veniva perseguito dall'attività delle istituzioni sportive.

A seguito di una serie di stravolgimenti strutturali ed istituzionali, dovuti soprattutto all'interventismo del regime fascista in ogni ambito della società, il C.O.N.I. è stato definitivamente riconosciuto come ente pubblico⁴⁵ dalla legge sul parastato del 1975⁴⁶. In quanto soggetto della Pubblica Amministrazione, di conseguenza, il Comitato Olimpico ha assunto la funzione di tutelare una serie di interessi pubblici, come è confermato dal suo Statuto: esso specifica quali interessi persegue l'attività amministrativa del Comitato. In particolare, tra gli altri, si ricordano: il regolare svolgimento delle manifestazioni sportive, la massima diffusione della pratica sportiva, la lotta contro la discriminazione e il diritto a ricevere una formazione educativa o professionale complementare alla formazione sportiva⁴⁷.

Questa evoluzione ha avuto come effetto che le Federazioni, in quanto apparati riconosciuti dal C.O.N.I. e ad esso strutturalmente connessi, hanno assunto la funzione di tutela degli interessi pubblici individuati dal Comitato Olimpico. Nonostante ciò, la natura giuridica delle Federazioni è rimasta privatistica⁴⁸, come ha definitivamente confermato il legislatore attraverso l'emanazione del D. Lgs. 23 luglio 1999, n. 242⁴⁹. Tuttavia, a seguito della qualificazione del C.O.N.I. come ente pubblico, è cambiata la funzione delle Federazioni: si trat-

⁴⁵ Si tratta del c.d. ente pubblico-collettivo, un'espressione coniata da G. Rossi, G. Abbamonte, *Gli enti pubblici*, Padova, 1990, definito in questi termini dallo stesso G. Rossi, *op. cit.*, 204: «(i)l termine di ente pubblico-collettivo accosta al carattere pubblico dell'ente la sua esponenzialità di interessi imputabili ad una organizzazione rappresentativa. Carattere comune di tutti gli enti esponenziali di gruppi sociali è che questi sono il risultato di un intreccio fra un fenomeno sostanziale, costituito dall'esistenza del gruppo sociale, e un atto normativo dell'ente territoriale».

⁴⁶ Si tratta della L. 20 marzo 1975, n. 70, contenente «disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente». Per approfondire l'intervento legislativo in questione v. A. Gregorio, *Soppressione degli 'enti inutili' e riforma del parastato nella legge 20 marzo 1975, n. 70*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, II, 678 ss., il quale si occupa di analizzare le tipologie di enti soppressi e quelle mantenute al fine di individuare il criterio che è stato seguito per far ordine nell'organizzazione amministrativa.

⁴⁷ Cfr. art. 2, Statuto del C.O.N.I. approvato con la deliberazione n. 1549 del 4 maggio 2016: «2. Il CONI detta i principi fondamentali [...] al fine di garantire il regolare e corretto svolgimento delle gare, delle competizioni e dei campionati. 3. [...] la massima diffusione della pratica sportiva in ogni fascia di età e di popolazione, con particolare riferimento allo sport giovanile sia per i normodotati che, di concerto con il Comitato Italiano Paralimpico, per i disabili [...]».

⁴⁸ Per lungo tempo la dottrina, in relazione alle Federazioni sportive, si è divisa tra chi ne sosteneva la natura privatistica e chi, al contrario, le riteneva soggetti pubblici. Tra i sostenitori della prima, v. A. Quaranta, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico statale*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, 36 ss.; S. Cassese, *Sulla natura giuridica delle Federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del 'Parastato'*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, 117 ss. Per i sostenitori della tesi pubblicistica, v. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1981, II, 1081; L. Trivellato, *Considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive*, in *Dir. e società*, 1991, I, 141 ss.

⁴⁹ Il D.Lgs. 23 luglio 1999, n. 242, «Riordino del Comitato Olimpico Nazionale Italiano – CONI», dispone all'art. 15, comma 2, che «(l)e Federazioni sportive nazionali e le Discipline Sportive Associate hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato.»

ta di soggetti privati che, tuttavia, essendo posti in dipendenza funzionale con un soggetto pubblico, sono vincolati alla persecuzione degli interessi, a loro volta pubblici, per la tutela dei quali tale soggetto è stato istituito.

In conclusione, si ritiene che sia possibile affermare che tutti gli atti delle Federazioni, che possiedono i tre elementi che si ha avuto modo di evidenziare, sono sostanzialmente dei provvedimenti amministrativi: infatti, le istituzioni sportive hanno il potere, costituito per legge, di incidere in via unilaterale nella sfera giuridica dei cittadini affiliati o associati, allo scopo di perseguire gli interessi pubblicistici del Comitato Olimpico. Gli atti che pongono in essere, quindi, sono espressione dell'esercizio di un potere amministrativo di natura autoritativa finalizzato alla tutela di interessi pubblici⁵⁰.

5. *Gli effetti della natura autoritativa degli atti delle Federazioni sul riparto di competenze tra giudice sportivo e giudici statali*

Nel momento in cui si riconosce che le Federazioni sportive esercitano, nei confronti di affiliati o tesserati, un potere amministrativo di natura autoritativa, anche il riparto di competenze tra giudice sportivo, giudice amministrativo e giudice ordinario non può rimanere immutato. Infatti, i destinatari di un atto di natura sostanzialmente autoritativa sono titolari di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere in capo a colui che ha la competenza ad emanare tale atto. Di conseguenza, in linea teorica, in tutte queste circostanze dovrebbe essere garantito l'accesso al giudice amministrativo, in quanto soggetto preposto alla tutela degli interessi legittimi⁵¹.

A questo punto, è necessario confrontare questa conclusione, alla quale si è giunti attraverso un'analisi della natura del rapporto che intercorre tra Federazione e affiliati o tesserati, con quanto dispone il legislatore relativamente al riparto di competenze tra giudici nel settore dello sport. In particolare, assume una rilevanza centrale la legge 280 del 2003, poiché essa rappresenta l'unica disposizione legislativa in materia di giustizia sportiva⁵².

⁵⁰ Lo stesso D.Lgs. 242/1999, all'art. 15, comma 2, conferma la possibilità che le Federazioni esercitino attività a valenza pubblicistica.

⁵¹ Come sottolinea A. Travi, *op. cit.*, 173 ss., «l'elemento storicamente determinante e tuttora fondamentale che definisce la giurisdizione di legittimità [è] rappresentato dalla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. La giurisdizione di legittimità è 'generale' proprio perché ha ad oggetto la garanzia degli interessi legittimi, che è il compito assegnato dalla Costituzione in via generale alla giurisdizione amministrativa».

⁵² In tal senso, v. M. Sanino, F. Verde, *Il diritto sportivo*, Padova, 2015, 449 ss., che evidenziano come si tratti, da un lato, del primo intervento legislativo che riconosce l'esistenza di un ordinamento sportivo; dall'altro, si tratta della prima disposizione in materia di giustizia sportiva. L'argomento, infatti, era sempre stato disci-

Si procederà, anzitutto, esponendo come, apparentemente, la disciplina legislativa sia in contrasto con la tesi sostenuta, ossia la qualificazione pubblicistica del potere delle Federazioni sportive in quanto soggetti privati che esercitano attività amministrativa. Seguirà un'interpretazione del dato testuale della legge, orientata dalla tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, al fine di dimostrare che, sostanzialmente, il contrasto tra la legge 280 e la tesi qui sostenuta non sussiste.

5.1. *L'apparente contrarietà del criterio di riparto della legge 280 con la qualificazione pubblicistica del potere delle Federazioni sportive*

Procedendo con l'analisi della legge 280 del 2003, apparentemente sembra che questa si ponga in contrasto con le conclusioni raggiunte, poiché attribuisce una competenza esclusiva al giudice sportivo, relativamente alle competenze tecniche e disciplinari, che riguarda rapporti che intercorrono tra Federazioni e affiliati o tesserati; infatti, poiché in questi rapporti si è osservato che il cittadino è sempre titolare di una posizione di interesse legittimo giustiziabile di fronte al giudice amministrativo, allora non dovrebbero essere di competenza esclusiva del giudice sportivo.

In breve, il riparto realizzato dalla legge 280 è il seguente: in primo luogo, ai sensi dell'art. 2, vengono identificate due materie, quelle tecniche e disciplinari, nelle quali l'ordinamento sportivo ha poteri disciplinari e giustiziali, con il giudice sportivo titolare di una competenza esclusiva alla risoluzione delle controversie⁵³; in secondo luogo, l'art. 3, comma 1, identifica invece le competenze dei giu-

plinato esclusivamente da dottrina e giurisprudenza, essendosi limitata l'attività del legislatore ad un'individuazione della struttura delle istituzioni sportive, ed in particolare del C.O.N.I.

⁵³ In realtà questa conclusione si ricava dal combinato tra l'art. 2, comma 1, che riserva «all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo [...]; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive», e l'art. 3, comma 1, che parla di «controversia non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2», facendo intendere, pur senza particolare chiarezza, che le controversie nelle materie individuate dall'art. 2 sono quindi di competenza esclusiva del giudice sportivo. La dottrina si è dimostrata scettica in ordine alla possibilità per il legislatore di riconoscere che un determinato ambito sia irrilevante per l'ordinamento giuridico dello Stato. In particolare, v. F. Goisis, *op. cit.*, 94, il quale sottolinea che «per giungere ad ammettere che una certa fattispecie non interessi – e dunque non debba trovare tutela giurisdizionale – l'ordinamento statale (che sappiamo essere fondato, tra l'altro, sul pieno riconoscimento, a livello costituzionale, del diritto d'azione davanti al giudice statale) non basta dire che essa è riconosciuta e tutelata da un altro ordinamento. Si tratterebbe invece, ancora, di dimostrare che l'ordinamento statale non possa occuparsi ovvero abbia, nel suo complesso [...], deciso di disinteressarsi [...] a quella fattispecie». Infine, c'è da evidenziare che parte della dottrina, ed in particolare G. Manfredi, *op. cit.*, 222, ha ritenuto che «il decreto-legge 220/2003 e la legge di conversione 280/2003 si collocano nettamente in controtendenza rispetto ai vari dati, emersi a partire dallo scorso decennio, che (pur con tutte le cautele del caso) paiono indicare la ripresa del processo di integrazione dell'ordinamento sportivo in quello statale. Il che, per vero, non manca di stupire, dato che sembra quasi che il legislatore statale abbia voluto com-

dici statali: quello ordinario in relazione ai rapporti patrimoniali e quello amministrativo in relazione agli atti del C.O.N.I. o delle Federazioni che non ricadono in ambito tecnico e disciplinare⁵⁴. Tale suddivisione si pone in stretta connessione con la tesi ordinamentale, in quanto riflette la quadripartizione per materie effettuata nel 1975 dal Luiso: tecnica, disciplinare, economica ed amministrativa⁵⁵.

Questo riparto legislativo sembrerebbe, come accennato, in contrasto con la tesi che le Federazioni sportive esercitano in tutti i loro atti un potere autoritativo. Infatti, se questa tesi è corretta, tutte le controversie relative a questi atti sarebbero di competenza del giudice amministrativo: non solo «ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo»⁵⁶, ma ogni disputa relativa ad atti che Federazioni e C.O.N.I. adottano nei confronti di affiliati o tesserati. Infatti, poiché in un atto che ricade in ambito tecnico e disciplinare è riscontrabile l'esercizio di un potere autoritativo, di conseguenza anche in tali circostanze deve essere garantita la possibilità ai destinatari dell'atto di ricorrere di fronte al giudice amministrativo: questi sarebbero titolari di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere autoritativo, di cui è ammessa la tutela giurisdizionale presso gli organi della giurisdizione amministrativa.

Invece, la legge 280 dispone che le materie tecniche e disciplinari sono di competenza esclusiva del giudice sportivo, in esecuzione del principio di autonomia dell'ordinamento giuridico sportivo individuato dall'art. 1⁵⁷.

A questo punto, si dovrebbe concludere che, anche accettando la tesi esposta, ossia che le Federazioni sportive, pur essendo soggetti privati, emanano atti aventi natura amministrativa, non si raggiungerebbe l'obiettivo auspicato: la risoluzione dell'incertezza relativa ai problemi di riparto tra giudici statali e giudice sportivo. Infatti, se gli atti in ambito tecnico e disciplinare sono autoritativi, ma la legge vieta il ricorso al giudice amministrativo, allora questa legge è incostituzionale per violazione degli articoli 23 e 113, i quali garantiscono la tutela giuri-

pensare le maggiori ingerenze di tipo amministrativo nell'ordinamento sportivo mediante la concessione di una parziale immunità dai controlli giurisdizionali».

⁵⁴ Cfr. art. 3, comma 1, legge 17 ottobre 2003, n. 280.

⁵⁵ Cfr. F.P. Luiso, *op. cit.*, 33 ss.: «(q)uesta descrizione conduce ad una quadripartizione delle diverse forme di giustizia sportiva in giustizia di tipo tecnico, che in sostanza riguarda lo svolgimento delle competizioni sportive [...], giustizia di tipo disciplinare, che riguarda la repressione dei comportamenti che violano le norme della Federazione, giustizia di tipo economico, che riguarda le controversie inerenti i rapporti economici, e giustizia di tipo amministrativo, che riguarda le controversie in ordine alla legittimità di un atto di governo della Federazione». In dottrina, tale quadripartizione è stata adottata anche da F. Picone, *Arbitrato sportivo e conciliazione extragiudiziale*, in *Riv. dir. sport.*, 1991, 15, e M. Coccia, *Fenomenologia della controversia sportiva e dei suoi modi di risoluzione*, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 605, i quali hanno approfondito le dinamiche di risoluzione delle controversie negli ambiti in cui era consentita l'esclusione dei giudici dello Stato.

⁵⁶ Cfr. art. 3, comma 1, L. 280/2003.

⁵⁷ Cfr. art. 1, comma 1, L. 280/2003.

sdizionale nei confronti degli atti che causano una lesione di interessi legittimi. In questo caso, per risolvere la situazione di incertezza, non sarebbe sufficiente un'operazione ermeneutica interpretativa, ma sarebbe necessario un intervento del giudice delle leggi.

Tuttavia, si ritiene che questa conclusione, ossia l'incostituzionalità della legge 280, seppur fortemente sostenuta in dottrina⁵⁸, non sia condivisibile: in primo luogo, perché la Corte Costituzionale è già stata chiamata a pronunciarsi sull'argomento nel 2011, ed ha escluso apertamente che la legge 280 sia incostituzionale, pur arrivando ad una soluzione di compromesso⁵⁹. In secondo luogo, e principalmente, perché il contrasto della legge 280 con la ricostruzione dell'attività delle Federazioni come autoritativa è solo apparente.

Si procederà, di conseguenza, con un'interpretazione più approfondita delle poche disposizioni legislative emanate nel 2003, al fine di dimostrare che, nella sostanza, non vi è alcun contrasto tra qualificazione pubblicistica dell'attività delle Federazioni sportive e criterio di riparto per materie, poiché solo apparentemente il legislatore devolve la risoluzione delle controversie tecniche e disciplinari al giudice sportivo.

L'analisi dell'intervento legislativo si svilupperà attraverso una valorizzazione del legame tra questo e la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici: anzitutto si procederà individuando il criterio di riparto tra giurisdizioni desumibile dalle formulazioni originarie della tesi pluralistica; in secondo luogo, seguirà un'interpretazione testuale delle disposizioni normative, al fine di evidenziare che vi è piena coincidenza tra il riparto della tesi ordinamentale e quello della legge 280 e che, in nessuno dei due casi, si tratta di un vero e proprio riparto rigido per materie.

⁵⁸ In particolare, hanno espresso dubbi sulla costituzionalità della legge 280 T.E. Frosini, *Il diritto nel calcio ovvero un calcio al diritto?*, in *Quad. cost.*, 2004, 155 ss., e G. De Marzo, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo tra spinte autonomistiche e valori costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2003, X, 1265 ss.

⁵⁹ Il rinvio per questioni di legittimità costituzionale è stato effettuato dal TAR Lazio, III[^], ordinanza 11 febbraio 2010, n. 241, in *Foro it.*, 2010, n. 10, III, 528 ss.: il tribunale ha chiesto se la lett. b), comma 1, art. 2, e il comma 2, art. 2, della L. 280/2003 fossero compatibili con gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione. La Corte Costituzionale si è pronunciata sull'argomento con la sentenza Corte Costituzionale, 11 febbraio 2011, n. 49, in *Giur. cost.*, 2011, I, 644 ss.: il giudice delle leggi ha affermato che la legge 280 non esclude «una forma di tutela, per equivalente, diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo», aprendo la possibilità al risarcimento del danno nel caso un cui la situazione giuridica sia rilevante per l'ordinamento generale; una mera esclusione dell'azione di annullamento non è, secondo la Corte, sufficiente a violare l'art. 24 della Costituzione. In dottrina vi è stata una divisione relativamente a questa sentenza di compromesso: da un lato, A.A. Di Todaro, *La tutela effettiva degli interessi tra giurisdizione sportiva e statale: la strana 'fuga' della Corte dal piano sostanziale a quello per equivalente*, in *Giust. cost.*, 2011, I, 702, e A. Palmieri, *Sanzioni disciplinari sportive, ricadute sugli interessi giuridicamente rilevanti e tutela giurisdizionale: la consulta crea un ibrido*, in *Riv. dir. sport.*, in *www.coni.it*, ritengono che la soluzione raggiunta dalla Corte non sia da approvare; dall'altro, F. Blando, *Finale di partita. La Corte Costituzionale 'salva' l'autonomia dell'ordinamento sportivo italiano*, in *Riv. dir. sport.*, in *www.coni.it*, ha invece ritenuto corretta la ricostruzione del giudice delle leggi.

5.2. *Il criterio di riparto desumibile dalla tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici*

Dal punto di vista storico, appare evidente come la legge 280 si ponga in stretta continuità con la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici: ciò è dimostrato dall'art. 1, comma 1, il quale sancisce che «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale»⁶⁰. Il legislatore, quindi, ha voluto sostenere quanto elaborato, nel corso del novecento, dalla dottrina, la quale ha individuato nel fenomeno sportivo un ambito settoriale dotato di un proprio ordinamento⁶¹.

Alla luce di questa stretta connessione, è opportuno a questo punto soffermarsi sulla tesi ordinamentale: l'obiettivo è quello di valutare se, attraverso un'analisi della stessa, si possa individuare un criterio di riparto idoneo a suddividere le competenze tra giudice statale e giudice sportivo. Si sceglie, come punto di riferimento, la ricostruzione effettuata dal Giannini nelle «Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi», poiché si tratta del primo tentativo completo di applicazione della tesi ordinamentale al fenomeno sportivo⁶².

Attraverso un'analisi dell'opera dell'Autore, risulta determinante la suddivisione in 'zone', relativamente agli ambiti di rilevanza per ciascun ordinamento: da un lato, c'è una 'zona retta esclusivamente dalle norme sportive' nella quale lo Stato non interviene per affermare i suoi principi ma lascia che le questioni siano risolte esclusivamente dalle istituzioni sportive; dall'altro, c'è una 'zona intermedia', normata sia dalle fonti sportive che da quelle generali, nella quale lo Stato non può rinunciare integralmente al suo intervento, ma deve far valere la sua sovranità⁶³.

⁶⁰ In dottrina, la connessione tra legge 280 e tesi ordinamentale è riconosciuta da G. Manfredi, *op. cit.*, 225, il quale evidenzia che «il paradigma pluralista viene piuttosto svolto in modo coerente con le tesi di Santi Romano e (soprattutto) con quelle di Cesarini Sforza sugli ordinamenti infrastatali, in particolare ove la distinzione tra ordinamento sportivo e ordinamento statale viene temperata dall'affermazione che sono fatti salvi i casi di 'rilevanza' [...] per l'ordinamento statale delle situazioni giuridiche soggettive 'connesse con l'ordinamento sportivo'».

⁶¹ Sull'opinione della dottrina a partire dal secondo dopoguerra, v. M.S. Giannini, *op. cit.*, 3: «(è) convincimento diffuso tra i giuristi italiani odierni che il complesso mondo degli sportivi costituisca un ordinamento giuridico». Per un'analisi della dottrina in materia di tesi ordinamentale applicata al fenomeno sportivo, v. nota 13.

⁶² Si ritiene opportuno puntualizzare che il primo ad occuparsi dell'argomento fu, nel 1933, W. Cesarini Sforza, *op. cit.*, 1383; tuttavia, un miglior punto di riferimento è rappresentato da M.S. Giannini, *op. cit.*, poiché la sua opera ha un maggior valore sistematico, essendosi occupato di ricostruire in maniera organica l'assetto dell'ordinamento sportivo.

⁶³ Cfr. M.S. Giannini, *op. cit.*, 26: «(v)ista dall'esterno in integrale, l'attività sportiva appare divisa in tre parti: una zona è retta dalle norme dei diritti statali, ed esclusivamente da esse; un'altra, inversamente, solo ed esclusivamente da norme degli ordinamenti sportivi. Vi è poi una zona intermedia, nella quale le due normazioni si trovano in contatto, e in alcuni punti si sovrappongono, in altri si escludono a vicenda, in altri confliggono. [...] Esempi della terza specie sono le norme degli ordinamenti sportivi e di quelli statali per la polizia delle

Da questa suddivisione è possibile ricavare un primo riparto tra giudice sportivo e giudici dello Stato: anzitutto, saranno di competenza esclusiva del primo le controversie relative alla zona retta esclusivamente da norme sportive, ossia quell'ambito che risulti irrilevante per l'ordinamento giuridico dello Stato; saranno, poi, di competenza dei giudici statali le controversie che siano rilevanti per l'ordinamento generale.

In conclusione, il criterio di riparto, desumibile sulla base della suddivisione in 'zone' del Giannini, è la rilevanza o irrilevanza della controversia per l'ordinamento giuridico dello Stato, non la materia all'interno della quale questa disputa si colloca. Questo criterio non risulta in contrasto con la garanzia prevista dall'art. 24 della Costituzione: infatti, da un lato, nella zona intermedia sono individuabili diritti soggettivi ed interessi legittimi, situazioni giuridiche rilevanti per lo Stato che richiedono una tutela giurisdizionale; dall'altro lato, nella zona esclusivamente sportiva, sono individuabili le situazioni giuridiche irrilevanti per l'ordinamento generale, per le quali non è garantita alcuna tutela giurisdizionale.

5.3. La sostanziale compatibilità del criterio di riparto della legge 280 con la qualificazione pubblicistica del potere delle Federazioni sportive

Alla luce del paragrafo precedente, sembrerebbe che, nonostante la forte connessione storica tra legge 280 e tesi ordinamentale, in realtà il legislatore abbia disatteso quanto elaborato dalla dottrina, poiché ha adottato un criterio di riparto differente: da un lato, la chiave di volta è la rilevanza giuridica della controversia per l'ordinamento statale; dall'altro, si farebbe riferimento esclusivamente alla materia in cui ricade la disputa.

Tuttavia, contrariamente a questa conclusione, è necessario concentrare l'attenzione su un'altra disposizione all'interno della legge 280, la quale sembra porsi in contrasto con un rigido riparto per materie: si tratta di quanto dispone l'art. 1, comma 2, il quale fa riferimento alle situazioni giuridiche che hanno rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica⁶⁴: tale disposizione è la chiave di volta per poter affermare che, in realtà, il riparto individuato dalla legge 280 coincide con quello desumibile dalla tesi ordinamentale, è conforme alla Costitu-

gare ai fini della pubblica incolumità, quelle degli ordinamenti sportivi sulle sanzioni sportive, quelle statali sulle qualifiche di alcuni organi o enti sportivi, ecc.».

⁶⁴ Si tratta di quanto disposto dal comma 2, dell'art. 1, il quale fa «salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo». In tali termini si era già espresso F.P. Luiso, *op.cit.*, 588, sottolineando che «l'ordinamento italiano ha i suoi principi, soprattutto costituzionali, da difendere, e non può permettersi, a pena, appunto, di incostituzionalità, di fare un trattamento di favore ad alcuni gruppi per il solo fatto che essi formano un ordinamento giuridico».

zione ed è compatibile con la qualificazione delle Federazioni sportive come soggetti privati che esercitano attività autoritativa.

Si procede, a tale scopo, con un'interpretazione della legge, al fine di valutare gli effetti di quanto disposto dal secondo comma dell'art. 1 sul criterio di riparto per materie.

Sulla base del dato testuale della legge 280, si dovrebbe riscontrare la presenza di una regola generale, in relazione alla quale l'art. 1, comma 2, sarebbe esclusivamente un'eccezione. Infatti, la regola generale dovrebbe essere il riparto per materie: il giudice sportivo ha la competenza esclusiva in ambito tecnico e disciplinare mentre i giudici statali sono competenti in relazione alle materie economiche ed amministrative⁶⁵. L'art. 1, comma 2, rappresenterebbe l'eccezione di tale regola: se risultasse, in pratica, che in ambito tecnico e disciplinare venga lesa una situazione giuridica rilevante per lo Stato, allora vi sarebbe una deroga tale per cui i giudici statali assorbono la competenza del giudice sportivo.

Questa conclusione è stata largamente sostenuta dalla giurisprudenza, arrivando a far assumere al secondo comma dell'art. 1 una grande rilevanza pratica: da un lato, infatti, è stato utilizzato, dal giudice delle leggi, per giustificare la costituzionalità della legge 280 e la sua compatibilità con l'art. 24⁶⁶; dall'altro, i giudici statali se ne sono serviti al fine di attrarre, nella propria sfera di competenza, controversie teoricamente riservate al giudice sportivo⁶⁷.

Si procede ora ad un'interpretazione del dato testuale della legge 280 ponendola in continuità con la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici: come prima chiarito, infatti, secondo la formulazione originaria della tesi ordinamentale, a rilevare per l'individuazione della competenza esclusiva del giudice sportivo non dovrebbe essere la materia, ma la rilevanza o irrilevanza della controversia per l'ordinamento giuridico dello Stato. Sulla base di questa operazione ermeneutica, sembrerebbe che quanto disposto dalla legge 280 coincida con questo criterio di riparto, e per comprenderlo è sufficiente invertire la regola generale con l'eccezione.

Infatti, l'eccezione di cui all'art. 1, comma 2, in realtà è la regola generale: al giudice sportivo spetta, in via esclusiva, la competenza alla risoluzione delle controversie aventi ad oggetto situazioni irrilevanti per l'ordinamento giuridico della

⁶⁵ Cfr. art. 2, comma 1, e art. 3, comma 1, della legge 280 del 2003.

⁶⁶ In argomento, Corte Costituzionale, sentenza 11 febbraio 2011, n. 49, cit., 644 ss.: «l'esclusione (posta a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo) della 'diretta' giurisdizione sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari, non consente di reputare esclusa la relativa tutela risarcitoria. Pertanto, il destinatario di una sanzione disciplinare inflitta dagli organi di giustizia sportiva che lamenti la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente protetta, può agire, in giudizio, per ottenere il conseguente risarcimento del danno».

⁶⁷ Tale evoluzione è analizzata da G. Manfredi, *op. cit.*, 231 ss., il quale pone in evidenza come l'effetto pratico della legge 280 sia stato di restrizione dell'ambito di competenza del giudice sportivo. Per la giurisprudenza in argomento, v. nota 23.

Repubblica; se si tratta di situazioni giuridiche rilevanti, è garantito, al contrario, l'accesso al giudice dello Stato.

Invece, la regola generale di cui agli artt. 2 e 3, in realtà, prevede due presunzioni, una assoluta ed una relativa: nel caso in cui la materia sia amministrativa o economica, il legislatore presume in via assoluta che vi sia una situazione giuridica rilevante per l'ordinamento dello Stato, e di conseguenza assegna la competenza ai giudici statali; nel caso, invece, in cui la materia sia disciplinare o tecnica, si presume in via relativa che non vi sia una situazione giuridica rilevante. È fatta salva, in questo caso, la prova contraria, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1 comma 2. Non sussiste, a ben vedere, alcuna materia che sia integralmente di competenza esclusiva del giudice sportivo.

In conclusione, ciò che rileva, in base alla stessa legge 280 del 2003, ai fini della determinazione del giudice competente, non è la natura della materia, la quale può essere solo un utile strumento presuntivo, bensì la natura della situazione giuridica oggetto della controversia. Se è un diritto soggettivo economico, la competenza è del giudice ordinario; se è un interesse legittimo, la competenza è del giudice amministrativo; se non è né un diritto soggettivo né un interesse legittimo la competenza è del giudice sportivo. La suddivisione delle materie è solo uno strumento utile per rendere più veloce l'individuazione della situazione giuridica relativa alla controversia, ma non ha una forza giuridica sufficiente a rappresentare il criterio generale.

Alla luce di ciò, si possono raggiungere due ulteriori conclusioni.

In primo luogo, il criterio di riparto della legge 280 è compatibile con la Costituzione, poiché garantisce sempre la possibilità «di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi»⁶⁸. Le circostanze in cui sarebbe competente esclusivamente il giudice sportivo sono proprio quelle situazioni giuridiche irrilevanti, nelle quali la posizione soggettiva non è né un diritto soggettivo né un interesse legittimo⁶⁹.

In secondo luogo, il criterio di riparto legislativamente previsto è compatibile anche con la qualificazione delle Federazioni come soggetti privati che svolgono attività amministrativa, poiché, anche in ambito tecnico e disciplinare, se l'effetto dell'atto federale è quello di ledere un interesse legittimo, allora il destinatario dell'atto può ricorrere di fronte al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge 280.

⁶⁸ Cfr. art. 24 della Costituzione.

⁶⁹ In argomento, v. E. Casetta, *op. cit.*, 312: «(è) il caso delle situazioni la cui tutela, in forza del d.l. 220/2003, convertito nella l. 280/2003, è assicurata all'interno dell'ordinamento sportivo attraverso la giustizia sportiva [...], senza la possibilità per i titolari di adire al giudice dell'ordinamento generale, sul presupposto che esse non abbiano dignità di diritti o interessi legittimi».

6. *Le conclusioni raggiunte: la competenza generale del giudice amministrativo in materia sportiva.*

Ricapitolando le conclusioni raggiunte, è possibile arrivare all'obiettivo auspicato: una semplificazione del criterio di riparto tra giudice sportivo e giudici statali, al fine di evitare che ci possa essere una situazione di incertezza in grado di generare, potenzialmente, molteplici lesioni alla garanzia costituzionale di accesso alla tutela giurisdizionale.

In primo luogo, si è qualificato ogni atto delle Federazioni sportive nei confronti di affiliati o tesserati come atto a rilevanza pubblicistica, non per la natura dell'interesse perseguito, ma in relazione alla natura del potere esercitato, ossia un potere amministrativo di natura autoritativa. Tale interpretazione, anzitutto, consente di qualificare le Federazioni sportive come soggetti privati che esercitano attività amministrativa; inoltre, comporta il riconoscimento in capo ai destinatari degli atti delle Federazioni di una posizione di interesse legittimo.

In secondo luogo, si è identificato il criterio di riparto desumibile dalla legge 280: non un riparto per materie, ma un riparto per posizioni giuridiche soggettive. Con tale operazione non si è voluto stravolgere il significato dell'intervento legislativo, ma, cogliendone la *ratio*, si è cercato di spiegarlo in termini diversi, valorizzandone la connessione con la tesi ordinamentale. Dal dato testuale, infatti, risulta che tutte le controversie che hanno ad oggetto interessi legittimi sono di competenza del giudice amministrativo, a prescindere dalla materia in cui ricadono.

La conclusione a quanto esposto, di conseguenza, è che, nei rapporti tra Federazioni e affiliati o tesserati, non residua alcuna controversia che sia in realtà di competenza esclusiva del giudice sportivo: in tutte le circostanze, infatti, il destinatario dell'atto è titolare di un interesse legittimo, alla luce della natura del potere esercitato dalla Federazione; di conseguenza, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge 280, la competenza alla risoluzione delle controversie in ambito tecnico e disciplinare è del giudice amministrativo. A nulla rileva quanto disposto dall'art. 2 della stessa legge, poiché esso è cedevole di fronte alla riserva allo Stato della tutela delle situazioni giuridiche rilevanti⁷⁰.

