

Editoriale

ALDO SANDULLI, *La crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale*.....V

Saggi

FRANCESCO DALLA BALLA, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica* 571

ALESSANDRA MATTOSCO, *I servizi pubblici on line* 609

Articoli

MARIA GIUSTI, *La Corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore delle piattaforme di condivisione di contenuti online* 637

LAURA MACCARONE, *Enti territoriali e PNRR*..... 667

LEONARDO PARONA, MARTA ALBERTINI, *Revisione prezzi e compensazioni: questioni a margine dei recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici* 695

FRANCESCO TOMASICCHIO, *L'avvento delle comunità energetiche. Quale prospettiva per l'Italia e l'Europa?* 721

Opinioni

CESARE PINELLI, *Pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia nelle scuole* 773

Commenti

FEDERICO SPANICCIATI, *Il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni? (Nota a sentenza TAR Calabria, sez. I, sent. n. 1312/2022)* 785

Recensioni

ALDO TRAVI, <i>Giacinto della Cananea, "Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione"</i>	801
NOTIZIE SUGLI AUTORI	807
INDICE DELL'ANNATA	809

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 3/2022
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/3_2022

Editorial

ALDO SANDULLI, *The energy crisis between European coordination and national interest* V

Essays

FRANCESCO DALLA BALLA, *The right of access to land in the electronic communications services*..... 571

ALESSANDRA MATTOSCO, *The online public services*..... 609

Articles

MARIA GIUSTI, *The Court of Justice and the new copyright liability of online content sharing platforms*637

LAURA MACCARONE, *Territorial authorities and NRRP*..... 667

LEONARDO PARONA, MARTA ALBERTINI, *Price review and compensation: issues on the sidelines of recent regulatory interventions on public contracts*.....695

FRANCESCO TOMASICCHIO, *The advent of energy communities. What perspective for Italy and Europe?*.....721

Opinions

CESARE PINELLI, *Public and private in the re-internalisation of cleaning services in schools*773

Comments

FEDERICO SPANICCIATI, *The sports “differential”: a special category of goods? (Comment to the Regional Administrative Tribunal of Calabria’s Judgment n. 1312/2022)*785

Reviews

ALDO TRAVI, *Giacinto della Cananea, "Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione"*. 801

LIST OF CONTRIBUTORS 807

ANNUAL INDEX 809

EDITORIALE

ALDO SANDULLI

LA CRISI ENERGETICA TRA COORDINAMENTO EUROPEO E INTERESSE NAZIONALE*

1. In un recente saggio¹ è stato sottolineato come, a seguito dell'emergenza pandemica, il Next Generation EU (NGEU) abbia rappresentato un significativo cambio di paradigma rispetto al passato², perché ha concentrato l'utilizzo di risorse finanziarie finalizzate all'alimentazione del processo integrativo europeo verso il perseguimento pianificato di alcuni obiettivi di interesse pubblico comune (la transizione ecologica e quella digitale, sopra tutti), consentendo, in tal modo, lo sviluppo di una *metabolic Constitution*. Nel fare questo, il NGEU ha decisamente rilanciato il metodo comunitario, rafforzando in particolare la posizione della Commissione nella complessa *governance* euro-unitaria³ e ha finito anche per rilanciare le politiche europee di coesione sociale, sempre attraverso l'uso funzionale della leva finanziaria⁴.

* Il presente scritto è stato realizzato tramite il finanziamento del Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del bando PRIN 2020, pubblicato con D.D. n. 1628 del 16 ottobre 2020, e si inquadra all'interno del PRIN 2020 *RE.S.T.O.R.E. – Recovering the State Towards a Reformed Economy* (Principal Investigator, Prof. Aldo Sandulli).

Esso costituisce la rielaborazione dell'Introduzione ai lavori svolta per tre eventi organizzati nell'ambito del PRIN 2020 *RESTORE* (*Recovering the State Towards a Reformed Economy*). Più precisamente, i tre eventi sono: il *Kick-off Meeting* su *La crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale*, svoltosi a Roma, presso la Luiss Guido Carli, il 25 novembre 2022; l'Incontro di studi su *Il ritorno dello Stato in economia*, svoltosi a Roma, presso la Luiss Guido Carli, il 24 novembre 2022; il IX Convegno Red Internacional de Derecho Europeo (RIDE), su *L'intervento pubblico in economia in tempi di crisi*, svoltosi a Trento, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento, il 1° dicembre 2022.

¹ P. Lindseth e C. Fasone, *Europe's Fractured Metabolic Constitution: From the Eurozone Crisis to the Coronavirus Response*, 61 *SOG Work. Papers* (2020).

² Di cambio di paradigma parla F. Fabbrini, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022.

³ M. De Bellis, *Il ruolo di indirizzo e controllo della Commissione europea nel dispositivo per la ripresa e la resilienza: la trasformazione della condizionalità*, in *Dir. cost.*, 2022, 31 ss.

⁴ A. Nato e M. Simoncini, *Innovazioni e criticità nel rilancio del processo di integrazione attraverso l'economia e la moneta*, in *Dir. cost.*, 2022, 11 ss.

A seguito della crisi energetica, causata dall'emergenza bellica ucraina, si è entrati in una nuova fase di rilancio dell'economia da parte delle istituzioni europee, attraverso un piano meno ambizioso rispetto al precedente, ma importante perché segnala la continuità del metodo utilizzato dalle istituzioni europee. Ci si riferisce, ovviamente, al REPowerEU, annunciato a marzo e dettagliato a maggio 2022.

2. Quali sono state le risposte all'ennesima crisi in Europa?

La reazione immediata è stata la medesima della pandemia: ciascuna nazione ha operato in scarso coordinamento con gli altri Stati e ancora adesso si fa fatica a ricondurre a una linea comune le diverse anime europee. Sono riemersi i confini e gli steccati tra Stati, che parevano essere scomparsi nell'era della globalizzazione, e sono tornati ad assumere centralità le questioni legate all'interesse nazionale. Si è ulteriormente dimostrato che gli Stati europei, da soli, non sono in grado di risolvere questioni complesse e interconnesse.

Nell'ennesimo frangente di difficoltà del tragitto integrativo, le istituzioni europee, con i tempi dettati dalla loro governance, hanno elaborato un meccanismo volto a dare nuova linfa al progetto europeo: è stato rilevato che l'Unione europea si nutre di crisi concatenate ed è sempre nella crisi che le istituzioni europee trovano le forze per assicurare nuovo slancio e per rilanciare il processo di integrazione⁵. È quello che è accaduto con il NGEU ed è quello che ci si augura possa succedere nuovamente a seguito del REPowerEU.

In senso integrativo, ad esempio, è intervenuta, nel giugno 2021, la Corte di Giustizia⁶, che ha valorizzato il principio di solidarietà energetica quale principio fondamentale dell'Unione, per cui, «ai sensi dell'articolo 194, paragrafo 1, TFUE, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, nonché a promuovere l'efficienza energetica e il risparmio energetico, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, nonché l'interconnessione delle reti energetiche».

3. Questa pronuncia introduce all'emergenza bellica in corso.

Tra gli effetti collaterali del conflitto russo-ucraino vi è anche quello di aver messo in evidenza le debolezze del mercato dell'energia in Europa,

⁵ S. Cassese, "L'Europa vive di crisi", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 779 ss.

⁶ C. giust. Ue, grande sezione, 15 giugno 2021, sentenze C-848/19 P.

la crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale

esposto alla speculazione economico-finanziaria, e, comunque, asimmetrico e potenzialmente distortivo già precedentemente alla crisi ucraina.

Per fronteggiare l'urgenza, ma anche per avere uno sguardo di medio-lungo periodo, la Commissione europea si è orientata nella direzione del REPowerEU, sulla scia del cambio di paradigma già adottato con il NGEU.

In pratica, l'azione della Commissione europea sembra orientata a rinvenire un proporzionato equilibrio tra le misure che possano consentire nel breve di fronteggiare l'emergenza energetica e gli strumenti volti a confermare l'indirizzo di medio-lungo periodo della decarbonizzazione e della transizione ecologica contemplati nel *European Green Deal*. Come è stato giustamente sottolineato, infatti, il *Green Deal* rappresenta il filo rosso funzionale che tiene insieme il mosaico di mutamento in corso a livello continentale⁷.

Nel breve c'è da rinvenire un nuovo assetto del mercato dell'energia, che consenta gli idonei approvvigionamenti a costi sostenibili, anche di porre freno alle più gravi ricadute di carattere socio-economico. Ma, nel medio-lungo periodo, va alimentato il contributo continentale all'altra emergenza improrogabile, quella del cambiamento climatico, attraverso misure equilibrate di sviluppo sostenibile, miranti a proseguire la strada della decarbonizzazione e delle energie rinnovabili.

Si tratta di obiettivi apparentemente in opposizione e questo fa comprendere come sia complesso, per i poteri pubblici, riuscire a intervenire sulle emergenze intergenerazionali, che ci attendono improrogabilmente al varco, ma che sono poi sopravanzate, nell'agenda politica di breve periodo, da urgenze di più immediato impatto, che toccano immediatamente i nervi scoperti delle società occidentali, le quali arrivano da un periodo di opulenza, ma stanno andando rapidamente in difficoltà.

Questa ambivalenza delle soluzioni programmatiche insegue la possiamo percepire anche dalle prime reazioni che vi sono state in ordine a questi nuovi interventi delle istituzioni europee: per alcuni versi, critiche per la natura eccessivamente leggera e compromissoria delle misure individuate e, per altri, preoccupate per l'impatto che le stesse possono avere su alcuni settori produttivi. Sicché ci si dibatte tra chi punta più sulla crescita immediata e chi invece è più propenso a proseguire nella direzione della sostenibilità.

⁷ E. Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, 19 ss.

4. La Commissione europea è orientata verso una soluzione mediana, volta, cioè, ad assicurare lo sviluppo economico continentale, ma prediligendo la sostenibilità di tale sviluppo. Ciò lo si può apprezzare, ad esempio, nel regolamento temporaneo di emergenza volto ad accelerare la diffusione delle fonti di energia rinnovabili⁸.

Insieme alla diversificazione del nostro approvvigionamento e al risparmio energetico, il piano dell'Unione per limitare la dipendenza dai combustibili fossili russi prevede anche una maggiore diffusione dell'energia rinnovabile.

A fine ottobre scorso, il Consiglio europeo ha chiesto di velocizzare le procedure autorizzative al fine di accelerare la diffusione dell'energia rinnovabile. Il piano REPowerEU ha già proposto misure per far fronte alle lunghe e complesse procedure amministrative che ostacolano la rapidità e la portata degli investimenti nell'energia da fonti rinnovabili e nelle relative infrastrutture. Da allora, tuttavia, la situazione sui mercati dell'energia è decisamente peggiorata, rendendo necessarie misure urgenti.

La proposta prevede che le centrali elettriche per la produzione di energia rinnovabile siano considerate di interesse pubblico prevalente. Ciò consentirebbe alle nuove procedure autorizzative di beneficiare, con effetto immediato, di una valutazione semplificata per le deroghe specifiche previste dalla normativa ambientale dell'UE.

Attraverso il REPowerEU e le altre misure a esso collegate, pertanto, le istituzioni europee stanno operando nella direzione strategica della decarbonizzazione attraverso una serie di interventi pubblici nell'economia che assomigliano molto da vicino a veri e propri strumenti di politica economica e industriale.

Come è stato sottolineato⁹, non vi è più quella fiducia illimitata nei mercati, enfatizzata fino a pochi anni fa: al contrario, i mercati sono sottoposti a crescente indirizzo politico. Come avvenuto per il NGEU, anche nel REPowerEU è presente una spinta pianificatoria e di guida della politica economica europea, che impatta sia sugli Stati membri sia sugli operatori economici che operano nell'area continentale. Vi è l'accentuata tendenza, come già si adombrava nel NGEU, a «indirizzare in molti ambiti le scelte produttive e commerciali delle imprese, così da renderle coerenti con gli obiet-

⁸ Reg. Ue n. 2577/2022.

⁹ E. Chiti, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Riv. regolaz. merc.*, 2022, 468 ss. Si v. anche E. Chiti, *Managing the Ecological Transition of the Eu*, cit.; A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. amb.*, 2021, 4 ss.

la crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale

tivi di riduzione e poi di azzeramento delle emissioni fissate a livello europeo»¹⁰. Si assiste, quindi, a una valorizzazione dell'interesse pubblico mirante alla sostenibilità (e alla tutela della biodiversità), per cui sostenibilità e crescita divengono un'endiadi inscindibile. In un certo senso, si potrebbe sostenere che vi sia un ritorno all'indicazione dell'interesse pubblico prevalente, per cui l'ordinamento giuridico sposa a priori una linea di bilanciamento che pende verso un interesse rispetto agli altri. Una sorta di ritorno all'interesse pubblico primario di gianniniana memoria, con ardito avvicinamento a due periodi molto distanti sia sotto il profilo temporale sia dal punto di vista del contesto, connotati però dalla comune tendenza alla programmazione e pianificazione.

Il punto centrale della questione, tuttavia, non pare tanto quello dell'individuazione preconcepita di un interesse prevalente o primario. A ben vedere, più che di una fissa prevalenza di un interesse sull'altro, occorre guardare alla riconsiderazione dinamica degli interessi, nel senso della differente valenza che, mutando le condizioni di contesto, occorre attribuire a ciascuno tra essi nel momento in cui si procede alla ponderazione. Dalla fissità del fotogramma, insomma, occorre passare alla dinamica della proiezione nel tempo e nello spazio.

5. Questo cambio di passo degli interessi ambientali e della sostenibilità lo rinveniamo sia in fonti europee sia nazionali (di rango costituzionale). L'Unione europea spinge nella direzione della neutralità climatica, da raggiungere entro il 2050, con risultati significativi già da conseguire entro il 2030. Il legislatore costituzionale italiano ha apportato, come è noto, modifiche importanti alla prima parte della Costituzione, introducendo all'art. 9 la tutela dell'ambiente (anche nell'interesse delle future generazioni) accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione.

Questo riassetto degli interessi, la nuova ricerca della ponderazione e della proporzione, ha rinvenuto forse un caposaldo giurisprudenziale in una recente sentenza del Consiglio di Stato, sul sistema molisano delle croci varie e votive¹¹.

Nel ponderare l'interesse pubblico alla tutela dei beni culturali e l'interesse ambientale alla transizione ecologica, il giudice amministrativo ha sostenuto una tesi più speculativa rispetto a quella, maggiormente statica, dell'individuazione a monte di un interesse prevalente, sostenendo che la

¹⁰ E. Bruti Liberati, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 3 ss.

¹¹ Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

tutela del patrimonio culturale, tradizionalmente oggetto di una prioritaria protezione costituzionale, «non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone».

Al corretto, flessibile e aggiornato componimento tra interessi primari presiedono, dice il giudice di Palazzo Spada, due principi fondamentali: quello di proporzionalità, che «rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale» e il principio di integrazione delle tutele, il quale costituisce la direttiva di metodo, per cui «La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle "tutele parallele" degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali».

Sulla base di tali meccanismi dinamici di composizione degli interessi costituzionalmente rilevanti, il Consiglio di Stato impone all'amministrazione, in sede di riedizione del potere, di «ricercare non già il totale sacrificio dell'uso produttivo di energia pulita delle aree contigue alle croci votive, secondo una logica meramente inibitoria, bensì una soluzione comparativa e dialettica fra le esigenze dello sviluppo sostenibile e quelle afferenti al paesaggio culturale».

6. Certo, sotto questo profilo, la crisi energetica è sfidante proprio nei riguardi di tale impostazione, che pare orientata alla salvaguardia delle politiche di medio-lungo periodo. Quanto impatta sull'obiettivo di medio-periodo la necessità di rimettere a pieno regime gli impianti di produzione di energia a combustibili fossili?

Si è detto che il NGEU ha impresso un grande cambiamento circa il modo di intervento in economia dell'Unione Europea, la quale si è trasformata in intermediario finanziario pubblico nei riguardi degli Stati membri, proprio al fine di indicare alcune linee portanti di sviluppo economico sostenibile a livello europeo: la transizione digitale e quella ecologica. E lungo il solco tracciato dal NGEU sta innestandosi, a seguito delle emergenze stratificatosi, il REPowerEU.