7. *(segue) Il reale valore del giudice sportivo*

La conclusione che il giudice sportivo non abbia alcuna competenza esclusiva non vuol dire, tuttavia, che il giudice sportivo sia privo di significato o svolga un ruolo secondario: si tratta, infatti, di un istituto basilare per il funzionamen-

⁷⁰ Cfr. art. 1, comma 2, legge 280.

to dell'ordinamento sportivo, grazie a quanto disposto dalla clausola all'inizio dell'art. 3, comma 2, della legge 280, la quale prevede la c.d. pregiudiziale sportiva: prima di adire ai giudici statali, è sempre necessario esaurire i gradi della giustizia sportiva⁷¹. Questa disposizione determina che, in ogni circostanza, il giudice sportivo ha la possibilità di pronunciarsi prima del giudice amministrativo, permettendo la realizzazione di una serie di effetti positivi per il sistema giurisdizionale nel suo complesso.

Anzitutto, relativamente all'ordinamento dello sport, permette una tutela maggiormente approfondita delle speciali esigenze del fenomeno sportivo: *in primis*, garantisce che una decisione, seppur non definitiva, intervenga in tempi compatibili con il rapido progredire dei campionati e delle competizioni sportive; inoltre, assicura che questa venga presa da soggetti altamente specializzati nelle materie tecnico-sportive⁷².

In secondo luogo, sempre a favore dell'ordinamento dello sport, la pregiudiziale sportiva permette che il giudice amministrativo intervenga non con un'analisi *ex novo* della fattispecie, ma attraverso una critica alla pronuncia del giudice sportivo: grazie a questo, le istituzioni dello sport sono in grado di dare un solido orientamento unitario alla giurisprudenza statale in ambito sportivo.

Infine, dal punto di vista dell'ordinamento generale, il previo ricorso al giudice sportivo permette di realizzare un importante effetto deflattivo: infatti, la maggior parte delle volte, le parti si accontenteranno della decisione del giudice dello sport, poiché, salvo i casi di rilevanza economica più elevata, nella maggior parte delle circostanze gli interessi in gioco sono, in effetti, prevalentemente sportivi.

⁷¹ Cfr. art. 3, comma 1, legge 280.

⁷² Come evidenziato da P. Sandulli, M. Sferazza, *op. cit.*, 55, «nell'ambito sportivo si presenta il rischio che il funzionamento dell'ordinamento, laddove affidato ai giudici dello Stato, privi della necessaria competenza tecnica e viene caratterizzato da tempi di risoluzione delle controversie non certo in linea con le esigenze dettate dal rapido progredire dei campionati, con la conseguenza che ne resterebbe sostanzialmente paralizzato il loro svolgimento». Sono quindi individuate le due esigenze principali del settore sportivo: una giustizia rapida e una specifica conoscenza tecnica della materia. In dottrina è molto discusso se effettivamente il carattere tecnico sia un ostacolo per il giudice statale: in particolare, F. Goisis, *op. cit.*, 86 ss., sottolinea che «c'è spazio per discutere se davvero le c.d. norme tecniche sportive (che, lo si ripete, non sono quelle sulla buona pratica sportiva, ma regole al cui rispetto è subordinata la validità della competizione) richiedano il possesso di un sapere specialistico per essere applicate: in molti casi, probabilmente, esse risultano piuttosto elementari e meccaniche. Dunque, alla portata di tutti». V. anche G. Manfredi, *op. cit.*, 60 ss.: «perché la materia tecnica possa, realisticamente, ambire ad un affrancamento dal diritto e dalla giustizia statuali, bisognerebbe che le relative decisioni non presentassero quelle conseguenze – spesso rilevantissime – su interessi economici e personali di tanti soggetti [...]».

I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la natura amministrativa della loro attività e la conseguente competenza del giudice amministrativo alla soluzione delle controversie

La crescente capacità di sfruttamento economico delle prestazioni sportive e la progressiva espansione a livello planetario dell'attività di impresa in questo ambito hanno determinato, ormai da tempo, un'insuperabile difficoltà in ordine all'ammissione di una giustizia sportiva autonoma rispetto all'ordinamento giuridico dello Stato; ciò ha comportato una difficile elaborazione di criteri di riparto idonei tra gli organi sportivi di soluzione delle controversie e la giurisdizione dello Stato. Il contributo, partendo dai risultati raggiunti da dottrina e giurisprudenza in materia, si pone come obiettivo la ricostruzione di un riparto di competenza tra gli organi decidenti non rigido e separato, ma condiviso e collaborativo. In particolare, oggetto di approfondimento sarà, in primo luogo, la sussistenza, in capo alle Federazioni sportive, di poteri di natura autoritativa, pur essendo formalmente soggetti privati; in secondo luogo, un'interpretazione della disciplina legislativa sul tema del riparto che sia conforme alla natura autoritativa della loro attività e che comporti una condivisione della competenza a risolvere le controversie sportive.

The authoritative powers of the Sports Federations: the administrative nature of their activities and the consequent competence of the administrative judge in the resolution of grievances

The growing scope for the economic exploitation of sports performances and the progressive expansion on a planetary level of business activities in this field have for some time led to an insuperable difficulty with regard to the admission of a sports justice system independent from the state juridical order. This has led to the difficult elaboration of criteria for the ideal allotment of power for the resolution of grievances among sports bodies and state jurisdiction.

This contribution, starting out from results reached by doctrine and jurisprudence on the theme, aims to reconstruct an area of competency among the decision-making organs which is not rigid and separate but shared and collaborative. In particular, an object of investigation will be, first and foremost, the subsistence of authoritative powers held by sports federations, despite their formally being private subjects; secondly, an interpretation of the legislative discipline on the theme of the allotment of power which is in line with the authoritative nature of their activity and which entails a sharing of competence to resolve sporting grievances.

Articoli e Saggi

Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale

Fabio Giglioni

SOMMARIO: 1. I confini e gli obiettivi dello studio. – 2. Il fondamento della “normalizzazione” della funzione di emergenza. – 3. La reazione dei poteri pubblici al cospetto dei terremoti. – 4. Legittimazione ed efficacia della convivenza dei due modelli organizzativi. – 5. L'insostenibilità delle diverse concezioni della funzione di emergenza. – 6. La difficile coesistenza dei due modelli nel quadro costituzionale. – 7. La difficile tenuta della “normalizzazione” dell'emergenza e il “concordato delle burocrazie”.

1. *I confini e gli obiettivi dello studio*

Nel corso degli ultimi venti anni in Italia, complice anche il susseguirsi di gravi eventi calamitosi, si è sviluppato un ampio dibattito sull'esercizio della funzione di emergenza che non ha risparmiato nessun operatore del diritto. Vi è, infatti, nel caso italiano un aspetto molto rilevante da tenere in considerazione: l'articolazione plurale e policentrica delle autorità amministrative è sottoposta a grande fibrillazione in occasione di calamità o disastri naturali di questo tipo, il che pone importanti punti interrogativi sulla legittimazione degli interventi di autorità diverse da quelle normalmente competenti. Come recita oggi l'art. 7, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 224/2018, l'intervento delle autorità centrali nella gestione dei territori colpiti è dovuto nelle ipotesi in cui si registrano eventi sfavorevoli che per «intensità ed estensione» rendono gli interessi pubblici in gioco assolutamente preminenti. Ha, infatti, recentemente stabilito il giudice costituzionale con sentenza n. 8 del 2016 che l'intervento di una pluralità di autorità di governo è esercizio di una funzione di cooperazione solidaristica tra i poteri pubblici che non deve risparmiare nessun livello¹.

¹ Nel caso specifico della sentenza n. 8 del 2016, peraltro, il giudice ha espresso in modo originale il vincolo solidaristico proprio delle emergenze di protezione civile, prevedendone l'applicazione a carico delle regioni

Questa evidenza che appare ragionevole in termini logici prima ancora che giuridici non indica con sufficiente certezza, però, i limiti di questa alterazione delle normali competenze² e, se assunta in termini così generalizzati, può indurre a credere che questo sia sufficiente per garantire l'efficacia degli interventi di soccorso e ricostruzione, mentre in realtà, sostenendo questo, restano intatte importanti domande: quali sono i limiti entro i quali il coinvolgimento di autorità straordinarie è consentito? Che cosa è disfunzionale: il ricorso ad autorità non ordinarie o l'incapacità delle amministrazioni ordinarie di assolvere le proprie funzioni? Quali amministrazioni straordinarie sono legittimate a intervenire e per quali finalità?

In tale contesto si situano le riflessioni che seguono che avranno di mira solamente i riflessi organizzativi che l'attivazione della funzione di emergenza provoca, prendendo spunto, peraltro, da un preciso caso: quello determinato dalla scia sismica che ha sconvolto l'Italia centrale tra il 2016 e il 2017. In modo particolare, si intende verificare la tenuta del sistema dei poteri pubblici e delle loro competenze in occasione di un evento grave come quello appena ricordato, che – si osserva appena – ha riguardato quattro regioni (Marche, Umbria, Lazio e Abruzzo), cinquantuno comuni, un'area geografica che delinea il cratere più grande che si è finora registrato. Il numero esteso di territori e le organizzazioni amministrative coinvolte costituiscono una circostanza che ha un particolare valore paradigmatico per le riflessioni che si intendono sviluppare e distinguono il caso da altri analoghi che si sono verificati recentemente, concentrati quasi sempre in aree territoriali più circoscritte non superiori a quella di una regione³.

2. *Il fondamento della “normalizzazione” della funzione di emergenza*

Il quadro normativo che disciplina la distribuzione delle competenze è nel corso degli anni progredito nel senso di “normalizzare” la gestione dei poteri in

nei confronti dello Stato in una controversia in cui oggetto del conflitto era la successione dei rapporti giuridici una volta concluso lo stato di emergenza. Si veda a questo proposito il commento di C. Mainardis, «Là dove c'è il potere» (non sempre) c'è la responsabilità: da una pronuncia in materia di protezione civile a qualche considerazione di ordine generale sui tratti del modello regionale italiano, in *Le Reg.*, 2016, 546 ss.

² Sulle ambiguità del sistema tra centralismo ed effettivo policentrismo si sofferma A. Cardone, *Eterogenesi dei fini ed omessa interpretazione conforme: in tema di protezione civile e autonomia finanziaria regionale una sentenza “autonomista” che perpetua un modello “centralista”*, in *Le Reg.*, 2012, 581 ss.

³ Per dare una dimensione concreta dell'ampiezza dell'evento qui preso in considerazione si consideri che, secondo il Rapporto predisposto dal Dipartimento di protezione civile a inizio settembre del 2017, risultavano effettuati 215.199 sopralluoghi per verifica di agibilità e censimento danni di edifici pubblici e privati che equivalevano a quasi il triplo dei sopralluoghi avvenuti nel caso del terremoto verificatosi in Abruzzo nel 2009 e a quasi cinque volte in più del numero di sopralluoghi avvenuti nel 2012 nel caso del terremoto avvenuto in Emilia-Romagna.

emergenza⁴. A partire dalla legge di riforma sulla protezione civile del 1992 che, in emulazione di molti modelli organizzativi a rete che in quegli anni sono stati sperimentati in diversi settori (così per la sanità e la statistica, per esempio), il legislatore ha optato per una soluzione di condivisione delle competenze di gestione dell'emergenza tra tutti i livelli di governo. Tale scelta si è rivelata peraltro decisamente moderna e attuale quando nel 2001 è avvenuta la riforma costituzionale che ha rafforzato le autonomie territoriali diverse da quelle statali.

Questo processo di “normalizzazione” è articolato in cinque punti. Il primo discende in modo abbastanza immediato dall'organizzazione a rete: ogni autorità di governo è chiamata a esercitare propri specifici poteri per gestire l'emergenza e gli stessi corpi tecnici di intervento sono distribuiti tra i vari livelli di governo, come è la stessa protezione civile. Le emergenze, infatti, non sono tutte uguali: alcune devono essere gestite dagli ordinari livelli di governo, altre possono prevedere l'esercizio di una funzione di coordinamento centrale nel rispetto sempre delle ordinarie competenze e solo alcune, infine, quelle già ricordate di intensità ed estensione particolari, ammettono l'intervento straordinario di altri poteri, compresi quelli centrali. Pertanto, la prima conclusione è che la disciplina generale sulla protezione civile identifica una pluralità di emergenze e solo una tra queste, quella che ha un impatto maggiore sugli interessi dei territori e delle popolazioni, può meritare l'uso di poteri straordinari di più autorità. In altre parole, l'emergenza in sé non giustifica l'uso dei poteri straordinari: l'ordinaria distribuzione delle competenze che l'ordinamento prescrive dovrebbe essere capace di esercitare anche questa specifica funzione.

Il secondo punto su cui si fonda la “normalizzazione” della funzione di emergenza è dato dalla circostanza secondo la quale l'alterazione dell'ordinaria distribuzione delle competenze, per quello che già si è messo in evidenza, è un'ipotesi residuale. A dispetto del clamore e della risonanza che gli eventi coinvolgenti le autorità nazionali portano con sé, in verità tali evenienze rappresentano casi eccezionali che l'ordinamento prevede per assicurare quella cooperazione solidaristica che è già stata accennata, il cui ricorso, però, è confinato a determinati e specifici casi.

Il terzo aspetto rilevante concerne l'importante riforma della legge generale sulla protezione civile avvenuta con la l.n. 100/2012, che ha delimitato i casi per cui si ritiene necessario l'intervento della protezione civile in alterazione dell'or-

⁴ Il concetto di “normalizzazione” a cui qui si allude non ha nulla a che vedere con l'uso che ne ha fatto parte della dottrina in senso critico rispetto al fenomeno registrato negli ultimi venti anni in cui gli stati di emergenza tendevano a stabilizzarsi attraverso proroghe e dilazioni che hanno reso infinite le emergenze; cfr. A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 649 ss.

dinario compendio di competenze⁵. Da un lato, infatti, l'attuale previsione è più precisa nel delineare i casi in cui l'intervento della protezione civile è necessario, riferendosi a «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo» invece che alle «catastrofi e gli altri eventi assimilabili» che, indubbiamente, lasciavano margini di discrezionalità maggiori alle autorità di governo statali nel decidere quando intervenire e, dall'altro, ha finalmente espunto tra quelli che erano definiti gli eventi assimilabili i «grandi eventi» che tante e giustificate riserve avevano sollevato nella dottrina giuridica⁶. Dunque, non solamente l'emergenza che impegna autorità di governo estranee a quelle normalmente responsabili della gestione dei territori coinvolti è confinata a ipotesi residuali, ma la sua stessa ampiezza concettuale è stata ridimensionata⁷. Peraltro, tale tendenza tesa ad attenuare il margine discrezionale di valutazione dell'emergenza è confermata anche dal nuovo codice della protezione civile, approvato con il d.lgs. n. 224/2018⁸.

Il quarto elemento su cui si fonda la “normalizzazione” della gestione dell'emergenza è che questa non è di esclusiva pertinenza della protezione civile. L'ordinamento prescrive, infatti, in diverse circostanze che la gestione dell'emergenza possa essere affidata alle ordinarie autorità di governo senza il coinvolgimento alcuno della protezione civile, che è – alle condizioni fin qui ricostruite – il corpo attraverso il quale si produce l'alterazione dell'ordinaria distribuzione delle competenze. In altre parole, la protezione civile e le autorità responsabili del suo funzionamento, specie quelle statali, non hanno il monopolio della trattazione delle emergenze, essendo previste in ipotesi specifiche previste dalla legislazione altri poteri coinvolti in via ordinaria.

Infine, contribuisce alla “normalizzazione” della funzione di emergenza la previsione dell'art. 2, c. 7, d.lgs. n. 224/2018, secondo il quale «il superamento dell'emergenza consiste nell'attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, per ripristinare i servizi essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, oltre che alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle struttu-

⁵ Si veda A. Fioritto, *La riforma della protezione civile*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 1059 ss.

⁶ Su tale aspetto si consenta di rinviare all'analisi più approfondita svolta in altra sede: cfr. F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, 50-51. Si veda anche I. De Lisi, *Il Governo dell'emergenza e la Corte dei Conti: dai grandi eventi del d.l. 343/2001 alla riforma della protezione civile del d.l. 59/2012*, in *Celebrazioni del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei Conti*, Palermo, 2014, 201 ss.

⁷ Il primo e finora unico caso dove ha trovato applicazione la nuova disciplina di estromissione del coinvolgimento di poteri straordinari nell'organizzazione di eventi speciali è stato quello dell'organizzazione del Giubileo straordinario della misericordia che è avvenuto a Roma nel corso 2016, i cui strumenti di *governance* sono stati affidati tramite DPCM 4 settembre 2015 a un'apposita Segreteria tecnica di coordinamento. Nelle altre circostanze, come è stato per esempio il caso di Expo Milano, invece, nonostante la previsione generale normativa, il legislatore è intervenuto con norme *ad hoc* vanificando così lo spirito dell'innovazione del 2012.

⁸ Il nuovo codice della protezione civile, quindi, conferma l'esclusione degli eventi programmati o programmabili tra le tipologie di rischi che legittimano l'intervento del servizio di protezione civile nazionale.

re e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dei beni culturali e dal patrimonio edilizio e all'avvio dell'attuazione delle conseguenti prime misure per fronteggiarli». Pertanto, non solamente l'intervento in alterazione dell'ordinaria distribuzione delle competenze è residuale ma è anche delineato negli oggetti, determinando che esso deve essere temporaneo quando necessario e in coordinamento con le amministrazioni ordinariamente competenti⁹. La "normalizzazione" è, dunque, determinata non solo nel *se* e nel *quando*, ma anche nel *quomodo*.

Le vicende occorse nel caso preso in esame in questo scritto permetteranno di verificare se e in che modo tale processo di "normalizzazione" che l'Italia ha intrapreso quale percorso di civiltà giuridica e istituzionale sia resiliente di fronte a eventi drammatici e di grande portata.

3. *La reazione dei poteri pubblici al cospetto dei terremoti*

All'indomani della prima grave scossa che ha colpito l'Italia centrale nell'agosto del 2016, il Consiglio dei Ministri, nel pieno rispetto della disciplina generale del 1992, ha dichiarato lo stato di emergenza, avendo rinvenuto che l'evento prodotto era ragionevolmente da classificarsi tra quelli che per «intensità ed estensione» richiedevano l'intervento straordinario delle autorità statali¹⁰. Peraltro la dichiarazione di stato di emergenza è stata poi opportunamente ripetuta nei mesi successivi al verificarsi di altri gravi eventi sismici che si sono prodotti grosso modo nella stessa area geografica in meno di un anno¹¹.

Con la dichiarazione dello stato di emergenza l'attribuzione delle competenze di coordinamento e il potere di emanare le ordinanze sono stati affidati, come precisamente prevede la disciplina generale, al capo Dipartimento per la protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il quale ha pertanto cominciato a emanare una serie di provvedimenti in deroga alla legislazione vigente su estesi campi dell'ordinaria amministrazione. Così sono state derogate

⁹ La temporaneità dell'intervento statale è sottolineata in modo particolare dalla sentenza costituzionale già citata n. 8 del 2016.

¹⁰ A proposito delle cause che possono legittimare la dichiarazione dello stato di emergenza si veda, però, F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 763 ss.

¹¹ Gli eventi sismici gravi si sono registrati il 24 agosto 2016, il 26 e il 30 ottobre e il 18 gennaio 2017, in circostanza delle quali date il Consiglio dei ministri ha deliberato lo stato di emergenza. Ciò è stato dovuto non solamente al fatto che essi hanno insistito nella stessa area ma l'hanno progressivamente ampliata generando così due effetti: da un lato, ha naturalmente richiesto l'allargamento del raggio d'azione degli interventi di protezione civile e, dall'altro, ha obbligato le amministrazioni a ripetere operazioni già svolte a distanza di tempo, come per esempio nel caso della verifica dell'agibilità degli edifici. In questo modo il caso si è dimostrato gravoso non solamente per l'ampiezza, ma anche per la ripetizione degli interventi che ha richiesto.

le norme generali sul procedimento amministrativo, molte disposizioni del codice dei contratti pubblici, norme sui servizi pubblici e sui rifiuti, norme del codice dell'ambiente e dei beni culturali e molte altre ancora. Nel complesso questa estesa gamma di provvedimenti ha costituito sia una funzione di coordinamento dei soccorsi iniziali, sia una vera e propria disciplina tesa ad avviare la ricostruzione e la riattivazione delle funzioni ordinarie dei governi locali di competenza. Ne è un'evidente testimonianza – ma non è l'unica – l'ordinanza 19 settembre 2016, n. 394, che definisce i criteri e le modalità per la gestione delle strutture abitative di emergenza e delle strutture temporanee a uso pubblico oppure la disciplina di ricognizione e valutazione dei danni agli immobili e alle opere d'arte, prevista con ordinanza 10 novembre 2016, n. 405, premessa per le decisioni correlate all'esercizio delle funzioni di ricostruzione. Come stabilito dalla l. n. 225/1992, l'esercizio di questi poteri da parte del capo Dipartimento è svolto in coordinamento con le regioni e i comuni interessati, che difatti sono coinvolti nelle operazioni di gestione e attuazione delle ordinanze rilasciate. Le stesse dichiarazioni di stato di emergenza sono state emesse con l'accordo dei Presidenti di regione coinvolti, come esige la disciplina generale. Dunque, l'intervento del Dipartimento della protezione civile non si è configurato in termini di spoliazione delle competenze di regioni ed enti locali.

Meritano di essere osservate ancora ulteriori ricadute di questa risposta dell'amministrazione statale. La funzione di coordinamento del Dipartimento è esercitata ovviamente da un apparato burocratico guidato da un dirigente, ovvero con una soluzione amministrativa assolutamente ordinaria. Peraltro, pur essendo possibile un'altra soluzione ancora, ovvero l'investimento di ampi poteri di delega ai prefetti, nel caso specifico si è scelta una via più rispettosa – ancora una volta – delle amministrazioni rappresentative dei territori. Alla possibilità di nominare commissari si è preferito il ricorso ampio ai soggetti attuatori, scelti sempre dai ranghi delle amministrazioni competenti con funzioni – ancora una volta – ordinarie¹². Un altro organismo di coordinamento è quello della Direzione di comando e controllo, Dicomac, che è comunque composta dai responsabili della protezione civile sui territori e che svolge una funzione di ausilio nell'elaborazione delle circolari di attuazione per assicurare il miglior coordinamento possibile tra organi decisionali e soggetti preordinati all'esecuzione.

Naturalmente a tutto questo si deve aggiungere per effetto automatico della disciplina generale sulla protezione civile che il ricorso a questi poteri straordinari è a tempo determinato, anche se quello stabilito è il massimo consentito dalla

¹² È il caso, ma è solo uno degli esempi possibili, di alcuni dirigenti del Ministero delle infrastrutture e trasporti che sono stati nominati come soggetti attuatori per il monitoraggio delle attività finalizzate alla realizzazione delle strutture abitative di emergenza e strutture ad uso pubblico (si veda art. 3, ord. 19 settembre 2016, n. 394).

legge, sei mesi rinnovati poi per altri sei mesi; le risorse economiche sono attinte dal fondo ordinario per le emergenze già predisposto, anche se nel corso dei mesi è stato più volte integrato, e, infine, le disposizioni di spesa sono svolte in contabilità speciale, ma su di esse vige un regime speciale di controllo e rendiconto per opera del Ministero dell'economia e finanza, della Corte dei conti a cui si aggiunge il coinvolgimento del Parlamento. Infine, tutto il complesso delle autorità e dei poteri straordinari attivati termina definitivamente alla fine del periodo di un anno con il subentro pieno delle autorità ordinarie competenti, salvo quanto sarà detto a breve.

In conclusione, questa rassegna sintetica della reazione dei poteri pubblici ci restituisce una soluzione conforme a quella della "normalizzazione" della funzione di emergenza, dove appare debitamente presa in considerazione l'esigenza di mantenere un equilibrio tra amministrazioni normalmente competenti e quelle che intervengono in via straordinaria per contrasto dell'emergenza, privilegiando evidentemente una scelta che investe sulle conoscenze del territorio una ragione chiave per la buona riuscita dell'intervento.

Quanto descritto, tuttavia, non ha rappresentato l'unica forma di reazione dei poteri pubblici nazionali nel caso specifico. Infatti, con D.P.R. 9 settembre 2016 è stato nominato un Commissario straordinario per la ricostruzione. Vale la pena sottolineare che la base legislativa per la nomina del Commissario straordinario è stata l'art. 11, l. n. 400/1988, norma che prevede la possibilità da parte del governo di delegare l'esercizio di funzioni per la realizzazione di programmi e/o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri o, in alternativa, per svolgere il coordinamento di amministrazioni statali. È dubbio che il ricorso a tale fonte generale sia appropriato per il caso specifico, dal momento che la norma speciale e successiva riferita all'art. 5, c. 4, l. n. 225 del 1992 (ora art. 25, c. 7, cod. prot. civ.), che prevede la nomina di Commissari delegati coordinati dal Dipartimento di protezione civile, avrebbe dovuto prevalere sulla soluzione ordinaria disciplinata dalla legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri¹³. Nel caso qui osservato, in sostanza, il Presidente del Consiglio ha ignorato la soluzione indicata dalla legge sulla protezione civile preferendo ricorrere a un potere generale, che garantisca la maggiore rispondenza dell'ufficio delegato alla sua carica. Il Commissario, infatti, deve raccordarsi e riferirsi direttamente al Presidente del Consiglio dei ministri e deve svolgere una funzione di coordinamento di tutte le amministrazioni statali, in raccordo anche con quelle regionali

¹³ Sulla natura del commissario straordinario per le situazioni di emergenza si veda A. Mezzotero, *L'ufficio del commissario delegato ex art. 5 l. n. 225 del 1992: natura giuridica ed ambito dei poteri straordinari riguardo la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, in *Giur. merito*, 2009, 2255-2265.

e locali e con l'ANAC. Tra i poteri significativi più importanti si comprendono l'elaborazione e i programmi di ricostruzione¹⁴.

L'architettura di questa ulteriore reazione dei poteri pubblici si completa e si definisce, però, con il decreto legge n. 189 del 2016, in cui oltre a confermare la previsione della centralità del nuovo organo di commissariamento, sono definiti i poteri pubblici coinvolti, nuove strutture amministrative e la distribuzione di nuove competenze. Si modella così un nuovo apparato di poteri al cui vertice si trova il Commissario straordinario affiancato da quattro vice-commissari, coincidenti con i Presidenti delle regioni coinvolte, ognuno competente sui propri territori di riferimento in esercizio di poteri in delega molto estesi, tra cui il più rilevante è forse quello della distribuzione dei contributi per la ricostruzione¹⁵. L'insieme di queste autorità forma la Cabina di coordinamento che concerta le misure da adottare e le ordinanze emanate dal Commissario straordinario. A livello regionale lo schema è sostanzialmente ripetuto con la creazione di Comitati istituzionali, composti dal vice commissario, dai Presidenti di provincia e dai sindaci, i quali sono affiancati in termini di soggetti di attuazione dagli Uffici speciali per la ricostruzione costituiti sulla base di apposita convenzione quadro elaborata dal Commissario straordinario, a cui sono affidate in via associata rilevanti funzioni in materia di pianificazione urbanistica e istruttoria per il rilascio di contributi¹⁶.

A questi organismi se ne aggiungono altri con finalità più specifiche. Si prevede così la costituzione della Conferenza permanente, costituita da rappresentanti del Commissario straordinario, dal Ministero dei beni culturali, dal Ministero dell'ambiente, dal Ministero delle infrastrutture, nonché da regioni, provincie, comuni ed enti parco, che ha il compito di esprimere valutazioni condizionanti su ogni intervento che ha un impatto significativo sul territorio nonché sulle opere pubbliche e sulle infrastrutture ambientali; anch'essa, poi, viene sostanzialmente replicata da una Conferenza regionale, anche se incaricata più della valutazione delle azioni di intervento compiute dai privati¹⁷. Si aggiungono, infine, senza dilungarsi troppo ancora, la Centrale di committenza unica¹⁸, la creazione di una struttura di missione per la legalità e trasparenza all'interno del Ministero degli interni¹⁹ e il Comitato tecnico scientifico di supporto e servizio del Commissario straordinario²⁰.

¹⁴ Art. 1, c. 2, d.p.r. 9 settembre 2016.

¹⁵ Art. 1, c. 5, d.l. n. 189 del 2016.

¹⁶ In questo senso si devono vedere l'art. 1, c. 5 e l'art. 3 del d.l. n. 189 del 2016.

¹⁷ Art. 16, d.l. n. 189 del 2016.

¹⁸ Art. 18, d.l. n. 189 del 2016.

¹⁹ Art. 30, d.l. n. 189 del 2016.

²⁰ Art. 50, c. 5, d.l., n. 189 del 2016.

Anche il Commissario straordinario emette atti di ordinanza su ampi settori di disciplina dell'amministrazione ordinaria individuati dal decreto legge e in larga parte coincidenti con quelli agiti dal capo Dipartimento della protezione civile²¹. Vi sono limitati riferimenti a procedure che permettano l'ascolto e le consultazioni delle popolazioni locali e degli operatori²². Si nota appena per completare il quadro che ovviamente il Commissario straordinario è un organo amministrativo di tipo fiduciario e la figura prescelta è quella di un esponente politico; gli atti emessi ricevono il controllo ordinario della Corte dei conti ma limitatamente a quelli di regolazione e di tipo organizzativo, con esclusione invece degli atti gestionali²³. Infine, l'utilizzo delle risorse pubbliche avviene in contabilità speciale intestata sia al Commissario straordinario sia ai vice commissari, ma non si ripetono quelle forme di controllo previste dalla disciplina generale sulla protezione civile. La durata della missione del Commissario straordinario e di tutta l'architettura dei poteri pubblici così creata è prevista fino alla fine del 2018.

Il punto di maggior interesse consiste nel rintracciare nella disciplina di questa struttura *ad hoc* l'obiettivo di assicurare piani di ricostruzione che assicurino un'applicazione, che in più parti del decreto, viene definita uniforme od omogenea e, in ogni caso, unitaria²⁴. In questa precisazione non vi è solo il riconoscimento di interessi nazionali nel fronteggiare le condizioni di crisi derivanti dalla calamità naturale, che costituisce la ragione per l'intervento dell'amministrazione statale, ma c'è un impulso chiaro alla definizione di regole simili per tutti i territori, caratterizzate da una certa stabilità e da un ridotto ruolo dei poteri di controllo.

L'entrata a regime di questo nuovo assetto in una fase in cui il capo Dipartimento della funzione pubblica aveva già emanato diverse ordinanze di disciplina aventi un impatto esteso anche sulle prime fasi di ricostruzione ha obbligato il legislatore a prevedere la conferma delle ordinanze già emanate e il bisogno di assicurare un coordinamento con i nuovi poteri²⁵. Allo stesso capo del Dipartimen-

²¹ A tal proposito, peraltro, sono stati sollevati dubbi di legittimità di tali poteri di ordinanza dal momento che non troverebbero legittimazione nella legge sulla protezione civile, vista l'origine del Commissario straordinario e l'assenza di ogni riferimento alla l. n. 225 del 1992: G. Sigismondi, *Emergenza e poteri di eccezione*, relazione al convegno *Regimi di eccezione ed emergenza post-sisma* organizzato a Camerino il 13 giugno 2017.

²² Nell'art. 2, c. 3, d.l. n. 189 del 2016 è stabilito che il Commissario straordinario esercita le funzioni assegnate anche «attraverso modalità di ascolto e consultazione nei comuni interessati, degli operatori e della cittadinanza».

²³ Art. 33, d.l. n. 189 del 2016.

²⁴ Nell'art. 1, c. 7, d.l. n. 189 del 2016 si legge infatti: «Il Commissario straordinario assicura una ricostruzione unitaria e omogenea nel territorio colpito dal sisma, e a tal fine programma l'uso delle risorse finanziarie e approva le ordinanze e le direttive necessarie per la progettazione ed esecuzione degli interventi, nonché per la determinazione dei contributi spettanti ai beneficiari sulla base di indicatori di danno, della vulnerabilità e dei costi parametrici».

²⁵ Art. 42, c. 3, d.l. n. 189 del 2016, dove peraltro è stabilito che le ordinanze emanate dal Capo dipartimento della protezione civile restano in vigore fino al 31 dicembre 2018, ben oltre dunque la durata massima dello stato di emergenza.

to di protezione civile sono stati affidati anche ulteriori e limitati poteri da esercitare in coordinamento con i vice commissari straordinari, a cui il decreto legge conferisce un ruolo graduale di subentro che deve essere preceduto da un accordo che definisca le competenze ripartite tra Commissario straordinario e Presidenti di regione²⁶. Dunque, il decreto legge non si occupa solo di armonizzare le sovrapposizioni che si determinano con la nuova struttura, ma prospetta un percorso di subentro che preveda l'affidamento dei poteri esercitati dal capo Dipartimento della protezione civile alla nuova architettura delle autorità pubbliche.

In conclusione, questa seconda organizzazione di autorità e poteri pubblici prevede un coordinamento molto forte tra le diverse amministrazioni coinvolte sovrapposto al sistema della protezione civile che, in parte, ne duplica le funzioni e, in parte, ne prevede il superamento, rendendo soggetta una porzione importante del territorio dell'Italia centrale a un'amministrazione *ad hoc* con regole in deroga estesissime. L'amministrazione statale appare nel complesso giocare un ruolo più forte, incisivo e determinante anche per assicurare la funzione principale di garantire un'applicazione uniforme della disciplina di ricostruzione. Si risente in questa seconda impostazione una valutazione della capacità degli enti minori di corrispondere alle funzioni attese più prudente, che tende a sottolineare le difficoltà e le debolezze degli enti locali e delle regioni²⁷.

4. *Legittimazione ed efficacia della convivenza dei due modelli organizzativi*

Da quanto sinteticamente ricostruito, pertanto, emerge che nel caso specifico la reazione dei poteri pubblici e dell'amministrazione statale ha seguito due percorsi diversi costruendo relazioni distinte tra organi e poteri e con un alto grado di sovrapposizione. Il primo modello è quello disegnato per la protezione civile secondo le linee della "normalizzazione", l'altro è invece costruito *ad hoc* come risposta originale.

A questo punto sembra necessario porre due domande: come è possibile spiegare questa duplice risposta con un alto grado di diversificazione ma anche di sovrapposizione? Le soluzioni approntate in questo modo producono risultati soddisfacenti ed efficaci?

Alla prima domanda possono essere date due risposte, una di carattere politico e una di natura giuridica formale. Sotto il primo punto di vista è facile osser-

²⁶ L'art. 42, d.l. n. 189 del 2016, stabilisce che il capo del Dipartimento della protezione civile delega i presidenti di regione per l'esecuzione delle ordinanze emanate ai sensi della l. n. 225 del 1992.

²⁷ Conclusioni non dissimili sono raggiunte da F. Spanicciati, *La ricostruzione nei decreti per il terremoto 2016*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 655-658, soffermandosi in modo particolare sull'analisi delle competenze relative all'approvazione dei piani di ricostruzione.

vare che il modello qui proposto ha seguito quello intrapreso nel 2012, anno in cui si verificò un'altra scia sismica grave che colpì altri territori quasi tutti compresi nella sola regione dell'Emilia-Romagna. Anche in quel caso alla reazione ordinaria della protezione civile seguì la nomina di un Commissario straordinario, che coincise con il Presidente della quasi unica regione a subire i danni del terremoto²⁸. Evidentemente il governo ha giudicato in modo positivo la gestione di quella esperienza e l'ha riproposta. D'altra parte, la riprova che alla base di questa soluzione vi sia stata una tale valutazione politica è data dal fatto che il Commissario straordinario nominato nel 2016 è la stessa persona che nel 2012 ricopriva la carica di Presidente della Regione Emilia-Romagna.

Non è tuttavia inutile sottolineare alcune differenze importanti tra questi due casi. Il primo è già stato rimarcato: nel 2012 le aree territoriali investite dal sisma erano dislocate in modo quasi esclusivo in un'unica regione, nell'evento qui preso in considerazione vi sono ben quattro regioni coinvolte. Naturalmente ciò determina un sovraccarico di poteri e organismi coinvolti molto più ponderoso. In secondo luogo, tale differenza rende assai diverso il significato di una ricostruzione che deve assolvere alla finalità di garantire risultati omogenei e uniformi. È ben diverso se questo obiettivo è applicato in un'unica regione, peraltro con una tradizione amministrativa forte, o se in quattro regioni con caratteristiche molto differenti. Infine, terza distinzione da non sottovalutare, la soluzione ideata nel caso dell'Emilia-Romagna ha preceduto la riforma della legge generale sulla protezione civile che, come già accennato, ha rinforzato significativamente il processo di "normalizzazione" della funzione di emergenza. Se è senza dubbio vero che la disciplina del 1992 con la delimitazione dell'organizzazione a rete contenesse già questa finalità in modo implicito, è altrettanto vero che la riforma del 2012 è intervenuta a seguito di ripetuti episodi in cui era stato evidente che questo obiettivo è stato eluso, dove peraltro non sono mancati tentativi di fuorviare totalmente la *ratio* della disciplina²⁹. In altri termini, le modifiche introdotte dalla l.n. 100 del 2012 alla legge generale sulla protezione civile non hanno costituito

²⁸ La vicenda è nota e fu disciplinata dal d.l. n. 74 del 2012, che attribuì attraverso l'art. 4 al presidente di regione poteri riferiti alla l. n. 225 del 1992. Si legga in proposito T. Bonetti, *Diritto amministrativo dell'emergenza e governo del territorio: dalla «collera del drago» al piano della ricostruzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 127 ss.

²⁹ Sull'uso in deroga costante dei poteri emergenziali si sono sollevate numerose critiche in dottrina; cfr. A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., 10-47; D. Caldirola, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2010, 207; C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pub.*, 2009, 317 ss.; M. Gnes, *Le ordinanze di protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento di rifiuti nella Regione Campania*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2008, 437-438; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e diritto*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Aipda - Annuario 2005, Milano, 2006, 8; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pub.*, 2007, 377; F. Merloni, *Ragionando sui rifiuti urbani campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, 926; A. Simoncini, *L'emergenza infinita. La decretazione d'emergenza in Italia*, Macerata, 2006.

una mera revisione di un impianto confermato, ma lo hanno rinsaldato in modo fermo. Nel 2016 è quindi stata presentata una nuova edizione di una soluzione maturata in un contesto normativo differente.

Sul piano giuridico formale, invece, la creazione di questo doppio sistema di organizzazione dei poteri pubblici si deve al fatto che la disciplina di “normalizzazione” della funzione di emergenza trova sede in una legge ordinaria, la quale può pertanto sempre ricevere la concorrenza di altra fonte primaria. Peraltro, in questo caso, la fonte concorrente è proprio quella citata dalla Costituzione come abilitata a fronteggiare le questioni che presentino straordinaria necessità³⁰. È la combinazione di due elementi del sistema costituzionale delle fonti che rende legittimo questo esito dal punto di vista formale: da un lato, si è detto, il ricorso al decreto legge, dall'altra l'assenza nel nostro ordinamento di una distinzione di rango tra le fonti primarie che renda più resistenti certe leggi, come avviene per esempio in Spagna.

Tuttavia, sebbene sotto il profilo formale non sia dubbia la legittimità del ricorso al decreto legge concorrente alla disciplina sulla protezione civile, si osserva anche in questo caso qualche anomalia. La prima è data dal fatto che la disciplina sopravvenuta non è intervenuta a modifica di quella generale ma per convivere con essa. Dunque la concorrenza delle due fonti di disciplina, assolutamente legittima, è servita non per correggere in condizioni di emergenza quella che evidentemente si è ritenuta insufficiente, ma per limitarne o condizionarne l'applicazione con duplicazioni di funzioni e medesimi organi chiamati a servire due apparati distinti. Insomma, la concorrenza non è servita per correggere la disciplina generale, ma per limitarla. Peraltro, essendo maturata questa scelta negli stessi ambienti in cui le due amministrazioni prevalentemente insistono, cioè la Presidenza del Consiglio, è ragionevole ipotizzare che essa non è stata subita da uno degli apparati burocratici coinvolti, ma semmai concordata.

Potrebbe essere sostenuto – e questa è la seconda anomalia – che l'oggetto delle due discipline è diversificato perché, in un caso, quella generale è protesa a garantire gli interventi di soccorso, mentre nell'altro la disciplina è tesa a garantire la ricostruzione. Ora, se è vero certamente che l'organizzazione *ad hoc* non ha poteri di disposizione sulla protezione civile, non è vero il contrario, ovvero che gli interventi disposti dal capo Dipartimento della protezione civile siano riservati al solo coordinamento dei soccorsi. D'altra parte, si è ricordato che il decre-

³⁰ Sulla concorrenza della decretazione di urgenza con i provvedimenti assunti in emergenza si sofferma in modo critico G. Bernabei, *Ordinanze di protezione civile e riserva di decretazione d'urgenza*, in *Rass. Avv. Stato*, 2/2015, 280 ss. Si deve notare, tuttavia, che l'a. omette dall'analisi la circostanza che le ordinanze trovano la propria fonte di disciplina in una fonte legislativa che, al pari di quella di decretazione di urgenza, è di primo grado. Così, se è vero che le ordinanze d'urgenza possono essere considerate legittime a certe condizioni, è dubbia la pretesa che le questioni di urgenza debbano essere affrontate esclusivamente attraverso decreti legge.

to legge 189 del 2016 riserva numerose disposizioni che si preoccupano di armonizzare le norme già assunte dal capo Dipartimento della protezione civile con quelle assegnate al Commissario straordinario e la sovrapposizione delle ordinanze è dimostrata dai contenuti di quelle emanate dal Commissario straordinario, che spesso richiamano quelle del capo Dipartimento di protezione civile e presentano contenuti omogenei. Ne è conferma l'art. 2, c. 1, lett. a), nel quale è stabilito che tra i compiti del Commissario straordinario, in stretto raccordo con il capo Dipartimento della protezione civile, vi è, tra l'altro, quello di «agevolare il *proseguimento* degli interventi di ricostruzione», da cui si deduce che l'attività di ricostruzione è parte della responsabilità esercitata dal Dipartimento della protezione civile. Dunque è vero solo in parte che le due discipline concorrenti abbiano oggetti diversi. Infine – e su questo si soffermeranno le prossime considerazioni – la legittimazione formale delle fonti deve essere misurata con una coerenza sostanziale dell'impianto, anche alla luce del valore della funzione di emergenza e della cornice costituzionale.

La seconda domanda posta all'inizio di questo paragrafo richiede risposte più difficili da argomentare. Intanto, bisognerebbe chiedersi come si misura l'efficacia di questi interventi. Un'unità di misura, senz'altro la più sensibile per le popolazioni coinvolte, è verificare se le condizioni che consentono una ripresa ordinaria della vita civile abbiano raggiunto una percentuale soddisfacente su almeno tre temi: la rimozione delle macerie e la viabilità, l'assistenza della popolazione colpita e la ripresa dei servizi pubblici, in primo luogo delle scuole. I dati ufficiali a disposizioni, ancora parziali, confermano che l'entità dell'intervento è stato davvero ragguardevole e ha richiesto uno sforzo organizzativo imponente³¹. Si può solo segnalare che in modo pressoché omogeneo gli organi di stampa a un anno dalla prima scossa riportano notizie di percentuali poco incoraggianti comunicate dai vari responsabili amministrativi, i sindaci in modo particolare, su tutti e tre i fattori chiave che si sono individuati, ma sono dati di difficile verificabilità e su cui non è possibile giungere ancora a conclusioni definitive.

Un altro modo per giudicare l'efficacia dell'intervento è valutare la "fluidità" dell'intervento, la chiarezza delle norme e il raccordo tra le varie autorità. Da questo punto di vista, invece, è significativo osservare che la creazione dei due modelli coesistenti non ha agevolato. Le ordinanze emesse sono una quantità maggio-

³¹ Per limitarsi solo a uno degli indici ricordati si può osservare che, secondo il Rapporto del 2017 stilato dal Dipartimento di protezione civile, l'assistenza della popolazione è stata crescente e ha raggiunto il suo massimo livello dopo le scosse di ottobre 2016, che ha coinvolto quasi trentaduemila persone, per poi scendere successivamente e riprendersi dopo gennaio 2018. A settembre 2017 le persone ancora a carico di assistenza diretta erano settemila persone. A ciò si deve aggiungere che trentasettemila hanno optato per il contributo di autonoma sistemazione, molti dei quali possono aggiungersi alle cifre sopra menzionate per delineare il numero delle persone coinvolte dal sisma.

re di tutti gli altri precedenti casi, anche al netto delle complicazioni che l'evento sotto osservazione ha prodotto; le ordinanze che si sono succedute hanno spesso proceduto alla modifica delle precedenti, provocando un cambiamento continuo del quadro di disciplina, aggravato dalla sovrapposizione di due autorità diverse. Il sovraccarico di amministrazioni statali a quelle regionali e locali rende i procedimenti più lenti. La funzione di coordinamento operata dall'amministrazione statale straordinaria è risultata condizionata dal mancato completamento di importanti incarichi direttivi previsti nel decreto legge³² e dalla successiva interruzione della stessa carica del Commissario straordinario³³.

Benché misurare l'efficacia degli interventi pubblici sia sempre difficile specie nelle condizioni del caso preso in considerazione, la conclusione che si ricava è che la coesistenza del doppio modello non abbia ancora dato prova di risultati soddisfacenti. Tale esito rileva soprattutto perché non sembra che le ragioni su cui veniva fondata l'esigenza di costruzione di una nuova architettura dei poteri pubblici abbiano trovato conferma: il modello amministrativo *ad hoc* non si è presentato come una struttura "alleggerita" dagli oneri dei soccorsi delle prime settimane e quindi dedita esclusivamente a una ricostruzione priva di particolari condizionamenti. Viceversa, la realtà dimostra che il modello *ad hoc* è intervenuto su un quadro disciplinare composto dalle ordinanze del capo Dipartimento della protezione civile che hanno influenzato molto la sua azione, perché la distinzione tra emergenza e ricostruzione si è di fatto rivelata labile e dai contorni sbiaditi. Inoltre, la disciplina riguardante l'amministrazione *ad hoc* ha sì previsto la rimozione di alcuni controlli e ha permesso l'emanazione di ordinanze in deroga, ma ha anche sovrapposto l'azione di poteri pubblici di nuovi organi, enti e strutture rendendo la sua azione meno chiara. Anche sotto il profilo delle responsabilità il confine appare spesso opaco e gli uffici di coordinamento hanno operato in condizioni precarie per l'assenza della copertura di incarichi determinanti.

5. *L'insostenibilità delle diverse concezioni della funzione di emergenza*

L'organizzazione delle autorità pubbliche e la distribuzione delle competenze riflettono sempre la concezione delle funzioni da esercitare. Anche in questo caso è così: dietro i due modelli organizzativi predisposti ci sono due modi di interpretare la funzione di emergenza.

³² Alcuni ruoli dirigenziali delicati, in particolare quello di direttore generale all'interno della struttura commissariale, a lungo sono rimasti vacanti.

³³ Alla fine di agosto 2017 il Commissario straordinario si è dimesso dal proprio incarico costringendo così il Consiglio dei ministri a deliberare una nuova nomina.

Il primo modello organizzativo, quello che qui si è definito della “normalizzazione”, concepisce l’esercizio della funzione di emergenza come il completamento dell’esercizio di funzioni ordinarie. Con ciò non si esclude la possibilità di attribuire all’emergenza il carattere di funzione distinta³⁴, ma questa è strettamente collegata a un’esigenza di completamento degli ordinari poteri a disposizione. Ragionare sui modelli organizzativi a partire dalla funzione significa, infatti, centrare le attenzioni sugli interessi pubblici in gioco. In questo senso la funzione di emergenza concepita nel primo modello organizzativo evidenzia la necessità di curare interessi pubblici che sono già normalmente attribuiti alle amministrazioni pubbliche. Ciò che viene chiesto alle amministrazioni nel momento in cui si verifica l’evento eccezionale non è qualcosa di diverso da quello che ordinariamente già devono curare: garantire servizi pubblici essenziali, la sicurezza, l’incolumità, la viabilità, la tutela degli spazi pubblici, la distribuzione di contributi pubblici, l’ambiente, il *welfare*, i beni culturali ecc. Ciò che differenzia l’esercizio di questa funzione è che questi interessi pubblici sono da curare entro condizioni di contesto che rendono tutto più difficile per le ordinarie amministrazioni, tanto da richiedere l’intervento di altre autorità. In sostanza la funzione di emergenza così concepita ammette un intervento straordinario di nuovi poteri pubblici in funzione di “completamento” dell’esercizio ordinario che le amministrazioni normalmente già gestiscono. L’emergenza, dunque, è la condizione che impone una reazione dei poteri organizzati per completare i mezzi, le risorse e il bacino comune delle regole entro le quali agiscono i poteri ordinari al fine di rafforzarne l’efficacia³⁵. Secondo questa accezione dietro la gestione della funzione di emergenza non vi sarebbe la necessità di curare “nuovi” interessi pubblici, ma richiederebbe viceversa mezzi eccezionali per gli stessi interessi pubblici. In questo senso è coerente con questo sistema una disciplina che si sforzi di contenere le alterazioni dell’architettura dei poteri pubblici, stabilendo una modifica che è temporanea, limitata al coordinamento e finalizzata alla ricostruzione di un’ordinata convivenza civile, come già sottolineato dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale.

Dietro questa visione funzionalista dei poteri di emergenza non c’è la riproposizione della tesi dell’inesauribilità del potere, finanche indipendente dal riconoscimento delle garanzie di tutela. Una visione di questo tipo, infatti, sarebbe inaccettabile per un ordinamento liberale e democratico; anzi, il meccanismo è

³⁴ Questa è l’impostazione proposta da A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 224 e 238-240. Si veda anche A. Fioritto, *Le forme organizzative dell’amministrazione d’emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Aipda - Annuario 2005, Milano, 2006, 157 ss.

³⁵ Cfr. A. Cabiddu, *Necessità ed emergenza ai confini dell’ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 179; A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 239; M. Bombardelli, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Aipda - Annuario 2005, Milano, 2006, 184-186; R. Ferrara, *Emergenza e protezione dell’ambiente nella «Società del rischio»*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2005, 3356 ss.

disegnato in modo tale che le funzioni “scorrono” da un livello all’altro di governo secondo una logica di continuità ed efficacia per soddisfare al meglio i bisogni di interesse primario ma senza che vi sia mai uno spossessamento dei poteri in piena coerenza con il quadro costituzionale delle autonomie.

L’altro modello organizzativo, viceversa, sottolinea l’eccezionalità della funzione di emergenza. Il modello amministrativo delineato si attaglia per una specifica esigenza che sorge per tutelare interessi pubblici che sono concepiti come “nuovi”. In questo caso il prorompere del fatto eccezionale provocherebbe l’insorgenza di nuovi interessi pubblici, come sono quelli delineati dalla ricostruzione, che richiedono poteri straordinari, la cui legittimazione deve provenire da una specifica fonte normativa. In questo senso la funzione di emergenza è concepita come una funzione distinta e separata: a essa si legano sempre interessi pubblici nuovi la cui cura, secondo lo schema dello stato liberale, non può che dipendere da pubbliche autorità legittimate da specifiche disposizioni legislative. La circostanza che l’approntamento dei poteri pubblici sia stato attento a tenere in considerazione anche la pluralità dei livelli amministrativi riflette indubbiamente un consolidato ordine giurisprudenziale costituzionale³⁶, ma in questa soluzione gli equilibri nella distribuzione delle competenze rivelano maggiormente la valutazione che viene fatta nel singolo momento. In altre parole, il modello amministrativo *ad hoc* non trascura il coinvolgimento delle autonomie territoriali in forza di un preciso indirizzo giurisprudenziale impresso dalla Corte costituzionale ma è anche vero, come il caso specifico dimostra, che la delimitazione delle competenze non rispecchia una condizione ordinaria di distribuzione, ma quella scelta con l’atto che delinea la nuova architettura dei poteri. Nel modello della “normalizzazione” l’esercizio di poteri statali, quali indubbiamente sono quelli esercitati dal capo Dipartimento della protezione civile, si situa all’interno di un disegno in cui le funzioni ordinarie necessitano di un apporto esterno per produrre efficacia ed è destinato necessariamente a essere gradualmente sostituito, mentre nel caso dell’amministrazione *ad hoc* siamo in presenza di vere e proprie nuove funzioni statali, il cui valore temporale e legale dipende dalla specifica disciplina adottata. Lo dimostra il fatto che la finalità principale dell’amministrazione *ad hoc* è assicurare un’attuazione uniforme od omogenea della disciplina sulla ricostruzione, il che ha comportato su diversi settori il coinvolgimento diretto delle amministrazioni statali.

È possibile che in un ordinamento giuridico convivano due diversi modi di concepire la funzione di emergenza? Dal punto di vista formale – si è visto –

³⁶ Chiaramente in questo senso si è espressa la Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 418 del 1992, poi ripresa e sviluppata anche nelle sentenze n. 327 del 2003 e n. 129 del 2006, che ha definitivamente chiarito come il legislatore nazionale abbia abbandonato il sistema centralistico della protezione civile a favore di quello policentrico.

una spiegazione accettabile c'è; ma da un punto di vista sostanziale, può un ordinamento oscillare tra due prospettive diverse? I problemi riscontrati sull'efficacia dell'azione e sulle sovrapposizioni lascerebbero intendere che la convivenza di due modi di intendere la funzione di emergenza appare discutibile. Vi è un'esigenza collegata al buon andamento dell'amministrazione che dovrebbe considerare scorretto sostenere due modelli organizzativi della stessa funzione che creano sovrapposizioni, inefficienze e, sostanzialmente, scarsa efficacia della risposta. Tra i due modelli predisposti non c'è dubbio che quello più rispondente alla "normalizzazione" appare il più fedele all'assetto dei poteri costituzionali e all'indirizzo intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale. Sembrerebbe, dunque, opportuno e necessario suggerire che la convivenza di diversi modi di intendere la funzione di emergenza non sia proponibile e che quella destinata a venir meno sia quella intorno a cui si delineano ogni volta soluzioni amministrative *ad hoc*.

Fermi restando i notevoli problemi pratici che si sono riscontrati e che non possono però essere trascurati, l'obiezione teorica che si potrebbe formulare a questa critica è che, in verità, l'ordinamento avrebbe affinato nel tempo una concezione dell'emergenza intesa come funzione tesa a completare le funzioni ordinarie, senza però tenere accuratamente conto della ricostruzione. In altre parole, si potrebbe sostenere che una cosa sia la funzione di emergenza, un'altra quella di ricostruzione. In questo secondo caso, certamente, emergerebbe dall'ordinamento una certa carenza di attenzione alla cura di questa finalità ulteriore che dovrebbe essere approfondita³⁷. Tuttavia, anche se indubbiamente le riflessioni giuridiche intorno alla ricostruzione appaiono meno sviluppate, sembra comunque difficile nella realtà immaginare con chiarezza una fase uno, quella dei soccorsi, distinta da una fase due, quella di ricostruzione. Disporre la rimozione delle macerie dalle strade costituisce un intervento di primo soccorso o l'inizio della ricostruzione? Puntellare gli edifici colpiti serve a prevenire nuovi crolli o è l'avvio della ricostruzione? Disporre alloggi temporanei costituisce un intervento di primo soccorso o l'inizio della ricostruzione con la ripresa delle ordinarie esigenze di vita sociale? Non è facile rispondere a queste domande ma alcune annotazioni sono utili.

In primo luogo, si è già ricordato, sul piano del diritto positivo, come l'art. 2, c. 1, lett. a), d.l. n. 189 del 2016 attribuisca al Commissario straordinario la funzione di agevolare il «proseguimento degli interventi di ricostruzione» adottati dal capo Dipartimento della protezione civile, da cui può agevolmente dedursi che la finalità di ricostruzione non è estranea agli interventi della protezione civile.

Si consideri, poi, l'art. 2, c. 7, cod. prot. civ., già citato prima, secondo il quale compito dei poteri pubblici di coordinamento della protezione civile è

³⁷ Il tema è, ad esempio, accennato, con riferimento agli interventi di ordine urbanistico, da F. Spanicciati, *La ricostruzione nei decreti per il terremoto 2016*, cit., 651 ss.

rimuovere gli ostacoli che impediscono la ripresa delle normali condizioni di vita: si tratta di una nozione ampia che non pare giustificato restringere alle sole operazioni di soccorso³⁸. Se è così, le fasi di ricostruzione sembrano già essere ricomprese nella concezione di emergenza.

Infine, può essere sottolineato ancora che se, da un lato, come riportato all'inizio di questo saggio, il legislatore ha operato nel tempo nel senso di restringere la discrezionalità con la quale il Consiglio dei ministri può dichiarare lo stato di emergenza, dall'altro, la funzione di emergenza ha ampliato la gamma dei poteri attivabili. Si è già detto che l'attuale disciplina sulla protezione civile prevede più forme di emergenza con diverse responsabilità, ma non è solo questo. I poteri previsti per la gestione di emergenza non coincidono sempre con quelli straordinari: l'attuale disciplina prevede anche poteri ordinari quali quelli dell'informazione, della formazione, della prevenzione e della regolazione attraverso fissazione di standard. In altre parole, i poteri collegati all'emergenza si sono estesi nel tempo e prevedono un esercizio *ex ante* che non corrisponde più all'idea dell'emergenza come sempre e solo l'attivazione di poteri straordinari al verificarsi di fatti imprevisti e imprevedibili. Nell'attuale configurazione della disciplina generale sulla protezione civile l'emergenza comprende anche la gestione dei rischi e delle incertezze, che richiedono sempre interventi preventivi. Con ciò si intende sottolineare che la funzione di emergenza si è nel tempo dilatata e comprende un complesso di poteri molto estesi³⁹, tali da poter ragionevolmente concludere che non sia esclusa la funzione di ricostruzione.

D'altra parte, se il problema è che la "normalizzazione" della funzione di emergenza nella sua pretesa di applicazione generale può rivelarsi inadatta di fronte alla varietà degli eventi che possono accadere, la soluzione coerente con il sistema delineato sarebbe a portata di mano: in quel caso la concorrenza delle fonti del nostro ordinamento, già prima rappresentata, ben potrebbe in giustificati e motivati casi agire per una modifica della disciplina generale che consenta, ad esempio, una proroga eccezionale del periodo dello stato di emergenza, pur a condizione di un'adeguata e ponderata motivazione⁴⁰. In questa circostanza la concorrenza delle fonti sarebbe davvero funzionale: il decreto legge può intervenire in via straordinaria per correggere l'impianto della disciplina generale, anzi-

³⁸ Tale impostazione sembra essere stata rafforzata a seguito dell'esercizio di delega *ex art.* 1, c. 1, lett. a), l.n. 30 del 2017, dal momento che individua un'ampia gamma di oggetti su cui misurare l'effettiva ripresa di condizioni accettabili di vita ordinaria.

³⁹ Cfr. ancora su questo A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 12-13.

⁴⁰ La giurisprudenza, infatti, sia costituzionale sia amministrativa, è piuttosto restrittiva nel riconoscere la discrezionalità del legislatore e delle pubbliche amministrazioni a dispetto di ogni principio generale dell'ordinamento; cfr. M. Falcone, *Le norme sulle garanzie procedurali e l'amministrazione dell'emergenza: l'urgenza qualificata come unica legittimazione alla loro deroga*, in *Foro amm.*, 2014, 1965 ss.; G. Marazzita, *Il sindacato sul "giudizio di necessità" dell'emergenza di protezione civile*, in *Giur. cost.*, 2012, 2424 ss.

ché per frustrarne l'efficacia. Sembra così da valutare positivamente la previsione dell'art. 16-*sexies*, c. 2, d.l. 91 del 2017, convertito in legge n. 123 del 2017, che ha stabilito che in considerazione della particolare complessità della situazione determinata dagli eventi sismici qui commentati, in deroga all'allora vigente art. 5, c. 1, l.n. 225 del 1992, ha disposto la proroga della durata dello stato di emergenza fino al 18 febbraio 2018, consentendo peraltro al Consiglio dei ministri di disporre un'ulteriore proroga per altri centottanta giorni. Questa previsione avrebbe potuto essere considerata la soluzione ideale al caso specifico senza la necessità di ricorrere a un'amministrazione *ad hoc* che solleva viceversa diversi dubbi, tanto più che si sostanzia in una norma di deroga e non modifica l'impianto della legge generale sulla protezione civile.

Detto questo, nel caso che ci riguarda non può non essere osservato che questa correzione di impostazione appare tuttavia tardiva perché avviene in presenza del Commissariamento, perdurando così la condizione di doppia amministrazione nell'esercizio della funzione di emergenza, che a questo punto è ulteriormente estesa nel tempo, rendendo peraltro impraticabile qualunque presunta distinzione tra emergenza e ricostruzione.

6. *La difficile coesistenza dei due modelli nel quadro costituzionale*

Le considerazioni da ultimo svolte trovano conferme anche seguendo un'altra linea di ragionamento, più di impianto costituzionale. La difficoltà di inquadrare l'esistenza di una funzione di ricostruzione si rintraccia anche dal punto di vista costituzionale. Quale sarebbe la materia entro la quale andrebbe ricompresa la ricostruzione nell'ambito della ripartizione prevista dall'articolo 117 cost.?

Un'ipotesi potrebbe essere quella di sostenere che la ricostruzione assolve a un coacervo di interessi pubblici che fanno capo a diverse delle materie definite dalla Costituzione, alcune delle quali ricomprese nella potestà esclusiva dello Stato (ordine pubblico, tutela dell'ambiente e beni culturali, tra le altre), altre in quelle concorrenti (tutela della salute, comunicazione, infrastrutture, governo del territorio, tra le altre) e, altre, infine nella competenza residuale delle regioni (servizi pubblici locali, commercio). In questa messe di materie, potrebbe essere plausibile asserire che l'intervento del legislatore statale sia legittimo nell'assicurare l'unità di esercizio di funzioni caratterizzate da un intreccio di interessi pubblici diversi, salvo verificare nel concreto se le singole disposizioni siano poi conformi agli equilibri definiti dalla Costituzione.

Se accedessimo a questa impostazione, si dovrebbe rimarcare che una simile conclusione dovrebbe valere anche per la funzione di emergenza, visto il suo este-

so raggio d'azione nella cura degli interessi pubblici. Viceversa, la Corte costituzionale ha collocato la funzione di emergenza nella materia della protezione civile, che l'art. 117, c. 3, cost. assegna alla competenza concorrente di Stato e regioni, ancorché – come detto all'inizio di questo lavoro – non sempre gli interventi in emergenza prevedano il coinvolgimento della protezione civile. Ciò, tuttavia, non costituisce un rilevante problema perché, come si è sostenuto, l'emergenza è preordinata alla cura di interessi che sono già assegnati ai diversi poteri pubblici e, quindi, quando non entra in gioco la protezione civile, segue l'ordinario riparto delle materie a cui è collegata l'emergenza⁴¹.

Così, mentre per l'emergenza si sarebbe trovata una soluzione di ancoraggio costituzionale stabile, altrettanto non sarebbe per la ricostruzione per la quale vi sarebbero gravi incertezze sulla valutazione da dare alle disposizioni normative di volta in volta scelte. D'altra parte, ritenere che la ricostruzione non possa essere inquadrata dentro la materia protezione civile perché, come il caso preso in considerazione dimostra, la disciplina non prevede il coinvolgimento della protezione civile presenta due debolezze sotto il profilo argomentativo. La prima è che sottovaluta le più volte rimarcate sovrapposizioni tra la disciplina creata dal Commissario straordinario e quella del capo Dipartimento di protezione civile, che invece manifestano un'evidente interrelazione se non continuità. La seconda sarebbe data dal dovere ricercare una soluzione alternativa per il collegamento costituzionale che a questo punto dovrebbe risalire all'origine dell'istituzione del Commissario straordinario con tutte le incertezze già manifestate a questo proposito sulla legittimità del ricorso all'art. 11, l. n. 400/1988. Viceversa, se si aderisce alla posizione qui sostenuta, la ricostruzione dovrebbe essere inquadrata dentro la funzione di emergenza e quindi appartenere anch'essa alla materia della protezione civile.