Medesimo, infatti, è il meccanismo attraverso cui perseguire tali obiettivi, quello finanziario, per cui la finanza pubblica e i fondi europei assumono una posizione di centralità, connotando i nuovi modi di intervento

la crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale

pubblico. L'elemento finanziario, cioè, si trasforma da strumentale a finale o, quantomeno, diviene compartecipe della funzione, poiché tramite esso si confezionano le condizioni e gli obiettivi su cui le istituzioni europee intendono indirizzare l'economia continentale dei decenni futuri. La circostanza che si operi attraverso meccanismi finanziari di socializzazione dei costi, ad esempio, non è neutra rispetto al fine. Anche perché lega lo scopo pubblico alle sorti finanziarie correlate, per cui finisce per prefigurare un vincolo di scopo finanziarizzato, che costituisce un po' un ribaltamento o, comunque, una particolarità rispetto agli interventi pianificatori pubblici del passato, in cui l'aspetto finanziario aveva un connotato più nitidamente strumentale.

7. Il passaggio dal NGEU al REPowerEU rappresenta, quindi, un momento importante, perché segna e ribadisce il prepotente ritorno dei poteri pubblici, sia dal punto di vista della pianificazione, programmazione, indirizzamento sia da quello del rilancio dell'intervento diretto in economia.

Un ritorno dello Stato (posto che se ne fosse mai andato) che non implica, però, una mera riedizione del passato (del sistema delle partecipazioni statali), ma che si presenta sotto una rinnovata veste, in un contesto euro-unitario e con un più solido rapporto pubblico-privato¹².

Si tratta sì, quindi, di intervento pubblico in economia, ma con coordinate diverse rispetto a quelle della parte centrale del Novecento. L'alternanza tra spinte liberiste e dirigiste, come è noto, ha carattere ciclico, per cui dipende da una serie di fattori socio-economici ed è legata ai cicli economici e finanziari, ma anche ai rivolgimenti sociali: quel che è certo è che non si assiste alla mera reviviscenza di una tendenza del passato: semmai, a un diverso *genus* di una comune *species*.

Si è detto da molti che il giudizio sul NGEU avrebbe dovuto essere lasciato sospeso, per la temporaneità e occasionalità dello strumento (ma anche per l'incognita determinata dalla correlazione con le regole del Semestre europeo e con quelle legate alla durata del PNRR nazionale); ma con il REPowerEU siamo già alla serialità, quantomeno alla "seconda stagione", per cui la temporaneità sta lasciando spazio al cambio di paradigma.

8. Questa nuova governance economica europea, fondata sull'intermediazione finanziaria per indirizzare a fini pubblici comuni gli Stati membri,

¹² Su questi temi si è sviluppato un ampio dibattito, da diverse angolazioni e con punti di vista differenti: tra le opere di maggior spessore, G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022; A. Boitani, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Roma, Laterza, 2021; P. Giraud, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Milano, Nottetempo, 2022.

si regge sull'equilibrato coordinamento europeo, laddove il prudente bilanciamento dovrebbe essere garantito dalla guida tecnica della Commissione europea, mentre le pulsioni politiche dei singoli paesi sono formalizzate dal Consiglio Ue.

Il sistema diviene scricchiolante se la Commissione prende le parti di alcuni Stati membri, favorendo i loro interessi, a scapito di altri. È quello che potrebbe rischiare di avvenire con il nuovo piano predisposto da Margrethe Vestager, commissaria Ue alla concorrenza, incentrato sulla prosecuzione della sospensione del divieto di aiuti di Stato alle imprese, perorato soprattutto da Francia e Germania, per reggere alla competizione con la Cina e con gli Stati Uniti (in particolare, con l'*Inflation Reduction Act*, IRA, adottato da Biden), consentendo di compiere cospicui investimenti, finanziati dai singoli Stati membri, concentrati sullo sviluppo di nuove tecnologie emergenti e tecniche innovative volte a consentire la transizione ecologica e digitale.

Nel corso del 2022 la Commissione Ue ha autorizzato 170 istanze di aiuti di Stato, per una somma complessiva di più di 540 miliardi di euro. Ebbene, intorno all'80 per cento di questa enorme somma è andata ad operatori economici tedeschi e francesi, mentre soltanto le briciole sono state raccolte dagli altri Stati membri. Ne deriva che si è accentuato enormemente il gap competitivo tra il sistema economico e le aziende di questi due paesi guida e il resto del continente. Se si proseguisse ancora in questa direzione, tale divario potrebbe ulteriormente accentuarsi e divenire incolmabile. L'onda del sistema economico di Francia e Germania (e, più in generale, quello dei paesi del Nord Europa) finirebbe per sommergere i paesi dell'area mediterranea.

Anziché agire attraverso la leva iniqua dell'annacquamento delle regole sugli aiuti di Stato, la Commissione potrebbe più saggiamente optare di intervenire attraverso un meccanismo di cui ha già saggiato, negli ultimi anni, le potenzialità: potrebbe infatti adottare un apposito fondo europeo, attraverso cui conseguire le medesime finalità di innovazione e sviluppo economico, ma in modo più equo, redistribuendo in modo equilibrato le risorse per gli investimenti. Ciò consentirebbe di salvaguardare il principio di non discriminazione tra operatori economici e, più in generale, l'intero funzionamento del mercato comune.

9. Sarà fondamentale, pertanto, nei prossimi mesi, verificare se e come la Commissione riuscirà a conciliare le esigenze immediate del riassetto del mercato energetico con le imprescindibili finalità di medio-lungo periodo, garantendo anche un equilibrato componimento tra le esigenze economico-finanziarie dei diversi Stati membri.

la crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale

Soprattutto, il processo di integrazione europea, come è stato rilevato recentemente¹³, si può portare a compimento istituzionale e ordinamentale soltanto costruendo una società europea. Ciò significa che le istituzioni nazionali e sovranazionali non devono soltanto ragionare sull'equilibrato rapporto tra lo Stato e il mercato. Anche ai fini della soluzione all'attuale crisi energetica, ma pensando a un percorso di medio-lungo periodo sulla strada della sostenibilità ambientale, il tema di fondo deve essere quello del triadico rapporto Stato-mercato-comunità, laddove quest'ultima non può essere l'elemento da comprimere e marginalizzare costantemente. Senza il terzo pilastro¹⁴, quello della comunità, non si può pervenire a un ordinamento giuridico maturo, coeso, democratico. Il contrasto alle spinte populiste passa, nell'ordinamento europeo, anche attraverso tali dinamiche.

¹³ A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Suhrkamp, 2022.

¹⁴ R. Rajan, *The Third Pillar. How Markets and the State Leave the Community Behind*, Penguin Books, 2019 (trad. it., *Il terzo pilastro*, Milano, Bocconi University Press, 2020).

FRANCESCO DALLA BALLA

IL DIRITTO DI ACCESSO AL SUOLO NEI SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. Onde e terra. – 2. Operatori, reti e infrastrutture. – 3. Reti di comunicazione elettronica sul suolo privato. – 4. ... e sul suolo pubblico. – 5. In gara senza offerte? – 6. La sub-concessione (o *co-using*). – 7. Grandangolo.

1. Onde e terra

La posa degli impianti delle telecomunicazioni sul sedime pubblico e privato ha tradizionalmente costituito il terreno di scontro tra gli operatori e le comunità locali, nonché tra le stesse imprese concorrenti nel mercato delle reti, che hanno sfruttato le difficoltà di accesso al suolo ed i rapporti di preuso¹ per ostacolare il buon funzionamento della concorrenza.

L'asservimento del suolo è divenuto sempre più strategico in parallelo alle trasformazioni tecnologiche del settore e, in particolare, all'affermazione delle telecomunicazioni mobili (successivamente, anche della fibra ottica). Rispetto al passato, infatti, gli investimenti infrastrutturali nelle TLC non presuppongono costi iniziali «altrettanto elevati di quelli richiesti per la realizzazione di una rete fissa» in rame². Inoltre, le opportunità di *business* correlate al possesso dell'infrastruttura fisica della rete si sono progressivamente moltiplicate grazie alla crescente «convergenza tra informatica e telecomunicazioni»³.

In forza di ciò, il primo modello concorrenziale promosso dalla legislazione comunitaria⁴ (imperniato sul principio del «*service and access*

¹ Cfr. Cons. St., sez. II, 24 dicembre 2021, n. 8580, secondo cui gli impianti legittimati dal preuso (ed i successivi adeguamenti tecnologici) sono sottratti ad ogni valutazione in merito alla compatibilità paesaggistica e pianificatoria, che invece va a gravare le richieste di autorizzazione promosse per nuovi impianti da parte degli operatori subentranti nel mercato.

² G. Gardini, *Comunicazioni elettroniche ed editoria* (voce), in *Enc. Dir. – I tematici*, III – *Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, 262.

³ *Id.*, 263.

⁴ La liberalizzazione del settore è stata avviata negli anni Ottanta, successivamente alla

based competition», ossia sulla interoperabilità e condivisione tra più operatori dell'«unica infrastruttura di trasporto del segnale [...] saldamente in mano all'operatore storico»⁵) è stato progressivamente affiancato dal sistema della *facility based competition*, che stimola gli operatori alla «competizione infrastrutturale» mediante la realizzazione di nuove reti indipendenti ed alternative a quella dell'*ex monopolista*⁶. Benché con alcune differenze fra i settori della fonia fissa e quella mobile, questi due modelli di concorrenza funzionano oggi in parallelo, lasciando ai concorrenti dell'operatore storico la scelta se sviluppare la propria rete alternativa oppure accedere a quella dell'*incumbent* ed a quale livello di infrastrutturazione accedervi⁷.

Anche in conseguenza delle indicazioni provenienti dal diritto europeo⁸, il legislatore nazionale ha perciò riservato un'attenzione crescente al diritto di accesso al suolo, con reiterati interventi normativi⁹, guidati dall'obiettivo di agevolare l'espansione delle reti e scongiurare i rischi derivanti

sentenza della Corte di Giustizia (20 marzo 1985, C-41/83, in <https://eur-lex.europa.eu>) che ha esteso l'applicabilità delle regole della concorrenza anche al settore delle comunicazioni, stimolando l'adozione delle direttive c.d. di *prima generazione* (n. 1988/301/CEE, 1990/387/CEE, n. 1990/388/CEE, n. 1996/19/CE) volte principalmente «ad abolire dalle legislazioni nazionali i diritti esclusivi a favore dello Stato» (G. Gardini, voce *Comunicazioni elettroniche ed editoria*, cit., 266) e «ridurre il potere di mercato degli *ex incumbents*», in quanto «il superamento del monopolio legale non era di per sé sufficiente a ottenere una reale apertura del mercato, in quanto il gestore storico era spesso proprietario dell'infrastruttura necessaria per erogare il servizio» (A. Guerrieri, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Padova, Cedam, 2021, 3).

⁵ Tale modello concorrenziale «non si basava sulla costruzione di infrastrutture alternative, ma sull'offerta di servizi concorrenziali su una rete aperta, realizzata e resa disponibile (legacy) dall'operatore storico (incumbent)», favorendo la competizione «essenzialmente sui servizi al dettaglio, attraverso una serie di obblighi posti in capo al gestore e proprietario dell'unica infrastruttura di rete esistente, tenuto a concederne l'accesso e l'utilizzo ai concorrenti» (G. Gardini, voce *Comunicazioni elettroniche ed editoria*, cit., 266).

⁶ F. Dalle Nogare, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche: la storia, la governance delle regole e il nuovo codice europeo*, Torino, Giappichelli, 2019, 22.

⁷ Nei fatti, tuttavia, anche per effetto delle dinamiche di mercato relative al settore della telefonia mobile e della connessione dati, il modello concorrenziale legato alla libertà di accesso alla rete dell'*incumbent* è stato progressivamente «soppiantato» dal modello dell'interconnessione, in conseguenza del «passaggio dalla concorrenza “sulla” rete alla concorrenza “fra” reti»; così F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, 235.

⁸ Intervenero sul diritto di accesso al suolo per gli operatori delle comunicazioni elettroniche la direttiva 2002/21/Ce, direttiva 2009/140/Ce, direttiva 2014/61/Ue, direttiva 2018/1972/Ue.

⁹ Successivamente alla disciplina introdotta dagli artt. 86 ss., d.lgs. n. 259/2003, cfr. l'art. 68, d.lgs. n. 70/2012, l'art. 12, d.lgs. n. 33/2016, l'art. 1, legge n. 12/2019 di conversione del

il diritto di accesso al suolo

da un controllo monopolistico o, tutt'al più, oligopolistico dell'infrastruttura fisica da cui si diramano le trasmissioni.

È toccato agli enti locali governare questa complessa contrapposizione di interessi, nel contesto di una crescente instabilità normativa, che ha sortito pesanti ripercussioni anche in tema di finanza pubblica: alla caducità della legislazione di settore, talvolta riformata ancor prima di aver trovato applicazione¹⁰, si è così aggiunta l'incertezza derivante dall'assenza di una regia interpretativa comune¹¹, frammentata in migliaia di plessi, spesso impreparati ad interfacciarsi e negoziare con le competenze specialistiche settoriali degli operatori del mercato. Lo stesso giudice amministrativo, applicando una normativa del tutto incerta con molti anni di ritardo rispetto alle fattispecie che avevano occasionato il contenzioso, ha spesso smentito (con effetto retroattivo) l'interpretazione invalsa in sede locale, scatenando ulteriore scompiglio nel settore. Così, ad esempio, il giudice amministrativo ha reinterpretato i limiti della fiscalità locale, imponendo alle amministrazioni di restituire le entrate ormai acquisite nel bilancio pubblico¹²; in altri casi ha ripristinato, in via interpretativa, prestazioni finanziarie che il legislatore aveva dichiaratamente inteso abrogare (e che erano già state considerate unanimemente nulle ed indebite dagli organi di primo grado, chiamati a reprimere quelle poche amministrazioni che, per incuria, ritardo o deliberata opposizione, non si erano conformate alla lettera del nuovo precetto legislativo¹³).

Dal punto di vista procedimentale, la c.d. autorizzazione unica¹⁴ – in

d.l. n. 135/2018, l'art. 1, c. 812 ss., l. n. 160/2019, l'art. 1, l. n. 108/2021 di conversione del d.l. n. 77/2021 ed infine il d.lgs. n. 207/2021.

¹⁰ Cfr. allegato A, l. 29 luglio 2021, n. 108, che – *medio tempore*, nel primo esercizio di bilancio in cui era prevista l'applicazione del nuovo canone unico patrimoniale – ha riformato l'imposizione applicabile agli impianti di trasmissione radio mediante l'introduzione del c. 831-*bis* nell'art. 1, l. n. 160/2019.

¹¹ A dire il vero, il Ministero dell'economia e delle finanze aveva pur fatto un tentativo (cfr. MEF, Dipartimento delle finanze – Direzione federalismo fiscale, circolare n. 1/D.F del 20 gennaio 2009, prot. n. 1777/09), subendo la reprimenda della giustizia amministrativa (cfr. Cons. St., sez. II, 12 aprile 2021, n. 2976).

¹² TAR Veneto, sez. III, 19 settembre 2022, n. 1402; TAR Veneto, sez. III, 4 ottobre 2022, n. 1491.

¹³ Cfr. in materia di indebite prestazioni derivanti dalle convenzioni negoziate con gli operatori TAR Lombardia, Milano, sez. I, 10 dicembre 2018, n. 2770, inoppugnata; TAR Emilia-Romagna, sez. II, 10 febbraio 2022, n. 145; TAR Lazio, sez. II-*bis*, 2 ottobre 2019, n. 11489, inoppugnata; le medesime obbligazioni state poi ritenute legittime e dovute alla finanza pubblica da Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467.

¹⁴ L'art. 44, d.lgs. n. 259/2003, individua il comune come amministrazione procedente. Per le ragioni anzidette, in base all'art. 2, d.lgs. n. 259/2003, l'operatore è tale anche se non assegnatario di frequenze. Per poter accedere allo spettro radio e dare il via alle trasmissioni,

quanto attività «di preminente interesse generale» (art. 3, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259) – prevede la «confluenza in un solo procedimento» di tutte le procedure autorizzative necessarie per l’installazione di impianti radioelettrici, ivi comprese quelle edilizie, demandando all’operatore soltanto l’onere di procurarsi un titolo (anzi, una pluralità di titoli) per la disponibilità giuridica degli immobili su cui posare l’infrastruttura fisica¹⁵. Sennonché, il suolo costituisce una risorsa limitata¹⁶, per quattro ordini ragioni. Innanzitutto, non tutti i suoli sono idonei alle trasmissioni, in conseguenza del fatto che i parametri tecnici dell’irraggiamento variano in base alla conformazione del territorio (ad esempio, l’esistenza di un promontorio o di un avvallamento impone di distribuire l’infrastruttura di rete in modo da non interrompere la copertura; inoltre, gli impianti di comunicazione radio interagiscono l’uno con l’altro nella formazione di una rete interconnessa, per cui la localizzazione di un nuovo link dipende dalla portata e dall’orientamento dei gangli preesistenti). L’art. 8, l. 22 febbraio 2001, n. 36¹⁷ – poi – consente ai comuni di censire alcuni siti sensibili (su cui è interdetto l’insediamento delle antenne¹⁸), prevedere dei «criteri localizzativi» e circoscrivere talune «aree prefe-

tuttavia, l’operatore deve munirsi dell’autorizzazione generale di cui all’art. 11, rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico (oggi Ministero delle imprese). Le due procedure, dunque, mantengono ambiti di operatività diversi e non si implicano reciprocamente.