A questo punto, però, si potrebbe argomentare che l'impianto della disciplina del decreto legge 189/2016, con le successive modifiche, difficilmente può essere considerato coerente con una materia di competenza concorrente come è quella della protezione civile. Come è stato, infatti, giustamente osservato⁴², nelle materie di competenza concorrente la definizione dei principi generali da parte dello Stato deve rappresentare l'occasione per individuare alcuni elementi comuni di disciplina che le regioni devono osservare: sarebbe, viceversa, illegittimo un

⁴¹ Recentemente una conferma particolarmente emblematica di questa soluzione è venuta dalla sentenza n. 252 del 2016 della Corte costituzionale, in cui il giudice ha considerato legittima la scelta del legislatore regionale di attribuire tutta una serie di competenze relative alla gestione dei rischi e delle emergenze ad autorità pubbliche diverse da quelle definite dalla precedente l. n. 225 del 1992, in forza della propria autonomia organizzativa nella materia di protezione civile.

⁴² Sono convincenti a questo proposito le osservazioni proposte da A. Brancasi, *La "compressione" e la "ri-espansione" delle competenze come spiegazione del particolare assetto della protezione civile*, in *Giur. cost.*, 2016, 1 ss.

utilizzo dei principi generali per assegnare all'amministrazione statale nuove competenze, come invece sarebbe preteso dalla disciplina qui sotto osservazione.

Più convincente sarebbe allora un altro percorso argomentativo. Essendo la funzione di ricostruzione esercitata in campo prevalentemente urbanistico, con i connessi poteri di pianificazione che sono di norma attribuiti ai comuni, si potrebbe partire dall'individuazione delle funzioni in termini amministrativi con relativo conferimento delle stesse ai comuni. In questo modo sarebbe possibile attraverso lo strumento della chiamata in sussidiarietà, per mezzo dell'art. 118 cost.⁴³, motivare l'attribuzione della funzione amministrativa, e poi legislativa, allo Stato. Questo, tuttavia, presupporrebbe una concezione della funzione di ricostruzione che è quella qui sostenuta, ovvero della continuità delle funzioni che possa spiegare il passaggio del suo esercizio tra un livello di governo e l'altro. L'impianto, però, della disciplina qui contestata muove da un altro presupposto, come già visto, e dunque anche da questo punto di vista appare difficilmente compatibile con il quadro costituzionale.

7. *La difficile tenuta della "normalizzazione" dell'emergenza e il "concordato delle burocrazie"*

Il percorso intrapreso dall'ordinamento giuridico italiano di "normalizzazione" della funzione di emergenza come conquista di civiltà giuridica e istituzionale si scontra ancora con un'applicazione incerta. Il consolidamento della disciplina generale della protezione civile è inidoneo a prevenire la concorrenza di fonti normative che si muovono in una direzione contraddittoria. Quello che colpisce maggiormente è che ciò avviene malgrado non siano apprezzabili risultati di particolare efficienza ed efficacia. Si emulano esperienze passate in contesti totalmente diversi; si costruiscono apparati che si sovrappongono, discipline speciali che si rincorrono vorticosamente senza che sia chiaro il contributo alla certezza; si fa attenzione all'apporto delle diverse amministrazioni territoriali senza tuttavia valutare l'impatto che produce una differente assegnazione delle missioni: un conto è prevedere il completamento dei mezzi necessari per l'esercizio efficace delle funzioni, un altro conto è prevedere l'omogeneità dell'esecuzione.

È vero che questo scritto ha anche dovuto riconoscere che vi è un'insufficiente riflessione giuridica sulla funzione di ricostruzione e sulla sua autonomia dalla funzione di emergenza: questo lascia qualche obiettivo margine di ambiguità che consente poi al legislatore di variare ancora le soluzioni. Tuttavia, pur

⁴³ Si veda in questi termini P. Vipiana, *Potere sostitutivo, principio di sussidiarietà ed emergenza economica*, AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 265-271.

riconoscendosi tale lacuna, qui sono state ribadite le ragioni per le quali appare più corretto sostenere che indugiare sulla separazione tra funzione di emergenza e funzione di ricostruzione, oltre a presentare gravi difetti pratici, è in controtendenza rispetto all'assetto di "normalizzazione" che si è più volte sottolineato.

Tuttavia, la constatazione che alle criticità sollevate non corrisponda una reale conflittualità degli interessi, che dovrebbe vedere coinvolti in primo luogo il Dipartimento di protezione civile e le autonomie territoriali, consente di avanzare anche un'altra conclusione: dietro queste soluzioni è rintracciabile una sorta di concordato implicito delle burocrazie. Da un lato, infatti, l'amministrazione *ad hoc* permette al Dipartimento di protezione civile di non essere eccessivamente caricato di responsabilità e di nuove funzioni a fronte di un regime complessivo della gestione di emergenze che presupporrebbe "solo" l'esercizio di funzioni di coordinamento, dall'altro, la condizione quasi sempre mai adeguata delle dotazioni tecniche, professionali e finanziarie degli enti minori permette loro di sperare di poter supplire le insufficienze con la costruzione di soluzioni *ad hoc* che nascondano i problemi di ordine strutturale. Non c'è dubbio, infatti, che la "normalizzazione" dell'emergenza presupponga un alto grado di efficienza nella gestione delle ordinarie funzioni da parte di tutti i livelli di governo ed è altresì noto che tale condizione stenta a essere soddisfatta nella rete pulviscolare degli enti locali. Se a ciò si aggiunge che nella maggior parte delle circostanze, e sicuramente nelle regioni interessate dal caso qui esaminato, la protezione civile si presenta come un ufficio che non è al diretto servizio dei Presidenti di regione, cui spetta però la principale funzione di raccordo con il livello nazionale, si capisce che complessivamente il quadro organizzativo delle emergenze presenta in via normale carenze. Tutto ciò propende per una conclusione incline a credere che vi sia un interesse generalizzato delle burocrazie alla costruzione di soluzioni *ad hoc*, ancorché questo non costituisca necessariamente la soluzione ideale.

Viceversa, questo articolo prova a suggerire l'utilità di percorrere fino in fondo la strada della "normalizzazione" dell'emergenza; non è questo di per sé sufficiente a garantire anche l'efficacia dell'azione, ma ciò sembra prevenire quantomeno i difetti certi che il caso preso in esame ha dimostrato. E, in ogni caso, quella della "normalizzazione" appare la soluzione più idonea al quadro costituzionale del nostro ordinamento, come anche interpretato dalla Corte costituzionale. Ciò che però il caso del terremoto dell'Italia centrale ha dimostrato è che l'efficacia della "normalizzazione" richiede ancora un lavoro lungo di responsabilizzazione diffusa e di infrastrutturazione amministrativa, senza la quale è destinata a scontrarsi con la durezza che eventi drammatici, come quelli da cui è mosso il presente scritto, manifestano chiaramente.

Nello scritto si è anche accennato al fatto che la molteplicità delle risorse che l'ordinamento offre sul piano delle fonti normative impiegabili dovrebbe essere utilizzato per eventualmente correggere la soluzione generale qualora alla prova dei fatti si dimostri inadeguata, sia pure senza stravolgimenti, anziché essere utilizzata per inibire la sua efficacia. Una tale impostazione consentirebbe di consolidare ulteriormente la "normalizzazione" senza privare l'ordinamento di quegli strumenti modulari che consentano adattamenti derivanti dalla valutazione dei singoli casi.

Due esempi, per concludere, possono essere citati. Il primo è quello dell'uso delle fonti di finanziamento che provengono dalle donazioni spontanee che in queste circostanze non mancano mai: l'uso libero e l'esigenza di responsabilizzazione sociale che il loro impiego comporta rappresentano un buon esempio di come il sistema delle emergenze possa combinare soluzioni differenti, un *mix* di risorse in parte rigide e in parte flessibili⁴⁴. Il secondo è quello che si è registrato con la modifica dell'art. 163, cod. contr. pub., ad opera del d.lgs. 56 del 2017, che ha inserito alcune integrazioni alla disciplina già prevista di affidamento diretto dei lavori quando ricorrono alcune condizioni previste dal codice della protezione civile per l'intera durata dello stato di emergenza: si tratta di nuovi strumenti flessibili che vengono inseriti nel codice senza che vi sia uno stravolgimento effettivo delle cause che ne giustificano l'impiego. È un adeguamento puntuale che potenzia l'efficacia degli strumenti di coordinamento senza che ciò implichi il ripensamento della scelta di "normalizzazione".

⁴⁴ Il Rapporto del Dipartimento di funzione pubblica ha permesso di evidenziare, ad esempio, che la gran parte della realizzazione dei moduli scolastici che hanno rappresentato una tappa importante per la ripresa iniziale della vita civile si deve in gran parte all'uso di fondi privati messi a disposizione delle strutture di protezione civile.

Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale

Il processo di “normalizzazione” della gestione delle emergenze perseguito in Italia è sfidato all’occorrenza di eventi calamitosi, quando la necessità di fronteggiare gravi calamità induce il legislatore ad approntare misure *ad hoc* di natura amministrativa che finiscono per sovrapporsi con le ordinarie responsabilità delineate dal legislatore. Questo scritto, prendendo spunto da un evento specifico, quello della scia sismica che sconvolse l’Italia centrale tra il 2016 e il 2017, verifica nel concreto la reazione dei poteri pubblici, mettendo in evidenza la sovrapposizione tra due modelli di amministrazione che riflettono un’accezione diversa della funzione dell’emergenza.

L’a. ritiene che questa sovrapposizione, definita in base a una supposta e chiara distinzione tra le funzioni di soccorso e le funzioni di ricostruzione, profila numerosi problemi sia in termini di legittimazione sia in termini di efficacia dell’azione pubblica. Eppure, questa condizione non provoca un reale conflitto tra poteri, tanto da supporre che la reazione così definita sia in realtà il frutto di un “concordato delle burocrazie”.

Emergency functions and administrative models subjected to the stress test of seismic phenomena in Central Italy

The process of ‘normalisation’ of the management of emergencies carried out in Italy is challenged following the occurrence of disastrous events, when the need to face serious calamities induces the legislator to prepare *ad hoc* measures of an administrative nature which end up overlapping with the ordinary responsibilities outlined by the legislator. This text, drawing on a specific event – that of the series of earthquakes that shook central Italy between 2016 and 2017 – verifies the reaction of public authorities in concrete terms, highlighting the overlapping between two models of administration that reflect a different acceptance of the function of emergency management.

The author believes that this overlapping, defined on the basis of a supposed and clear distinction between the functions of aid and of reconstruction, presents a range of problems, both in terms of legitimisation and in terms of efficacy of public action. And yet this condition does not provoke a real conflict between powers, to the point of supposing that the reaction thus defined is in actual fact the upshot of an ‘agreement between bureaucracies’.

Articoli e Saggi

Verso una *single European railway area*. Il ruolo delle tariffe ferroviarie

Luca Belviso

SOMMARIO: 1. Un'introduzione alle tariffe ferroviarie a partire dall'esperienza nazionale. – 2. Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria. – 2.1. Il quadro normativo europeo e nazionale in materia di canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria. – 2.2. Il quadro regolatorio. L'intervento dell'ART in vista della privatizzazione di FSI spa. – 3. Le principali problematiche relative al sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria. – 3.1. *Focus*. L'indipendenza gestionale del gestore della rete. – 3.2. *Focus*. L'indipendenza funzionale del gestore della rete. – 4. Quale ruolo dei canoni di accesso nello spazio unico ferroviario europeo? Riflessioni conclusive.

1. *Un'introduzione alle tariffe ferroviarie a partire dall'esperienza nazionale*

Le tariffe ferroviarie assumono rilevanza considerevole nel trasporto su strada ferrata e l'esperienza nazionale ne fornisce immediata evidenza.

Agli inizi del XX secolo, lo Stato italiano riscatta dai privati le concessioni ferroviarie¹ e avvia il processo di statalizzazione delle ferrovie assumendo direttamente la gestione del servizio, in via esclusiva, per mezzo dell'azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato (dalla metà degli anni Ottanta ente pubblico economico) (FS)². In questo regime di monopolio legale, la tariffa rappresenta il corrispettivo pagato dall'utenza a fronte dei servizi complessivamente resi dalle FS³.

Dalla fine degli anni Novanta⁴, su spinta del diritto europeo, il trasporto ferroviario si liberalizza progressivamente. La fine del tradizionale assetto mono-

¹ In particolare, con l. 22 aprile 1905, n. 137.

² Si ricorda che l'azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato nasce nel 1905 (R.D. 15 giugno 1905, n. 250) e si trasforma in ente pubblico economico nel 1985 (l. 17 maggio 1985, n. 210).

³ Del resto, «inizialmente, la gestione della rete era confusa con l'esercizio pubblico di trasporto ferroviario, rispetto al quale rilevava come semplice strumento». Così, B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 120.

⁴ In particolare, a partire dal D.P.R. 8 luglio 1998, n. 277.

polistico e l'apertura del mercato recano con sé la condivisione della rete e la corresponsione di un canone di utilizzo da parte delle imprese ferroviarie a favore del gestore dell'infrastruttura, che è oggi e sarà fino al 2060 Rete Ferroviaria Italiana spa (RFI spa)⁵. Tale canone rappresenta una nuova tariffa, che è “figlia della liberalizzazione”, che si correla al diverso servizio di accesso alla rete e che è caratterizzata da attori, attivi e passivi, differenti.

Si può così distinguere, oggi, il canone di accesso alla rete ferroviaria (c.d. pedaggio), che ha natura di tariffa⁶, dal corrispettivo pagato dall'utenza per i servizi di trasporto, avente invece natura di prezzo.

Il pedaggio, in un mercato liberalizzato, rappresenta il «crocevia nevralgico della politica dei trasporti, la leva, in sostanza, attraverso la quale si indirizza l'andamento del mercato ferroviario»⁷. Lo stesso, del resto, incide fortemente sui costi sostenuti dalle imprese di trasporto e, di conseguenza, anche sui prezzi di vendita per i servizi a mercato.

A sua volta, sul pedaggio influisce il livello di finanziamento pubblico concesso dallo Stato al gestore dell'infrastruttura, stabilito nei contratti di programma. L'amministratore della rete, infatti, deve realizzare, mediante i canoni di accesso e i sussidi pubblici, (almeno) l'equilibrio economico-finanziario. Fra le due entrate vi è rapporto di simmetria inversa: quanto più diminuisce il gettito atteso dai pedaggi, tanto più devono aumentare gli oneri di finanza pubblica e viceversa. Il corretto bilanciamento fra le due entrate è prerogativa di ciascuno Stato e costituisce un tassello fondamentale nelle politiche di trasporto di ognuno di essi. Tale decisione, infatti, assume una rilevanza particolare in riferimento al grado di effettività di liberalizzazione e di concorrenza che si intende realizzare, nonché al buon risultato di gestione. Questo perché, da un lato, pedaggi eccessivi costituiscono delle vere e proprie barriere all'entrata nel mercato⁸, dall'altro, finanziamenti pubblici troppo alti allontanano colui che ne usufruisce dalla logica imprenditoriale, a scapito dell'efficacia e dell'efficienza di gestione.

⁵ Sulla riorganizzazione delle FS, la nascita di RFI spa e la concessione sessantennale per la gestione della rete (D.M. 31 ottobre 2000, n. 138T e s.m.i.), cfr. fra gli altri, M. Giacchetti Fantini, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, 2016, n. 5, 20.

⁶ La tariffa rappresenta il corrispettivo di un servizio determinato secondo criteri diversi da quelli che sarebbero seguiti da un imprenditore mosso dall'interesse commerciale. Per tale ragione differisce dal prezzo. È tuttavia presente, anche a livello legislativo, la tendenza ad utilizzare il termine “tariffa” come sinonimo di “prezzo”, in maniera, dunque, maggiormente imprecisa e atecnica. Cfr., fra gli altri, F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 11. In relazione al mercato ferroviario liberalizzato, il termine “tariffa” può essere usato come sinonimo di “canone di accesso” o di “pedaggio”, mentre è preferibile impiegare il termine “prezzo” per riferirsi ai servizi di trasporto posti sul mercato.

⁷ Cfr. nota stampa relativa al Quaderno n. 2: «Il pedaggio delle reti ferroviarie in Europa», redatto dall'Ufficio Studi di NTV e pubblicato nel novembre del 2011.

⁸ Cfr. Quaderno n. 2: «Il pedaggio delle reti ferroviarie in Europa», redatto dall'Ufficio Studi di NTV, 7. Cfr. anche S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità - un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Milano, 2007, 117-119.

Un'ultima considerazione introduttiva riguardo alle tariffe attiene al ruolo fondamentale assolto dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), autorità di regolazione con competenza trasversale in materia di trasporti, istituita nel 2011⁹, ma operativa dal gennaio del 2014. Tale Autorità, infatti, nell'ambito della regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete, contribuisce a che tutti gli operatori economici abbiano la possibilità di utilizzare, in condizioni di parità, le infrastrutture strumentali alla fornitura dei servizi, imprescindibile presupposto per giungere ad una liberalizzazione effettiva del mercato. Il pedaggio, pertanto, trattandosi di uno strumento che consente l'accesso all'infrastruttura, deve essere regolato in modo tale da assicurare trattamenti imparziali, cosicché le imprese ferroviarie possano fare affidamento su un sistema di canoni equo e non discriminatorio e su una corretta competizione.

Quest'ultima, peraltro, svolgendosi non solo fra *new comers* ma anche con *ex incumbent*, risulta tanto più difficoltosa quanto più l'operatore storico nazionale presenti legami proprietari con lo Stato e con il gestore della rete. Nel nostro ordinamento, in particolare, la *holding* Ferrovie dello Stato Italiane spa (FSI spa), *leader* del gruppo delle Ferrovie dello Stato italiane (FSI), da una parte risulta partecipata interamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), dall'altra controlla completamente diverse società del gruppo, fra cui RFI spa, gestore della rete ferroviaria, e Trenitalia spa, principale operatore economico del trasporto ferroviario. Ovvio è che in un tale contesto, dove la massimizzazione del profitto del gruppo collide con una competizione alla pari fra le imprese di trasporto, il regolatore indipendente è chiamato a svolgere un'azione di guida dell'andamento del mercato e a rivestire quel ruolo forte indispensabile per intraprendere la via della liberalizzazione e della concorrenza.

2. *Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria.*

2.1. *Il quadro normativo europeo e nazionale in materia di canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria.*

I canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria sono disciplinati da un *corpus* di regole composito. Alle norme di derivazione europea si affiancano quelle nazionali di rango primario e, a queste ultime, quelle inserite in appositi atti di regolazione.

La normativa europea sui canoni è oggi contenuta nella direttiva 2012/34/UE (cd. *Recast*), che, in un'ottica di semplificazione, abroga gran parte delle diret-

⁹ Cfr. art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, più tardi modificato dall'art. 36, comma 1, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27.

tive che regolavano precedentemente il trasporto ferroviario e, conseguentemente, anche il vecchio sistema dei canoni di accesso alla rete¹⁰.

La direttiva in esame, innanzitutto, contiene le disposizioni relative alla liberalizzazione del trasporto internazionale e nazionale delle merci, nonché alla liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri¹¹, così prevedendo un ampio ambito applicativo del canone di accesso.

Inoltre, tale atto delinea una nuova disciplina dei canoni¹².

In relazione ad essa, il gestore della rete determina e riscuote i canoni, nel rispetto delle regole quadro stabilite dagli Stati membri e di quelle più specifiche

¹⁰ In particolare, la direttiva *Recast* rifonde in sé la direttiva 91/440/CEE (già modificata dalla direttiva 2001/12/CE), la direttiva 95/18/CE e la direttiva 2001/14/CE. Specificamente, il complesso normativo riguardante i canoni era contenuto nelle direttive 2001/12/CE e 2001/14/CE, entrambe facenti parte del primo pacchetto ferroviario ed entrambe venute meno con l'adozione della direttiva *rifusione*.

¹¹ Per la liberalizzazione del trasporto internazionale e nazionale delle merci, l'art. 10, par. 1, direttiva 2012/34/UE, stabilisce che «alle imprese ferroviarie è concesso, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria in tutti gli Stati membri per l'esercizio di tutti i tipi di servizi di trasporto ferroviario di merci». Per la liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri, l'art. 10, par. 2, direttiva 2012/34/UE, prevede che «alle imprese ferroviarie è concesso il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria di tutti gli Stati membri per l'esercizio di servizi di trasporto internazionale di passeggeri». Queste disposizioni hanno carattere non innovativo, ma ricognitivo dei risultati di liberalizzazione già realizzati con le precedenti direttive. In particolare, la liberalizzazione del trasporto ferroviario inizia progressivamente a farsi strada, in Europa, con la direttiva 91/440/CEE, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie. Quest'ultima, in relazione ai soggetti ai quali è garantito il diritto di accesso alle reti degli Stati membri, indica le associazioni internazionali di imprese ferroviarie, nonché le imprese ferroviarie che effettuano trasporti combinati internazionali di merci (art. 1 e art. 10, par. 1, direttiva 91/440/CEE). Il novero di tali soggetti si amplia con i successivi atti normativi, ma è solo con il secondo e il terzo pacchetto ferroviario che l'apertura dei mercati e l'ambito applicativo dei diritti di utilizzo della rete conoscono una significativa estensione. Il secondo pacchetto, in particolare, liberalizza del tutto il trasporto ferroviario di merci, quello internazionale a partire dal 1 gennaio 2006, quello nazionale a partire dal 1 gennaio 2007 (art. 10, par. 3, direttiva 91/440/CEE, come modificato dall'art. 1, direttiva 2004/51/CE). Il terzo pacchetto, invece, agisce, e in questa direzione è stato compiuto il primo passo, sul trasporto passeggeri, in particolare liberalizzando, dal 1 gennaio 2010, il trasporto ferroviario internazionale di passeggeri (art. 10, par. 3-*bis*, direttiva 91/440/CEE, paragrafo aggiunto ad essa dall'art. 1, direttiva 2007/58/CE).

¹² Cfr. sezione II, capo IV, artt. 29-37, direttiva 2012/34/UE. Tale disciplina è sotto diversi profili analoga a quella precedente, contenuta nelle direttive del primo pacchetto ferroviario. Queste ultime, infatti, prevedevano già: la determinazione dei canoni da parte dei gestori di rete nel rispetto delle regole quadro stabilite dagli Stati membri (art. 4, par. 2, direttiva 91/440/CEE, aggiunto al testo originario dall'art. 1, direttiva 2001/12/CE, nonché art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE), la correlazione del canone ai servizi del pacchetto minimo di accesso (art. 5, par. 1, direttiva 2001/14/CE, che rinvia all'allegato II per la concreta individuazione dei servizi), l'indipendenza funzionale del gestore della rete in relazione alle funzioni essenziali (art. 6, par. 3, direttiva 91/440/CEE, introdotto dall'art. 1, direttiva 2001/12/CE, e art. 4, par. 2, direttiva 2001/14/CE), il principio di non discriminazione fra le imprese ferroviarie nei trattamenti relativi ai canoni (art. 4, par. 5 e art. 5, par. 1, direttiva 2001/14/CE), l'indipendenza gestionale dell'amministratore della rete (art. 4, par. 2, direttiva 91/440/CEE, aggiunto al testo originario dall'art. 1, direttiva 2001/12/CE, nonché art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE), la necessità del gestore della rete di realizzare almeno l'equilibrio economico-finanziario (art. 6, par. 1, direttiva 2001/14/CE), numerosi strumenti di flessibilità tariffaria (artt. 7-10, direttiva 2001/14/CE), la presenza di un organismo indipendente di regolamentazione, con funzione di controllo sul sistema e dotato di poteri para-giurisdizionali (art. 30, direttiva 2001/14/CE).

in materia di imposizione, adottate anch'esse di norma dagli Stati, salvo delega al gestore dell'infrastruttura¹³.

Il canone di accesso si configura come controprestazione al c.d. pacchetto minimo di accesso, che comprende diversi servizi, fra cui l'assegnazione della capacità di infrastruttura e il diritto di usare la capacità concessa¹⁴.

La direttiva richiede anche la c.d. indipendenza funzionale del gestore della rete. In ossequio a tale principio, gli Stati membri devono assicurare che le funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura, fra cui la fissazione dei canoni, siano attribuite a gestori di rete che non svolgano a loro volta servizi di trasporto ferroviario e che siano indipendenti dalle imprese di trasporto sul piano giuridico, organizzativo e decisionale¹⁵. Del resto, i gestori dell'infrastruttura provvedono affinché l'applicazione del sistema di imposizione comporti canoni non discriminatori per i diversi operatori economici che prestano servizi di natura equivalente e su una parte simile del mercato¹⁶; e che ciò avvenga, è tanto più probabile quanto più colui che gestisce i binari sia indipendente dalle imprese di trasporto.

Parallelamente all'indipendenza funzionale, gli Stati membri sono tenuti, nell'elaborazione della cornice, a rispettare la c.d. indipendenza gestionale dell'amministratore della rete¹⁷. Questa forma di indipendenza viene anche valorizzata dalla configurazione del pedaggio come una leva, uno strumento di cui il gestore di rete può disporre per realizzare una gestione efficiente¹⁸.

Infine, la direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di istituire un organismo di regolamentazione, indipendente sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria, dai gestori dell'infrastruttura, dalle imprese di trasporto, nonché da qualsiasi altro ente pubblico o privato. Sulla base dell'indipendenza dagli enti pubblici, che rappresenta una novità della direttiva *Recast*, l'organismo non può più essere rappresentato dal Ministro dei Trasporti¹⁹. Tale organismo, che ha la generale funzione di garantire che la determinazio-

¹³ Cfr. art. 29, par. 1, direttiva 2012/34/UE.

¹⁴ Cfr. art. 13, par. 1, direttiva 2012/34/UE, che rimanda all'allegato II per la concreta individuazione.

¹⁵ Cfr. art. 7, direttiva 2012/34/UE.

¹⁶ Cfr. art. 29, par. 3, direttiva 2012/34/UE.

¹⁷ Cfr. art. 29, par. 1, direttiva 2012/34/UE, che rinvia, per l'indipendenza gestionale, all'art. 4, par. 2, della medesima direttiva.

¹⁸ Cfr. artt. 30-37, direttiva 2012/34/UE. Tali disposizioni prevedono ad esempio che, nella determinazione del canone, si possa tenere conto del livello di congestione della rete e del costo degli effetti ambientali causati dalla circolazione dei treni, nonché stabilire o mantenere canoni più elevati per recuperare i costi a lungo termine relativi ai progetti Alta velocità o prevedere riduzioni volte ad incentivare l'utilizzo di linee notevolmente sotto utilizzate, ecc.

¹⁹ Cfr. art. 55, direttiva 2012/34/UE. Il rafforzamento dell'indipendenza si rileva, in particolare, dal confronto con il precedente art. 30, direttiva 2001/14/CE, secondo cui l'organismo di regolamentazione poteva essere rappresentato anche dal Ministro dei Trasporti.

ne dei canoni non sia discriminatoria, supervisiona l'attività del gestore della rete e può pronunciarsi sui reclami proposti dalle imprese ferroviarie che ritengono di aver subito un trattamento ingiusto avverso le decisioni assunte dallo stesso gestore. Le pronunce dell'organismo di regolamentazione sono vincolanti per tutte le parti cui sono destinate e soggette a sindacato giurisdizionale.

Per quanto concerne lo Stato italiano, la normativa di riferimento dei canoni di accesso e utilizzo della rete è contenuta nel d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112, che abroga il d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, recependo la direttiva *Recast*.

Analogamente alla direttiva di recepimento, il decreto cristallizza in un unico testo normativo il processo di liberalizzazione²⁰, che si estende nel nostro ordinamento anche al trasporto ferroviario nazionale di passeggeri.

Inoltre, tale atto delinea una nuova disciplina dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria. In attuazione della direttiva *Recast*, la normativa riconosce l'indipendenza funzionale del gestore della rete in relazione alle funzioni essenziali²¹, il principio di non discriminazione fra le imprese ferroviarie nei trattamenti tariffari²², la correlazione del canone ai servizi del pacchetto minimo di accesso²³, l'indipendenza gestionale dell'amministratore della rete²⁴, il principio del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario da parte del gestore dell'infrastruttura²⁵ e numerosi strumenti di flessibilità tariffaria²⁶.

²⁰ Cfr. art. 12, d.lgs. n. 112/2015. Più dettagliatamente, il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario prende avvio in Italia con notevole ritardo, in particolare con il D.P.R. 8 luglio 1998, n. 277, che recepisce la direttiva 91/440/CEE, e il D.P.R. 16 marzo 1999, n. 146, di attuazione delle direttive 95/18/CE e 95/19/CE. Tali decreti riconoscono alcuni diritti di accesso alle reti alle associazioni internazionali di imprese ferroviarie e alle imprese ferroviarie che espletano servizi di trasporto combinato internazionale di merci (artt. 1 e 8, D.P.R. n. 277/1998 e artt. 1, comma 1, lett. a) e 3, comma 1, lett. a), D.P.R. n. 146/99). L'apertura dei mercati prosegue con la l. 23 dicembre 2000, n. 388 (l. finanziaria del 2001), attraverso cui l'Italia, in anticipo rispetto all'Europa, liberalizza il trasporto ferroviario nazionale di merci e di passeggeri (art. 131, comma 1, l. n. 388/2000). Successivamente, il successivo d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, consolida l'apertura di tali mercati e apre, seppur ancora con certi limiti, il mercato di trasporto ferroviario internazionale di passeggeri (artt. 3, 6 e 16, d.lgs. n. 188/2003), che vede completato, infine, il processo di liberalizzazione con la l. 23 luglio 2009, n. 99 e con il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 15 (art. 59, l. n. 99/2009 e art. 6, comma 2-*bis* d.lgs. n. 188/2003, aggiunto dall'art. 1 del d.lgs. n. 15/2010).

²¹ Cfr. art. 11, commi 1 e 4, d.lgs. n. 112/2015. L'indipendenza del gestore della rete dalle imprese di trasporto era già riconosciuta dall'art. 11, d.lgs. n. 188/2003, che non faceva però alcuna menzione delle funzioni essenziali.

²² Cfr. anche art. 17, comma 3, d.lgs. n. 112/2015.

²³ Cfr. art. 13, comma 1, d.lgs. n. 112/2015.

²⁴ Cfr. art. 11, comma 2, d.lgs. n. 112/2015.

²⁵ Cfr. art. 16, comma, 1, d.lgs. n. 112/2015.

²⁶ Cfr. artt. 17-19, d.lgs. n. 112/2015. Gli strumenti di flessibilità tariffaria sono ripresi dalla direttiva *Recast*: in particolare, la possibilità di tenere conto della congestione della rete e degli effetti ambientali causati dalla circolazione del treno, la possibilità di stabilire o mantenere canoni più elevati sulla base dei costi a lungo termine dei progetti Alta velocità/Alta capacità, la facoltà di applicare riduzioni per incentivare l'uso di linee notevolmente sotto utilizzate, ecc.

L'allocazione delle competenze contenuta nel decreto risulta invece peculiare, in forza di un determinante coinvolgimento dell'autorità di regolazione del settore. Infatti, fermo restando il generale potere di indirizzo del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), di concerto con il MEF, l'ART definisce i criteri per la determinazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, che viene calcolato e riscosso dal gestore dell'infrastruttura²⁷.

Infine, l'atto contempla la previsione di un organismo di regolazione, che si identifica nell'ART, dotata, a differenza del precedente regolatore nazionale, dell'adeguata indipendenza dagli enti pubblici, come richiesto dalla direttiva *Recast*²⁸.

2.2. Il quadro regolatorio. L'intervento dell'ART in vista della privatizzazione di FSI spa

In ambito nazionale, in virtù di quanto disposto dal d.lgs. n. 112/2015, è oggi compito dell'ART definire i criteri per la determinazione, da parte del gestore dell'infrastruttura, dei canoni di accesso e utilizzo della rete ferroviaria.

Tali criteri sono stati recentemente individuati dall'Autorità di regolazione con una delibera dal contenuto fortemente creativo²⁹, la n. 96 del 13 novembre 2015, in particolare tramite il suo allegato 1.

L'oggetto della regolazione³⁰ è identificato nella definizione dei principi e criteri che il gestore della rete deve utilizzare per determinare il canone corrisposto dalle imprese ferroviarie a fronte del pacchetto minimo di accesso (qui indicato con la sigla "PMdA"). Quest'ultimo, come già osservato, ricomprende numerosi servizi erogati dal gestore dell'infrastruttura, fra i quali l'assegnazione della capacità di rete e l'utilizzo dei binari. Le imprese ferroviarie, pertanto, se intendono usufruire di tali servizi, se vogliono, cioè, far circolare i propri treni sulla rete ferroviaria nazionale, devono corrispondere all'amministratore dell'infrastruttura il pedaggio.

Quest'ultimo è, nelle previsioni della delibera, soggetto ad una revisione periodica. L'Autorità ha stabilito, infatti, un periodo regolatorio di 5 anni, al

²⁷ Cfr. art. 17, commi 1 e 2, d.lgs. n. 112/2015. Tale disposizione sostituisce l'art. 17 del d.lgs. n. 188/2003, secondo cui il MIT, acquisita una motivata relazione da parte del gestore della rete ferroviaria, previo parere del CIPE, stabilisce con decreto il canone dovuto per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale, che viene calcolato e riscosso dal gestore della rete.

²⁸ Cfr. art. 37, d.lgs. n. 112/2015. In particolare, il precedente organismo di regolazione era rappresentato dall'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari (URSF), che costituiva un'articolazione del MIT (art. 16, D.P.R. 2 luglio 2004, n. 184) in corrispondenza alla facoltà concessa agli Stati, dall'art. 30 del d.lgs. n. 188/2003, di identificare, quale organismo di regolazione, il MIT stesso o una sua articolazione.

²⁹ Sulla forza creativa della delibera, sia consentito il rinvio a L. Belviso, *Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della delibera n. 96/2015 dell'ART*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2016, n. 1, 121-124.

³⁰ Cfr. la misura 1 per l'oggetto della regolazione.

termine del quale deve essere ri-determinato, tenendo conto, in particolare, dei finanziamenti pubblici concessi al gestore dell'infrastruttura³¹.

Quanto alla determinazione del canone³², la delibera richiede che essa sia ancorata ai costi pertinenti, cioè direttamente sostenuti per l'erogazione dei servizi del PMdA³³. Tali costi, però, non devono essere solo pertinenti, ma anche efficienti. Devono essere costi, cioè, propri di un gestore efficiente, che sia capace di realizzare l'equilibrio economico-finanziario attraverso i soli pedaggi, massimizzando i risultati della propria gestione e con l'idea sottostante, seppur di difficile attuazione, di ridurre i finanziamenti pubblici quanto più sia possibile. E se i canoni non possono essere utilizzati impropriamente per coprire costi inefficienti o non pertinenti, allora il gestore della rete è obbligato, se vuole raggiungere (almeno) l'equilibrio economico-finanziario, ad agire in maniera efficiente. Viene a configurarsi, dunque, un sistema che intende valorizzare la capacità imprenditoriale dell'amministratore della rete, incentivandolo a raggiungere un buon livello di gestione, a ridurre i costi mantenendo stabile il risultato e, per tale via, diminuire anche l'entità dei canoni e i prezzi di vendita dei servizi di trasporto.

Inoltre, durante la determinazione il gestore dell'infrastruttura è vincolato al rispetto dei principi stabiliti dall'ART: la semplicità, la predeterminazione, la modulazione del pedaggio in funzione degli obiettivi economici da raggiungere, la correlazione ai costi e alle condizioni di mercato³⁴.

Attraverso i primi due principi si tutela l'interesse del mercato, mirando alla semplificazione della struttura tariffaria e alla possibilità di prevedere l'ammon-

³¹ Cfr. le misure 3, 4 e 58, caratterizzate da un'analiticità progressiva, per la regolazione del periodo tariffario. Quest'ultimo, come affermato, ha durata quinquennale, con un tendenziale allineamento di questo periodo regolatorio con – si badi bene – la durata dei contratti di programma tra lo Stato e il gestore dell'infrastruttura (stipulati per un periodo minimo di 5 anni), nei quali viene stabilito il livello dei finanziamenti pubblici. Pedaggi e sussidi pubblici, infatti, richiedono un necessario coordinamento (anche temporale) e ciò al fine di coprire i costi del gestore della rete e consentire allo stesso di conseguire l'equilibrio economico-finanziario.

³² Cfr. la misura 2 (e per un'analisi più dettagliata dalla misura 4 alla 34) per la logica alla base della determinazione dei canoni di accesso.

³³ La pertinenza dei costi è garantita dall'obbligo in capo al gestore di rete di produrre un'apposita contabilità regolatoria, che dia agli *stakeholders* una separata evidenza dei costi imputabili al PMdA e di quelli imputabili ad altri servizi svolti dal gestore stesso. Solo i costi connessi alla fornitura del PMdA sono considerati pertinenti ai fini della determinazione del pedaggio (c.d. *evidence-based regulation*). Cfr. misure da 49 a 52.

³⁴ Cfr. misura 23. La semplicità richiede che ad ogni singola componente di cui è costituito il pedaggio debba essere associata una (sotto)tariffa, così da rendere il calcolo quanto più possibile chiaro e lineare. La predeterminazione è quel principio che garantisce alle imprese ferroviarie la possibilità di predeterminare la tariffa relativa alla traccia di ciascun proprio treno, accrescendo i profili di trasparenza e prevedibilità nella determinazione stessa del pedaggio. Il principio di modulazione stabilisce che il gestore dell'infrastruttura deve disporre di un'ampia gamma di strumenti per ottimizzare le tariffe, in funzione degli obiettivi economici da raggiungere. Il principio di correlazione ai costi e alle condizioni di mercato rappresenta la logica conseguenza del principio precedente; sulla base di esso, infatti, mentre alcune componenti del pedaggio mirano a coprire soltanto i costi sostenuti, altre possono essere costruite in base a logiche commerciali. Nell'elencazione dei principi è volutamente tralasciato quello di compensazione fra le varie componenti, inevitabilmente connesso alla mera operazione di calcolo del pedaggio.

tare dei canoni. Inoltre, se rispettati, essi potrebbero condurre ad un sistema di canoni equo e non discriminatorio, fondamentale per una sana competizione fra le imprese di trasporto. Mediante gli ultimi due principi viene invece valorizzata la flessibilità tariffaria del gestore della rete, essenziale per fare del pedaggio una “leva- prezzo” e ottenere adeguati risultati di gestione. Ciò, in evidente contrasto con la precedente disciplina³⁵, che stabiliva in maniera eccessivamente analitica l’articolazione del pedaggio e i livelli delle sue componenti, senza lasciare margini di discrezionalità in capo al gestore della rete.

Pertanto, sembrerebbe profilarsi, con tale intervento, un quadro regolatorio maggiormente capace di conseguire risultati in termini di liberalizzazione e concorrenza. Una regolazione, inoltre, che appare coerente con gli obiettivi di efficienza da perseguire, fine considerevole anche in virtù di un auspicabile ridimensionamento dei finanziamenti pubblici.

Inoltre, tale delibera assume rilevanza anche in termini di strumentalità alla privatizzazione del gruppo FSI attualmente in atto³⁶ e ciò, in particolare, attraverso un quadro di maggiore certezza in grado di favorire l’ingresso di nuovi operatori economici, un sistema meglio funzionante al fine di valorizzare adeguatamente il gruppo prima dell’operazione e una regolazione idonea a rendere maggiormente effettiva la liberalizzazione del mercato³⁷.

Soffermandosi sulle modalità relative alla privatizzazione in seno al gruppo FSI, si rilevano due scelte: quella di dismettere sul mercato una quota delle partecipazioni statali non superiore al 40 per cento del capitale della società capogruppo FSI spa e quella di mantenere pubblica la proprietà della rete, di cui dovrebbe essere fatta salva l’assegnazione al gestore RFI spa³⁸.

La prima previsione rappresenta l’avvio di una privatizzazione sostanziale, prosieguo di quella – allora solo formale – iniziata nei primi anni Novanta, che però non condurrà del tutto la *holding* nell’alveo del diritto privato, in quanto lo Stato, che rimarrà titolare della quota di maggioranza, continuerà a controllarla.

³⁵ Precedentemente, i pedaggi erano stabiliti dal decreto del Ministero dei Trasporti n. 43T del 21 marzo 2000, successivamente e più volte modificato.

³⁶ Il Consiglio dei Ministri, infatti, nell’ambito del programma di Governo sulle privatizzazioni delle società dello Stato, in data 16 maggio 2016, su proposta del MEF, ha approvato il D.P.C.M. avente ad oggetto la «definizione dei criteri di privatizzazione e delle modalità di dismissione della partecipazione detenuta dal Ministero dell’economia e delle finanze nel capitale di Ferrovie dello Stato Italiane spa».

³⁷ Sia consentito il rinvio a L. Belviso, *Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell’infrastruttura ferroviaria a seguito dell’adozione della delibera n. 96/2015 dell’ART*, cit. 132-134.

³⁸ La gestione della rete, come affermato, dovrebbe rimanere in capo a RFI spa. Si rileva, a tal proposito, che la privatizzazione potrebbe costituire anche l’occasione per garantire una maggiore indipendenza del gestore dell’infrastruttura dalle imprese di trasporto, nell’esercizio delle funzioni essenziali. Infatti, si è suggerita in sede ministeriale l’idea di uno scorporo di RFI spa dal gruppo FSI in via preliminare alla dismissione delle quote, così da realizzare una vera e propria separazione proprietaria in grado di neutralizzare i conflitti di interesse esistenti nel gruppo.

La seconda decisione intende, invece, evitare che, a seguito della privatizzazione, possano esservi scelte gestionali discriminatorie o semplicemente inefficienti³⁹.

Rappresenta questa una privatizzazione, dunque, che permette di riflettere in due sensi, sul rapporto fra Stato e mercato e la difficoltà di rompere quel cordone ombelicale che tradizionalmente li lega, nonché sulla natura pubblica o privata della rete e le sue ripercussioni sulla gestione della stessa in termini di efficienza e di sicurezza.

In questo contesto, ci si auspica che la regolazione, che in parte ha svolto – ma continua a farlo – una funzione di “apripista” alla privatizzazione, possa poi anche sostenerne gli effetti.

3. *Le principali problematiche relative al sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria*

3.1. *Focus. L'indipendenza gestionale del gestore della rete*

Nel panorama normativo europeo, come già osservato, spetta agli amministratori dell'infrastruttura determinare e riscuotere il canone, a fronte dell'attività degli Stati che si traduce nell'adozione delle regole quadro e di quelle più specifiche in materia di imposizione. Una scelta di sistema, questa, che poggia sulla necessità di avere un soggetto determinante “vicino alle reti”, che meglio di ogni altro conosce le caratteristiche dell'infrastruttura ferroviaria ed è in grado di poter calcolare il canone nell'ottica di una gestione ottimale ed efficiente dell'infrastruttura⁴⁰.

Inoltre, come già visto, la cornice delineata dallo Stato deve rispettare l'indipendenza gestionale dell'amministratore della rete. Analizzando i testi normativi si trova una definizione – seppur generica – di tale forma di indipendenza⁴¹. Tut-

³⁹ Lo sguardo non può che essere rivolto, in relazione a tale scelta, alla storia delle ferrovie britanniche, dove la riforma degli anni Novanta ha condotto alla privatizzazione dell'operatore nazionale *British Rail* e alla liberalizzazione del settore. E da qui è derivato l'affidamento della rete ad una nuova società, in origine pubblica, ma più tardi privatizzata, *Railtrack*, e l'apertura del mercato ad una pluralità di operatori privati fra loro in competizione. La privatizzazione della rete recava con sé l'idea che il gestore potesse contare solo sui ricavi tariffari per coprire i costi infrastrutturali. In realtà, la scarsità delle risorse associata alla strenua volontà di mantenere in equilibrio i conti hanno condotto a manutenzioni e investimenti non adeguati, con un notevole abbassamento qualitativo nella *performance* della rete e il crescente verificarsi di incidenti. Dopo quello verificatosi a *Hatfield*, il governo britannico ha deciso, nel 2003, di ri-pubblicizzare la rete, con il passaggio dell'infrastruttura ad una nuova impresa *Network Rail*, di natura – in realtà – privata ma senza scopo di lucro, oltre che sottoposta al controllo e, soprattutto, a finanziamenti pubblici. Cfr. Quaderno n. 2: «*Il pedaggio delle reti ferroviarie in Europa*», redatto dall'Ufficio Studi di NTV, 67-80.

⁴⁰ In questo senso, M. Brignardello, *Il settore ferroviario*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia, l'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Torino, 2015, 148.

⁴¹ Cfr. art. 4, par. 2, direttiva 91/440/CEE, come modificato dall'art. 1, direttiva 2001/12/CE, in cui si afferma che «nel rispetto delle regole quadro e specifiche in materia di diritti e di assegnazione stabilite dagli

tavia, quando si cerca, poi, di calare il principio nella materia tariffaria, ci si rende subito conto che il dettato normativo non riempie di contenuti concreti l'indipendenza gestionale, che si plasma, pertanto, in via pretoria, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Peraltro, la Corte europea si è più volte pronunciata sull'argomento, a seguito di procedure di infrazione e ricorsi per inadempimento promossi dalla Commissione europea verso gli Stati membri, per il mancato rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Analizziamo il caso che ha interessato lo Stato italiano. Con sentenza del 3 ottobre 2013 (concernente la causa C-369/2011, Commissione europea/Repubblica italiana), la Corte di Giustizia dichiara la precedente normativa italiana sui canoni di accesso e utilizzo della rete, quella cioè dettata dal d.lgs. n. 188/2003, incompatibile con quanto previsto dalle direttive europee del primo pacchetto ferroviario, con riguardo all'indipendenza gestionale dell'amministratore della rete.

La norma censurata è l'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 188/2003, che assegnava allo Stato, tramite il MIT, il compito di stabilire con decreto il canone dovuto per l'accesso alla rete ferroviaria nazionale, sulla base di una proposta – nella disposizione definita “motivata relazione” – da parte del gestore dell'infrastruttura, RFI spa; quest'ultimo, oltre ad avere un ruolo propositivo, rivestiva quello prettamente esecutivo, basato sul calcolo in concreto e sulla riscossione del canone.

Quel che viene contestato dalla Commissione è che la normativa sopra citata non sia compatibile con l'art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE, disposizione che riconosce l'indipendenza gestionale dell'amministratore dell'infrastruttura. Infatti, «riservandosi il potere di fissare il livello dei diritti – dato il potere sostanzialmente decisorio del MIT – lo Stato priverebbe il gestore di uno strumento essenziale di gestione»⁴².

Secondo la Corte di Giustizia, le argomentazioni della Commissione risultano fondate, dal momento che ogni gestore di rete deve poter far uso del sistema di imposizione dei diritti di utilizzo in quanto strumento di gestione, al fine di ottimizzare l'utilizzo dell'infrastruttura. «Orbene – come rileva il Giudice europeo – detti gestori non potrebbero giungere ad una tale ottimizzazione mediante il sistema di imposizione dei diritti di utilizzo se il loro ruolo dovesse limitarsi – come appunto era previsto dalla normativa italiana – a calcolare l'importo del diritto in ciascun caso concreto, applicando una formula fissata in precedenza mediante decreto ministeriale. Detti gestori devono dunque disporre – affinché

Stati membri, il gestore dell'infrastruttura è responsabile della propria gestione, della propria amministrazione e del proprio controllo interno». Allo stesso modo non fornisce alcuna definizione l'art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE.

⁴² Cfr. CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, C-369/11, Commissione europea/Repubblica italiana, § 27.

possano godere dell'indipendenza gestionale richiesta – di un certo grado di flessibilità nella fissazione dell'importo dei diritti»⁴³.

Emerge, pertanto, la fondamentale presenza, ai fini di un'indipendenza di gestione conforme alle direttive europee, di un margine di discrezionalità nella determinazione dei canoni in capo al gestore della rete. Di contro, qualora lo stesso sia vincolato a formule fisse di calcolo precedentemente stabilite dallo Stato, non risulterebbe sufficientemente indipendente e ciò per il pericolo, di fatto, di legare il calcolo della tariffa a valutazioni politiche – spesso di breve periodo – diverse dall'impiego ottimale ed efficiente della rete⁴⁴.

E questo orientamento, a ben vedere, era già stato espresso in precedenza dal Giudice europeo in altre due pronunce nelle quali aveva rilevato un'analogia incompatibilità, la prima con riguardo alla normativa dei canoni di accesso e utilizzo della rete in Spagna, la seconda con riferimento a quella della Repubblica Ceca. Nel primo caso, in virtù di un gestore di rete obbligato a calcolare l'importo dei diritti applicando una formula matematica fissata con decreto ministeriale, nella seconda fattispecie per un amministratore dell'infrastruttura eccessivamente limitato nella determinazione dei diritti da una decisione ministeriale annuale che fissa l'importo massimo del canone⁴⁵.

La visione della Corte appare, pertanto, ben delineata. Gestori dell'infrastruttura del tutto vincolati – come in Italia o in Spagna – o comunque troppo limitati – come in Repubblica Ceca – da determinazioni ministeriali che incidono sull'importo dei canoni non risultano sufficientemente indipendenti sotto il

⁴³ Cfr. CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, C-369/11, Commissione europea/Repubblica italiana, § 43.

⁴⁴ Cfr. C. Cataldi, *La sentenza della Corte di Giustizia c-369/11 e la liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario*, in *Munus*, 2014, n. 2, 282. Si rileva, inoltre, che la Corte di Giustizia ritiene la normativa nazionale illegittima sotto un altro profilo. Secondo il Giudice europeo, infatti, nel sistema ivi delineato, il MIT finisce per svolgere, oltre a quello sostanzialmente decisorio, un ruolo di controllo sull'attività tariffaria – in particolare, quella di proposta – del gestore della rete, controllo che, diversamente, deve spettare in via esclusiva all'organismo di regolazione (e cioè, in quel momento, all'URSF). Si realizza, dunque, una sovrapposizione dell'attività ministeriale ai compiti dell'organismo di regolazione, che risulta incompatibile con l'art. 30, par. 3, direttiva 2001/14/CE. Cfr. CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, C-369/11, Commissione europea/Repubblica italiana, § 47.

⁴⁵ Nel primo caso, con sentenza del 28 febbraio 2013 (relativa alla causa C-483/10, Commissione europea/Regno di Spagna) la Corte di Giustizia ritiene incompatibile la normativa spagnola sui canoni di accesso con l'art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE. Secondo la Corte, infatti, per assicurare l'indipendenza di gestione dell'amministratore della rete, è necessario che questi possa utilizzare il sistema di imposizione dei canoni quale strumento per ottimizzare l'uso dell'infrastruttura e favorirne lo sviluppo. Rilevando, invece, un gestore di rete obbligato a calcolare l'importo dei diritti applicando una formula matematica fissata con decreto del Ministero per le Infrastrutture e i Trasporti, la Corte ritiene che non vi sia l'adeguata flessibilità tariffaria e, con essa, l'indipendenza di gestione richiesta (§ 44-45). Nel secondo caso, analogamente, la Corte di Giustizia, con decisione del 11 luglio 2013 (in riferimento alla causa C-545/10, Commissione europea/Repubblica Ceca), riscontra l'incompatibilità della normativa ceca sui canoni di accesso con la medesima disposizione europea. In questo caso la Corte, riscontrando un sistema in cui il Ministero delle Finanze pubbliche ha il compito di determinare annualmente l'importo massimo dei canoni, giunge alla conclusione che la normativa ceca restringa il margine di manovra del gestore in una misura incompatibile con gli obiettivi della direttiva 2001/14/CE (§ 35-36).

profilo gestionale, non possono fare del pedaggio uno strumento di gestione, non sono in grado di ottimizzare l'utilizzo della rete e favorire il suo sviluppo.

La decisione della Corte di Giustizia nei confronti del nostro Stato ha anche influenzato, certamente, lo sviluppo della successiva disciplina nazionale sui canoni di accesso⁴⁶. Quest'ultima, infatti, contenuta nel d.lgs. n. 112/2015, di recepimento della direttiva 2012/34/UE, modifica il sistema delle competenze, adeguandolo – perlomeno nei rapporti fra autorità ministeriale e gestore di rete – ai dettami del Giudice europeo.

L'art. 17, d.lgs. n. 112/2015, in particolare, come già visto, stabilisce ai primi due commi che fermo restando il generale potere di indirizzo del MIT, di concerto con il MEF, l'ART definisce, fatta salva l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura, i criteri attraverso cui il gestore della rete provvede alla determinazione e alla riscossione del canone. La flessibilità tariffaria dell'amministratore della rete sembrerebbe qui assicurata, posto che il ruolo ministeriale si affievolisce e, da decisivo, diviene di mero indirizzo. E conseguentemente la questione relativa all'indipendenza gestionale di RFI spa potrebbe dirsi oramai risolta. L'utilizzo del condizionale non è però casuale.

Anche siffatta allocazione delle competenze suscita, invero, qualche perplessità. Se la funzione ministeriale tende ad indebolirsi, infatti, come contraltare, emerge con forza quella dell'ART. Come osservato, la norma sopra menzionata, recependo quanto già stabilito dalla legge istitutiva dell'Autorità⁴⁷, demanda ad essa la fissazione dei criteri cui il gestore di rete deve uniformarsi nella sua attività. E il mero potere di indirizzo ministeriale, peraltro difficilmente coniugabile con l'indipendenza che deve contraddistinguere l'agire delle autorità di regolazione, non sembra certo in grado di impedire all'ART di adottare criteri così altamente dettagliati da vincolare il gestore⁴⁸. La maggiore flessibilità tariffaria che la dispo-

⁴⁶ Si rileva che poco prima della decisione assunta dalla Corte di Giustizia ai danni della Repubblica italiana, la disposizione oggetto di censura è stata modificata dall'art. 24, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98. Trattasi, tuttavia, di una modifica normativa non più rilevante alla luce del decreto legislativo di recepimento della direttiva *Recast*, oltre che di un intervento diffusamente contestato in dottrina, in quanto non in grado – come la precedente disciplina – di tutelare l'indipendenza gestionale nelle modalità richieste dalla Corte di Giustizia. Per un approfondimento, cfr. M. Brignardello, *Il settore ferroviario*, cit., 147.

⁴⁷ La disposizione conferma l'assetto di competenze delineato dalla legge istitutiva dell'ART: a quest'ultima la fissazione dei criteri (oltre che la verifica del loro rispetto), al gestore della rete la determinazione concreta dei canoni. Cfr. art. 37, comma 2, lett. b), c), i), d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, come modificato dall'art. 36, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27. Per una critica, cfr. M. Brignardello, *Il settore ferroviario*, cit., 148. L'Autrice afferma, infatti, che «per conformarsi totalmente alla normativa comunitaria – bisognerebbe attribuire a RFI spa – la possibilità di fissare il canone, assegnando all'ART il compito di supervisione e non quello di definizione di criteri per la determinazione del canone».

⁴⁸ Cfr. L. Di Girolamo, *La condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei confronti dell'Italia in punto all'attività di determinazione dei diritti di accesso all'infrastruttura ferroviaria: il nuovo riparto di competenze tra soggetti regolatori e il ruolo della Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2014, 400.

sizione riconosce all'amministratore dell'infrastruttura potrebbe pertanto rivelarsi solamente una chimera.

Garantire dunque al gestore della rete l'adeguata discrezionalità nella determinazione dei pedaggi si rivela tutt'altro che scontato. Sembra quasi, anzi, che non lo si voglia rendere eccessivamente autonomo nella determinazione. E se una spiegazione a tale ritrosia la si vuole trovare, essa potrebbe consistere nell'esigenza di assicurare sempre e comunque un controllo – seppure qui *ex ante* – sull'amministratore dell'infrastruttura, anche alla luce, come si vedrà, della sua vicinanza agli interessi della principale impresa di trasporto⁴⁹. Così facendo, tuttavia, si appesantisce il quadro delle competenze e, acconsentendo ad un sistema di calcolo non sufficientemente flessibile, si rischia di intraprendere una strada che non è quella volta, direttamente, all'ottimizzazione e allo sviluppo della rete.

In questo contesto, pertanto, il regolatore, che pur deve farsi guida per rendere il sistema dei canoni equo e non discriminatorio, deve essere anche in grado di interpretare adeguatamente il suo ruolo, in particolare non sostituendosi al gestore della rete, ma rispettando i suoi spazi di discrezionalità, fondamentali per un migliore funzionamento del sistema ferroviario.

3.2. Focus. *L'indipendenza funzionale del gestore della rete*

All'indipendenza gestionale si correla, come appena osservato, seppure indirettamente, quella funzionale. La disciplina europea dei canoni di accesso, come già visto, riconosce tale forma di indipendenza del gestore della rete in riferimento alle funzioni essenziali, ovvero sia quelle che comportano un accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture, fra cui la determinazione dei canoni, che deve pertanto essere esercitata da un gestore indipendente dalle imprese di trasporto sotto il profilo giuridico, organizzativo e decisionale. E coerentemente a quanto appena affermato, il sistema dei canoni di accesso deve essere improntato ad un fondamentale principio di non discriminazione fra le imprese di trasporto.

In relazione ai mezzi per realizzare tale indipendenza, però, se pacifica appare l'adozione di una qualche forma di separazione fra il gestore della rete e le imprese ferroviarie, altrettanto uniforme non è il giudizio riguardo al grado di separazione da realizzare. In questo senso, sembra timido anche l'atteggiamento dell'Unione europea, che si limita a prevedere che gli Stati membri debbano attuare la sola separazione contabile⁵⁰ per le attività connesse alla prestazione di

⁴⁹ Cfr. ancora, M. Brignardello, *Il settore ferroviario*, cit., 148.

⁵⁰ Essa è obbligatoria fin dal 1991 (cfr. art. 6, direttiva 91/440/CEE). Con la rifusione, tale principio si rinviene oggi all'art. 6, par. 1, direttiva 2012/34/UE.

servizi di trasporto e quelle legate alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria, con conseguente divieto di sussidi incrociati. Quello che non rappresenta un obbligo per gli Stati membri, cioè, è l'istituzione di un regime di separazione proprietaria. Regna sovrana, in questo senso, la più ampia discrezionalità degli Stati, che possono liberamente determinare il livello di *unbinding* e adottare in autonomia il modello di *governance*.

La posizione dell'Europa alimenta il dibattito relativo alla separazione fra gestione dell'infrastruttura ed erogazione dei servizi⁵¹. A chi afferma che una separazione più radicale possa sviluppare una sana competizione fra le imprese ferroviarie, a beneficio di una liberalizzazione effettiva e di un aumentato grado di concorrenza del mercato⁵², si contrappone chi sostiene che una così forte separazione possa spezzare quelle sinergie indispensabili fra chi gestisce le reti e chi offre i servizi su quelle infrastrutture⁵³. I primi sono coloro che ritengono che la mancata separazione proprietaria rappresenti il maggiore ostacolo ad una compiuta liberalizzazione; i secondi, diversamente, sono coloro che asseriscono, sulla base di motivazioni tecnico-economiche, che il modello integrato garantisca un migliore funzionamento complessivo del sistema ferroviario (ad esempio, affermando che la separazione proprietaria possa creare disfunzioni di programmazione economica, come il progettare e gestire i binari senza tenere conto dei servizi e cioè dei treni che su quelle reti circoleranno).

Al di là della meritevolezza dell'una o dell'altra tesi, in virtù della massima discrezionalità degli Stati nella scelta del modello da attuare, il quadro in Europa si rivela assai disomogeneo. Alcuni Stati hanno deciso, oltrepassando la soglia degli obblighi minimi previsti dall'Europa, di adottare comunque un modello di separazione proprietaria, con un'entità di gestione della rete, talora di proprietà statale, separata radicalmente da tutte le imprese di trasporto (e quindi anche dall'operatore storico o quello principale). Altri Stati, diversamente, hanno optato per la sola separazione societaria, in cui il gestore dell'infrastruttura e le imprese ferroviarie, pur essendo soggetti distinti, fanno parte del medesimo gruppo societario e sono sottoposti al controllo della stessa *holding*.

Nel primo gruppo rientrano i paesi scandinavi. In Svezia, infatti, il gestore della rete *Trafikverket* è separato completamente dall'impresa ferroviaria prin-

⁵¹ Sul dibattito relativo all'*unbinding*, cfr. L. Senn, *La politica dei trasporti in Europa*, in L. Ammannati, A. Canepa (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Torino, 2015, 7. Più in generale, sull'*unbinding* nei servizi a rete, cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 74-87.

⁵² Cfr. fra gli altri, A. Candido, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in L. Ammannati, A. Canepa (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, cit., 127; G.D. Mosco, *Più concorrenza sui binari con la privatizzazione di FS*, in *www.lavoce.info.it*, 31 marzo 2015.

⁵³ Cfr. il rapporto finale dell'*Advisory Board* di Ambrosetti spa, dal titolo «Il contributo del trasporto ferroviario nella strategia di crescita in Italia e in Europa», in *www.ambrosetti.eu*, 2012, 91-107.

cipale SJ AB (*Statens Järnvägar AB*); in Norvegia, il gestore dell'infrastruttura JBV (*Jernbaneverket*) è separato dal primo operatore economico NSB AS (*Norges Statsbaner AS*); in Danimarca, l'amministratore della rete *Banedanmark* è separato dallo storico operatore DSB (*Danske Statsbaner*). Analogamente avviene nella penisola iberica. In Spagna, infatti, fra ADIF (*Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*), a cui spetta la gestione dell'infrastruttura, e *Renfe Operadora*, impresa *leader* del trasporto ferroviario, non esiste nessun rapporto di tipo proprietario; la stessa situazione si rileva in Portogallo, dove il gestore della rete *Infraestruturas de Portugal* è separato radicalmente dall'impresa ferroviaria *Comboios de Portugal E.P.E.* Altro caso di separazione proprietaria si rileva in Olanda fra il gestore dei binari *Prorail* e l'operatore ferroviario storico NS (*Nederlandse Spoorwegen*). Infine, anche la Gran Bretagna è caratterizzata da una separazione dello stesso tipo, con un amministratore dell'infrastruttura, *Network Rail Plc.*, del tutto separato dalle diverse *Train operating companies* (TOCs).

Nel secondo gruppo, vi è la Germania, dove DB AG (*Deutsche Bahn Aktien Gesellschaft*) è stata trasformata in una *holding*, controllante sia il gestore della rete, *DB netz AG*, sia il principale operatore economico ferroviario, *DB Fernverkehr AG*. Lo stesso è stato realizzato in Francia in tempi molto recenti, dove SNCF (*Société nationale des chemins de fer français*) ha assunto la forma di *holding*, che controlla SNCF *Mobilités*, per l'erogazione dei servizi, e SNCF *Réseau*, per la gestione della rete. Analogamente è avvenuto in Belgio, con la SCBN- *Holding* (*Société nationale des chemins de fer Belges-Holding*) che controlla sia *Infrabel*, gestore dei binari, che l'impresa ferroviaria SCBN. E così via in altri Stati europei, fra cui l'Austria, la Grecia e la Polonia.

Anche l'Italia ha adottato un modello verticalmente integrato basato sulla separazione solo societaria. Come già evidenziato nel corso della trattazione, infatti, Trenitalia spa, che rappresenta la principale impresa ferroviaria nazionale, è sì una società distinta dal gestore della rete RFI spa, ma insieme appartengono al medesimo gruppo societario FSI e sono soggette al controllo della *holding* FSI spa.