¹⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, 28 giugno 2021, n. 4887, secondo cui «ai sensi della disciplina speciale dettata dal D. Lgs. n. 259 del 2003, costituente il parametro normativo di riferimento in applicazione del principio di specialità, l’installazione degli impianti di telecomunicazioni non può essere soggetta al rilascio di un titolo abilitativo ulteriore rispetto a quello prescritto dall’art. 87». In precedenza, tanto la l. n. 47/1985, quanto la l. n. 223/1990 imponevano il previo rilascio di un idoneo titolo abilitativo edilizio; sul punto cfr. anche Cons. St., sez. VI, 20 agosto 2019, n. 5756; Cons. St., sez. III, 27 marzo 2017, n. 1386; sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3193; sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3077.

¹⁶ Cfr. S. Carli *Le tlc, chi muove le torri europee nel risiko delle telco*, in *La Repubblica*, 21 febbraio 2021, secondo cui «le torri (ossia i tralicci su cui ogni operatore mobile installa i suoi apparati elettronici di rete, le antenne propriamente dette) [...] sono diventate una risorsa scarsa»; è infatti «sempre più difficile trovare nuovi terreni e, soprattutto nelle grandi città, nuovi tetti di palazzi su cui installarle e questo richiede competenze dedicate sempre più specialistiche e sempre più tipiche del business del *real estate*» e «i loro costi sono aumentati in misura considerevole e, con i margini sulle tariffe sempre più basse e insensibili per ora agli investimenti, sia di miglioramento delle reti 4G sia di avvio delle nuove reti 5G».

¹⁷ Cons. St., sez. VI, ord. 27 marzo 2019, n. 2033 ha rimesso alla Corte di giustizia UE il seguente quesito: «se il diritto dell’Unione europea osti a una normativa nazionale (come quella di cui all’articolo 8 comma 6 legge 22 febbraio 2001, n. 36) intesa e applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia».

¹⁸ La disposizione è stata interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza ammini-

il diritto di accesso al suolo

renzialmente utilizzabili»¹⁹ per ragioni di «salute, paesaggio e ambiente»²⁰. In quest'ultimo caso, una localizzazione dell'impianto fuori dal perimetro indicato dalla pianificazione è consentita soltanto una volta dimostrata l'inidoneità tecnica²¹ delle ubicazioni selezionate dal regolamento locale²². Peraltro, secondo la giurisprudenza, per dimostrare l'«inidoneità del sito individuato come preferenziale», l'operatore deve far riferimento ai problemi «di copertura», non invece all'eventuale indisponibilità «giuridica» del mappale, dovuta a questioni dominicali o alle dilazioni (più o meno strumentali) dell'*iter* autorizzativo²³. In terzo luogo, l'individuazione del sedime idoneo va bilanciata con le esigenze di tutela del paesaggio e del patrimonio culturale, posto che la disciplina di settore ha fatto «salva la piena applicabilità delle norme a tutela paesaggistica» e quindi ogni valutazione soprintendentizia in merito alla compatibilità delle torri con i «valori storici, architettonici e paesaggistici tutelati dal vincolo»²⁴ (salvo il solo caso degli impianti temporanei di telefonia mobile, esentati ai sensi dell'art. 30-*bis*, d.l. n. 259/2003). *Last but not least*, l'autorizzazione, la realizzazione ed il mantenimento in efficienza dell'infrastruttura comportano costi fissi ingenti e difficilmente sostenibili in autonomia da un singolo fornitore di rete²⁵, per cui gli operatori che entrano nel mercato o intendono ampliare la propria connettività, per poter

strativa, nel senso per cui «la potestà regolamentare affidata ai Comuni non può svolgersi nel senso di un divieto generalizzato di installazione in aree urbanistiche predefinite», posto che «le opere di urbanizzazione primaria [...] risultano in generale compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e, dunque, con ogni zona del territorio comunale» posta «la necessaria capillarità della localizzazione degli impianti relativi ad infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione», per cui «le disposizioni poste a tutela di siti sensibili sono legittime se consentano una sempre possibile localizzazione alternativa», cfr. Cons. St., sez. VI, 21 novembre 2022, n. 10228.

¹⁹ Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 213; 13 marzo 2018, n. 1592; 1° settembre 2021, n. 6140.

²⁰ Cons. St., sez. VI, 26 settembre 2022, n. 9259.

²¹ Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2022, n. 2850, secondo cui «va comunque consentita una localizzazione alternativa qualora ciò sia necessario al fine di non creare difficoltà di funzionamento del servizio», ma è «onere del gestore indicare [...] le ragioni tecniche ostative all'utilizzo del sito individuato come «preferenziale» nelle N.T.O.»; cfr. altresì Cons. St., sez. II, 24 giugno 2020, n. 4046; Tar Veneto, sez. III, 19 ottobre 2021, n. 1243.

²² Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2022, n. 10318.

²³ Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2022, n. 2850.

²⁴ Cons. St., sez. III, 13 gennaio 2014, n. 96; cfr. anche Cons. St., sez. II, 20 febbraio 2020, n. 1306, secondo cui «la circostanza che un'antenna non sviluppi volumetria o cubatura non consente affatto di ritenere che tale opera risulti irrilevante sotto il profilo paesaggistico».

²⁵ B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Annuario AIPDA*, 2004, 334.

essere competitivi nel contesto concorrenziale, si trovano costretti a contrattare l'accesso ai tralicci dei concorrenti già autonomamente infrastrutturati.

In tutta Europa²⁶, l'accaparramento dei siti destinati alla posa degli impianti ha quindi dato corpo ad un vero e proprio settore di mercato, del tutto autonomo rispetto a quello delle trasmissioni, che ha registrato risultati finanziari esponenziali²⁷, in netta controtendenza rispetto al mercato delle trasmissioni²⁸. Il *business* delle c.d. *tower companies*, infatti, s'impenna sull'attività di imprese che – pur non rientrando tra i gestori delle reti in senso stretto, non essendo concessionarie di frequenze – si procurano un titolo idoneo all'istallazione dei tralicci, subaffittando successivamente gli *slots* agli operatori delle telecomunicazioni²⁹.

Come si avrà modo di esaminare, l'emancipazione e lo sviluppo di un mercato dedicato, che commercia i diritti d'uso del suolo per la posa dell'infrastruttura fisica di supporto alle reti, sono stati favoriti dal legislatore europeo (e, successivamente, nazionale³⁰) già a cavallo del millennio, in quanto lo si ritenne utile e strumentale ai fini della trasformazione del settore dalla mera concorrenza sui servizi offerti agli utenti finali ad una vera e propria concorrenza infrastrutturale tra gli operatori, recependo «sul piano giuridico il processo di convergenza tecnologica in atto tra i settori delle telecomunicazioni, radiotelevisione e informatica»³¹.

²⁶ A. Biondi, *Torri tlc, al via il grande risiko europeo. I fondi pronti a entrare nella partita*, in www.ilsole24ore.com, 15 giugno 2020.

²⁷ S. Rossitto, *Separare la rete di tlc dai servizi conviene*, in www.ilsole24ore.com, 10 febbraio 2022; A. Biondi, *Cellnex, sui ricavi (+15%) e porte aperte allo shopping di torri*, in www.ilsole24ore.com, 14 aprile 2020; C. Condina, *Inwit vola vicino a massimi storici, piano e conti oltre attese*, 6 novembre 2020, in www.ilsole24ore.com.

²⁸ Cfr. Asstel, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia – Edizione 2022*, in www.asstel.it, secondo cui i ricavi lordi degli operatori delle telecomunicazioni elettroniche, in Italia, hanno subito un costante decremento (dai 44,1 miliardi di euro dell'anno 2008 ai 27,9 miliardi dell'anno 2021, con una contrazione complessiva di circa il 37 per cento nel periodo considerato), pur a fronte dell'aumento esponenziale del traffico dati gestito (+117 per cento sulla rete mobile e +75 per cento su quella fissa).

²⁹ La società Inwit s.p.a., primo operatore italiano del settore, amministra circa 22mila torri (cfr. S. Rossitto, *Inwit è una tower company a tutti gli effetti, best practice in Europa*, in www.ilsole24ore.com, 24 aprile 2020).

³⁰ In forza dell'art. 87, d.lgs. n. 259/2003, d'altronde, chi promuove istanza per la costruzione di un impianto potenzialmente destinato ad una rete pubblica di comunicazioni elettroniche non deve altresì dimostrare di volerlo/poterlo concretamente attivare. Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 agosto 2019, n. 5756, secondo cui «il parere dell'ARPA, ai sensi dell'art. 87, comma 4, d.lgs. 259/2003 [...] non è atto presupposto e condizionante il provvedimento autorizzativo del Comune».

³¹ G. Gardini, voce *Comunicazioni elettroniche ed editoria*, cit., 264.

2. Operatori, reti e infrastrutture

Originariamente – nell’ambito del c.d. “secondo pacchetto” europeo di liberalizzazione e armonizzazione del mercato delle telecomunicazioni (cfr. dir. 2002/19/Ce, «accesso e interconnessione»; dir. 2002/20/Ce, «autorizzazioni»; dir. 2002/21/CE, «direttiva quadro», dir. 2002/22/Ce, «servizio universale») – l’art. 2, lett. c), dir. 7 marzo 2002, n. 2002/19/Ce definiva «operatore» dei servizi di comunicazione elettronica «un’impresa che fornisce o è autorizzata a fornire una rete pubblica di comunicazioni, o una risorsa correlata». La nozione di «risorsa correlata» era rintracciabile nell’art. 2, lett. e), dir. 2002/21/Ce (c.d. direttiva quadro)³², secondo cui tali s’intendono «le risorse correlate ad una rete di comunicazione elettronica e/o ad un servizio di comunicazione elettronica che permettono e/o supportano la fornitura di servizi attraverso tale rete e/o servizio, ivi compresi i sistemi di accesso condizionato e le guide elettroniche ai programmi».

In base al pacchetto-quadro del 2002, quindi, non poteva qualificarsi come operatore delle comunicazioni elettroniche chi si limitava a mettere a disposizione un fabbricato o una struttura di supporto fisico alla rete (quale un traliccio, un pilone o una cabina)³³. La distinzione era espressamente tracciata dalla dir. 2002/19/Ce, che separava chiaramente «l’accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate» dall’«accesso all’infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni»³⁴.

³² La dir. 2002/21/Ce mira a creare un quadro normativo armonizzato per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, esteso a comprendere le reti di comunicazione fissa e mobile, le reti televisive, le reti di diffusione terrestre, le reti satellitari e le reti internet, affidando la regolazione dei mezzi di trasmissione ad una fonte unitaria e distinta dalla disciplina dei contenuti (così G. Gardini, *Comunicazioni elettroniche ed editoria*, cit., 266).

³³ In relazione a quanto previsto dalla dir. 2002/19/Ce, la Corte di Giustizia aveva sentenziato che la nozione di operatore, implicando l’applicazione di un regime giuridico speciale, costituiva «un’eccezione e deve conseguentemente essere oggetto di un’interpretazione restrittiva», sicché gli Stati membri non possono sfruttare il recepimento della direttiva per limitare la libertà negoziale per «operatori diversi da quelli di reti pubbliche di comunicazioni», in quanto «sia il quinto ‘considerando’ sia l’art. 3, n. 1, della direttiva «accesso» sanciscono, per le imprese, la libertà di negoziare e di contrarre» (cfr. C. giust. UE, 12 novembre 2009, causa C-192/2008).

³⁴ La dir. 2002/19/Ce (c.d. direttiva accesso), art. 2, lett. a), differenzia cinque tipi di «accesso»: 1) «l’accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare l’accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale)»; 2) l’accesso all’infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; 3) l’accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; 4) «l’accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe» (che non è compreso,

Tale disciplina rimaneva infatti fedele alla scelta (del c.d. «Libro Verde» del 1987³⁵) di favorire più la competizione basata sull'offerta dei servizi agli utenti finali che non la realizzazione e l'implementazione di nuove reti proprietarie³⁶. Gli strumenti autoritativi per la «normalizzazione» del mercato (art. 17, dir. 2002/21/Ce) erano perciò prevalentemente indirizzati nei confronti degli *incumbents* storici, con la previsione di misure «asimmetriche», mirate a favorire l'interoperabilità delle reti già attive nel mercato nazionale³⁷. Scarso interesse sortivano invece le mere opere fisiche di supporto³⁸.

Conseguentemente, anche la disciplina nazionale di attuazione³⁹ si poneva nel solco della definizione europea, ribadendo che per considerarsi

dunque, nell'accesso alle risorse correlate di cui al precedente alinea); 5) «l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, l'accesso ai servizi di rete virtuale». Cfr. sul punto F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, cit., 116, secondo cui tale norma «per la prima volta [...] distingue fra reti e infrastrutture: le prime possono essere fisse o mobili, fisiche o virtuali, locali ecc.; le seconde sono edifici, condotte e piloni».

³⁵ F. Dalle Nogare, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche: la storia, la governance delle regole e il nuovo codice europeo*, cit., 26. Il pacchetto del 2002 si pone dunque in una prospettiva interlocutoria, che – come sottolinea G. Gardini, *Comunicazioni elettroniche ed editoria*, cit., 264 – coordina i diritti di accesso alla rete dell'*incumbent* con «lo sforzo degli operatori alternativi [...] nella costruzione di (parti di) reti proprie».

³⁶ Cfr. S. Mannoni, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014, 25, in merito all'«imponente sforzo» del legislatore europeo nel trasformare il mercato interno, dal monopolio pubblico fondato sul controllo delle infrastrutture di rete non replicabili ad una liberalizzazione in linea con l'art. 86 TCE e, successivamente, con l'art. 106 TFUE, che non vieta la proprietà pubblica delle infrastrutture destinate a servizi di interesse economico generale, ma assoggetta gli asset, ivi compresi quelli in mano pubblica, alla disciplina antitrust.

³⁷ G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2009, 47.

³⁸ Con la sola eccezione dei «sistemi di trasporto dell'energia elettrica, nella misura in cui sia utilizzati per la trasmissione dei segnali», così F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, cit., 116.

³⁹ Cfr. d.lgs. n. 259/2003, art. 1, c. 1, lett. *dd*), secondo la cui formulazione originaria appartengono alle reti di comunicazione elettronica «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere segnali, le reti televisive via cavo, indipendente dal tipo di informazione trasportata».

il diritto di accesso al suolo

«correlata» la risorsa doveva rientrare tra gli elementi della rete, a cui rimanevano comunque estranee tutte le opere edilizie serventi⁴⁰.

È la direttiva europea del 25 novembre 2009, n. 2009/140/Ce, nell'ambito del c.d. «terzo pacchetto»⁴¹, a tornare sul tema, rilevando che «le autorizzazioni rilasciate alle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica che permettono loro di avere accesso a proprietà pubbliche o private sono fattori essenziali per l'istituzione di reti di comunicazione elettronica o di nuovi elementi della rete». I diritti di accesso al suolo, dunque, si pongono in stretto rapporto con «lo sviluppo della concorrenza» (considerando n. 42), specie nel caso in cui «l'ingresso o l'istituzione di una nuova rete» sia condizionato dall'esistenza di un operatore che – attraverso il controllo dell'infrastruttura fisica – «disponga di un significativo potere di mercato» (considerando n. 43). Su tale presupposto, nell'intenzione del legislatore europeo, s'imponeva la necessità di «ridurre in modo apprezzabile i costi finanziari e ambientali complessivi» per l'allestimento o l'implementazione della rete, anche mediante l'attivazione di strumenti autoritativi idonei «ad imporre ai titolari di diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private» e «condividere tali strutture o proprietà (compresa la coubicazione fisica)» (considerando n. 43). Venne dunque riformulata la nozione di opera correlata di cui all'art. 2 lett. e), dir. 2002/21/Ce, al fine di includere tra gli operatori delle comunicazioni elettroniche anche i proprietari di «infrastrutture fisiche e altre risorse o elementi correlati ad una rete di comunicazione elettronica e/o ad un servizio di comunicazione elettronica che permettono e/o supportano la fornitura di servizi attraverso tale rete e/o servizio, o sono potenzialmente in grado di farlo, ivi compresi tra l'altro gli edifici o gli accessi agli edifici, il cablaggio degli edifici, le antenne, le torri e le altre strutture di supporto, le guaine, i piloni, i pozzetti e gli armadi di distribuzione» (art. 1).