Ciò che potrebbe verificarsi in tale situazione – come ha messo in evidenza l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)⁵⁴ – è che Trenitalia spa, all'interno di una solo teorica sana e corretta competizione con gli altri operatori, possa essere favorita da RFI spa, in quanto parte dello stesso complesso

⁵⁴ L'AGCM ha infatti evidenziato i rischi relativi al modello di *governance* nazionale, sia in numerose segnalazioni, sia nell'ambito dei suoi procedimenti istruttori. Fra le tante segnalazioni, cfr. AS659/2010; AS528/2009; AS265/2003. Fra i procedimenti instaurati dall'AGCM, quello più noto riguarda *Arenaways* spa, operatore ferroviario costituito nel 2006 e intenzionato ad offrire un servizio di trasporto ferroviario passeggeri, in competizione con Trenitalia spa, nella tratta Milano-Torino. Cfr. A436-*Arenaways*-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri. Per un commento alla vicenda, cfr., fra gli altri, A. Boinani, F. Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2012, n. 1, 97-116.

societario. Da qui i seri dubbi sul sostanziale grado di liberalizzazione ferroviaria raggiunto nel nostro ordinamento.

Anche a livello sovranazionale, la Commissione europea ha manifestato il timore che, nei modelli di integrazione verticale, il gestore di rete possa rivelarsi non funzionalmente indipendente, che possa trattare le imprese ferroviarie in maniera non equa ma anzi discriminatoria, che possa tendere, in ultima istanza, a favorire gli operatori storici o quelli principali a danno di quell'integra competizione che un adeguato sistema di regolazione economica dell'accesso alle reti dovrebbe perseguire. Così, la stessa ha avviato numerose procedure di infrazione e successivi ricorsi per inadempimento nei confronti degli Stati membri che hanno adottato un modello verticalmente integrato⁵⁵. Su tali ricorsi si è pronunciata la Corte di Giustizia, che ha dovuto affrontare la questione inerente alla compatibilità dei gestori di rete inseriti in *holding* con l'indipendenza funzionale prescritta dalle direttive europee; la Corte ha dovuto verificare, cioè, se detto modello sia in grado di assicurare quell'indipendenza giuridica, organizzativa e decisionale dell'amministratore dell'infrastruttura che le direttive prevedono⁵⁶. Non è qui possibile esaminare tutti gli esiti. Tuttavia, la tendenza della Corte è stata quella di respingere le censure mosse dalla Commissione tutte le volte – e ciò è avvenuto molto spesso – in cui la stessa non avesse fornito delle prove concrete relative alla mancata indipendenza funzionale del gestore di rete, respingendo così l'idea che vi sia una presunzione di illegittimità del modello; infatti, la sola circostanza che la *holding* detenga la maggioranza o la totalità delle azioni della società che gestisce l'infrastruttura non è sufficiente a comprovare la mancanza di indipendenza del gestore sotto il profilo decisionale, e dunque funzionale⁵⁷. Tuttavia, come è stato rilevato, la prova richiesta dalla Corte di Giustizia sembra incerta sotto il profilo soddisfattorio, specialmente in virtù della mancanza di parametri su cui

⁵⁵ Le procedure di infrazione sono state rivolte nel 2008 verso ben 24 Stati membri, da cui sono derivati, fra il 2010 e il 2011, dopo la fase di precontenzioso, 11 ricorsi per inadempimento con riferimento alla questione in esame.

⁵⁶ In particolare, la Corte ha verificato, in ciascuna sentenza, se la disciplina dei singoli Stati fosse compatibile con le disposizioni, contenute nelle direttive europee del primo pacchetto ferroviario, relative all'indipendenza funzionale del gestore della rete, fra cui l'art. 6, par. 3, direttiva 91/440/CEE (introdotto dall'art. 1, direttiva 2001/12/CE) e l'art. 4, par. 2, direttiva 2001/14/CE.

⁵⁷ Per un commento alle decisioni relative all'Ungheria, al Regno di Spagna, all'Austria, alla Repubblica federale di Germania, alla Repubblica francese e alla Repubblica di Polonia, cfr. M. Delsignore, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in www.osservatorioaic.it, 2013, 5, secondo cui «la struttura *holding* garantisce indipendenza giuridica, posto che i soggetti del gruppo hanno ciascuno personalità giuridica distinta, ed indipendenza organizzativa, trattandosi di strutture diverse. Perplesità restano in ordine all'indipendenza sul piano decisionale», considerata la possibile influenza dominante svolta dalla capogruppo. In relazione alle decisioni della Corte, l'Autrice afferma che «la Corte non nega tale profilo, ma in tutte le sentenze disattende la censura stante la mancanza di prove esaustive a riguardo». Della stessa Autrice, cfr. M. Delsignore, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. Ita. Dir. pubbl. com.*, 2014, n. 2, 437 ss.

basare il giudizio e verificare l'indipendenza funzionale del gestore⁵⁸. Sulla base degli esiti di queste decisioni, peraltro, la Commissione, che nel ricorso contro l'Italia aveva anche contestato la mancanza di indipendenza funzionale del gestore della rete, ha più tardi rinunciato alla censura.

Sul tema dell'*unbinding* incide, infine, anche il quarto pacchetto ferroviario, che appare in questo senso "coraggioso, ma non troppo". Tale pacchetto, infatti, nella proposta di modifica della direttiva *Recast*, pur non vincolando gli Stati membri ad adottare un modello di separazione proprietaria, esprime un *favor* in tal senso, quale modalità più naturale per assicurare l'indipendenza funzionale. Ed è così che propone, per il futuro, il divieto assoluto alla creazione di nuove strutture a integrazione verticale nella forma di *holding*. Tuttavia – e qui emerge la scelta di compromesso – in relazione all'esistente, la Commissione può ammettere strutture verticalmente integrate, che rispettino rigorose condizioni (c.d. mura glie cinesi) – correttivi allo stato non ancora vigenti – a tutela dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura e la cui verifica spetta alla Commissione medesima⁵⁹.

4. *Quale ruolo dei canoni di accesso nello spazio unico ferroviario europeo? Riflessioni conclusive*

L'istituzione di uno spazio unico ferroviario europeo, che si inserisce in quella visione che vede nell'Europa un *single market*, rappresenta un rilevante e ambizioso obiettivo perseguito dall'Unione europea. L'idea è quella di giungere ad un più elevato livello di convergenza e coerenza tra i diversi sistemi nazionali. E ciò vale sotto un'eterogeneità di profili⁶⁰. Quello che, però, direttamente ci riguarda, attiene all'instaurazione di un regime quanto più concorrenziale dei mercati nazionali.

A tal fine, infatti, la politica europea dei trasporti è da anni rivolta a realizzare un sistema ferroviario che sia efficiente e di qualità, in relazione al quale un regime effettivamente concorrenziale in ciascuno Stato, basato a sua volta sull'ef-

⁵⁸ Cfr. C. Cataldi, *La sentenza della Corte di Giustizia c-369/11 e la liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario*, cit., 278.

⁵⁹ Il riferimento è a strutture comportamentali che garantiscano la separazione giuridica, finanziaria e operativa del gestore dell'infrastruttura dalle imprese ferroviarie. Cfr. documento della Commissione europea dal titolo «ferrovie europee: le sfide che ci attendono». Per un commento, cfr. D. Maresca, *The chinese walls between infrastructure managers and rail operators as a compromise between railway liberalization and state monopolies*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2014, n. 1, 155-176.

⁶⁰ Per uno sguardo d'insieme al tema, L. Ammannati, *Modelli di governance a confronto: una introduzione*, in L. Ammannati, A. Canepa (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, cit., 97-104.

fettiva apertura dei mercati nazionali e la loro attrattività anche verso *competitors* europei, rappresenta lo strumento privilegiato⁶¹.

Eppure, la *single European railway area* stenta ancora oggi a realizzarsi.

Un quadro di regole non sufficientemente chiaro e internamente coerente, l'eccessiva discrezionalità lasciata agli Stati membri tanto sul modello di *governance* da adottare quanto sul grado di liberalizzazione da attuare, l'incapacità dei regolatori nazionali di farsi guida della liberalizzazione e la mancanza di un organismo europeo di regolazione, tutte insieme hanno costituito – e in parte ancora costituiscono – le cause principali di un'integrazione non ancora completamente avvenuta.

Gli Stati membri, infatti, sfruttando le carenze di un *corpus* normativo non così limpido e mediante il recepimento scorretto o incompleto delle direttive europee, hanno spesso preferito proteggere la propria industria e il proprio operatore nazionale⁶², invece che aprire sostanzialmente i propri mercati. E gli stessi regolatori nazionali, non armati di sufficienti poteri, ma soprattutto, spesso, non del tutto indipendenti dai Governi, non sono riusciti ad incidere sull'effettivo grado di liberalizzazione.

Ma l'attenzione tesa al risultato sembra essere, negli ultimi anni, accresciuta. Da tempo si discute della creazione di uno spazio unico europeo senza frontiere, e questo è vero, ma quella che prima era poco più che una dichiarata intenzione, sembra oggi più concretamente condotta sul piano dell'azione. Analizziamo brevemente alcuni interventi degli ultimi anni che sembrano a tal fine rilevanti.

Innanzitutto, il primo intervento è rappresentato dalla «Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti»⁶³, atto di estrema rilevanza sul piano programmatico.

Successivamente è stata emanata la già esaminata direttiva 2012/34/UE, che abroga e rifonde in un unico testo gran parte delle precedenti direttive del settore, al fine di costituire una base normativa unitaria e comune agli Stati membri. Il che è fondamentale in un'ottica di integrazione. Ma quel che più è rilevante è che la rifusione nasce per contrastare quel sistema ferroviario europeo ancora parcel-

⁶¹ Cfr. S. Quadri, *Verso una governance europea dei trasporti: stato dell'arte e prospettive*, in L. Ammannati A. Canepa (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, cit., 24.

⁶² Sulle resistenze degli Stati membri ad una politica europea dei trasporti, cfr. L. Senn, *La politica dei trasporti in Europa*, cit., 3. L'Autore afferma, infatti, che «il principio dell'Unione è evidentemente sostenuto e ribadito da tutti i paesi aderenti, ma quando il principio cala nelle singole realtà settoriali e territoriali, allora molti Paesi Membri – senza volerlo o poterlo sostenere – non vogliono politiche unitarie che farebbero loro perdere identità [...]. Essi dovrebbero infatti di conseguenza modificare le proprie politiche nazionali [...] ma soprattutto dovrebbero rinunciare a difendere strenuamente i loro “campioni nazionali” [...]. In Francia e in Germania, ma in parte anche in Spagna e in Italia le imprese ferroviarie riflettono ancora una cultura di “fiero nazionalismo”, soprattutto dove e quando le *performances* sono positive e si esita pertanto ad intraprendere quei cambiamenti che sarebbero richiesti da una maggiore unificazione».

⁶³ Cfr. Libro bianco, dal titolo «Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile» del 28 marzo 2011, COM(2011)144.

lizzato nei confini territoriali nazionali; la volontà del legislatore europeo, infatti, è quella di ambire alla chiarezza e alla capacità di risolvere i problemi legati ad interpretazioni divergenti del precedente complesso normativo da parte degli Stati membri⁶⁴. La direttiva rafforza anche i poteri degli organismi di regolazione⁶⁵ e soprattutto, come già osservato, la loro indipendenza dai Governi nazionali, eliminando così diversi ostacoli all'integrazione.

Infine, è stato presentato, in data 30 gennaio 2013, il c.d. quarto pacchetto ferroviario da parte della Commissione, che detta ulteriori interventi, articolati in 6 proposte legislative, «per affrontare gli ostacoli che ancora si frappongono alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo unico»⁶⁶. L'effetto di integrazione legato al pacchetto discende, in primo luogo, dall'ampio spettro di riforma delle proposte, che attengono infatti a diversi aspetti, dalla *governance* dell'infrastruttura alla liberalizzazione del trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, dall'interoperabilità e sicurezza alla formazione e motivazione del personale operante nelle imprese ferroviarie⁶⁷; secondariamente, l'effetto di unificazione discende dalla tendenza a preferire lo strumento del regolamento a quello della direttiva. La *ratio* è, ovviamente, quella di far uso di un atto dotato di efficacia diretta, al fine di ridurre le numerose disomogeneità presenti fra le discipline nazionali, diffor-

⁶⁴ Per alcune ragioni (quelle qui rilevanti) sottostanti la rifusione, cfr. Comunicazione della Commissione europea «relativa allo sviluppo di uno Spazio unico ferroviario europeo», COM(2010)474. Si riporta un passo fondamentale (punto 3.1): «lo sviluppo della legislazione UE sull'accesso al mercato ferroviario ha progressivamente incentivato l'apertura dei mercati [...]. Tuttavia la concorrenza tra imprese ferroviarie è ancora limitata da vari fattori derivanti da comportamenti protezionistici degli operatori storici e dalla gestione collusiva dell'infrastruttura ferroviaria che, essendo un monopolio naturale, dovrebbe essere accessibile a tutti i concorrenti in modo equo e non discriminatorio [...]. Gli operatori che entrano in un nuovo mercato continuano a soffrire di discriminazioni per ottenere l'accesso all'infrastruttura e ai servizi ferroviari, che spesso sono di proprietà e sono gestiti dall'impresa ferroviaria storica». Inoltre, «gli organismi di regolamentazione degli Stati membri incontrano difficoltà nello svolgimento dei loro compiti di supervisione dei gestori dell'infrastruttura, in particolare per prevenire le discriminazioni dei nuovi arrivati [...]. Queste difficoltà [...] possono aggravarsi quando l'organismo di regolamentazione non è sufficientemente indipendente dai gestori di infrastruttura, dall'operatore ferroviario storico o dal ministero di tutela di quest'ultimo [...]. La legislazione vigente affronta già in una certa misura questi problemi, ma la Commissione è consapevole che queste difficoltà persisteranno se il quadro regolamentare dell'UE non viene applicato correttamente [...]. Nel progetto di direttiva adottato con la presente comunicazione, la Commissione propone pertanto di modificare le regole vigenti in materia di accesso al mercato per eliminare gli ostacoli ad una concorrenza equa individuati».

⁶⁵ Cfr. art. 56, direttiva 2012/34/UE, per le rafforzate funzioni dell'organismo di regolamentazione; cfr. art. 57 della medesima direttiva, per la cooperazione tra i diversi organismi nazionali di regolamentazione. Sul rafforzamento dei poteri, cfr. F. Crococolo, M. Benedetti, *L'impatto del recast delle direttive europee sulle funzioni dell'Autorità dei Trasporti*, in *www.astridonline.it*, 2013, 1 ss.

⁶⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione europea dal titolo «Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee», COM(2013)25 final.

⁶⁷ A riguardo, si segnala che il Parlamento europeo ha adottato i testi normativi del cd. pilastro tecnico e del cd. pilastro di mercato, rispettivamente, nel luglio e nel dicembre 2016.

mità che fino ad oggi le direttive, lasciando agli Stati discrezionalità sui tempi e modalità di attuazione, non sono state in grado di eliminare⁶⁸.

Eppure differenze evidenti caratterizzano ancora oggi i sistemi ferroviari nazionali. Alcune sono destinate a risolversi in un'ottica di integrazione, altre non sembrano poter approdare al medesimo esito.

Una di esse è rappresentata dalla sussistenza dell'apertura del mercato di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri. Quest'ultimo non è stato ancora liberalizzato in Europa, sebbene una delle proposte⁶⁹ del quarto pacchetto succitato abbia fissato, a tal fine, come termine di avvio, quello del dicembre 2019; da qui la conseguenza che, ad oggi, solo pochi Stati hanno aperto detto mercato (Germania, Svezia, Italia, Gran Bretagna, Austria, Repubblica Ceca), che pertanto rimane in Europa in gran parte chiuso⁷⁰.

Un'ulteriore disomogeneità, che diversamente dalla prima non sembra destinata a risolversi a favore dell'integrazione, come osservato, riguarda la *governance* e il livello di *unbinding*. Come già visto, infatti, gli Stati si dividono fra coloro che adottano un modello di separazione proprietaria e quelli che, diversamente, optano per una struttura maggiormente integrata.

Infine, permangono ancora oggi differenze riguardo alle competenze degli organismi di regolazione e al loro grado di indipendenza dal potere politico dei singoli Stati⁷¹.

L'azione di tali organismi, peraltro, si rivela fondamentale nell'ottica di avvicinamento dei sistemi ferroviari nazionali. Con i loro compiti di regolazione, controllo e para-giurisdizionali, infatti, gli stessi garantiscono che il sistema dei canoni sia improntato ai principi di trasparenza, imparzialità, equità e non discriminazione, tutti caratteri che devono contraddistinguere i trattamenti tariffari applicati dai gestori di rete alle imprese ferroviarie. Il che sembra indispensabile per intraprendere la via della liberalizzazione, della concorrenza e, così, dell'integrazione ferroviaria.

Il loro agire, del resto, potrebbe rivelarsi ancora più efficace in virtù delle aumentate forme di coordinamento esistenti fra i regolatori nazionali⁷² e attra-

⁶⁸ Per l'ampio spettro di riforma delle proposte del quarto pacchetto ferroviario, cfr. la comunicazione indicata alla nota precedente. Per la tendenza a preferire il regolamento in luogo della direttiva, cfr. M. Giachetti Fantini, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, cit., 15.

⁶⁹ Cfr. COM(2013)29.

⁷⁰ Cfr. documento della Commissione europea dal titolo «ferrovie europee: le sfide che ci attendono».

⁷¹ Sulla diversità dei vari organismi di regolazione nazionali, cfr. L. Ammannati, *Modelli di governance a confronto: una introduzione*, cit., 101-104.

⁷² Sul ruolo che la regolazione può assolvere nel processo di integrazione europea attraverso la presenza e il coordinamento fra i diversi regolatori in Europa, cfr. L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, testo della relazione tenuta al Convegno dal medesimo titolo svoltosi a Milano il 19 ottobre 2011 in *www.osservatorioair.it*, 7 ss.

verso la creazione di un futuro organismo europeo di regolazione⁷³, capace di imprimere forza al processo di integrazione. Obiettivo, questo, che si auspica, in quanto la regolazione medesima deve tendere a perseguire il benessere degli utenti finali⁷⁴, fine ultimo che verrebbe particolarmente valorizzato con la creazione di una *single European railway area*.

Dunque, il via ad un'efficace regolazione del sistema dei canoni per realizzare uno spazio unico europeo delle ferrovie, con la presa d'atto, tuttavia, che l'obiettivo rappresenta una sfida aperta e assai ardua, specialmente in virtù di continue e celate resistenze da parte degli Stati membri.

⁷³ Cfr. S. Quadri, *Verso una governance europea dei trasporti: stato dell'arte e prospettive*, cit., 26, secondo cui per costruire una politica europea dei trasporti realmente efficace è indispensabile un coordinamento anche regolatorio, attraverso l'istituzione di un'autorità generale di coordinamento dei regolatori nazionali.

⁷⁴ Sul benessere dell'utente finale quale scopo ultimo della regolazione, cfr. M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. Econ.*, 2012, n. 3, 510- 511.

Verso una single European railway area. Il ruolo delle tariffe ferroviarie

L'istituzione di uno spazio unico ferroviario europeo, caratterizzato da un elevato livello di convergenza e coerenza tra i diversi sistemi nazionali, rappresenta un rilevante e ambizioso obiettivo perseguito dall'Unione europea. Tuttavia, al di là dei gradualisti passi in avanti compiuti dalla politica europea dei trasporti, la *single European railway area* stenta ancora oggi a realizzarsi. Un quadro di regole non sufficientemente chiaro e internamente coerente, l'eccessiva discrezionalità lasciata agli Stati membri tanto sul modello di *governance* da adottare quanto sul grado di liberalizzazione da attuare, l'incapacità dei regolatori nazionali di farsi guida della liberalizzazione e la mancanza di un organismo europeo di regolazione, tutte insieme hanno costituito, e in parte ancora costituiscono, le cause principali di un'integrazione non ancora completamente avvenuta. In tale contesto, sembra poter rivestire un ruolo determinante la regolazione del sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, oggetto privilegiato, dunque, dell'indagine ivi condotta.

Towards a single European railway area. The role of the access charge system and of the use of the railway infrastructure

The establishment of a single European railway area, characterised by a high level of convergence and consistency among the various national systems, represents a relevant and ambitious target pursued by the European Union. However, apart from the gradual progress made by the European Transport Policy, the single European railway area even now struggles to be implemented. An unclear and inconsistent framework, the existence of a high degree of discretion accorded to the Member States (both on the model of governance to be adopted and on the degree of liberalisation to be implemented), as well as the incapacity of national regulatory authorities to fully promote liberalisation and the lack of any European regulatory authority have together constituted and partially still constitute the main causes of a rather incomplete integration process. In this context, the regulation of the access charge system and of railway infrastructure use would maybe play a decisive role so as to make it the preferential field of the research carried out therein.

Articoli e Saggi

Appunti sul rapporto tra diritto e tecnica: il caso della giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche. Un «modello» (forse) da riscoprire?*

Alessandro Paire

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche. – 3. Il sindacato sulla discrezionalità tecnica. Alcuni rilievi «deferenti» del TSAP. – 4. Spunti conclusivi.

1. *Premessa*

Le presenti osservazioni, muovendo nel solco del complesso e travagliato rapporto tra diritto e tecnica, si propongono di richiamare l'attenzione su un particolare ambito del nostro ordinamento giurisdizionale che vide nella «elevata tecnicità della materia» rimessa al sindacato di quel particolare Giudice, un suo importante fattore costitutivo se, non, addirittura, il suo vero e proprio elemento genetico.

Ambito che, dopo decenni di relativo torpore, anche grazie ad una vigorosa crescita della sensibilità ambientale del legislatore di evidente matrice europea, ha conosciuto negli ultimi anni una nuova e importante stagione di attività, con un aumento significativo dei procedimenti giurisdizionali rubricati annualmente, sia in primo grado che in appello.

Esattamente cento anni fa, con l'emanazione del Decreto Luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664 istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche, il legislatore, giunto ad affrontare il tema della tutela giurisdizionale in settori par-

* Il presente lavoro è il frutto di una comunicazione al Convegno di studi tenutosi ad Alessandria il 4 marzo 2016 presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale, *Diritto, Scienze e Tecnologie*, a cura di P.M. Vipiana.

ticolarmente permeati dalla tecnica, risolveva il problema innestando all'interno del collegio giudicante dei tecnici, al fine di assicurare in camera di consiglio un dialogo pronto ed immediato tra coloro chiamati a rendere la decisione¹.

Agli albori del XX secolo, in piena Grande Guerra, la materia delle concessioni idroelettriche e, più in generale, il contenzioso delle acque, rappresentava un tema che, più di altri, per la sua forte caratterizzazione tecnica, risultava meritevole di un giudice particolarmente qualificato e competente, e non solo sotto il profilo giuridico: «l'evolversi dell'economia e la necessità di sfruttare sempre più le risorse idriche avevano portato alla creazione di un complesso *corpus* normativo, la cui applicazione richiedeva la presenza di un sistema giurisdizionale in grado di risolvere questioni spesso assai complicate sotto il profilo tecnico. Si avvertiva, cioè, l'esigenza di un organo giurisdizionale *ad hoc*, ossia chiamato a risolvere le sole questioni in materia di acque»².

Da allora, la migliore dottrina si è soffermata sulle ragioni storiche (giuridiche e, forse, almeno in parte, politiche) che portarono alla creazione di una giurisdizione speciale e specializzata delle acque pubbliche, interrogandosi, ciclicamente, in ordine alla necessità, ovvero all'opportunità, di una sua permanenza nel nostro sistema giurisdizionale³.

L'interrogativo si è posto sia in considerazione delle radicali trasformazioni intervenute nel comparto idrico ed energetico nazionale, soprattutto all'indomani del periodo bellico, sia, da ultimo, in ragione dell'evoluzione del sistema di tutela delle situazioni giuridiche soggettive in chiave eurounitaria⁴.

¹ Come ricordato in dottrina, «la sua istituzione rispondeva all'esigenza, in una materia considerata ad elevato grado di complessità tecnica, di assicurare un giudice che, grazie alla presenza nel proprio collegio di ingegneri idraulici e funzionari esperti in acque pubbliche e opere idrauliche, fosse in grado di assicurare una giustizia adeguata». Il riferimento è a B. Marchetti, *La giurisdizione sull'acqua. Una specialità da conservare?*, in G. Santucci - A. Simonati - F. Cortese, (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2011, 211 ss. Sul tema, tra i classici, per tutti, F. Giannattasio, *Il Tribunale delle acque pubbliche ed il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, 241; F. Vassalli, *In tema di decreti legge: il Tribunale delle acque pubbliche*, Roma, 1918; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, VI ed., Milano, 1948, 289; R. Chieppa, *Leggi nuove e giurisdizioni speciali preesistenti*, in *Giur. cost.*, 1962, 1501 ss.; G. Vacirca, *Tribunali delle acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1991; S. Palazzolo, *Voce Tribunali delle acque pubbliche*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, 379; L. Viola, *Acque pubbliche*, in A. Travi, (a cura di), *Formulario annotato della giustizia amministrativa*, Padova, 2000, 499; C.E. Gallo, *La giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti del Tribunale superiore acque pubbliche: una questione aperta non superata dal legislatore*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 12, 3173; G.B. Conte, *Tribunali delle acque pubbliche*, in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, 5997; G. Mastrangelo, *I tribunali delle acque pubbliche*, Monografie del Corriere giuridico, Roma, 2009.

² V. Parisio, *I Tribunali delle Acque: un modello giurisdizionale tutto italiano*, in *Foro amm.*, TAR, 12, 2009, 3679 ss.

³ Per tutti, A.M. Sandulli, *Sulla sopravvivenza delle giurisdizioni speciali al termine fissato per la loro revisione*, in *Giur. cost.*, 1956.

⁴ Sul punto, per tutti, anche i numerosi riferimenti sistematici e dottrinali, V. Parisio, *op. cit.*, 3679 ss.

Non è certo questa la sede per affrontare un tema così complesso e complicato. Ciò che preme piuttosto rilevare e sottolineare è come all'origine stessa del contenzioso delle acque pubbliche – o, meglio, dell'istituzione di un vero e proprio Giudice delle acque – vi fosse un problema tutt'altro che antico o superato, ovvero il ruolo del sapere tecnico e scientifico nell'amministrazione della giustizia. Problema che, invero, con la proliferazione della tecnica nel diritto, tipica dell'era contemporanea, si è via via acuito, assumendo oggi un ruolo di primissimo piano, sia nella produzione giurisprudenziale che negli studi della dottrina⁵.

Al principio del Novecento il nodo venne sciolto con la creazione di un tribunale speciale caratterizzato dalla presenza qualificata di esperti in scienze idrauliche all'interno dei Collegi giudicanti ed introducendo in modo a dir poco «rivoluzionario» un'eccezione all'ordinario regime di riparto fondato sulla situazione giuridica soggettiva, al fine di assicurare, in una materia considerata ad elevato grado di complessità tecnica, una giustizia il più possibile adeguata e sensibile.

Esso godeva originariamente di una cognizione estesa sia ai diritti soggettivi che agli interessi legittimi, poiché la rilevanza del profilo tecnico delle controversie era risultata prevalente rispetto ad ogni altro profilo, compreso il principio dell'unità della giurisdizione.

Nondimeno, un siffatto assetto unitario della giurisdizione durò assai poco, sia a causa del problema della unicità del grado di giudizio, valutata intollerabile soprattutto in ipotesi di cognizione di diritti soggettivi, che per quello più prettamente logistico giacché una sola sede giurisdizionale in Roma rendeva oggettivamente difficoltosa una reale giustiziabilità diffusa, soprattutto in un'epoca storica in cui i mezzi di comunicazione e di trasporto del Regno erano ancora piuttosto embrionali.

Il successivo Regio Decreto n. 2161 del 1919 statuiva così la nascita di otto tribunali regionali (denominati appunto tribunali regionali delle acque pubbliche, TRAP), istituiti presso le Corti d'Appello di Torino, Venezia, Milano, Firenze, Roma, Napoli, Cagliari e Palermo, come sezioni specializzate della giurisdizione ordinaria competenti a decidere, in primo grado, le controversie in materia di diritti soggettivi.

Il sistema della giurisdizione sulle acque assumeva un nuovo e definitivo assetto con un Tribunale denominato Tribunale Superiore delle Acque Pubbli-

⁵ Sul tema la dottrina è a dir poco sterminata. Per tutti, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, *passim*; A. Predieri, *L'erompe delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; N. Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma, Bari, 2001; M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, n. 2, 314; F. Fracchia - C. Videtta, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, 497. Per una esaustiva ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009.

che (TSAP), deputato quale giudice d'appello a conoscere le controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, assegnate, in primo grado, alle sezioni specializzate delle Corti d'appello; in materia di interessi legittimi, invece, esso manteneva la sua natura di giudice di unico grado a «cognizione diretta».

Tale nuovo assetto veniva successivamente recepito nel Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, recante il Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, che, nonostante i numerosissimi tentativi di riforma radicale, per la parte relativa al contenzioso è tuttora il testo normativo di riferimento, seppur parzialmente novellato a seguito di due pronunce della Corte costituzionale.

Con l'aumento esponenziale dell'impiantistica idroelettrica, soprattutto di piccole e medie dimensioni, verificatosi in Italia a far tempo dai primi anni 2000 sotto lo stimolo di una massiccia politica pubblica di incentivo alle c.d. energie rinnovabili⁶ e con l'intensificarsi di eventi meteorologici sempre più violenti forieri di contenziosi sulle opere idrauliche generalmente intese, il Giudice delle Acque assume oggi un ruolo nel sistema dell'amministrazione della giustizia tutt'altro che secondario o marginale⁷.

E ciò sia in ragione delle portate degli interessi economici sottesi, sia – e, soprattutto – in ragione dell'importanza strategica fondamentale oramai unanimemente riconosciuta alla risorsa idrica, bene prezioso e diritto da conservare anche per le generazioni future⁸.

⁶ Cfr. Rapporto «Energia da fonti rinnovabili in Italia. Dati preliminari 2015» – Rapporto «Energie rinnovabili al 2020. Scenari tendenziali» e, da ultimo, Rapporto «Scenari di evoluzione del contatore FER definito dal DM 23/06/2016. Evoluzione del costo indicativo annuo e del costo indicativo annuo medio delle fonti rinnovabili non fotovoltaiche» a cura del Centro Studi del GSE, consultabile in *internet* sul sito «<http://www.gse.it>». Nel 2016 la domanda di energia elettrica è stata coperta per il 92,7% con produzione nazionale e per la quota restante (7,3%) dal saldo dell'energia scambiata con l'estero con una produzione nazionale netta (24,3 miliardi di kWh) cresciuta di ben il 14,4% rispetto a novembre 2015. Nell'ambito delle energie rinnovabili, il comparto idroelettrico ha registrato un aumento piuttosto significativo del 7,8% passando da una produzione di 2.981 GWh (novembre 2015) a 3215 GWh (novembre 2016).

⁷ Il fenomeno degli eventi meteorologici intensi ed improvvisi rappresenta, unitamente a quello del dissesto o, quantomeno, della fragilità idrogeologica del territorio nazionale, la causa più frequente dei disastri alluvionali che oramai ciclicamente si verificano. Tra gli altri, basti citare gli eventi alluvionali di Genova 2011 – 2014 e di Parma 2014. A fronte di ciò, si sta registrando una consapevolezza diffusa in ordine alla necessità di intervenire massicciamente sul sistema fluviale nazionale attraverso opere di ingegneria idraulica atte ad assicurare in via preventiva una migliore regimazione delle acque.