Sul piano del diritto interno, il d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, ha dato attuazione alla riforma, aggiornando il decalogo definitorio codificato nell'art. 2, d.lgs. n. 259/2003. In forza di tale novella, assumevano la qualifica di «operatori» delle telecomunicazioni tutti i soggetti che avevano devoluto

⁴⁰ F Di porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, cit., 116, secondo cui nel primo pacchetto «l'accento è posto sulla finalità trasmissiva dell'infrastruttura mediante cavi, onde hertziane, mezzi ottici e altri mezzi elettromagnetici, incluse le reti satellitari, le reti terrestri fisse [...] e mobili, le reti utilizzate per la radiodiffusione sonora e televisiva, le reti di televisione via cavo».

⁴¹ Formato dal regolamento 2009/1211/Ce e dalle direttive 2009/136/Ce e 2009/140/Ce, cfr. B. Argiolas, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 191.

propri fabbricati o tralicci a servizio dell'infrastruttura fisica di supporto della rete, tra cui i comuni titolari delle torri di illuminazione concesse per l'installazione delle antenne, i privati proprietari degli edifici (o degli accessi agli edifici) che ospitano le strumentazioni e, naturalmente, le *tower companies*, ovvero le società che – pur non essendo concessionarie di frequenze – fondano il proprio *business* sulla locazione dei tralicci, anche in regime di “coabitazione” tra più operatori tra loro concorrenti⁴².

3. Reti di comunicazione elettronica sul suolo privato

La trasposizione nel codice delle nuove nozioni ricavate dal diritto dell'Unione, tuttavia, ha sortito tre effetti molto rilevanti sotto il profilo della regolazione del mercato.

Un primo obiettivo (esplicitato dal «considerando» n. 43 e dall'art. 1, dir. 2009/140/Ce, nella parte in cui modifica l'art. 12, dir. 2002/21/Ce) mirava ad attrarre anche i titolari della sola infrastruttura fisica di supporto nell'orbita dei poteri delle autorità di regolazione del mercato delle telecomunicazioni⁴³, «autorizzate ad imporre la condivisione di elementi della rete e risorse correlate, come condotti, guaine, piloni, pozzetti, armadi di distribuzione, antenne, torri e altre strutture di supporto, edifici o accesso a edifici».

Il principio ha trovato attuazione nell'art. 89, d.lgs. n. 259/2003, che ha affidato all'Autorità garante delle comunicazioni (AGCOM) il potere di ordinare «la condivisione» di «piloni, antenne, torri». A seguito della riforma approvata dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, tale disciplina è stata trasferita – con importanti novità – nell'art. 50, d.lgs. n. 259/2003, secondo cui «se

⁴² Secondo Cons. St., sez. II, sent. 13 dicembre 2011, n. 9710, la disciplina europea non preclude un'interpretazione estensiva della nozione di «operatore», quand'anche adottata dall'AGCOM in sede regolamentare.

⁴³ Come ha notato G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano, Giuffrè, 2004, 30, «il codice civile non prevede una disciplina speciale, diversa da quella della proprietà» per «i beni destinati ad un pubblico servizio» di «appartenenza privata». Tuttavia, in forza del diritto settoriale, pubblica o privata che ne sia la proprietà, l'asservimento di un cespite alla rete comporta l'insorgenza «di un regime “proprietario” e “reale” del bene derogatorio al diritto comune; sia per l'interesse del proprietario al riconoscimento della qualità pubblica della rete; sia per l'interesse dei fruitori delle prestazioni finali all'efficienza delle rete; sia per l'interesse dei competitori ad utilizzare la rete per erogare le loro prestazioni nei mercati a valle» (così F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *I beni pubblici: tutela valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Giuffrè, Milano, 2008, 164).

il diritto di accesso al suolo

un operatore ha esercitato il diritto [...] di installare strutture su proprietà pubbliche o private [...] le autorità competenti hanno la facoltà di imporre la coubicazione o la condivisione degli elementi della rete e delle risorse correlate», stabilendo all'uopo le «norme sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà».

Il primo interrogativo riguarda la natura di tale potere. Al fine di facilitare l'accesso e l'interoperabilità delle reti a favore delle imprese dotate di un minor potere di mercato, sin dall'attuazione del c.d. secondo pacchetto del 2002, infatti, il legislatore aveva affidato all'AGCOM la potestà di imporre agli operatori forme di contrattazione obbligatoria (nelle quali ai gestori veniva imposto di negoziare in buona fede la condivisione dell'infrastruttura, senza dover necessariamente contrarre) e quella di costituire autoritativamente il contratto (c.d. contratto imposto⁴⁴). Si trattava, tuttavia, di strumenti che rimanevano saldamente nell'orbita contrattuale⁴⁵, che continuava a presidiare i rapporti tra gli operatori, salvo l'intervento meramente residuale dell'Autorità, a tutela della concorrenza, nel solo caso di «fallimento del mercato»⁴⁶, dovuto all'esistenza di posizioni dominanti che costituivano una barriera all'accesso dei nuovi operatori.

Il nuovo art. 50 del codice, invece, non prevede interventi autoritativi sui contratti, consentendo all'amministrazione la costituzione coattiva di un vero e proprio diritto reale sui cespiti immobiliari di terzi, se «potenzialmente idonei» all'ubicazione degli impianti.

Si tratta di impostazioni del tutto differenti. L'integrazione dei contratti attraverso l'intervento conformativo dell'amministrazione, infatti, veicolava l'uso del potere amministrativo quale *extrema ratio* al solo fine del buon funzionamento della concorrenza, con una evidente deferenza verso la capacità del mercato di soddisfare l'interesse collettivo sotteso all'implementazione del servizio. In questa prospettiva, per il legislatore rimaneva del tutto indifferente che il nuovo operatore optasse per l'erezione di un proprio autonomo traliccio o per la condivisione di un apparato esistente, purché non rinunciasse a competere con gli altri gestori già insediati nel territorio.

⁴⁴ D. Fauceglia, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *I Contratti*, 2018, n. 4, 484.

⁴⁵ All'Autorità nazionale di regolazione era demandato anche il controllo sul carattere non discriminatorio dei corrispettivi, tuttavia la dir. 2002/19/Ce non si spingeva ad introdurre «l'obbligo di prezzi orientati ai costi» ed, anzi, affidava preferibilmente al mercato il compito di «stabilire le condizioni di accesso e di interconnessione (art. 4, par. 1)» (cfr. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, cit., 37).

⁴⁶ D. Fauceglia, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, cit., 485.

L'art. 50, d.lgs. n. 259/2003, come riformato dal d.lgs. n. 207/2021, invece, affida una diversa centralità al provvedimento amministrativo, che non è più uno strumento di semplice correzione del mercato (o di una trattativa civilistica, nel caso degli obblighi a negoziare), ma costituisce l'alternativa "prediletta" dal legislatore, in quanto incentivata dal punto di vista finanziario. L'art. 50, c. 1, stimola infatti gli operatori a seguire la via del *co-using* degli impianti di trasmissione, stabilendo che – nel caso in cui un nuovo fornitore di rete intenda accedere ai tralicci esistenti di proprietà di terzi – non soltanto l'AGCOM può imporre la condivisione dell'infrastruttura con proprio provvedimento autoritativo, ma – in tal caso – il subentrante sarà onerato della sola compartecipazione ai costi di esercizio (lett. *b*). Viene perciò fortemente condizionata la contrattazione degli *slots* che, in caso di esito negativo della negoziazione, può essere comunque conseguita dal subentrante (con provvedimento amministrativo) a mero prezzo di costo.

Questa apparente differenza procedimentale cela in realtà un mutamento di prospettiva. Il provvedimento autoritativo che impone la coubicazione degli impianti non persegue (o, quantomeno, non più) l'interesse pubblico-privato alla concorrenza, ma – nell'esplicito tenore letterale del c. 1 – è legittimo soltanto «al fine di tutelare l'ambiente, la salute pubblica e la pubblica sicurezza o di conseguire gli obiettivi della pianificazione urbana e rurale» fissati in conformità all'art. 8, l. n. 36/2001. In principalità, lo scopo dell'intervento autoritativo non risiede più nel facilitare il subingresso nel mercato di nuovi operatori, ma nel favorire la concentrazione delle apparecchiature esistenti presso quei siti nei quali già «un operatore ha esercitato il diritto [...] di installare strutture su proprietà pubbliche o private» (art. 50). La condivisione dell'infrastruttura fisica di supporto esistente, perciò, non costituisce più un corollario della concorrenza, ma è essa stessa interesse pubblico. In un settore già molto infrastrutturato, solo con la concentrazione degli impianti nelle strutture esistenti possono essere perseguiti gli interessi enucleati dall'art. 50, che coinvolgono non soltanto beni primari ("salute" e "sicurezza"), ma anche la coerenza della pianificazione urbana e rurale. Non è dunque soltanto il potenziamento dell'infrastruttura di rete in un mercato concorrenziale a corrispondere all'interesse pubblico (art. 51), ma anche la sua dislocazione (o ricollocazione) in siti condivisi idonei, non semplicemente autorizzati dal preuso. Nell'ottica della pianificazione ambientale e paesaggistica è dunque preferibile lo sfruttamento a massima capienza dei tralicci esistenti piuttosto che la loro moltiplicazione sul territorio.

In questa prospettiva, saranno cruciali le valutazioni affidate all'AGCOM ai fini dell'adozione di un regolamento «sulla ripartizione dei costi», ai sensi dell'art. 50, c. 1, lett. *a*). C'è infatti una contrapposizione latente, che dovrà

il diritto di accesso al suolo

essere risolta dall’Autorità con ricorso alla normativa secondaria, bilanciando: a) l’interesse dei proprietari e gestori dell’infrastruttura fisica di mero supporto (la cui implementazione sarebbe inevitabilmente disincentivata da meccanismi che onerino l’operatore ospitato della sola compartecipazione alle spese vive, senza remunerazione profittevole per l’investimento iniziale), b) l’interesse degli operatori a ricollocare a mero prezzo di costo i propri impianti, c) l’interesse pubblico ad una più armonica distribuzione delle reti.

L’AGCOM gode, dunque, di una potestà compiutamente espropriativa, che – per ragioni di interesse pubblico legate alla razionalizzazione degli impianti esistenti – le consente di governare il settore limitando le facoltà dominicali del proprietario dell’impianto, costituendo coattivamente diritti a favore di operatori terzi, tenuti alla sola condivisione delle spese con il proprietario espropriato. In questo senso, il provvedimento dell’Autorità introduce una procedura alternativa all’esproprio ai sensi del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, come richiamato dal successivo art. 51, al quale sembra riservata una funzione del tutto residuale, legata ai suoli e fabbricati non infrastrutturizzati e quindi neppure «*potenzialmente*» idonei (art. 2, lett. *zz*), del codice) a supportare le trasmissioni.

L’assetto normativo sin qui descritto impone tuttavia una succinta specificazione: la disciplina amministrativa sinora esaminata, con riferimento alla condivisione dei tralicci (e dei costi) previo provvedimento autoritativo unilaterale dell’AGCOM, si applica a coloro che abbiano acquisito «il diritto di installare strutture» sul suolo privato o sul patrimonio pubblico disponibile, in quanto – nel caso di torri, tralicci e antenne erette sul suolo demaniale o indisponibile – la concessione degli *slot* agli operatori dev’essere gratuita sempre e comunque, in forza del successivo art. 54, a prescindere dal titolo (contrattuale o autoritativo) che legittima la co-ubicazione.

La nuova formulazione dell’art. 51, d.lgs. n. 259/2003, conferma altresì la possibilità, per gli operatori di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico, di esperire la procedura espropriativa «per l’acquisizione patrimoniale dei beni immobili o di diritti reali sugli stessi necessari alla realizzazione degli impianti». Come in parte anticipato, tuttavia, il combinato disposto con l’art. 50 e l’art. 2, lett. *zz*) impone di chiarire la linea di demarcazione che distingue la necessità della procedura espropriativa (ai sensi del d.P.R. n. 327/2001, come richiamato dall’art. 51 del codice) dall’esercizio dei poteri autoritativi dell’AGCOM in merito alla condivisione autoritativa delle «infrastrutture fisiche [...] potenzialmente in grado» di supportare un servizio di comunicazione elettronica, tra cui tralicci, piloni, edifici e accessi. L’accento posto dalla norma sull’avverbio «potenzialmente» – da cui discende la qualificazione del proprietario quale «operatore» dei servizi di comunicazione

elettronica – sembra presupporre una autosufficienza nella destinazione funzionale dell’infrastruttura, non casualmente utile alla posa di un’antenna (alla stregua di un qualsiasi tetto o torre di illuminazione pubblica e/o sportiva), bensì specificamente attrezzato al fine di consentire l’insediamento della rete. In caso contrario, la qualificazione di un’opera come “correlata” sarebbe del tutto casuale, in relazione all’altezza o alla posizione di un immobile, senza un collegamento tangibile o prevedibile con il mercato delle reti. Pertanto, in assenza di una dotazione tecnica installata per rendere il manufatto specificamente idoneo all’insediamento degli strumenti della rete, si riespande – per l’operatore interessato all’asservimento dell’immobile, del terreno o della torre – l’ambito di applicazione del procedimento espropriativo a norma dell’art. 51, d.lgs. n. 259/2003 e, conseguentemente, del d.P.R. n. 327/2001.

4. ... e sul suolo pubblico

Il quadro normativo brevemente descritto chiarisce la potenziale redditività dei diritti di accesso al suolo per la posa dell’infrastruttura fisica di supporto delle comunicazioni elettroniche, accreditando la rilevanza di un mercato che, in Europa, vale svariati miliardi di euro⁴⁷.

Tuttavia, con riguardo al caso italiano, la già citata riforma introdotta dal d.lgs. n. 70/2012, in recepimento della direttiva n. 2009/140/Ce, ha sortito un terzo effetto, assai rilevante nell’economia complessiva del settore. Nel diritto interno, infatti, la nozione di «opere correlate» ai servizi di comunicazione elettronica – prevista dall’art. 1, lett. *ee*), del previgente d.lgs. n. 259/2003 in continuità con il disposto dell’art. nell’art. 2, lett. *e*), dir. 2002/21/Ce – costituiva il presupposto di una (progressivamente sempre più) vasta gamma di incentivi economici⁴⁸, introdotti per stimolare l’implementazione delle reti telematiche o la loro ricollocazione preferibilmente sul suolo pubblico demaniale *ex art.* 822 c.c. o patrimoniale indisponibile *ex art.* 826-828 c.c. Con la riconduzione di tutta l’infrastruttura fisica di torri e tralicci tra le «opere correlate» (a prescindere se gestite da un fornitore di rete o meno)⁴⁹, la platea dei possibili fruitori di tali agevolazioni finanziarie è stata estesa a dismisura, arrivando a beneficiare soggetti collegati in maniera molto labile all’erogazione del servizio. I proprietari degli apparati di

⁴⁷ Cfr. S. Carli, *Le tlc: chi muove le torri europee nel risiko delle telco*, in *La Repubblica*, 21 febbraio 2021.

⁴⁸ Lo riconosce espressamente TAR Lazio, sez. II-bis, 2 ottobre 2019, n. 11489.

⁴⁹ Cfr. dir. 2009/140/UE e sua conseguente attuazione nel d.lgs. n. 70/2012.

il diritto di accesso al suolo

supporto alle trasmissioni erano infatti assurti “nel bene e nel male” tra gli «operatori dei servizi di comunicazione elettronica», con effetto sia ai fini dell’assoggettamento alla potestà provvedimentale dell’AGCOM (finalità principe della dir. 2009/140/Ce), sia ai fini del godimento delle incentivazioni finanziarie previste per favorire l’implementazione della rete (effetto indiretto, derivante dal coordinamento della normativa europea con la disciplina vigente in sede nazionale).

Proprio il tema degli incentivi pubblici ha fortemente trasformato le dinamiche di mercato perché, in forza della riforma propugnata dal d.l. n. 70/2012, le imprese che si interponevano quali intermediari (tra i diritti d’uso del suolo e i gestori delle reti) si trovarono improvvisamente a marginalizzare “doppiamente” il medesimo sedime, introitando sia gli incentivi pubblici riservati agli operatori, sia i canoni contrattualizzati a prezzo di mercato con i fornitori dei servizi di comunicazione elettronica. D’altronde, non è un caso che gli operatori privati più infrastrutturati si siano dotati di proprie articolazioni societarie, destinate a mettere a reddito la rete. Sennonché, la crescente incentivazione finanziaria/fiscale – che, stando ad una certa interpretazione⁵⁰, ha raggiunto un provvisorio apice con quanto previsto dalla l. n. 108/2021, in sede di conversione del d.l. n. 77/2021, mediante l’introduzione del comma 831-*bis* nel corpo della l. n. 160/2019 – ha finito per distorcere lo stesso mercato delle *tower companies*.

Il legislatore ha stimolato queste società ad inseguire il richiamo delle agevolazioni, sviluppando la rete preferibilmente sul suolo pubblico. La stessa giurisprudenza amministrativa ha dato impulso a questi benefici sull’erroneo presupposto che il regime incentivante avrebbe ridotto i costi d’investimento per gli operatori e promosso l’estensione del servizio in regime di concorrenza⁵¹. Così facendo, tuttavia, il giudice amministrativo ha trascurato che – in considerazione dei costi di gestione che rendono non conveniente all’operatore della rete mantenere un autonomo apparato di torri – la leva finanziaria/fiscale ha finito per avvantaggiare soprattutto gli intermediari, che hanno beneficiato del regime incentivante continuando a locare l’in-

⁵⁰ Cfr. Fondazione ANCI-IFEL, *L’applicazione della nuova disciplina del canone “reti ed infrastrutture di comunicazione elettronica”*, 2/11/2021, in www.fondazioneifel.it; TAR Veneto, sez. III, sent. 29 novembre 2021, n. 1427.

⁵¹ TAR Toscana, sez. I, 18 novembre 2022, n. 1335, secondo cui «l’introduzione di opportune agevolazioni, idonee a contenere l’importo dei canoni di occupazione, è conforme all’intento del Legislatore di cui al d.lgs. n. 259/2003, diretto com’è a garantire (in applicazione delle direttive 2002/20/CE e 2002/21/CE), la diffusione dei servizi in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, evitando disparità di trattamento tra gestori e fruitori del servizio in funzione della località in cui le installazioni devono essere realizzate».

frustruttura fisica agli operatori di rete secondo i valori di mercato, derivanti dall'appetibilità degli *slots*.

Nel dettaglio, in prima battuta, già l'art. 93, d.lgs. n. 259/2003, nella sua formulazione originaria, aveva previsto che ciascun comune introducesse nel proprio regolamento del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP) «speciali agevolazioni» economiche (ai sensi dell'art. 63, c. 1, lett. *e*), d.lgs. n. 446/1997), nel caso delle occupazioni del suolo pubblico con impianti di trasmissione non cablati⁵². Tale norma introduce una inspiegabile differenziazione. L'art. 51, c. 1, lett. *a*), d.lgs. n. 446/1997, infatti, aveva disposto l'abolizione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP) prevista dal d.lgs. n. 507/1993 e la sua sostituzione con il COSAP. Tuttavia, il successivo art. 31, c. 14, d.lgs. n. 448/1998 ha “revocato” l'abolizione della tassa, affidando alla discrezionalità di ciascun consiglio comunale la scelta⁵³ se imporre l'obbligazione tributaria (TOSAP) o applicare un canone avente natura corrispettiva (COSAP) per compensare le occupazioni del suolo demaniale o patrimoniale indisponibile. L'art. 93, d.lgs. n. 259/2003, tuttavia, ai fini della previsione delle «speciali agevolazioni» a favore degli impianti di trasmissione radio, richiama la sola disciplina COSAP, introducendo una poco ragionevole e del tutto casuale distinzione dell'imposizione. La fiscalità locale applicabile alle antenne doveva essere infatti obbligatoriamente agevolata presso i soli enti locali che avevano scelto il COSAP, mantenendo invece le aliquote ordinarie presso i comuni che applicavano la TOSAP.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la previsione di siffatte agevolazioni era obbligatoria, in quanto il rinvio operato dal previgente art. 93, d.lgs. n. 259/2003, avrebbe eliminato qualunque discrezionalità in capo al Consiglio comunale, cui residuava una mera valutazione sul *quantum* della riduzione e mai rispetto all'*an* del beneficio. Si trattava di una disciplina del tutto eccezionale, che non ha pari nella normativa di settore. Ordinariamente, infatti, in sede di quantificazione dei parametri COSAP, i comuni dovevano considerare non solo «l'entità dell'occupazione», ma anche «il sacrificio imposto alla collettività» e «il valore economico della disponibilità dell'area» (art. 63, c. 2, lett. *c*), introducendo in sede regolamentare appositi moltiplicatori, variabili in relazione alla natura dell'attività esercitata sul suolo pubblico⁵⁴. D'altronde, «dalla stessa legge delega (art. 3, comma 149, lett. h), l.n.

⁵² TAR Emilia-Romagna, sez. II, 10 febbraio 2022, n. 145, secondo cui «la suddetta disciplina è “espressione di un principio fondamentale” dell'ordinamento di settore delle telecomunicazioni, in quanto persegue la finalità di garantire a tutti gli operatori un trattamento uniforme e non discriminatorio».

⁵³ Cons. St., sez. V, 24 dicembre 2020, n. 8302.

⁵⁴ Cons. St., sez. V, 24 dicembre 2020, n. 8302, secondo cui – in sede di individuazione

il diritto di accesso al suolo

662 del 1996) si ricava l'indicazione della determinazione del canone in applicazione del principio solidaristico, che porta, inevitabilmente, a richiedere maggior contribuzione a chi trae più intenso vantaggio (evidentemente economico) dall'utilizzo della risorsa pubblica»⁵⁵. Per tutte le possibili destinazioni del sedime concesso, il legislatore affidava agli enti locali il compito di adeguare l'imposizione economica caso per caso (sulla scorta del rilievo che il valore di una stessa porzione di superficie varia a seconda dell'attività che il concessionario vi intende esercitare), flessibilizzando il previgente regime tributario TOSAP, che fissava l'imposizione tariffaria esclusivamente in relazione ai metri quadri occupati. Nel caso delle infrastrutture di comunicazione, questa proporzionalità era confermata dal c. 2, lett. f), per le sole reti cablate. Queste, infatti, a prescindere dal sedime occupato, pagavano un onere in proporzione al numero di utenze connesse, cosicché la diramazione della rete in zone ad elevata densità di clientela risultava molto più onerosa rispetto agli investimenti effettuati nei territori a minor densità abitativa. Invece, nel caso delle infrastrutture di comunicazione radio – per le quali, ovviamente, non è possibile standardizzare l'imposizione in relazione al numero di utenze connesse – il legislatore non ritenne di parametrare l'imposizione nemmeno alla, pur irrisoria, superficie occupata dal basamento dall'antenna, posto che questa doveva essere altresì ulteriormente agevolata⁵⁶.

Questo combinato disposto vietava inoltre alle amministrazioni di accordare un qualche rilievo impositivo al fenomeno della sub-concessione, rimanendo irrilevante che lo sviluppo del traliccio in altezza offrisse ospitalità a svariati altri operatori⁵⁷, che fruivano del sedime pubblico in via mediata da un contratto di diritto privato stipulato con il concessionario⁵⁸.

Secondo la prevalente giurisprudenza, il mancato adeguamento della

delle «speciali agevolazioni» a norma dell'art. 63, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 446/1997 – la «scelta è rimessa a valutazione discrezionale in ordine alle attività ritenute connotate da una stretta – la norma primaria parla di «particolare» – attinenza con l'interesse pubblico».

⁵⁵ Cons. St., sez. V, 24 dicembre 2020, n. 8302.

⁵⁶ TAR Emilia-Romagna, sez. II, 10 febbraio 2022, n. 145.

⁵⁷ TAR Toscana, sez. I, 18 novembre 2022, n. 1335: «la previsione di un canone per il co-sharing ha l'effetto di introdurre il pagamento di un onere ulteriore, che non trova la propria ratio, né nel D.lgs. 259/2003 né, soprattutto, nei criteri per quantificazione del canone contenuti nell'art. 63 del d.lgs. n. 446/97».

⁵⁸ Cons. St., sez. II, 12 aprile 2021, n. 2976, in materia COSAP il combinato disposto del d.lgs. n. 446/1997 e del d.lgs. n. 259/2003 «espressamente prevede il “pagamento di un canone da parte del titolare della concessione” [...] escludendo, in applicazione del principio espresso nell'art. 23 della Costituzione, che il canone in argomento, in assenza di norma di legge, potesse essere imposto ad un soggetto diverso dal titolare della concessione per l'occupazione del suolo».

regolamentazione locale comportava conseguenze gravosissime per gli enti inadempimenti. Laddove il regolamento applicabile *ratione loci* non avesse assicurato alle reti di comunicazione elettronica un regime di favore, questo poteva essere non soltanto annullato dal giudice amministrativo, ma – in conseguenza dell’effetto *ex tunc* della sentenza costitutiva di annullamento – l’amministrazione locale avrebbe dovuto restituire tutti i canoni incamerati dall’anno 2003 in poi, fino all’avvenuta conformazione della disciplina locale. In tale caso, il termine di prescrizione per la ripetizione dell’indebitato decorre dalla pubblicazione della sentenza che ha caducato il regolamento, consentendo l’integrale recupero in unica soluzione di tutte le somme “indebitamente” versate negli anni⁵⁹. In questi casi, la sentenza di annullamento del regolamento COSAP per violazione dell’art. 93 consentiva all’operatore una fruizione totalmente gratuita del sedime pubblico, dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 259/2003 fino all’avvenuta conformazione della normativa locale⁶⁰. Sennonché, a livello pratico, siffatta interpretazione – che esclude ogni possibile discrezionalità consiliare in merito all’*an* dell’agevolazione – ha impiegato quasi vent’anni per affermarsi nelle aule di giustizia, esponendo gli enti locali all’accumulazione di un indebitato ingente.

Successivamente, l’art. 68, d.lgs. n. 70/2012, riformava l’art. 93, d.lgs. n. 259/2003, confermando il divieto alle amministrazioni locali di imporre «per l’impianto di reti o per l’esercizio di servizi di comunicazione elettronica», oneri finanziari, canoni o contributi diversi dalla TOSAP o dal COSAP. Il principio è stato irrobustito dalla giurisprudenza, secondo cui tale norma valeva non soltanto per gli enti proprietari del sedime demaniale o patrimoniale indisponibile, ma in generale per tutti i soggetti qualificabili come «pubbliche amministrazioni» in senso soggettivo. Tale precetto veniva ulteriormente corroborato dall’art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 33/2016 («l’articolo 93, comma 2, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 della medesima disposizione»), a cui la legge n. 12/2019 – introducendo, in sede di conversione, l’art. 8-bis nel testo del decreto legge n. 135/2018 – ha aggiunto la

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. VI, 24 settembre 2021, n. 25954, in *Guida al diritto*, 2021, 44: «In tema di termine di prescrizione dell’azione di ripetizione dell’indebitato occorre distinguere i casi di nullità del contratto e, dunque, di mancanza originaria della *causa solvendi*, in cui il *dies a quo* comincia a decorrere dal giorno dell’intervenuta esecuzione della prestazione, dai casi in cui il difetto della *causa solvendi* sopravvenga al pagamento, in cui il suddetto termine decorre dal giorno in cui l’accertamento dell’indebitato è divenuto definitivo».

⁶⁰ TAR Veneto, sez. III, 4 ottobre 2022, n. 1491.

il diritto di accesso al suolo

chiosa finale «restando quindi escluso ogni altro tipo di onere finanziario, reale o contribuito, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsivoglia ragione o titolo richiesto».

Il divieto – introdotto nella formula dell’interpretazione autentica nell’intento di travolgere retroattivamente le convenzioni già stipulate – investe tutti i crediti derivanti da titoli negoziali, ivi comprese le cauzioni⁶¹. Nelle dinamiche commerciali era infatti invalsa la prassi per gli operatori di solleticare l’interesse (ed il favore) degli enti locali, concordando importi aggiuntivi rispetto a TOSAP e COSAP, che – essendo commisurati ai soli metri quadri occupati dal basamento dell’antenna – costituivano un incentivo alquanto esiguo per le amministrazioni concedenti. L’effetto della disposizione è stato tuttavia depotenziato dal Consiglio di Stato⁶². Nell’ottica di un’interpretazione costituzionalmente orientata⁶³, la magistratura amministrativa ha negato la “sedicente” efficacia interpretativa del nuovo comma 8-*bis*. Questo, infatti, andava ad introdurre un contenuto che non rientra tra le possibili interpretazioni del d.lgs. n. 259/2003: la norma “interpretata” si riferiva alle sole «prestazioni imposte» mediante l’esercizio di un potere autoritativo, mentre la legge n. 12/2019 ha vietato «la diversa ipotesi del canone liberamente contrattato dalle parti», che – nel tenore del previgente art. 93 del codice – doveva ritenersi del tutto lecito⁶⁴. La conseguenza pragmatica di tale ermeneutica è che le modifiche introdotte dalla legge di conversione n. 12/2019, non trattandosi di interpretazione autentica ma di novella legislativa, dispiegano efficacia esclusivamente *pro-futuro*, rendendo nulle le

⁶¹ Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2022, n. 4101.

⁶² Cfr. Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2022, n. 10505.

⁶³ Cons. St., sez. VII, 18 ottobre 2022, n. 8874, secondo cui «l’eventuale applicazione retroattiva dell’art. 8-*bis*, comma 1, lett. c), a fattispecie di determinazione del canone che trovino il loro titolo in una fonte di natura contrattuale o comunque pattizia comportante *ex post* e retroattivamente» la nullità della clausola del disciplinare per violazione della sopravvenuta norma imperativa, rispettivamente la sua eterointegrazione ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. con il regime del canone forfettario previsto dall’art. 63, comma 2, lettere e) ed f), d.lgs. n. 446/1997, si porrebbe in contrasto con i principi di legittimo affidamento delle parti contrattuali (compresa la parte pubblica) e della ragionevolezza», anche perché «ai sensi dell’art. 15, comma 5, della l. n. 400/1988, le modifiche apportate ai decreti legge in sede di conversione hanno effetto *ex nunc* e non *ex tunc*. La pretesa di riconoscere al citato art. 8-*bis*, comma 1, lett. c), natura di norma di interpretazione autentica e, così, efficacia retroattiva, contrasta, quindi, anche con il dato formale dell’ora menzionato art. 15, comma 5, che ha positivamente, l’insegnamento tradizionale secondo cui gli emendamenti inseriti in sede di conversione dei decreti legge hanno efficacia *ex nunc* (cosicché non può dirsi formalmente corretto introdurre una norma retroattiva con lo strumento del decreto legge)».

⁶⁴ Cons. St., sez. VII, 18 ottobre 2022, n. 8874.

sole rate di canoni scadute successivamente al 13 febbraio 2019 (giorno di entrata in vigore della legge)⁶⁵, con buona pace delle Amministrazioni locali che vi si erano nel frattempo scrupolosamente conformate.

La stabilità della riforma introdotta dal d.l. n. 135/2018, come convertito dalla l. n. 12/2019 (e reinterpretato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3467/2020), ha subito tuttavia un ulteriore contraccollo ad opera della l. n. 160/2019, che ha abrogato sia il prelievo tributario TOSAP che il canone COSAP, per istituire il nuovo canone unico patrimoniale, con decorrenza dall'esercizio di bilancio 2021. La natura giuridica del nuovo istituto rimane alquanto controversa, avendo aggregato sotto un'unica etichetta sia prelievi di ordine tributario⁶⁶ che prestazioni patrimoniali⁶⁷, mantenendone peraltro inalterati i presupposti impositivi. In particolare, con riferimento all'imposizione applicata alla diffusione di messaggi pubblicitari (comma 819, lett. b) «il canone non è collegato ad un corrispettivo [...] bensì ad una prestazione imposta dalla legge in quanto collegata all'esercizio di un'attività [...] produttiva di ricchezza»; al contrario, l'imposizione applicata all'uso privato del suolo pubblico (comma 819, lett. a) presuppone la costituzione di un rapporto sinallagmatico tra le parti nella forma della concessione amministrativa, che ne smentisce la natura tributaria e ne determina l'attrazione entro il perimetro della giurisdizione ordinaria⁶⁸.

Il legislatore ha ripetutamente concesso la proroga del termine per l'adeguamento dei regolamenti locali, inizialmente fissato al 31 dicembre 2020⁶⁹, poi al 31 gennaio⁷⁰, quindi al successivo 31 marzo (benché in forza di un decreto ministeriale⁷¹ privo del rango per derogare la legislazione in materia), ulteriormente differito al 30 aprile⁷² ed infine al 31 maggio 2021⁷³.