⁸ Sul punto, con particolare riferimento alla gestione del servizio idrico integrato, V. Parisio, *Acqua, servizio idrico, liberalizzazioni*, in *Foro amm.*, C.D.S., 2007, 4, 1289 ss.; A. Bartolini, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in A. Police, (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 226 ss.; V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e Unione Europea*, in V. Parisio (a cura di), *La fruizione del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, 107. Più in generale, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi*, n. 5 del 9 marzo 2011; T.E. Frosini, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, 1 ss. Con particolare riferimento alla prospettiva energetica della risorsa, S. Palazzolo, *Acque pubbliche ed energia*, in *Rass. giur. Energia elettrica*, 1996, 342; Id., *La nuova normativa in tema di acque pubbliche*, in *Dir. giur. agraria e ambiente*, 1995, 6; E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012; M.A. San-

2. *La giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche*

Come detto poc'anzi, nel corso degli ultimi decenni sono stati molteplici i tentativi di riforma del Giudice delle Acque: dal progetto di riforma presentato dalla Commissione Ferrati nel 1973 a quello presentato dalla Commissione Palazzolo nel 1990.

Più recentemente, occorre menzionare il Disegno di Legge recante «Abolizione dei tribunali regionali e del Tribunale Superiore delle acque pubbliche», approvato dal Consiglio dei Ministri del 6 settembre 2002⁹, nonché il Decre-

dulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico, evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi*, n. 24 del 4 dicembre 2013.

⁹ Particolarmente significative risultano le considerazioni di carattere storico sviluppate nelle premesse dei lavori preparatori al Disegno di Legge in parola laddove si legge testualmente che «Fine modulo il funzionamento di questi ormai datati organi giurisdizionali, strutturati ed operanti con norme ancorate al codice processuale del 1865, si presenta assai dispendioso, perché prevede delle strutture ormai non più congrue rispetto al numero di controversie, da giudicarsi del tutto irrisorio rispetto al normale carico degli altri organi giurisdizionali (negli ultimi cinque anni le cause iscritte sono state, rispettivamente, 169, 193, 191, 198, 207), sicché il servizio giustizia si presenta nella materia assai dispendioso. La struttura giudiziaria, storicamente datata, si comprende e giustifica solo in un contesto storico superato, tant'è che è stata più volte oggetto di tentativi di revisione e di adeguamento rimasti senza esito, anche in funzione dell'obbligo costituzionale di riesaminare gli organi speciali di giurisdizione di cui al comma 1 della VI disposizione transitoria e finale della Carta costituzionale (progetto di riforma presentato al Ministero dei LL.PP. dalla commissione Ferrati, nominata nel 1966 che terminò i lavori nel 1973; progetto di riforma presentato al Ministero dei LL.PP. dalla commissione Palazzolo, nominata nel 1989 che terminò i lavori con una relazione stralcio sul contenzioso nell'aprile del 1990); da ultimo, la necessità di un intervento è divenuto assolutamente indispensabile all'esito di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale. (...) Tali pronunce di incostituzionalità, unitamente alla considerazione di scarsa compatibilità tra i principi che reggono il giudizio in materia di acque e quelli in materia processuale sanciti dalla Costituzione (si pensi a mo' di esempio che l'impugnativa davanti al T.s.a.p. come giudice amministrativo è limitata ad un unico grado e che l'impugnativa innanzi alla Sezioni unite della Cassazione delle sentenze emesse dal T.s.a.p. quale giudice amministrativo è ammessa con ricorso straordinario, fuori dal sistema vigente) suggeriscono il presente intervento normativo che si propone di sopprimere i citati organi giurisdizionali e di attribuire al giudice ordinario (Tribunali e Corti d'appello) le cause relative a diritti ed al giudice amministrativo (t.a.r. e Consiglio di Stato) dei ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi in tema di acque. Tenuto conto del numero molto basso di controversie (l'ultima rilevazione riferisce una pendenza di appena 556 processi), nonché di una regolamentazione del testo unico superata ed in contrasto con l'intervenuta normativa costituzionale, si presenta la avvertita esigenza di riportare l'attuale contenzioso davanti al giudice naturalmente competente e cioè al giudice ordinario per le questioni relative a diritti e al giudice amministrativo per quelle concernenti lesioni di interessi legittimi, fatto salvo, per quest'ultimo, la competenza, introdotta dalle recenti modifiche legislative, a conoscere del risarcimento del danno nelle materie devolute alla sua giurisdizione. La soluzione proposta distribuisce, dunque, le competenze dei tribunali delle acque pubbliche tra giudice ordinario ed amministrativo, prevedendo un generale doppio grado di giudizio con possibilità di ricorso per cassazione relativamente alla giurisdizione nei casi di decisione di secondo grado del Consiglio di Stato ed ordinario (art. 360 e ss. C.p.c.) negli altri casi. Il posto di presidente del T.s.a.p. viene soppresso e questa soppressione è utilizzata per istituire un nuovo posto di presidente aggiunto della Corte suprema di cassazione, permettendo la razionalizzazione della distribuzione delle competenze degli aggiunti tra il ramo civile e quello penale. L'organico amministrativo del T.s.a.p. viene aggregato a quello della Corte di cassazione, con salvezza dei diritti del personale impiegato. La disciplina transitoria e di attuazione è concepita per un graduale passaggio al nuovo sistema,

to Legge n. 251 dell'11 novembre 2002, recante «Misure urgenti in materia di amministrazione della giustizia», il cui Capo I prevedeva agli artt. da 1 a 4 l'abolizione dei Tribunali regionali e del Tribunale superiore delle acque pubbliche, Capo successivamente non convertito in Legge¹⁰.

Sotto il profilo normativo, solo con la L 26 febbraio 2004, n. 45, le disposizioni originali di inizio Novecento del TU sulle Acque hanno subito una modifica con la riforma degli artt. 139 e 149, in particolare nel senso auspicato dalla Consulta con le celebri sentenze del 2002. Con la decisione 3 luglio 2002, n. 305, la Corte si è pronunciata in merito agli articoli 139 e 143, comma 3 del TU, giudicandoli incostituzionali nella parte in cui non prevedevano la nomina di uno o più supplenti, nell'ipotesi di astensione di uno dei componenti titolari. Con la decisione 17 luglio 2002, n. 353, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della composizione dei tribunali regionali relativamente alla partecipazione al collegio giudicante di uno dei tre tecnici, già funzionari del genio civile¹¹.

In particolare, convertendo il DL 24 dicembre 2003, n. 354, il legislatore ha previsto l'integrazione del collegio da parte di tre esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri e nominati con decreto del Ministro della Giustizia in conformità alla deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura su proposta del presidente della Corte di appello o del Presidente del Tribunale Superiore, a seconda del tribunale interessato; inoltre, è stata modificata la struttura del collegio del Tribunale delle acque, che ora decide con l'intervento di tre votanti, tra i quali uno degli esperti ingegneri¹².

che rispetti le aspettative ed i diritti delle parti nei procedimenti pendenti (art. 5 comma 4), garantendo l'appello e l'impugnazione dei provvedimenti, secondo un termine (90 giorni dall'entrata in vigore della presente legge) che tiene conto delle novità introdotte. Il medesimo criterio di riparto della giurisdizione è esteso anche alle ipotesi di revocazione, opposizione di terzo e di correzione delle ordinanze e delle sentenze, previste attualmente dal codice di procedura civile. (...).

¹⁰ G. Virga, *Prime impressioni derivanti dalla lettura del decreto legge n. 251/2002*; Id., *Sul regime transitorio previsto dal DL n. 251/2002 a seguito della soppressione dei Tribunali delle acque*, entrambi consultabili in internet sul sito: «<http://www.lexitalia.it>».

¹¹ Le sentenze sono consultabili in internet sul sito istituzionale della Corte all'indirizzo «<http://www.cortecostituzionale.it>».

¹² Recita l'art. 1 del DL convertito rubricato «Riorganizzazione dei tribunali delle acque»: «1. Fino all'entrata in vigore della complessiva riforma della disciplina concernente la giurisdizione in materia di acque pubbliche, attualmente contenuta nel testo unico di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, si osservano le disposizioni che seguono: a) all'articolo 138 del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, sono apportate le seguenti modificazioni: 1) il secondo comma è sostituito dal seguente: «Il Tribunale regionale è costituito da una sezione ordinaria della Corte di appello designata dal presidente, integrata con tre esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri e nominati con decreto del Ministro della giustizia in conformità alla deliberazione del Consiglio superiore della magistratura adottata su proposta del presidente della Corte di appello.»; 2) il quarto comma è sostituito dal seguente: «Il Tribunale regionale decide con l'intervento di tre votanti, tra i quali uno degli esperti di cui al secondo comma.»; b) all'articolo 139 del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, sono apportate le seguenti modificazioni: 1) al secondo comma, la lettera d) è sostituita dalla seguente: «d) tre esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri.»; 2) al quarto comma le parole: «i membri tecnici dal Presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici» sono sostituite dalle seguenti: «gli esperti sono nominati con decreto del Ministro della giustizia in conformità alla deliberazione del Consiglio superiore della magistratura adottata su proposta del pre-

Da ultimo, occorre menzionare la Proposta di Legge AC 2658/2014 recante «Soppressione dei tribunali regionali e del Tribunale superiore delle acque pubbliche» presentata l'8 ottobre 2014 e attualmente giacente presso gli Uffici legislativi della Camera dei Deputati.

Anche tale tentativo di riforma prende le mosse da una ricostruzione ed una visione del sistema TRAP – TSAP piuttosto *tranchant*, in senso negativo, qualificandolo espressamente come un modello superato e, soprattutto, «assolutamente antieconomico».

In estrema sintesi, in quest'ultima iniziativa di riforma si propone – nuovamente – di migliorare l'efficienza dell'apparato giustizia sopprimendo i citati organi giurisdizionali e attribuendo al giudice ordinario (tribunali e corti d'appello) le cause relative a diritti soggettivi ed al giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato) le controversie che hanno quale proprio oggetto la lesione di interessi legittimi.

Inoltre, si prevede che le «controversie in materia di risarcimento del danno sono attribuite al giudice amministrativo nei casi devoluti alla sua giurisdizione» e che, al fine di una generale razionalizzazione, «il posto di presidente del Tribunale superiore delle acque pubbliche viene soppresso a favore dell'istituzione di un nuovo posto di presidente aggiunto della Corte di cassazione», con l'aggregazione dell'organico amministrativo del tribunale a quello della Corte di cassazione, fatti salvi i diritti del personale impiegato¹³.

sidente del Tribunale superiore.»; c) all'articolo 1 della legge 1° agosto 1959, n. 704, sono apportate le seguenti modificazioni: 1) il primo comma è sostituito dal seguente: «L'indennità fissa mensile spettante, indipendentemente da ogni altra indennità o compenso, ai componenti dei tribunali delle acque pubbliche è fissata in euro 15,50 per i magistrati del Tribunale superiore, in euro 11,36 per i presidenti effettivi dei tribunali regionali e in euro 9,3 per i consiglieri effettivi degli stessi tribunali.»; 2) dopo il primo comma è inserito il seguente: «Agli esperti componenti del Tribunale superiore delle acque in qualità di titolari o supplenti, ed agli esperti componenti dei tribunali regionali delle acque, spetta un'indennità di euro 100 per ciascuna udienza cui prendano parte.»; d) dopo l'articolo 139 del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, è inserito il seguente: «139-bis. Nelle stesse forme previste per i titolari sono nominati in pari numero componenti supplenti del Tribunale superiore, i quali sono retribuiti, per il servizio effettivamente prestato, nella misura prevista dall'articolo 1, primo e secondo comma, della legge 1 agosto 1959, n. 704». 1-bis. Fino alla nomina degli esperti secondo le modalità di cui al presente articolo, restano in servizio gli esperti in carica alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, secondo le modalità dei rispettivi incarichi (1). 2. Per l'attuazione delle disposizioni di cui al comma 1, lettera c), è autorizzata la spesa di 35.957 euro a decorrere dall'anno 2004 (2). 2-bis. Per l'attuazione delle disposizioni di cui al comma 1, lettera d), è autorizzata la spesa di 9.387 euro a decorrere dall'anno 2004 (1). (1) Comma inserito dalla legge di conversione 26 febbraio 2004, n. 45. (2) Comma sostituito dalla legge di conversione 26 febbraio 2004, n. 45».

¹³ Cfr. la Proposta di Legge consultabile in *internet* sul sito della Camera dei Deputati («www.camera.it») secondo la quale: «PROPOSTA DI LEGGE. Art. 1. 1. Ai fini della presente legge per tribunali regionali si intendono i tribunali regionali delle acque pubbliche e per Tribunale superiore si intende il Tribunale superiore delle acque pubbliche, previsti e disciplinati dal titolo IV del testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, e successive modificazioni. Art. 2. 1. Decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge il titolo IV del testo unico di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, e successive modificazioni, e l'articolo 64 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sono abrogati. Dalla stessa data sono soppressi i tribunali regionali delle acque pubbliche e il Tribunale superiore delle acque pubbliche. Art. 3. 1. Dalla data di entrata in vigore della presente legge, le controversie concernenti le materie previste dall'articolo 140 del testo

Sorprendentemente, l'attuale stagione di riforme messe in cantiere dall'esecutivo in carica, pur toccando trasversalmente, oltre che, convulsamente, l'intero ordinamento – ivi compreso il livello costituzionale – non ha generato in materia di contenzioso delle acque nuovi propositi.

Sicché la Magistratura delle Acque, compiuto oramai un secolo di vita, prosegue oggi – quasi in sordina – la propria attività giurisdicente, forte di un totale

unico di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, già di competenza dei tribunali regionali delle acque pubbliche, sono instaurate davanti al tribunale ordinario che ha sede nel capoluogo del distretto territorialmente competente, il quale giudica in composizione collegiale. Le controversie nelle materie previste dall'articolo 143 del medesimo testo unico di cui al regio decreto n. 1775 del 1993 sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo. Il ricorso per cassazione avverso la pronuncia resa in grado di appello dal Consiglio di Stato è limitato ai motivi di cui all'articolo 362 del codice di procedura civile ed è deciso ai sensi dell'articolo 374, primo comma, dello stesso codice. 2. Le controversie di cui al comma 1 in materia di risarcimento del danno sono attribuite al giudice amministrativo nei casi devoluti alla sua giurisdizione. Art. 4. 1. La pianta organica della magistratura è, contemporaneamente alla soppressione del posto di presidente del Tribunale superiore delle acque pubbliche, aumentata di un posto di primo presidente aggiunto della Corte di cassazione. La tabella B allegata alla legge 5 marzo 1991, n. 71, e successive modificazioni, è sostituita dalla tabella B di cui all'allegato A annesso alla presente legge. 2. L'organico del personale amministrativo già attribuito al Tribunale superiore delle acque pubbliche è assegnato alla Corte di cassazione. Il relativo personale in servizio all'atto della cessazione dell'attività dell'ufficio mantiene l'inquadramento precedentemente goduto. 3. L'organico del personale amministrativo già attribuito ai tribunali regionali delle acque pubbliche è assegnato alle corti d'appello competenti per territorio. Il relativo personale in servizio all'atto della cessazione dell'attività dell'ufficio mantiene l'inquadramento precedentemente goduto. Art. 5. 1. Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono sospesi di diritto i procedimenti pendenti davanti ai tribunali regionali e al Tribunale superiore delle acque pubbliche. Resta fermo l'obbligo di depositare i provvedimenti per le cause assegnate in decisione anteriormente alla medesima data. Il deposito di provvedimenti, successivamente alla scadenza del termine di cui all'articolo 2, è effettuato presso la cancelleria della corte d'appello relativamente ai provvedimenti del tribunale regionale delle acque pubbliche e presso la cancelleria della prima sezione civile della Corte di cassazione per i provvedimenti del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Le cancellerie provvedono agli adempimenti di competenza conseguenti al deposito delle sentenze e delle ordinanze in materia civile previsti dal codice di procedura civile. 2. Entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge gli interessati riassumono le cause pendenti presso i tribunali regionali delle acque pubbliche e il Tribunale superiore delle acque pubbliche, davanti al giudice individuato secondo i criteri stabiliti dall'articolo 3. La mancata riassunzione nel termine determina l'estinzione del procedimento. Le controversie pendenti in secondo grado avanti al Tribunale superiore delle acque pubbliche sono riassunte avanti alla corte d'appello competente per territorio; quelle pendenti davanti al Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado sono riassunte dinanzi al tribunale amministrativo regionale competente che decide con sentenza appellabile al Consiglio di Stato. 3. Gli atti processuali compiuti davanti ai tribunali regionali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche conservano la loro validità e la loro efficacia anche dopo la riassunzione. 4. Contro i provvedimenti per i quali non sia decorso il termine di impugnazione, pronunciati dal tribunale regionale delle acque pubbliche nelle materie di cui all'articolo 3, comma 1, è ammesso l'appello alla corte d'appello competente per territorio; contro i provvedimenti pronunciati dal Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado nelle materie di cui all'articolo 3, comma 2, e, in grado d'appello, al medesimo articolo 3, comma 1, è ammesso il ricorso per cassazione nei casi e nelle forme previsti dagli articoli 360 e seguenti del codice di procedura civile. 5. Nei soli casi di cui al comma 4 l'impugnazione è proposta, a pena di inammissibilità, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, ovvero dalla data di deposito della sentenza, fatta salva la sospensione dei termini processuali di cui all'articolo 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, e successive modificazioni. 6. Per i giudizi di revocazione, nei casi previsti dagli articoli 395 e seguenti del codice di procedura civile, di opposizione di terzo, nei casi previsti dagli articoli 404 e seguenti del codice di procedura civile, nonché di correzione delle ordinanze e delle sentenze, nei casi previsti dagli articoli 287 e seguenti del codice di procedura civile è competente, nelle materie di cui all'articolo 3, comma 1, della presente legge, il tribunale ordinario e, nelle materie di cui al medesimo articolo 3, comma 2, il tribunale amministrativo regionale».

immobilismo del legislatore, che se da un lato ne «minaccia» oramai da anni la sua soppressione, da un altro lato se ne disinteressa totalmente, focalizzando l'attenzione su altri ambiti di giurisdizione ritenuti – evidentemente – di maggiore interesse e rilievo¹⁴.

3. *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica. Alcuni rilievi «deferenti» del TSAP*

In ragione del noto riparto di cognizione fra Tribunali delle acque e Tribunale superiore in sede di legittimità o, secondo la lettera del RD del 1933, in «cognizione diretta», appare evidente che il tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica della PA affiori prioritariamente avanti al TSAP, giudice chiamato a decidere *ex art.* 143 TU, sui ricorsi avverso i provvedimenti definitivi dell'autorità amministrativa¹⁵.

Se è vero che, talvolta, anche avanti al TRAP ovvero al TSAP in sede d'appello possono dipanarsi vicende processuali in cui l'*expertise* tecnica finisce per giocare un ruolo di cruciale importanza nell'economia complessiva del giudizio, è parimenti vero che, in tali ipotesi, l'oggetto dello scrutinio del giudice specializzato incardinato presso le Corti d'appello (qual è il TRAP) non è un atto amministrativo frutto di discrezionalità amministrativa, sia essa pura, tecnica o mista, quanto piuttosto una vicenda sostanziale non (troppo) dissimile dalle classiche vicende rimesse alla cognizione dell'AGO¹⁶.

¹⁴ Come noto, a far tempo dai primi anni Novanta, sia la giustizia civile che quella penale sono state oggetto di continue e significative riforme che spaziano dall'ordinamento giudiziario alla disciplina sostanziale e processuale.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 143 del RD 11 dicembre 1933, n. 1775, Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, «appartengono alla cognizione diretta del Tribunale superiore delle acque pubbliche: a) i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche (1); b) i ricorsi, anche per il merito, contro i provvedimenti definitivi dell'autorità amministrativa adottata ai sensi degli artt. 217 e 221 della presente legge; nonché contro i provvedimenti definitivi adottati dall'autorità amministrativa in materia di regime delle acque pubbliche ai sensi dell'art. 2 del testo unico delle leggi sulle opere idrauliche approvato con R.D. 25 luglio 1904, n. 523, modificato con l'art. 22 della L. 13 luglio 1911, n. 774, del R.D. 19 novembre 1921, n. 1688, e degli artt. 378 e 379 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (2); c) i ricorsi la cui cognizione è attribuita al Tribunale superiore delle acque dalla presente legge e dagli artt. 23, 24, 26 e 28 del testo unico delle leggi sulla pesca, approvato con R.D. 8 ottobre 1931, n. 1604».

¹⁶ Ai sensi dell'art. 140 del RD 11 dicembre 1933, n. 1775, Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, «appartengono in primo grado alla cognizione dei Tribunali delle acque pubbliche: a) le controversie intorno alla demanialità delle acque; b) le controversie circa i limiti dei corsi o bacini, loro alvei e sponde; c) le controversie, aventi ad oggetto qualunque diritto relativo alle derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica; d) le controversie di qualunque natura, riguardanti la occupazione totale o parziale, permanente o temporanea di fondi e le indennità previste dall'art. 46 della L. 25 giugno 1865, n. 2359, in conseguenza dell'esecuzione o manutenzione di opere idrauliche, di bonifica e derivazione utilizzazione delle acque. Per

A titolo meramente esemplificativo, si pensi alle cause aventi ad oggetto la demanialità delle acque ovvero la delimitazione dei corsi o bacini, dei loro alvei e delle sponde ovvero – ancora – alle vicende risarcitorie in cui il Giudice, assai di frequente, è solito rimettersi, talvolta anche acriticamente, alle risultanze del consulente tecnico all'uopo incaricato¹⁷.

Per contro, avanti al Tribunale superiore in sede di legittimità è l'attività amministrativa classicamente intesa ad essere fisiologicamente oggetto di sindacato giurisdizionale.

Se in passato tale attività sembrava pressoché interamente riconducibile alle ordinarie ipotesi di discrezionalità amministrativa, con una Pubblica Amministrazione titolare di un potere caratterizzato da “spazi di scelta” particolarmente ampi e numerosi, con il progressivo intensificarsi della tecnica, le scelte amministrative sulla gestione delle risorse idriche si sostanziano sempre più in un'attività di giudizio a contenuto scientifico. Giudizio che finisce per assumere un ruolo decisionale fondamentale nell'economia complessiva del procedimento amministrativo, a scapito di qualsivoglia altra valutazione in gioco.

Basti menzionare in questa sede l'attività amministrativa rimessa alle Province e volta al rilascio dei titoli abilitativi per costruire ed esercire gli impianti idroelettrici ovvero sia la concessione a derivare *ex* RD 11 dicembre 1933, n. 1775 e, a seconda delle varie fattispecie determinate dalla potenza dell'impianto, la verifica e la valutazione di impatto ambientale *ex* D.Lgs 152/2006 ovvero l'autorizzazione unica *ex* D.Lgs 387/03.

Ebbene, in tali casi, a mente di quanto emerge testualmente dai provvedimenti emanati, siano essi positivi o negativi, la prevalenza dell'*expertise* tecnica e scientifica appare a dir poco palpabile, con atti dirigenziali che assai di frequente si limitano a recepire le risultanze dei pareri e delle valutazioni tecniche rese dai vari organi intervenuti in seno alla conferenza di servizi, quali le Agenzie regiona-

quanto riguarda la determinazione peritale dell'indennità prima dell'emissione del decreto della espropriazione resta fermo il disposto dell'art. 33 della presente legge; e) le controversie per risarcimenti di danni dipendenti da qualunque opera eseguita dalla pubblica amministrazione e da qualunque provvedimento emesso dall'autorità amministrativa a termini dell'art. 2 del T.U. 25 luglio 1904, n. 523, modificato con l'art. 22 della L. 13 luglio 1911, n. 774; f) i ricorsi previsti dagli artt. 25 e 29 del testo unico delle leggi sulla pesca approvato con R.D. 8 ottobre 1931, n. 1604».

¹⁷ Tra le altre, a titolo meramente esemplificativo, circa la tendenza del TRAP a rimettersi alle risultanze della CTU, si veda TRAP Torino, 8 aprile 2015, n. 662, resa in materia di risarcimento danni per omessa manutenzione di un fiume e, più in generale, sul regime di responsabilità incombente sulla Pubblica Amministrazione titolare delle opere idrauliche in ipotesi di eventi alluvionali eccezionali; TRAP Torino, 23 giugno 2016, n. 1071, resa in materia di delimitazione dell'alveo di un fiume. Antitetico, ovvero con riferimento ai (rari) casi in cui il Giudice disattende addirittura le risultanze della CTU, cfr. TSAP in sede di appello, n. 57, 8 aprile 2013, conferma TRAP Milano, n. 1390, 10 maggio 2010.

li per l'Ambiente, le Autorità di Bacino, le Sovrintendenze, etc., disponendo di spazi valutativi sempre più limitati ed angusti¹⁸.

¹⁸ Recentemente proprio sul rapporto tra Autorità "tecnica" (Autorità di Bacino) e Autorità politica (Provincia), si veda TSAP, 12 marzo 2018, n. 61. (Sul punto assai significativo si pone il parere reso dall'Autorità di bacino *ex art.* 7 comma 2 RD 11 dicembre 1933, n. 1775, Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici: «Le domande di cui al primo comma relative sia alle grandi sia alle piccole derivazioni sono altresì trasmesse alle Autorità di bacino territorialmente competenti che, entro il termine perentorio di quaranta giorni dalla data di ricezione ove si tratti di domande relative a piccole derivazioni, comunicano il proprio parere vincolante ai competente Ufficio Istruttore in ordine alla compatibilità della utilizzazione con le previsioni del Piano di tutela, ai fini del controllo sull'equilibrio del bilancio idrico o idrologico, anche in attesa di approvazione del Piano anzidetto. Qualora le domande siano relative a grandi derivazioni, il termine per la comunicazione del suddetto parere è elevato a novanta giorni dalla data di ricezione delle domande medesime. Decorsi i predetti termini senza che sia intervenuta alcuna pronuncia, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nomina un Commissario *ad acta* che provvede entro i medesimi termini decorrenti dalla data della nomina (1)». A seguito del recepimento delle direttive comunitarie, infatti, al centro di una siffatta valutazione si pone lo strumento di pianificazione (c.d. Piano di bacino) di cui all'art. 65 D.Lgs 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale, rubricato «Valore, finalità e contenuti del piano di bacino distrettuale». In ragione della particolare tecnicità ed articolazione i piani di bacino assumono così portata sostanzialmente decisoria riducendo al minimo gli spazi riservati sia Amministrazione tecnica (Autorità di bacino che deve rendere il parere), sia all'Amministrazione titolare del potere abilitativo (Provincia). A mente dell'art. 65 TUA, infatti, «il Piano di bacino distrettuale, di seguito Piano di bacino, ha valore di piano territoriale di settore ed è lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo ed alla corretta utilizzazione della acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato. 2. Il Piano di bacino è redatto dall'Autorità di bacino in base agli indirizzi, metodi e criteri fissati ai sensi del comma 3. Studi ed interventi sono condotti con particolare riferimento ai bacini montani, ai torrenti di alta valle ed ai corsi d'acqua di fondo valle. 3. Il Piano di bacino, in conformità agli indirizzi, ai metodi e ai criteri stabiliti dalla Conferenza istituzionale permanente di cui all'articolo 63, comma 4, realizza le finalità indicate all'articolo 56 e, in particolare, contiene, unitamente agli elementi di cui all'Allegato 4 alla parte terza del presente decreto: a) il quadro conoscitivo organizzato ed aggiornato del sistema fisico, delle utilizzazioni del territorio previste dagli strumenti urbanistici comunali ed intercomunali, nonché dei vincoli, relativi al distretto, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; b) la individuazione e la quantificazione delle situazioni, in atto e potenziali, di degrado del sistema fisico, nonché delle relative cause; c) le direttive alle quali devono uniformarsi la difesa del suolo, la sistemazione idrogeologica ed idraulica e l'utilizzazione delle acque e dei suoli; d) l'indicazione delle opere necessarie distinte in funzione: 1) dei pericoli di inondazione e della gravità ed estensione del dissesto; 2) dei pericoli di siccità; 3) dei pericoli di frane, smottamenti e simili; 4) del perseguimento degli obiettivi di sviluppo sociale ed economico o di riequilibrio territoriale nonché del tempo necessario per assicurare l'efficacia degli interventi; e) la programmazione e l'utilizzazione delle risorse idriche, agrarie, forestali ed estrattive; f) la individuazione delle prescrizioni, dei vincoli e delle opere idrauliche, idraulico-agrarie, idraulico-forestali, di forestazione, di bonifica idraulica, di stabilizzazione e consolidamento dei terreni e di ogni altra azione o norma d'uso o vincolo finalizzati alla conservazione del suolo ed alla tutela dell'ambiente; g) il proseguimento ed il completamento delle opere indicate alla lettera f), qualora siano già state intraprese con stanziamenti disposti da leggi speciali, da leggi ordinarie, oppure a seguito dell'approvazione dei relativi atti di programmazione; h) le opere di protezione, consolidamento e sistemazione dei litorali marini che sottendono il distretto idrografico; i) i meccanismi premiali a favore dei proprietari delle zone agricole e boschive che attuano interventi idonei a prevenire fenomeni di dissesto idrogeologico; l) la valutazione preventiva, anche al fine di scegliere tra ipotesi di governo e gestione tra loro diverse, del rapporto costi-benefici, dell'impatto ambientale e delle risorse finanziarie per i principali interventi previsti; m) la normativa e gli interventi rivolti a regolare l'estrazione dei materiali litoidi dal demanio fluviale, lacuale e marittimo e le relative fasce di rispetto, specificatamente individuate in funzione del buon regime delle acque e della tutela dell'equilibrio geostatico e geomorfologico dei terreni e dei litorali; n) l'indicazione delle zone da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche, ai fini della conservazione del suolo, della tutela dell'ambiente e della prevenzione contro presumibili effetti dannosi di

Il tema dello scrutinio giurisdizionale sugli atti frutto di discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione rappresenta notoriamente un tema particolarmente articolato e complesso, oggetto di un lungo e travagliato percorso giurisprudenziale e dottrinale tutt'ora *in itinere*¹⁹.

Prendendo le mosse dalla giurisprudenza amministrativa resa dal plesso TAR – Consiglio di Stato, le decisioni rese dal Tribunale Superiore parrebbero potersi qualificare come il frutto di un sindacato giurisdizionale particolarmente deferente ed ossequioso.

Sino all'avvento del nuovo CPA, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo», il sindacato giurisdizionale del giudice delle acque sugli atti impugnati risultava diversamente modulato e modulabile in ragione dell'ammissibilità o meno della consulenza tecnica d'ufficio.

interventi antropici; o) le misure per contrastare i fenomeni di subsidenza e di desertificazione, anche mediante programmi ed interventi utili a garantire maggiore disponibilità della risorsa idrica ed il riuso della stessa; p) il rilievo conoscitivo delle derivazioni in atto con specificazione degli scopi energetici, idropotabili, irrigui od altri e delle portate; q) il rilievo delle utilizzazioni diverse per la pesca, la navigazione od altre; r) il piano delle possibili utilizzazioni future sia per le derivazioni che per altri scopi, distinte per tipologie d'impiego e secondo le quantità; s) le priorità degli interventi ed il loro organico sviluppo nel tempo, in relazione alla gravità del dissesto; t) l'indicazione delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente. (...)». Tra gli altri, sembra piuttosto significativo citare il caso del fiume Po la cui Autorità di bacino ha recentemente reso alcune Direttive dal carattere spiccatamente tecnico. Cfr. Delibera del Comitato Istituzionale n. 7/2015 – 17 dicembre 2015, recante «Piano di gestione del distretto idrografico del fiume Po. Riesame e aggiornamento al 2015 per il ciclo di pianificazione 2015 – 2021 – PsGPO 2015» e Delibera del Comitato Istituzionale n. 8/2015 – 17 dicembre 2015, «Direttiva per la valutazione del rischio ambientale connesso alle derivazioni idriche in relazione agli obiettivi di qualità ambientale definiti dal piano di gestione del Distretto idrografico Padano».

¹⁹ La dottrina sul punto è a dir poco sterminata. Tra gli altri, D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 212 ss.; F. Fracchia - C. Videtta, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, 497; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009. Con particolare riferimento al tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, F. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. Caringella - M. Protto, (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 724 ss.; G. Saporito, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. Caringella - M. Protto, (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001, 945; A. Chizzini, *I poteri istruttori*, in B. Sassani – R. Villata, (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge 205/2000*, Torino, 2001, 255; A. Abbamonte, *La fase istruttoria*, in V. Cerulli Irelli, (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2000; G. Perulli, *Commento all'art. 16*, in *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, coordinato da V. Italia, Milano, 2000, 313. Più in generale, sul tema del sindacato della discrezionalità amministrativa, A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in Aa. Vv., *Sindacato giurisdizionale e sostituzione della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, 2013; B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano. Recentemente, C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi*, n. 2 del 25 gennaio 2017.

Se avanti al TRAP e al TSAP in sede d'appello la consulenza tecnica risultava, seppur entro margini piuttosto perimetrati, ammissibile, così non avveniva avanti al TSAP in sede di legittimità, ritenuta pacificamente esclusa in radice: «(...) mentre il Tribunale regionale delle acque pubbliche può legittimamente disporre consulenza tecnica, in base all'art. 208, t.u. 11 dicembre 1933, n. 1775, che prevede espressamente l'applicabilità nei giudizi davanti ai tribunali delle acque delle norme del codice di rito non derogate da norme speciali, altrettanto non può dirsi in ordine al procedimento relativo al Tribunale Superiore delle Acque pubbliche in unica istanza per il quale sono espressamente richiamate dallo stesso art. 208 le norme del titolo III capo II del t.u. 1054 del 1924 sul Consiglio di stato (Tribunale Superiore delle Acque pubbliche, 7.3.1986, n. 15; 24.6.1985, n. 34)»²⁰.

Seguiva, a logico corollario di una siffatta esclusione, una discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione pressoché insindacabile in sede di legittimità²¹.

Invero, in un tale contesto storico, anche in materia di diritti soggettivi il Giudice delle acque si poneva in termini piuttosto morigerati in ordine all'utilizzo della consulenza tecnica, giungendo ad affermare che «non è ammissibile la consulenza tecnica d'ufficio intesa a contraddire le metodologie e le risultanze dell'attività accertativa posta in essere dalla competente autorità, essendo tale mezzo istruttorio – astrattamente reso possibile dall'art. 167 t.u. n. 1775 del 1933 – è pur sempre, qualificato eccezionale dalla stessa norma, davanti al tribunale superiore delle acque pubbliche, la cui specializzazione specifica, anche per i profili tecnici, trova supporto nella appartenenza, al collegio giudicante, di una componente non togata, tecnicamente qualificata»²².

Più recentemente, nel solco di quel fenomeno di intensificazione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica che il nostro ordinamento ha conosciuto sulla scorta delle influenze di matrice comunitaria, il Tribunale delle

²⁰ Cass. civ., ss.uu., 15 luglio 1999, n. 403, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1640.

²¹ Chiamate a conoscere «la prevalenza dell'interesse ambientale su quello relativo all'equilibrio geostatico e geomorfologico dei torrenti coinvolti» le SS.UU. osservavano come una siffatta prevalenza «va valutata discrezionalmente dalla P.A. e le sue decisioni discrezionali, in merito, non sono sindacabili in sede di legittimità (così anche Tribunale Superiore delle Acque pubbliche, 28.8.1987, n. 41)». Cfr. Cass. civ., ss.uu., 15 luglio 1999, n. 403, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1640. In senso parzialmente conforme, TSAP, 12 maggio 2000, n. 32, in *CED Cassazione*, TSAP, 2001, laddove si ribadiva che «nel giudizio di legittimità promosso, in via di cognizione diretta, davanti al tribunale Superiore delle Acque pubbliche, le scelte operative delle amministrazioni, allorché sono sottoposte a censura sotto il profilo dell'eccesso di potere, sopportano un sindacato che inerisce al rispetto delle norme di azione e dei principi che devono governare i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e non anche gli ambiti della discrezionalità di cui si connota il potere, sia che esso concerna in senso stretto l'amministrazione della cosa pubblica, sia che si estrinsechi in ambiti richiedenti espressioni di discrezionalità tecnica».

²² TSAP, 5 febbraio 2001, n. 12, in *CED Cassazione*, TSAP, 2001.

acque ha lentamente superato il proprio atteggiamento deferente in favore di un controllo più pieno ed incisivo²³.

Dopo alcune aperture espressione di un sindacato estrinseco «debole», ovvero sotto il profilo della logicità e della completezza della motivazione²⁴, il Giudice delle Acque è giunto ad affermare che «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. si può svolgere in base non già al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla stessa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, con riguardo sia al criterio tecnico sia al relativo procedimento applicativo: in questi casi, il principio, di rilevanza comunitaria, d'effettività della tutela impone che le valutazioni tecniche e scientifiche siano verificabili quanto meno sul piano della loro attendibilità, in quanto logiche, non arbitrarie e non palesemente erranee per inadeguata applicazione della scienza o tecnica di riferimento o per travisamento dei fatti, ex art. 24, 111 e 113, cost., nonché art. 6, § 1), Cedu»²⁵.

Nondimeno, se in generale, la giurisprudenza del TSAP sembrerebbe ormai collimare con quella del Consiglio di Stato in un'ottica di auspicata ed auspicabile omogeneizzazione del sindacato giurisdizionale di legittimità rinvenibile nel

²³ Per una ricostruzione sistematica del tema, C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi*, n. 2, 25 gennaio 2017, il quale ricorda lucidamente come «fin dalla celebre sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999 è stato, infatti, affermato il principio secondo cui lo scrutinio della legittimità degli atti connotati da discrezionalità tecnica autorizza (anzi: impone) la “verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo”, sulla base della logicamente presupposta distinzione semantica tra opinabilità dell'apprezzamento di una regola tecnica e valutazione, di merito, della convenienza dell'atto. Ammesso, cioè, che l'opinabilità della valutazione tecnica non esclude il controllo della correttezza della sua acquisizione, il controllo giurisdizionale può (anzi: deve) estendersi fino alla verifica dell'attendibilità del processo istruttorio che ha condotto alla concreta definizione della regola di azione, stabilita in astratto dal legislatore e riempita di contenuti dall'amministrazione procedente. Resta fermo, ovviamente, anche in questo caso, il limite della riserva di amministrazione, nel senso che, una volta accertata la correttezza del processo tecnico di definizione in concreto del concetto indeterminato stabilito in via astratta nel precetto normativo, rimane precluso al giudice il sindacato della correttezza della scelta finale. Il metodo di analisi appena tracciato risulta, peraltro, avvalorato dalla definitiva codificazione della consulenza tecnica d'ufficio come mezzo di prova anche nel processo amministrativo (art. 67 c.p.a.) e, soprattutto, dalla sua preordinazione anche all'acquisizione di valutazioni che richiedono competenze tecniche (art. 63, comma 4, c.p.a.) Ogni esegesi riduttiva degli spazi di sindacabilità degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica dev'essere, in definitiva, rifiutata, siccome produttiva dell'inaccettabile effetto di impedire l'erogazione di una tutela piena e soddisfacente. Le esigenze connesse al principio di effettività della tutela, al contrario, impongono un'interpretazione ampia dei confini del sindacato giurisdizionale degli atti in questione, nella misura in cui il carattere tecnico dell'accertamento e dell'apprezzamento dei presupposti di esercizio del potere non possono tradursi in un limite alla piena conoscenza, da parte del giudice investito della relativa funzione di controllo, della correttezza tecnica, ma anche della coerenza logica, del procedimento valutativo che ha fondato l'assunzione dell'atto giudicato. Così ricostruito, il sindacato della discrezionalità tecnica appare del tutto assimilabile al controllo della legittimità dell'esercizio di una funzione caratterizzata da discrezionalità amministrativa, sicché anche la consistenza di questa tipologia di esame può intendersi esaurita da una verifica seria e scrupolosa dei profili attinenti all'istruttoria, se del caso con l'ausilio di un esperto, e alla motivazione».

²⁴ TSAP, 16 novembre 2009, n. 164, in *Foro amm. CDS*, 2009, 11, 2708.

²⁵ TSAP, 15 febbraio 2012, n. 19, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, 479.

nostro ordinamento, non mancano tratti di distinguo in cui il Tribunale delle Acque «rigurgita» approcci tradizionalisti e conservatori improntati ad un sindacato meramente debole e/o comunque estrinseco della discrezionalità tecnica²⁶.

Tra gli altri, due recenti arresti del 2016 sembrano particolarmente illuminanti e significativi, soprattutto in ragione della rilevanza delle questioni sostanziali sottese: il primo in materia di valutazione di impatto ambientale; il secondo in materia di preferibilità di progetti di idroderivazione in regime di concorrenza.

In ipotesi di VIA, in particolare, emerge plasticamente il diverso atteggiamento serbato dal giudice delle acque rispetto al giudice amministrativo «ordinario», giacché se la giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷ sembra oramai assestarsi in favore di un controllo particolarmente penetrante e stringente sull'atti-

²⁶ Circa l'utilizzo di tali locuzioni recentemente attenta dottrina non ha mancato di rilevare come «il dibattito sulla dicotomia tra controllo forte e debole (in particolare sugli atti delle autorità amministrative indipendenti) e sul sindacato estrinseco o intrinseco (in particolare degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica) mostra, infatti, tutta la sua fragilità e sconta le difficoltà connesse all'estrema eterogeneità della conformazione normativa delle funzioni giudicate, palesando, così, la sua incapacità di offrire soluzioni valide (in astratto) per tutte le tipologie di esplicazione dei pubblici poteri. Ogni norma attributiva del potere risulta, a ben vedere, strutturata secondo uno schema del tutto peculiare che impedisce l'affermazione di paradigmi univoci e universali e che costringe a limitare l'indagine all'enunciazione di canoni necessariamente generici (ancorché funzionali ad essere declinati alla specifica fattispecie normativa e amministrativa esaminata). Non ha molto senso, in altre parole, affannarsi ad argomentare la tesi del controllo debole o di quello forte, mentre serve definire un paradigma oggettivo e idoneo a tracciare i margini entro i quali può essere giudicata la funzione amministrativa esercitata, senza invadere l'ambito riservato dall'ordinamento all'amministrazione (e senza che possa essere validamente eroso dalla giurisdizione)». Cfr. C. Deodato, *op. cit.*, 3 ss.

²⁷ Tra gli altri, Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 5339, consultabile in *internet* sul sito istituzionale della giustizia amministrativa in «www.giustizia-amministrativa.it», conferma TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 1205 del 2015, laddove si osserva che «la sostanza del diniego, come si è finora esposto pare al Collegio rientrare nella lata discrezionalità dell'amministrazione in punto di valutazioni di compatibilità paesaggistica ed ambientale (Consiglio di Stato, sez. VI, 22/09/2014, n. 4775) sebbene la valutazione di impatto ambientale del progetto di realizzazione di un impianto eolico sia improntata ad ampia discrezionalità, sia tecnica che amministrativa, la successiva cognizione del giudice amministrativo non è limitata alla logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, ma si estende anche alla valutazione dell'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'amministrazione. E non è inficiata dai vizi di palese assenza o insufficienza della motivazione (ancora di recente, ai sensi di T.A.R. Perugia -Umbria- sez. I 9 settembre 2016 n. 608): in simili fattispecie, poi, dedurre ipotesi di disparità di trattamento è del tutto non condivisibile già sul piano teorico. (...)». Ed ancora, Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, in *Riv. Giur. dell'Edilizia* 2014, 5, I, 983. Nel caso di specie, l'autorità competente aveva concluso positivamente il procedimento di VIA, pur in presenza di notevoli criticità. Il Collegio, sotto tale profilo, censura la carenza di una motivazione ampia ed esauriente che consenta di superare dette criticità, confermando così i vizi del provvedimento già riscontrati dal giudice di prime cure. In giurisprudenza, la discrezionalità di cui gode la PA nella VIA è definita ora quale discrezionalità tecnica, ora quale discrezionalità mista (amministrativa e tecnica). Nondimeno, in disparte le diverse classificazioni formali, le più recenti pronunce sembrano oramai convergere in favore di una cognizione del GA piuttosto penetrante ed incisiva. In via ulteriore, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4928, in «www.giustizia-amministrativa.it»; TAR Piemonte, sez. I, 10 luglio 2014, n. 1197, *ivi*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 giugno 2014, n. 685, *ivi*; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6 febbraio 2014, n. 686, in *Foro amm.*, 2014, 2, 581; Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4611, in *Foro amm. CDS*, 2013, 9, 2449. In dottrina, per tutti, R. Ferrara, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3179 ss.; A. Milone, *La disciplina della valutazione di impatto ambientale a seguito delle novità introdotte dal d. lgs. n. 128/10*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, 6, 509 ss.

vità amministrativa condotta e sulle valutazioni rese, spingendosi ben oltre ad un mero controllo sulla logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, la posizione del TSAP sembra caratterizzarsi per un atteggiamento più deferente, escludendo la possibilità per il Giudice di valutare l'apprezzamento della PA considerato espressione di una mera discrezionalità amministrativa: «il provvedimento positivo di VIA non si sostanzia in una mera verifica tecnica circa la astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio-economica, tenuto conto delle alternative possibili e dei riflessi della stessa c.d. opzione-zero; la natura schiettamente discrezionale della decisione finale la rende sindacabile nei soli limiti della illogicità arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti»²⁸.

Secondo la suprema Magistratura delle acque, «gli atti amministrativi espressione di valutazioni tecniche in materia di VIA sono suscettibili di sindacato giurisdizionale esclusivamente nel caso in cui l'amministrazione abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica, stante il divieto per il giudice amministrativo di sostituire proprie valutazioni tecniche a quelle effettuate dalla pubblica autorità»²⁹.

Ma il disallineamento tra TSAP e Palazzo Spada appare talvolta ancor più vivo e significativo.

In ipotesi di giudizio di preferibilità, così come espresso dall'amministrazione concedente su un progetto di idroderivazione, il giudice delle acque ha recentemente affermato che esso, «qualora non sia inficiato da macroscopica illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento di fatti, ma sia espressione della discrezionalità tecnica dell'amministrazione medesima, deve ritenersi sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità» compiendo pertanto un vero e proprio balzo all'indietro rispetto al percorso evolutivo compiuto³⁰.

²⁸ Cfr. TSAP, 5 febbraio 2016, n. 35, consultabile in *internet* sul sito «<http://www.acquaenergiadiritto.com>», Osservatorio di giurisprudenza dell'Associazione Centro Studi Acqua, Energia e Diritto a cura di M.A. Sandulli.

²⁹ TSAP, 24 marzo 2016, n. 87 consultabile in *internet* sul sito «<http://www.acquaenergiadiritto.com>», Osservatorio di giurisprudenza dell'Associazione Centro Studi Acqua, Energia e Diritto a cura di M.A. Sandulli.

³⁰ Cfr. TSAP, 8 febbraio 2016, n. 38, consultabile in *internet* sul sito «<http://www.acquaenergiadiritto.com>», Osservatorio di giurisprudenza dell'Associazione Centro Studi Acqua, Energia e Diritto a cura di M.A. Sandulli.

4. *Spunti conclusivi*

Dalla fugace rassegna svolta in apertura emerge chiaramente come tutti i tentativi di riforma avviati, sia a livello parlamentare che governativo, a far tempo dalla seconda metà del secolo scorso, siano orientati nella medesima direzione, ovverosia verso una radicale abolizione del Giudice speciale in favore del giudice ritenuto «naturalmente competente» e cioè, il giudice ordinario, per le questioni relative ai diritti, e il giudice amministrativo, per quelle concernenti lesioni di interessi legittimi.

Dai lavori preparatori e dagli atti parlamentari risulta palpabile la volontà del Legislatore di sopprimere il plesso TRAP – TSAP, visto come un vero e proprio retaggio del passato ormai anacronistico, anche e soprattutto in chiave eurounitaria, nonché foriero di inefficienze non più tollerabili.

Invero, dati alla mano, tale visione sembra porsi nel solco di quei movimenti e impulsi riformatori presenti a livello eurounitario che, sulla spinta di una ovvia e comprensibile esigenza di omogeneizzazione, auspicano «sempre e comunque» drastici interventi di semplificazione, più che su oggettive e lucide ragioni tecniche di politica legislativa.

Ogniquale è stata fatta questione di compatibilità del plesso TRAP – TSAP con l'assetto normativo vigente, il Giudice delle Acque è stato ciclicamente promosso, soprattutto all'indomani degli interventi correttivi imposti dalla Consulta.

Emblematica, in proposito, si pone la compatibilità di tale sistema con le garanzie di cui all'art. 6 della CEDU, oggi ritenuta pressoché unanimemente pacifica.

In disparte qualsivoglia considerazione in ordine all'estrema difficoltà di distinguere tra le varie posizioni giuridiche soggettive di volta in volta sottese alle singole fattispecie – difficoltà che un siffatto modello «semplificato» alimenterebbe e acuirebbe rispetto alla situazione attuale, e che è ben nota agli operatori del settore, continuamente impegnati a superare le molteplici eccezioni reciprocamente sollevate dalle parti – quello che francamente risulta poco condivisibile con un tale orientamento e tendenza, è la volontà di riformare «purchessia», frutto di un'equazione non sempre corretta ovvero che un modello antico sia un modello superato e, in quanto tale, superabile.

Come noto, una riforma giurisdizionale è da valutare non solo in termini quantitativi (numero di pronunce rese in funzione del numero di cause iscritte a ruolo, risparmi sui costi degli uffici giudiziari, etc.) ma anche e, soprattutto, qualitativi.

Orbene, che le sentenze emesse dal Giudice delle Acque siano mediamente soddisfacenti esprimendo una peculiare sensibilità alle questioni trattate in tempi ragionevolmente definiti risulta tra gli operatori del settore un dato sostanzialmente unanime e condiviso.

In una materia caratterizzata da un elevato grado di complessità, la scelta di eliminare tutto e rimettere all'ordinario criterio AGO – GA, francamente sembra un po' troppo semplice e semplicistica.

E ciò, *a fortiori*, in un quadro sistemico generale in cui l'aumento esponenziale della pervasività delle discipline tecniche sulla normativa sostanziale sembra oramai ovvio e scontato.

Certo il sistema potrebbe essere migliorato e semplificato – ad esempio attraverso uno snellimento del rito ovvero una significativa razionalizzazione organizzativa del personale addetto (giudicante e amministrativo) – ma di qui a eliminare con un semplice tratto di penna del legislatore (o, peggio ancora, del Governo!), una Magistratura che vanta oltre cento anni di storia precorritrice nell'amministrare la giustizia in materie spiccatamente tecniche, il passo è lungo.

Ormai, affermare che il contenzioso delle acque rappresenti una materia talmente complessa e specialistica da meritare un giudice *ad hoc* allorquando materie altrettanto tecniche quali, ad esempio, le energie rinnovabili diverse dall'idroelettrico o la contrattualistica pubblica o, ancora, gli atti delle Autorità amministrative indipendenti, sono rimesse ad un sindacato giurisdizionale «ordinario», sembra una tesi assai difficile da sostenere.

Inoltre, in dottrina, tra i fautori della soppressione, non è mancato chi ha acutamente osservato come «la presenza di un componente tecnico all'interno del collegio giudicante poteva considerarsi una risorsa preziosa al tempo della istituzione dei tribunali, in cui il processo amministrativo ordinario soffriva di ingenti limitazioni sotto il profilo dei mezzi di prova, ma la riforma del 2000 che ha visto l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio e la civilizzazione dello strumentario probatorio ad opera del Codice del processo rendono ora adeguata la tenuta del processo rispetto all'accertamento di fatti anche complessi»³¹.

Nondimeno, se è vero che – oggigiorno – la presenza di un esperto non togato nel collegio non è il solo modo di garantire la tecnicità delle decisioni del giudice, non sembra parimenti vero che la sua presenza sia totalmente ininfluente e superflua.

Rappresenta ormai un dato di fatto difficilmente contestabile che allorquando si faccia questione di problemi di natura eminentemente tecnica, assai di frequente anche il Tribunale delle Acque – talvolta financo d'ufficio – demanda al consulente tecnico l'accertamento della vicenda rimessa al proprio sindacato³².

³¹ B. MARCHETTI, *op. cit.*, 229.

³² L'art. 167 del TU 1775/1933 prevede che «occorrendo accertamenti tecnici, il giudice vi procederà insieme con uno dei funzionari del Genio civile aggregati al Tribunale o, se si tratti del Tribunale superiore, insieme con uno dei componenti del Tribunale stesso indicati nella lettera d) dell'art. 139. In occasione di tali accertamenti tecnici, il giudice può sentire testimoni con giuramento, senza alcuna altra formalità di procedura, riassumendo nel verbale le loro dichiarazioni. Se i testimoni non si trovino sul luogo, il giudice può ordinar-

Ma una cosa è la predisposizione dell'elaborato tecnico, tutt'altra cosa è garantire il giusto raccordo tra il perito ed il giudice, raccordo che solo la presenza qualificata di un esperto non togato in camera di consiglio sembra oggettivamente garantire. Che poi, talvolta, un siffatto *trait d'union* non si verifichi a causa dell'inerzia e della passività del Collegio, è tutt'altra questione.

In un sistema improntato e retto formalmente sul principio *iudex peritus peritorum*³³ troppo di frequente si assiste ad un giudice che, a causa dell'estrema tecnicità della materia, finisce per appoggiarsi sulle conclusioni del proprio consulente abdicando – quantomeno parzialmente – al primato del diritto sulla tecnica.

Gli esempi in questo senso potrebbero essere molteplici e trasversali, dalla responsabilità medica al danno erariale, dalla contrattualistica commerciale agli illeciti economici e finanziari.

ne la citazione anche immediata o a brevissimo termine. In casi eccezionali, il giudice può anche nominare un tecnico per i rilievi necessari, la descrizione dei luoghi e la constatazione dello stato di fatto». A fronte di siffatta formulazione la giurisprudenza si è interrogata circa l'ammissibilità della CT nel c.d. rito delle acque: tra le altre, circa il giudizio avanti al Tribunale Superiore (in sede d'appello), TSAP, 5 febbraio 2001, n. 12, laddove si osserva come «nel procedimento instaurato a norma del combinato disposto degli art. 105 e 106 (novellato, quest'ultimo, dall'art. 10 d.lgs. 12 agosto 1993 n. 273) t.u. 11 dicembre 1933 n. 1775, la corretta comunicazione di avvio del procedimento nelle forme e per le finalità di cui all'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, unitamente alla possibilità offerta concretamente alle parti interessate, ovvero a quelle – diverse dal diretto destinatario – alle quali possa derivare pregiudizio dal provvedimento conclusivo, è intesa alla acquisizione, nel procedimento medesimo, di tutti gli interessi coinvolti, in via di preventiva composizione, onde deve ritenersi, in linea di principio, correttamente ed esaurientemente compiuta l'attività istruttoria nel caso in cui le parti che vi avrebbero avuto interesse, non abbiano sollevato, direttamente o a mezzo dei loro tecnici di fiducia, le dovute osservazioni e contestazioni avverso le metodologie adoperate ed alle conclusioni rassegnate dagli organi tecnici, incaricati dell'attività istruttoria dall'Amministrazione e correttamente, altresì, recepiti i risultati di detta attività, nel caso in cui nessuna osservazione in merito sia pervenuta dalle parti coinvolte (tempestivamente informate del deposito delle conclusioni) ovvero sia stata data, in sede decisoria, congrua e ragionevole risposta a dette osservazioni; pertanto, verificatisi tali condizioni, non è ammissibile la consulenza tecnica d'ufficio intesa a contraddire le metodologie e le risultanze dell'attività accertativa posta in essere dalla competente autorità, essendo tale mezzo istruttorio – astrattamente reso possibile dall'art. 167 t.u. n. 1775 del 1933 – è pur sempre, qualificato eccezionale dalla stessa norma, davanti al tribunale superiore delle acque pubbliche, la cui specializzazione specifica, anche per i profili tecnici, trova supporto nella appartenenza, al collegio giudicante, di una componente non togata, tecnicamente qualificata». Circa le ipotesi di primo grado avanti ai TRAP, TSAP, 24 giugno 1985, n. 34, laddove, tra l'altro, è stato osservato «poiché l'art. 208 del t.u. 11 dicembre 1933 n. 1775 prevede espressamente l'osservanza delle norme e, conseguentemente, degli istituti del codice di rito per quanto non specificamente regolato dal titolo della legge, è legittimo l'esperimento di una consulenza tecnica disposta dal tribunale regionale delle acque pubbliche nel corso del giudizio di primo grado». Circa, infine, il TSAP in sede di legittimità, tra le altre, Cass. civ., ss.uu., 26 maggio 2015, n. 10794, cassa con rinvio TSAP, 5 agosto 2013. In dottrina, più in generale sul c.d. rito avanti al giudice delle acque, C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 395 ss.; F.G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2014, 59; C. Mignone - P.M. Vipiana, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, 2012.

³³ Secondo il consolidato principio, nel nostro ordinamento vige il principio del «*iudex peritus peritorum*», in virtù del quale è consentito al Giudice di merito valutare la complessiva attendibilità delle conclusioni peritali e, se del caso, disattenderne le sottese argomentazioni tecniche laddove queste risultino intimamente contraddittorie. In giurisprudenza, tra le altre, Cons. Stato, sez.VI, 9 febbraio 2015, n. 627; Cass. civ., sez. I, 22 novembre 2010, n. 23592; id., sez. III, 11 giugno 2009, n. 13530; id., sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440.

Tale tema rappresenta notoriamente una questione di pressante attualità, che vede aumentare la propria importanza in funzione dell'aumentare dell'ingresso o, meglio, del proliferare, della tecnica nel diritto³⁴.

Ma allora, in questo contesto, ecco che forse l'esperienza del Giudice delle Acque non sembra totalmente inutile e meritevole di una soppressione *tout court*.

L'idea di assicurare il giusto coordinamento tra scienza e diritto siccome pensata dal legislatore esattamente cento anni fa potrebbe (forse) trovare nuova applicazione con sistemi giurisdizionali auspicabilmente rivisti in chiave moderna, magari attraverso una valorizzazione reale e concreta del portatore del sapere tecnico in camera di consiglio qual è il c.d. membro esperto.

Del resto, dopo anni di dibattiti e discussioni, il modello plasmato dal legislatore del Regno nel 1916 sembra ancora oggi obiettivamente conservare e garantire, nel difficile rapporto tra diritto e tecnica e, quindi, in definitiva, tra giudici e tecnici, tratti di originalità insuperati³⁵.

³⁴ Sul tema, per tutti, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., *passim*, cui, più in generale, per i richiami dottrinali sul tema, si rinvia.

³⁵ In dottrina, chiaramente favorevole alla conservazione del plesso TRAP - TSAP, tra gli altri, V. Parisio, *I Tribunali delle Acque: un modello giurisdizionale tutto italiano*, cit., 3679 ss. secondo la quale «la presenza nel collegio giudicante del non togato, dotato di specifiche competenze tecniche, appare una scelta felice, in quanto permette di dare, nella dialettica della camera di consiglio, una risposta celere e di qualità a questioni nelle quali profilo tecnico e giuridico sono spesso indissolubilmente legati. Ad oggi, il plesso giurisdizionale dei TRAP e del TSAP ha dato vita ad una giurisprudenza altamente specialistica, emanata in tempi e a costi contenuti. Pensare di far venir meno il plesso giurisdizionale TRAP e TSAP (che dopo tutto ha dato buona prova di sé), in assenza di una ridefinizione dell'assetto generale della giustizia amministrativa, che l'emanando codice del processo amministrativo in parte contribuirà a delineare, appare forse al momento prematuro. È innegabile che, data l'importanza sempre crescente della risorsa idrica, il relativo contenzioso debba venire deciso da organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, ai sensi dell'art. 6 Cedu, e soprattutto «ben equipaggiati» sotto il profilo delle competenze tecniche. A tal fine, a prescindere da quelli che potrebbero essere gli sviluppi futuri, la presenza di tecnici esperti nei collegi giudicanti va certamente mantenuta, a garanzia, come già si diceva, della celerità e qualità del giudicato sotto il profilo tecnico, così come si deve cercare di non disperdere quel patrimonio di sapienza giurisprudenziale che si è stratificato in più di un secolo».

Appunti sul rapporto tra diritto e tecnica: il caso della giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche. Un «modello» (forse) da riscoprire?

Il lavoro affronta il complesso rapporto tra diritto e tecnica soffermandosi sulla giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche. Prendendo le mosse dai numerosi tentativi di riforma del plesso TRAP - TSAP ciclicamente avviati dal legislatore, l'Autore analizza il sindacato condotto dal Giudice delle Acque sugli atti amministrativi e, dunque, la giurisprudenza del Tribunale Superiore a c.d. cognizione diretta *ex art.* 143 del RD 1775/1933, dedicando particolare attenzione ai provvedimenti frutto di discrezionalità tecnica. Lo studio si conclude con una valutazione «critica» del modello giurisdizionale esaminato, ma comunque ampiamente positiva, anche in una visione eurounitaria, mettendo in rilievo tratti di originalità talvolta ancora oggi insuperati nel complesso rapporto tra giudici e tecnici.

Notes on the relationship between law and technique: the case of the jurisdiction on water 100 years after the introduction of the lieutenant's legislative decree of 20 November 1916, No. 1664, establishing the Tribunale delle Acque Pubbliche ('Tribunal of Public Waters'). A 'model' that (perhaps) should be re-evaluated?

The work deals with the complex relationship between law and technique, settling on the jurisdiction on water, 100 years after the introduction of the lieutenant's legislative decree of 20 November 1916, No. 1664, establishing the *Tribunale delle Acque Pubbliche* ('Tribunal of Public Waters'). Drawing on the numerous reforms of the TRAP – TSAP plexus, set up cyclically by the legislator, the Author analyses the syndicate carried out by the 'Judge of the Waters' on the administrative acts and, hence, the jurisprudence of the Higher Tribunal in so-called 'direct cognition', *ex art.* 143 of RD 1775/1933, dedicating particular attention to the provisions arising from technical discretionality. The study concludes with a 'critical' – albeit broadly positive – evaluation of the jurisdictional model in question, also from the stance of a united Europe, highlighting aspects of originality, some of which unsurpassed to this day in the complex relationship between judges and technicians.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

MATTEO TIMO, Dottorando di ricerca in Scienze sociali (Curriculum Scienze politiche), Università degli studi di Genova
(matteo.timo@edu.unige.it)

PAOLO SAVONA, Professore emerito di Politica economica; Ministro per gli Affari europei nel Governo Conte. Già direttore dell'ufficio Mercato Finanziario al Servizio Studi della Banca d'Italia e Ministro dell'industria nel Governo Ciampi

FILIPPO SALVIA, già Professore di Diritto amministrativo, Università degli studi di Palermo
(filippo.salvia@unipa.it)

MONICA DELSIGNORE, Professore Associato di Diritto amministrativo, Università degli studi Milano Bicocca
(monica.delsignore@unimib.it)

GIOVANNI GALLONE, Magistrato ordinario; Dottore di ricerca in "Teoria Generale del Processo", Università LUM Jean Monnet
(giov.gallone@gmail.com)

SIMONE CAPONETTI, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
(scaponetti@luiss.it)

GUIDO BEFANI, Dottore di ricerca in Impresa, Stato e Mercato; Professore a Contratto, Università della Calabria
(guidobefani@gmail.com)

ANDREA MALTONI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi di Ferrara; direttore del Master di II livello "Prevenzione della corruzione e contratti pubblici: aspetti giuridici, misure organizzative, performance ed integrità"
(andrea.maltoni@unife.it)

RICCARDO DE NAPOLI, Dottorando di ricerca in Diritto sportivo, Università Ca' Foscari di Venezia; cultore di Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
(riccardo.denapoli@unive.it)

FABIO GIGLIONI, Professore associato di Diritto amministrativo, Sapienza Università di Roma
(f.giglioni@gmail.com)

LUCA BELVISO, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico dell'economia, Università degli studi di Milano-Bicocca
(l.belviso@campus.unimib.it)

ALESSANDRO PAIRE, Dottore di ricerca in diritto pubblico nell'Università di Torino; avvocato
(alessandro.paire@gpavvocati.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it