La nuova normativa conferma la potestà impositiva dei Consigli comunali, ribadendo che «il canone è disciplinato dagli enti in modo da assi-

⁶⁵ Cons. St., sez.V, 5 gennaio 2021, n. 142.

⁶⁶ Nel dettaglio, ai sensi del c. 816, oltre alla tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, il canone unico va a sostituire l'imposta comunale sulla pubblicità, il diritto sulle pubbliche affissioni e il canone per l'installazione di mezzi pubblicitari.

⁶⁷ In particolare, sono abrogati il canone di cui all'art. 27, c. 7, d.lgs. n. 285/1992 e, per l'appunto, il canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

⁶⁸ C. Pannaciulli, *La controversa natura del c.d. canone unico patrimoniale e assetto costituzionale dell'autonomia regolamentare e finanziaria degli Enti locali*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 24, 102.

⁶⁹ Cfr. il combinato disposto dell'art. 53, l. n. 388/2000, dell'art. 1, c. 169, l. n. 296/2006 e dall'art. 151, d.lgs. n. 267/2000.

⁷⁰ Art. 106, d.l. 18 maggio 2020, n. 34, conv. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

⁷¹ D.m. 13 gennaio 2021, in G.U. serie generale n. 13 del 18 gennaio 2021.

⁷² Art. 30, d.l. 22 marzo 2021, n. 41.

⁷³ Art. 3, d.l. 30 aprile 2021, n. 56.

il diritto di accesso al suolo

curare un gettito pari a quello conseguito dai canoni e dai tributi che sono sostituiti dal canone, fatta salva, in ogni caso, la possibilità di variare il gettito attraverso la modifica delle tariffe» (c. 817). La fissazione legislativa, nei c. 826 e 827, degli importi standard, proporzionati alla popolazione del singolo comune, infatti, non preclude alla municipalità l'adozione di una normativa regolamentare per l'introduzione di tariffe diverse⁷⁴, assicurando «un potere discrezionale all'amministrazione di modulare il canone in funzione delle specificità della singola realtà territoriale, in applicazione del principio di autonomia finanziaria di entrata ai sensi dell'art. 119 Cost.»⁷⁵. Il coefficiente fissato dalla legge, pertanto, finisce per assolvere ad una funzione meramente suppletiva di quantificazione della tariffa, in caso di assenza o mancato adeguamento della regolamentazione vigente in sede locale. Ciò ha consentito ad alcuni comuni – in analogia a quanto avvenuto in passato con la previsione dei coefficienti TOSAP (non, invece, come detto, nei comuni-COSAP) – di adottare tariffe *ad hoc* per le infrastrutture di rete, allineando il canone unico agli importi relati *ante* 2019 dalle concessioni-contratto, oggi nulle per effetto della l. n. 12/2019.

Tale assetto ha prestato il fianco ad alcuni dubbi di legittimità costituzionale, specie con riguardo al rispetto della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. La Consulta ha infatti tradizionalmente sottolineato che appartiene al novero delle «prestazioni imposte» il caso in cui «per i caratteri e il regime giuridico dell'attività resa, sia pure su richiesta del privato, appare prevalente l'elemento della imposizione legale»⁷⁶, anche quando l'amministrato rimane «libero di stipulare o non stipulare il contratto, ma questa libertà è solo astratta, perché si riduce alla possibilità di scegliere [...] obblighi e condizioni unilateralmente e autoritativamente prefissati» con provvedimento autoritativo dall'amministrazione⁷⁷, come avviene – ad esempio – proprio per i canoni d'uso di beni demaniali⁷⁸.

In tal caso la riserva di legge è rispettata solo se la fonte primaria in-

⁷⁴ Cfr. G. Ielo, *Il canone patrimoniale di concessione, autorizzazione o esposizione pubblicitaria*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 31, secondo cui «sono le stesse disposizioni a stabilire la possibilità di modificare le tariffe standard. Tale possibilità, comunque, pervade l'intero complesso delle disposizioni in materia di canone, ad eccezione dei casi in cui il legislatore ha espressamente imposto dei limiti, come nel caso del comma 843 che riguarda l'occupazione effettuata nelle aree di mercato e consente un aumento delle tariffe previste per le occupazioni temporanee di cui al comma 842 nella misura massima del 25 per cento».

⁷⁵ TAR Lazio, 21 marzo 2022, n. 3248.

⁷⁶ C. cost., n. 435/2001.

⁷⁷ F. Tesauro, *Istituzioni di Diritto tributario*, I, Torino, Utet, 2014, 16.

⁷⁸ C. cost., n. 236/1994.

dica (oltre ai soggetti passivi ed al presupposto del tributo) anche la misura dell'imposizione⁷⁹. Tale ultimo requisito può essere soddisfatto mediante la fissazione di un'aliquota massima oppure attraverso l'indicazione di «idonei criteri e limiti, di natura oggettiva o tecnica, atti a vincolare la determinazione quantitativa dell'imposizione»⁸⁰. Letto alla luce della pertinente giurisprudenza costituzionale, quindi, il c. 817 demanda ai consigli comunali proprio un'ampia discrezionalità amministrativa, del tutto analoga a quella che la Corte costituzionale ha già ritenuto incompatibile con il rispetto della riserva di legge a norma dell'art. 23 Cost.

Ciò a meno che – come hanno prospettato (in maniera del tutto irragionevole) alcuni arresti del giudice amministrativo⁸¹ – non si finisca per considerare il principio di invarianza del gettito di cui al c. 817 come limite massimo del tributo, ai sensi dell'art. 52, d.P.R. n. 446/1997, vincolando il comune a non eccedere con il canone unico il provento già conseguito nell'ultimo anno di applicazione della TOSAP (2020). Una simile interpretazione andrebbe ad imbrigliare la discrezionalità del consiglio comunale, che rimarrebbe vincolato *ad libitum* alle singole decisioni assunte dalla maggioranza politica locale nell'anno 2019 per l'esercizio di bilancio 2020.

Storicizzare il canone unico patrimoniale al gettito TOSAP/COSAP conseguito *ratione loci* e *ratione temporis* nell'anno 2020 – anziché procedere alla fissazione di parametri tariffari massimi validi per tutte le municipalità – contravviene totalmente al principio «dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa», in forza del quale «i Comuni [...] stabiliscono ed applicano tributi ed entrate propri» (art. 119 Cost.), configurando un sistema assurdo, nel quale le determinazioni politiche del passato assumerebbero (per effetto dell'implicito richiamo normativo) “forza di legge” rispetto alla potestà impositiva esercitabile dal medesimo Consiglio comunale *pro-futuro*.

Nemmeno il tempo di superare le prime incertezze sull'applicazione

⁷⁹ F.Tesauro, *Istituzioni di Diritto tributario*, cit., 15.

⁸⁰ C. cost., n. 435/2001.

⁸¹ TAR Emilia-Romagna, sez. II, 10 febbraio 2022, n. 145, secondo cui ai sensi dell'art. 1, c. 824, l. n. 169/2019 «l'«invarianza» garantita dal legislatore investe il complessivo introito (entrata finanziaria) che gli Enti comunali si vedevano garantito dall'applicazione dell'insieme di tutti gli istituti previgenti: si tratta di un limite «bidirezionale» per le determinazioni comunali in quanto l'Ente locale ha il potere di disciplinare il canone in modo da arrivare sino a tale soglia, ma non può superarla. Il legislatore, invece, ha chiaramente delimitato i poteri dei Comuni «infra limite di gettito», da un lato, attribuendo agli stessi poteri regolamentari, affinché possano dettare la necessaria disciplina secondaria idonea a modulare l'applicazione del canone in funzione delle specificità della singola realtà territoriale; dall'altro lato, individuando anche i criteri e parametri utilizzabili dagli Enti per procedere a tale modulazione applicativa».

il diritto di accesso al suolo

del nuovo canone unico ed aggiornare la normativa comunale che la l. n. 108/2021, in sede di conversione del d.l. n. 77/2021 («Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure»), ha introdotto un nuovo comma 831-*bis* nell'art. 1, l. n. 160/2019, in materia di impianti di comunicazioni elettroniche⁸².

La norma soffre di una fragilità genetica, trattandosi di disciplina introdotta dal Parlamento in sede di conversione senza la necessaria omogeneità con la materia del decreto legge⁸³, con il rischio di declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 77.

La decorrenza temporale degli effetti della novella è imprecisata, ma la previsione che tali importi debbano essere corrisposti «entro il 30 aprile di ciascun anno», a fronte di una riforma entrata in vigore il 31 luglio 2021, ne ha fatto dedurre l'implicita applicabilità dall'esercizio di bilancio 2022⁸⁴.

La disposizione prescrive il pagamento di 800,00 euro alle «reti e infrastrutture di comunicazione elettronica» che «non rientrano nella previsione di cui al comma 831», ma «insistono sul territorio» comunale ed ha generato una pluralità di problemi applicativi. Il nuovo regime si applica agli impianti non soggetti all'imposizione di cui al c. 831. Quest'ultimo – già contenuto nella formulazione originaria della l. n. 160/2019 – prevede la forfettizzazione di un importo da versare a titolo di canone unico, per tutte le infrastrutture di rete che occupano il «suolo pubblico» con «cavi e condutture». In tale eccezionale caso, la quantificazione dell'imposta non dipende dalla superficie demaniale/indisponibile occupata, ma dal numero di utenze servite dalla rete. Applicando l'imposta in base ai «metri quadrati» occupati dai cablaggi, infatti, le zone a bassa densità abitativa (meno redditizie per l'eser-

⁸² «831-*bis*. Gli operatori che forniscono i servizi di pubblica utilità di reti e infrastrutture di comunicazione elettronica di cui al codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e che non rientrano nella previsione di cui al comma 831 sono soggetti a un canone pari a 800 euro per ogni impianto insistente sul territorio di ciascun ente. Il canone non è modificabile ai sensi del comma 817 e ad esso non è applicabile alcun altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o a qualsiasi titolo richiesto, ai sensi dell'articolo 93 del decreto legislativo n. 259 del 2003. I relativi importi sono rivalutati annualmente in base all'indice ISTAT dei prezzi al consumo rilevati al 31 dicembre dell'anno precedente. Il versamento del canone è effettuato entro il 30 aprile di ciascun anno in unica soluzione attraverso la piattaforma di cui all'articolo 5 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

⁸³ C. cost., n. 22/2012, secondo cui «la necessaria omogeneità del decreto legge [...] deve essere osservata dalla legge di conversione».

⁸⁴ IFEL, *L'applicazione della nuova disciplina del canone «reti ed infrastrutture di comunicazione elettronica»*, 2/11/2021, in www.fondazioneifel.it (u.c. 16/5/2021).

cente) avrebbero subito una imposizione fiscale del tutto sproporzionata, richiedendo un'ampia distribuzione dei sottoservizi (e quindi un maggiore uso di sedime) per connettere un limitato numero di utenze finali.

In ogni caso, pur facendo riferimento ad un criterio di quantificazione eccezionale, il presupposto impositivo del canone unico di rete *ex* comma 831 resta il medesimo del canone unico *ex* art. 816, ossia un «atto di concessione del suolo pubblico».

Il nuovo comma 831-*bis*, al contrario, investe esclusivamente gli impianti di comunicazione elettronica che «non rientrano nella previsione di cui al comma 831», vale a dire: a) le reti che, pur diramandosi «con cavi e condutture», non prevedono «l'occupazione del suolo pubblico»; b) le antenne che, per definizione, non prevedono allacciamenti delle utenze mediante «cavi e condutture».

Ed infatti, il presupposto impositivo di cui al comma 831-*bis* non è l'occupazione del demanio o del patrimonio indisponibile, ma l'insediamento dell'impianto nel «territorio di ciascun ente»⁸⁵.

Il riferimento al «territorio comunale» sradica totalmente il presupposto dell'imposta di cui al comma 831-*bis* dall'uso del demanio o del patrimonio indisponibile degli enti locali, andando a definire un nuovo tributo denominabile «canone-antenne». D'altronde, la nozione di territorio comunale è presente proprio nella stessa l. n. 160/2019 (art. 1, c. 741 e 819, rispettivamente, in materia di IMU e visibilità dei messaggi pubblicitari) allorquando il legislatore intende veicolare l'applicazione di determinate norme a prescindere dalla proprietà pubblica o privata dei mappali coinvolti.

Sia il canone unico patrimoniale (*ex* c. 819) sia la TosAP (*ex* 38, d.lgs. n. 570/1993) – come puntualizzato dalla Suprema Corte – trovano comune «ratio nell'utilizzazione che il singolo faccia, nel proprio interesse, di un suolo altrimenti destinato all'uso della generalità dei cittadini ovvero sia nel venir meno, per la collettività e per l'ente che la rappresenta, come conseguenza di detta utilizzazione»⁸⁶. La sinallagmaticità del rapporto è più marcata in caso di istituzione del COSAP (che i comuni potevano istituire «in sostituzione della TosAP» con proprio regolamento in applicazione dell'art. 63, d.lgs. n. 446/1997), di cui la giurisprudenza ha acclarato la natura contrattuale⁸⁷. An-

⁸⁵ *Contra*, J. Dascola, *Introduzione del nuovo canone antenne*, in *Azienditalia*, 2022, n. 1, 93, secondo cui l'art. 831-*bis* prevede un tributo senza definire il presupposto impositivo per cui «si deve attingere al comma 819, il quale stabilisce che il presupposto del canone è l'occupazione, anche abusiva, delle aree appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile degli enti».

⁸⁶ Cass., sez. trib., 12 gennaio 2004, n.238

⁸⁷ Cass. sez. un., 28 giugno 2006, n. 14864; Cass., sez. trib., 2 ottobre 2019, n. 24541.

il diritto di accesso al suolo

che per la Tosap, tuttavia, si è tradizionalmente puntualizzato che «il tributo rappresenta il corrispettivo, indipendentemente da quella limitazione, e cioè per una pura e semplice correlazione con l'utilità particolare diversa dall'uso della generalità»⁸⁸.

Il canone-antenne, invece, ha una struttura del tutto diversa. Il c. 831-*bis* allarga le maglie dell'imposizione tariffaria anche ad impianti di trasmissione comunque presenti sul territorio comunale, benché installati sulla proprietà privata (o sul patrimonio pubblico disponibile). Tale prestazione acquisisce quindi natura tributaria “pura”⁸⁹, gravando il titolare dell'antenna, a prescindere da un rapporto di corrispettività con l'Amministrazione locale⁹⁰.

C'è tuttavia un profilo non chiaro nella novella introdotta dal d.l. n. 108/2021, nella cui ambiguità si celano conseguenze patrimoniali rilevantissime per gli enti locali e gli operatori. Appurato che il nuovo tributo si applica a tutti gli impianti insediati nel territorio comunale, nel caso dell'antenna che – oltre a situarsi entro i confini comunali – è stata eretta sul suolo pubblico, l'importo di 800,00 euro deve considerarsi aggiuntivo o integralmente sostitutivo del canone unico patrimoniale per «l'occupazione [...] delle aree appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile degli enti»?

La questione non è di poco momento. Secondo il tenore letterale della norma, infatti, al canone di 800,00 euro applicato all'antenna ai sensi dell'art. 831-*bis* non può essere sommato «alcun altro tipo di onere finanziario, reale o contribuito, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o a qualsiasi titolo richiesto, ai sensi dell'art. 93 del decreto legislativo n. 259/2003». Tale combinato disposto, tuttavia, non appare risolutivo, perché lo stesso c. 831-*bis* rinvia a quanto previsto dall'art. 93 del codice delle comunicazioni elettroniche, che faceva «salva l'applicazione della tassa per

⁸⁸ Cass., sez. trib., 19 novembre 2003, n. 17495, in *Giust. civ. mass.*, 2003, n. 11.

⁸⁹ A tal fine, stando alla prevalente giurisprudenza costituzionale (C. cost. nn. 73/2005, 334/2008, 64/2008 e 280/2011), rilevano infatti «la doverosità della prestazione in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti e il collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione a un presupposto economicamente rilevante» (così, C. Pannaciulli, *La controversa natura del c.d. canone unico patrimoniale e assetto costituzionale dell'autonomia regolamentare e finanziaria degli Enti locali*, cit., 102).

⁹⁰ In termini non univoci, TAR Emilia-Romagna, sez. II, 10 febbraio 2022, n. 145, secondo cui «la novella legislativa di cui all'art. 40 comma 5-*ter* del D.L. 77/2021 conv. n. L. 29/7/2021 n. 108 [...] interviene – in modo appunto innovativo – ad introdurre una regime tariffario fisso e predeterminato (pari a 800 € ancorato al singolo impianto insistente sul territorio, privando gli Enti locali di uno spazio discrezionale al riguardo: l'art. 1 comma 831-*bis* delinea una disciplina speciale «su misura» per gli operatori che forniscono servizi di pubblica utilità di reti e infrastrutture di comunicazione elettronica che non rientrano nella previsione di cui al precedente comma 831».

l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, oppure del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui all'art. 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, calcolato secondo quanto previsto dal comma 2, lettere e) ed f), *del medesimo articolo*». Se dunque agli importi di cui al c. 831-*bis* non può essere cumulato alcuno degli oneri finanziari già vietati dall'art. 93, d.lgs. n. 259/2003, tra le imposizioni aggiuntive “vietate” non vi erano né la Tosap né il Cosap.

L'uso dei verbi al passato è doveroso perché il d.lgs. n. 207/2021 («Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche») ha riformato il d.lgs. n. 259/2003, disponendo la sostituzione dell'abrogato art. 93 con un nuovo art. 54, a mente del quale è «fatta salva l'applicazione del canone previsto dall'articolo 1, comma 816, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, come modificato dalla legge 30 dicembre 2020 n.178. Resta escluso ogni altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo richiesto, come da art. 12 del decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 33, come integrato dall' art. 8 bis, comma 1, lettera c) del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, coordinato con la legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12».

Il richiamo alla tariffa per l'occupazione del suolo pubblico poteva essere considerato un “relictio” nel vecchio c. 2 dell'art. 94, ma non certo nel nuovo art. 54. Il decreto legislativo n. 207/2021 (che ha modificato l'art. 54, d.lgs. n. 259/2003) è infatti successivo alla l. n. 108/2021 (che ha introdotto il c. 831-*bis* nella l. n. 160/2019). Pertanto, se il nuovo codice delle comunicazioni elettroniche avesse inteso affermare la natura esaustiva ed onnicomprensiva del canone-antenne, l'art. 54 avrebbe dovuto richiamare il c. 831-*bis*, non il c. 816, in materia di canone patrimoniale di concessione del suolo pubblico. I due tributi, come detto, presentano ambiti di operatività totalmente diversi. I c. 816 e ss. hanno una funzione corrispettiva per la concessione amministrativa di un sedime demaniale o appartenente al patrimonio indisponibile; il c. 831-*bis* ha previsto una tassa applicabile genericamente a qualsiasi antenna installata nel perimetro del territorio comunale, con totale indifferenza per il titolo giuridico che consente all'impiantista l'occupazione dei mappali.

In definitiva, se si ritiene che il pagamento di 800,00 euro a norma del c. 831-*bis* debba ritenersi onnicomprensivo, assorbendo tutte le altre imposizioni finanziarie, ivi compreso il canone per l'occupazione del suolo pubblico, allora il rinvio fatto dal nuovo art. 54 al c. 816 non avrebbe alcun

il diritto di accesso al suolo

significato. Il canone unico, infatti, non si applica agli impianti installati sul patrimonio pubblico disponibile, in quanto è escluso dal c. 819, né – ovviamente – investe le antenne installate su beni privati, per le quali andrebbero regolati in sede privata i rapporti contrattuali con i rispettivi locatori/proprietari, né – in forza dell'efficacia onnicomprensiva del nuovo c. 831-*bis* – si applicherebbe alle antenne installate sul demanio o sul patrimonio indisponibile.

Perché, dunque, fare salvo il comma 816 nella normativa da ultimo aggiornata?

Letto in questa prospettiva, il canone-antenne non può che rimanere del tutto indipendente dal canone-unico, imponendo il pagamento di 800,00 euro al comune territorialmente competente, in aggiunta al corrispettivo derivante dal titolo che consente la fruizione del sedime pubblico o privato per la posa dell'antenna.

Rimane da chiarire, inoltre, se nel caso degli impianti di radiotrasmissione la nuova tassa antenne si applichi esclusivamente al titolare della concessione – così come avveniva per TOSAP e COSAP⁹¹ – oppure se vada a gravare separatamente ciascuno degli operatori ospitati in regime di *co-using*, come avviene per le reti di comunicazione elettronica cablate ai sensi del c. 831, come modificato dall'art. 1, c. 848, l. n. 178/2020 (secondo cui «il canone è dovuto dal soggetto titolare dell'atto di concessione [...] e dai soggetti che occupano il suolo pubblico, anche in via mediata, attraverso l'utilizzo materiale delle infrastrutture del soggetto titolare della concessione»).

5. In gara senza offerte?

Quanto esaminato in riferimento all'imposizione locale applicabile per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica sul suolo pubblico sortisce alcuni interrogativi anche in merito alla modalità di scelta del contraente, nel caso in cui l'appetibilità di un sedime pubblico idoneo alle trasmissioni veda la concorrenza di più operatori interessati ad acquisirne la disponibilità.

La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di segnalare che, pur in assenza di una disciplina *ad hoc*, «gli indefettibili principi di esercizio dell'azione amministrativa, indicati nell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, quale disposizione attuativa del principio generale di imparzialità e correttezza dell'esercizio del potere amministrativo contenuto nell'art. 97 Cost.» implicano «la possibilità di ricorrere ad una selezione ad evidenza pubblica

⁹¹ Cons. St., sez. II, 12 aprile 2021, n. 2976.

per assegnare le aree e porle nella disponibilità [...] degli operatori di comunicazione elettronica», anche perché «l'assegnazione di un diritto può avvenire in favore di un soggetto *recta via* da parte dell'amministrazione, non coinvolgendo altri soggetti aspiranti ad ottenere detto vantaggio» solo se «prevista espressamente da un disposizione normativa di fonte primaria», che nel settore delle comunicazioni elettroniche «non si rinviene»⁹². È questa, d'altronde, la via imposta dall'ordinamento europeo con l'art. 12 della dir. 2006/123/Ce (c.d. direttiva Bolkestein), che impone l'obbligo della gara pubblica per la concessione dei beni patrimoniali, in considerazione del fatto che «le regole ed i principi dell'evidenza pubblica – in quanto principi generali direttamente desumibili dalle disposizioni del Trattato – trovano applicazione [...] in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di un'*utilitas* di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato»⁹³.

Peraltro, nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, proprio l'art. 4, d.lgs. n. 259/2003 richiama l'obbligo per le amministrazioni di garantire la «liberà di iniziativa economica [...] in regime di concorrenza», adottando moduli procedurali di scelta del contraente «secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità», specie in presenza di più *competitors* che si contendono un determinato sedime pubblico per l'implementazione della rete⁹⁴.

Proprio per questo, anche alla luce della giurisprudenza UE⁹⁵, «la prorga delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento»⁹⁶.

C'è da chiedersi, tuttavia, come possa l'amministrazione allestire una procedura competitiva a fronte dell'esplicito divieto – previsto dal successivo art. 54 – di imporre, contrattualizzare o comunque incamerare prestazioni aggiuntive a quelle tassativamente preventivate dalla l. n. 160/2019. L'art. 54 finisce per introdurre un paradosso: una competizione entro i canoni della

⁹² Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7535.

⁹³ Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280. In particolare, la riconduzione di un rapporto giuridico nel novero dei c.d. contratti attivi non esclude «la soggiacenza ai principi di evidenza pubblica valevoli [...] per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea. Ciò, in ossequio ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli anche al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione», cfr. Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30.

⁹⁴ Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7535.

⁹⁵ C. giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, in <https://eur-lex.europa.eu>.

⁹⁶ Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

il diritto di accesso al suolo

contrattualistica europea, con una effettiva valorizzazione del patrimonio pubblico, potrebbe aver luogo esclusivamente per l'affidamento in regime di locazione o superficie del patrimonio pubblico disponibile⁹⁷. Nel caso di beni demaniali o indisponibili dell'ente, infatti, cosa potrebbero legittimamente offrire i concorrenti, a fronte del divieto di ogni ulteriore prestazione, comunque denominata, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo negoziata (art. 54, c. 1)?

La distinzione tra beni demaniali, pubblici indisponibili e disponibili, peraltro, rimane pur sempre una classificazione del diritto interno, del tutto indifferente ai fini dell'assolvimento degli obblighi europei⁹⁸.

Il rischio è, dunque, che proprio il demanio locale e il patrimonio indisponibile (ovverosia gli *assets* pubblici che il Codice delle comunicazioni elettroniche ha voluto specificamente defiscalizzare e devolvere all'implementazione delle reti), finiscano per essere concessi con criteri *intuitus personae*.

6. La sub-concessione (o *co-using*)

L'effetto di questa progressiva incentivazione economica pubblica ha profondamente trasformato il mercato. Da un lato, la rete – specie quella diffusa attraverso impianti di trasmissione radio – si è progressivamente dislocata sul demanio e sul patrimonio indisponibile, in quanto più conveniente dal punto di vista economico, giuridico⁹⁹ e spesso già infrastrutturato (si pensi ai tralicci esistenti sugli impianti sportivi o sulle opere portuali).

Ciò ha determinato una dinamica di mercato piuttosto disfunzionale. Il legislatore ha infatti declinato plurimi regimi incentivanti, nella speranza di stimolare gli operatori ad implementare la rete. Nei fatti, tra le società

⁹⁷ Le conclusioni in rassegna valgono infatti per le sole proprietà pubbliche amministrative in regime di diritto pubblico, in quanto afferenti al patrimonio demaniale o indisponibile, mentre – anche per quanto riguarda gli impianti di comunicazione elettronica – la «collocazione nel patrimonio disponibile determina [...] che la cessione in godimento del bene in favore di privati non può essere ricondotta ad un rapporto di concessione amministrativa, ma, al di là del *nomen iuris* che le parti contraenti abbiano inteso dare al rapporto, la stessa viene ad inquadarsi nello schema privatistico della locazione» a prezzo di mercato (cfr. TAR Lazio, sez. II-*bis*, 2 ottobre 2019, n. 11489).

⁹⁸ C. giust. UE, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15; C. cost., n. 40/2017.

⁹⁹ Cons. St., 23 novembre 2022, n. 10318, secondo cui nel piano adottato a norma dell'art. 8, l. n. 36/2001, legittimamente «il Comune può privilegiare siti già edificati di sua proprietà [...] nel momento in cui è stato verificato che quei siti sono idonei ad assolvere la funzione di assicurare l'uniformità dell'erogazione del servizio».

di rete e gli incentivi pubblici si sono frapposti degli intermediari (le già citate *tower companies*) che, dopo aver fruito gratuitamente o comunque in regime agevolato del sedime pubblico, lo affittano sul mercato, al prezzo “di equilibrio” che i gestori delle comunicazioni elettroniche sono disponibili a pagare per accaparrarsi quello *slot*, in quella posizione, con quelle date potenzialità. L’operatore delle comunicazioni, intenzionato ad estendere o implementare l’accesso alla rete, non si troverà a negoziare il proprio piano d’investimenti con l’amministrazione concedente (cui la legge impone di mettere a disposizione il sedime per le trasmissioni con valori irrisori rispetto a quelli di mercato), ma con un altro privato, che non è vincolato ad alcun calmiere di prezzo, né a procedure di evidenza pubblica e, perciò, può rilocare il sedime pubblico con contratti di diritto privato, in relazione all’appetibilità della zona.

Tanto varrebbe, dunque, che fosse direttamente l’Amministrazione a locare il proprio sedime a prezzo di mercato, evitando il disavanzo che deriva dall’aver concesso il bene in regime agevolato se non addirittura gratuito.

L’attività delle *tower companies* ha perciò sfruttato occasioni di *business* sempre più redditizie via via che i regimi incentivanti si alternavano e si irrobustivano. L’ingente quantità di risorse pubbliche – a carico soprattutto dei bilanci comunali e provinciali – ha peraltro consentito ai gestori dell’infrastruttura fisica di espandere considerevolmente i propri investimenti, acquisendo posizioni dominanti nei gangli centrali di sviluppo della rete. La ridondanza dell’intervento pubblico rischia di travolgere anche il mercato dei sedimi privati, posto che il titolare dell’infrastruttura fisica di trasmissione è incentivato a traslare i propri apprestamenti sul sedime demaniale o patrimoniale disponibile, piuttosto che prorogare o rinnovare i pregressi contratti negoziati con i singoli proprietari dei mappali, salvo che questi non offrano corrispettivi talmente esigui da rendere ingiustificati i costi di ricollocazione dell’impianto.

L’accesso della rete al suolo pubblico è dunque intermediato, gestito e monetizzato da un’impresa commerciale, con totale esclusione del diritto amministrativo. Questo combinato disposto ha conferito alle società operanti nel settore dei diritti d’uso del suolo pubblico un potere estremamente rilevante, esercitando (peraltro con atti privatistici e quindi, riservati) un potere di controllo su un fattore di produzione essenziale ai fini dell’erogazione del servizio delle comunicazioni.

La p.a. è infatti tenuta ad offrire i propri beni nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica, garantendo parità di accesso e condizioni agli operatori di mercato eventualmente interessati all’implementazione del servizio. Il regime concessorio previsto dalla l. n. 160/2019, non consente

il diritto di accesso al suolo

all'amministrazione di surrogare gli importi di legge con una privata negoziazione, né di integrare le tariffe con ulteriori importi negoziati in via convenzionale, né di applicare corrispettivi diversi a seconda dell'interlocutore. Tuttavia, laddove l'accesso al sedime pubblico è intermediato da una società (concessionaria e proprietaria dell'infrastruttura di supporto), che si interfaccia con gli operatori delle frequenze attraverso una privata negoziazione di diritto comune, vengono meno le garanzie amministrative presupposte alla parità di accesso al suolo pubblico in condizioni di eguaglianza, a tutto pregiudizio del buon funzionamento del mercato in regime di concorrenza. Tale questione rileva soprattutto nel caso di *tower companies* che, in virtù di un'aggressiva politica di mercato o di rapporti contrattuali intessuti con gli operatori, abbiano acquisito un significativo potere sull'infrastruttura di supporto della rete, sicché le decisioni aziendali finiscono per ripercuotersi sulle condizioni (anche economiche) cui il concessionario delle frequenze sarà tenuto a sottostare per poter offrire al pubblico il servizio. Naturalmente, infatti, i provvedimenti (o gli accordi sostitutivi) per la concessione del sedime pubblico da parte degli enti proprietari sono pubblici, mentre i contratti negoziati dagli intermediari che offrono privatamente il sedime pubblico ottenuto in concessione sono riservati. Ciò non esclude, quindi, che un medesimo concessionario possa offrire ad una pluralità di operatori gli *slots* insediati sul suolo pubblico, installando numerose antenne su un unico traliccio, ma – soprattutto – non esclude che possa pretendere un corrispettivo differente da ciascun *sub*-concessionario ospitato, in relazione alle dinamiche di mercato, ai rapporti reciproci o alla volontà di favorire l'uno o l'altro quali operatori del servizio di interesse generale¹⁰⁰.

Questa tematica è particolarmente acuita dal fatto che il codice delle comunicazioni elettroniche, pur qualificando i proprietari delle torri come operatori delle telecomunicazioni, non prevede restrizioni in merito all'azionariato delle *tower companies* e non consente perciò di prevenire il rischio

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 10, par. 2, dir. 2002/19/Ce, le autorità nazionali possono imporre obblighi di non discriminazione, per garantire «che l'operatore applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altre imprese che offrono servizi equivalenti, e inoltre che esso fornisca a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali». Questo principio, tuttavia, funziona soltanto se (cosa che difficilmente avviene nel settore delle comunicazioni elettroniche) «alla separazione tra l'attività di gestione della rete e l'attività di erogazione del servizio» corrisponde «una distinzione o separazione fra i due soggetti: in difetto della quale la discriminazione sarebbe più agevole e non sempre facilmente accettabile» (così cfr. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, cit., 38).

che uno o più gestori delle reti approfittino dei legami infragruppo per rendere scarso, difficilmente accessibile o diversamente costoso l'accesso ad uno dei fattori di produzione principali per il mercato di riferimento¹⁰¹.

Dal 2022, tuttavia, in forza della riforma del codice approvata con il d.lgs. n. 207/2021, il legislatore sembra aver posto un limite stringente alla possibilità per queste aziende di influenzare le dinamiche di mercato.

La nuova formulazione dell'art. 54, d.lgs. n. 259/2003, infatti, vieta il c.d. *co-using* a titolo oneroso (ossia la possibilità per un privato di offrire in locazione il proprio traliccio ai concessionari delle frequenze), quando questo avvenga con asservimento del suolo demaniale o comunque del patrimonio pubblico indisponibile¹⁰².

La disposizione in gran parte ricalca la previgente formulazione dell'art. 93, con una fondamentale differenza degna di nota: nella prima alinea, il d.lgs. n. 207/2021 ha aggiunto «i concessionari [...] di aree e beni pubblici» tra i soggetti che – «per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica» non possono riscuotere canoni e oneri finanziari «comunque denominat[i], di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo richiesto». Tale espressione non era contenuta nel previgente testo, che vietava alle «pubbliche amministrazioni», ma non ai privati concessionari del suolo pubblico, di riscuotere canoni e corrispettivi per l'insediamento delle torri. A seguito della riforma, quindi, a tutti i fruitori del demanio o del patrimonio indisponibile, titolari di diritti assentiti dall'amministrazione, vengono estesi gli stessi limiti già previsti dalla legge con riguardo agli enti pubblici. Sono dunque nulli (benché con effetto *ex tunc*, conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 207/2021) i contratti stipulati per la messa a disposizione degli operatori di tralicci, torri ed antenne insediati sul suolo

¹⁰¹ Cfr. a titolo esemplificativo, E. Capozucca, *Nasce la partnership tra Tim e Vodafone sulle torri 5G*, in *www.corriere.it*, 26 luglio 2019, in merito alla «più grande Towerco in Italia con la nuova Inwit, che Tim e Vodafone controlleranno congiuntamente».

¹⁰² Art. 54: «le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni, i consorzi, gli enti pubblici economici, i concessionari di pubblici servizi, di aree e beni pubblici o demaniali, non possono imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, nonché per la modifica o lo spostamento di opere o impianti resisi necessari per ragioni di viabilità o di realizzazione di opere pubbliche, oneri o canoni ulteriori a quelli stabiliti nel presente decreto, fatta salva l'applicazione del canone previsto dall'articolo 1, comma 816, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, come modificato dalla legge 30 dicembre 2020 n. 178. Resta escluso ogni altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo richiesto, come da art. 12 del decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 33, come integrato dall'art. 8 bis, comma 1, lettera c) del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, coordinato con la legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12».

il diritto di accesso al suolo

pubblico, quand'anche la proprietà di tali apprestamenti appartenga non già all'amministrazione, ma ad un privato che ha acquistato il diritto dall'Ente proprietario in forza di un provvedimento o un accordo sostitutivo.

In passato, la previgente formulazione della norma – oggi estesa anche ai concessionari del suolo pubblico – è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa nel senso che quando a sublocare il sedime fosse una p.a. (a sua volta, quindi, “concessionaria”), l'utilizzazione della superficie doveva intendersi, per l'operatore delle telecomunicazioni, a titolo gratuito. All'amministrazione concessionaria non fu consentito di pattuire corrispettivi contrattuali, né essa poteva sostituirsi all'ente proprietario per la riscossione di COSAP, TOSAP o canone unico). La stessa cosa vale oggi per i concessionari privati, posto che tra gli «oneri o canoni», consentiti in quanto «stabiliti nel presente decreto», residua a favore del concessionario del suolo pubblico esclusivamente il solo contributo di compartecipazione alle spese previsto dall'art. 50, c. 1, lett. a), se quantificato dall'AGCOM nell'apposito regolamento¹⁰³.

Con tre diversi interventi (cfr. l.n. 160/2019, l. n. 108/2021, d.lgs. n. 207/2021), il legislatore ha riformato in modo rilevante il diritto di accesso al suolo per gli operatori del settore delle telecomunicazioni che intendano ubicare impianti di trasmissione od opere correlate. Tuttavia, l'accelerazione impressa – da ultimo – con il d.lgs. n. 207/2021 ha scardinato un intero settore di mercato (quello del *co-using* a pagamento da parte delle *tower companies*), ponendo un limite alla commercializzazione dei diritti d'uso del suolo pubblico¹⁰⁴. La sfida ambiziosa perseguita dal legislatore si pone in forte discontinuità con l'interesse propugnato da alcuni operatori del set-

¹⁰³ Questo approdo supera l'impostazione della direttiva 2002/19/Ce, che si imperniava sul «carattere obiettivo e non discriminatorio del prezzo» praticato dall'operatore già infrastrutturato per l'interoperabilità degli elementi della rete (cfr. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, cit., 38), vietando del tutto la remunerazione dell'investimento.

¹⁰⁴ All'infrastruttura fisica di supporto della rete TLC insediata sul patrimonio pubblico viene dunque esteso un modello di regolazione non dissimile da quello dei c.d. “beni ad uso comune del mercato”, che aveva caratterizzato la prima fase delle liberalizzazioni. All'epoca si argomentò infatti che «la rete è un bene posto nell'uso comune del mercato non tanto perché essa possa essere utilizzata in ogni caso liberamente dagli operatori del mercato, ma perché è considerata dal diritto comunitario come una risorsa la cui utilizzazione deve necessariamente andare a vantaggio del mercato nel suo insieme» (così B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., 361). In forza del nuovo art. 54, d.lgs. n. 259/2003, i diritti d'uso del sedime pubblico (per la posa di torri, piloni, antenne, cabine, sottoservizi ed alimentazione) assumono «la caratteristica fondamentale [...] di essere giuridicamente protett[i] dai comportamenti opportunistici lesivi del mercato degli attori economici» (*idem*, 363).

tore che, dopo aver coltivato l'illusione di poter massimizzare il profitto localizzando i propri investimenti sul sedime pubblico-incentivato, possono confidare tutt'al più, ai sensi dell'art. 50, in una mera compartecipazione ai costi di esercizio.

7. Grandangolo

Ad uno sguardo complessivo, dunque, il settore sembra avviarsi verso una profonda trasformazione, con una serie di interventi che, direttamente o indirettamente, hanno investito le dinamiche di mercato e i rapporti con la pubblica amministrazione.

In prima battuta, il legislatore ha posto un freno alla monetizzazione del demanio e del patrimonio pubblico indisponibile. Sottrarre i diritti (anzi, i *sub-diritti*) d'uso derivanti dalle concessioni amministrative alla libera circolazione nel mercato avrebbe un impatto trascurabile, se nell'ultimo ventennio lo stesso legislatore non avesse promosso la costruzione e la ricollocazione delle reti proprio sul suolo pubblico. Dopo aver stimolato lo sviluppo delle *tower companies* ed irrobustito le loro prospettive di redditività con il massiccio ricorso all'incentivazione pubblica, il nuovo art. 54 del codice delle comunicazioni elettroniche ne vieta oggi uno dei *business* più redditizi, ovvero quello della ri-locazione del sedime pubblico acquisito in concessione. Tali imprese godono infatti di un vantaggio competitivo derivante dalla struttura del mercato, in quanto – rimanendo formalmente estranee all'offerta dei servizi di rete – possono moltiplicare il loro giro d'affari sfruttando al massimo la capacità tecnica di ogni singolo traliccio, sublocato a più operatori tra loro concorrenti (cosa che avverrebbe con maggiore difficoltà se l'infrastruttura fosse condotta direttamente da uno dei *competitors* nel mercato dei servizi di rete). Questo modello, tuttavia, ha consentito a numerose imprese di allestire un sistema infrastrutturale tanto robusto da acquisire un significativo potere di mercato nei confronti dei fornitori dei servizi di rete¹⁰⁵, rese delicate per i legami societari infragruppo che, talvolta (per conferimenti, fusioni *et alia*), le collegano a quest'ultimi¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Secondo F. Florez Duncan, R. Alimonti e S. Sharma, *Sviluppo della concorrenza infrastrutturale e regolamentazione degli oligopoli nelle comunicazioni elettroniche*, in *Mercato concorrenza regole*, 2018, 380, nel settore delle telecomunicazioni «il regolatore non dovrebbe essere preoccupato dall'insorgere di strutture di mercato oligopolistiche» se «questo fenomeno deriva da una desiderabile concorrenza infrastrutturale».

¹⁰⁶ Attraverso il conferimento dell'infrastruttura fisica di supporto in proprie società controllate, alcuni degli operatori storici hanno rafforzato la possibilità di dettare le con-

il diritto di accesso al suolo

Governare la transizione imposta dal nuovo art. 54 richiederà dunque un grande sforzo sia da parte delle autorità di regolazione che della giurisprudenza. Il legislatore ha scelto di scardinare gli equilibri di mercato finora consolidatisi ed è lecito attendersi una reazione da parte delle imprese che, sfruttando le pieghe della disciplina di settore, hanno negli anni sviluppato *business* miliardari.

Allargando la prospettiva, tuttavia, resta da chiedersi quale modello di regolazione pubblica emerge dai molti, reiterati e frammentari interventi legislativi analizzati nel corso della trattazione.

Si è detto, infatti, come nel settore delle comunicazioni elettroniche l'ordinamento abbia tradizionalmente individuato nella concorrenza tra i privati il miglior strumento per la fornitura del servizio agli utenti. È questa, d'altronde, l'evoluzione impressa anche dal diritto europeo. A tal fine, l'amministrazione ha dovuto asservire i propri beni indisponibili (quelli demaniali e quelli devoluti a servizio pubblico) agli operatori del settore, con un regime impositivo agevolato o gratuito. L'incentivazione finanziaria del suolo ha raggiunto livelli non esigibili sul mercato immobiliare, al punto da lasciar intendere una sostanziale preferenza del legislatore per la ricollocazione della rete sul patrimonio delle amministrazioni, a garanzia della stabilità dell'infrastruttura di rilevante interesse nazionale, i cui gangli interconnessi non possono essere lasciati al volubile (o, peggio, estorsivo) intendimento dei privati locatori. Ciò vale a maggior ragione sulla scorta della giurisprudenza che consente alle amministrazioni di usare la propria discrezionalità pianificatoria per mappare i propri beni come "preferibili" per l'insediamento della rete¹⁰⁷. L'inchino al mercato è stato così profondo da demandare alla contrattualistica sia l'estimazione dei canoni concessori pretendibili dall'amministrazione concedente in relazione all'appetibilità di mercato del sedime (fino al divieto introdotto dalla l. n. 12/2019), sia – per il tramite delle *towers companies* – la selezione degli operatori (e delle condizioni) a cui era consentito attivare una rete sul suolo concessionato¹⁰⁸.

zioni tecniche ed economiche per l'ingresso di nuovi concorrenti nel proprio *business* di riferimento. Le imprese autorizzate ad effettuare trasmissioni radio che non hanno in portafoglio una vasta gamma di titoli per l'accesso al suolo, infatti, sono costrette a negoziare l'accesso ai tralicci (o l'estensione della propria rete) con società terze, talvolta partecipate dai propri maggiori concorrenti, ai quali ambirebbero a sottrarre quote di ricavi. Il prezzo per la locazione dell'infrastruttura fisica (quand'anche insediata sul suolo pubblico) rischia in questo modo di divenire un utile strumento per monitorare e regimenterare il mercato.

¹⁰⁷ Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2022, n. 10318.

¹⁰⁸ D'altronde, secondo B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit.,

Questa ossequiosità all'attività d'impresa è stata però il bacio dell'apostolo. Perché, d'altronde, escludere da tutti i regimi incentivanti il patrimonio pubblico disponibile? Ecco dunque che, sottotraccia, il ruolo del potere pubblico torna prepotente: la fruizione del demanio e del patrimonio pubblico non può essere assegnata con titoli permanenti, ma con provvedimenti concessori obbligatoriamente temporanei¹⁰⁹, soggetti quindi a rivalutazione periodica da parte dell'ente concedente¹¹⁰. Inoltre, la realizzazione degli investimenti sui beni dell'amministrazione è allettante per il concessionario solo fino a che il regime incentivante è cumulabile ai canoni versati dai sublocatari, ma rischia di divenire un cappio stretto nel momento in cui l'aver inseguito le agevolazioni diviene un limite alla possibilità di riscuotere corrispettivi per l'affitto delle torri (art. 54).

Con l'esca dei benefici, il legislatore ha attratto nell'orbita delle amministrazioni locali la gran parte dei diritti d'uso del suolo da cui si diramano le trasmissioni, favorendo una nuova forma di "supervisione" pubblica sull'infrastruttura di rete, benché parcellizzata in migliaia di plessi. Il codice del 2003 mirava a disinnescare le opposizioni delle comunità locali alla posa delle infrastrutture di rete, approntando strumenti di semplificazione autorizzativa, patrimoniale e fiscale, al fine assicurare agli operatori l'accesso ad uno spazio fisico, anche a costo di devolvere a tal fine il patrimonio pubblico. Nel corso del tempo, tuttavia, questa normativa si è considerevolmente irrobustita ed articolata. Così, vietando la riscossione di corrispettivi¹¹¹ (ivi compresi di quei canoni che gli operatori si erano resi

334, «liberalizzazione significa affidare alla capacità di autoregolazione del mercato la soluzione dei problemi di efficienza allocativa».

¹⁰⁹ La durata predeterminata è un elemento strutturale del rapporto di concessione dei beni pubblici (M. Calcagnile, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 591). Infatti, come sottolinea R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, I, Milano, Giuffrè, 1974, 218, «l'atto di concessione deve contenere come elemento essenziale l'indicazione del termine di scadenza della concessione stessa. Inammissibile sarebbe una concessione perpetua (perché contraria ai principi fondamentali del diritto pubblico) od una concessione senza prefissione di termini, in quanto mancherebbe ogni garanzia dei diritti del concessionario ed anche del concedente, se la durata della concessione fosse lasciata al mero arbitrio dell'uno o dell'altro mediante denuncia unilaterale libera». L'amministrazione concedente mantiene inoltre il potere di revoca *ex art. 21-quinquies*, l. n. 241/1990 (cfr. Cons. St., sez. IV, 28 settembre 2017, n. 4530).

¹¹⁰ C. giust. UE, sez.V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, in <https://eur-lex.europa.eu>; Cons. St. ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17; Cons. St., sez.VI, 18 novembre 2019, n. 7874; TAR Marche, 20 febbraio 2014, n. 235.

¹¹¹ Art. 8-bis, d.l. n. 135/2018.

il diritto di accesso al suolo

disponibili a contrattualizzare¹¹²), specie in presenza di *slots* estremamente redditizi, il legislatore ha negato qualsiasi perequazione economica a favore di quelle stesse comunità ospitanti, rendendo alquanto imprevedibili (se non addirittura rancorose) le valutazioni delle amministrazioni territoriali che, negli anni, si troveranno a dover assentire il rinnovo delle concessioni. Alla naturale scadenza indicata dal disciplinare, infatti, gli enti concedenti hanno la facoltà di applicare l'obbligo di rimessione in pristino dei luoghi e "sfrattare" le torri che li occupano a poco prezzo (ove non addirittura gratuitamente).

Non bisogna infatti trascurare che i costi delle incentivazioni pubbliche sono stati sinora sopportati *in toto* dagli enti locali, che non hanno partecipato né al progetto di regolazione pubblica realizzato attraverso reiterati interventi legislativi, né agli utili delle imprese che facevano uso del loro patrimonio, dovendo anzi assumersi tutti i disavanzi finanziari prodotti dalle riforme succedutesi nel tempo, anche a costo di nullificare gli accordi in essere e smentire le pianificazioni di bilancio già consolidate.

C'è dunque una doppia faccia nell'intervento pubblico nel settore delle infrastrutture fisiche di rete. Da un lato, c'è l'*endorsement* ai privati da parte del potere pubblico, che rinuncia a regolare (art. 8, l. n. 36/2001), a pianificare (cfr. «le opere di urbanizzazione primaria [...] risultano in generale compatibili con qualsiasi destinazione»¹¹³) e a fiscalizzare l'infrastruttura di rete; dall'altro lato, l'appetito del settore ad inseguire il profumo delle agevolazioni pubbliche ha condotto gli operatori nell'orbita di influenza delle amministrazioni, che – dopo aver usato la leva finanziaria e la semplificazione amministrativa per indurre lo sviluppo privato della rete mobile sul suolo pubblico – ne detiene oggi un surrettizio potere di controllo, attraverso l'obbligo di rinnovo periodico delle concessioni amministrative (art. 12, dir. 2006/123/Ce¹¹⁴) e il calmiere pubblico dei corrispettivi praticabili agli operatori *sub*-locatari (art. 54, d.lgs. n. 259/2003).

Abstract

A recent reform aims at reducing the proliferation of aeriels and towers by allocating new functions to the national Authority of Communication. Increasing interpretative doubts have compromised the collection of local taxes, such as COSAP

¹¹² Cons. St., sez.VI, 3 giugno 2020, n. 3467.

¹¹³ Cons. St., sez.VI, 21 novembre 2022, n. 10228.

¹¹⁴ C. giust. UE, sez.V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.

and TOSAP. Furthermore, the interpretation of new par. 831-bis remains disputable. The art. 54 of d.lgs. n. 259/2003 completely subverts this economic sector by forbidding tower companies to gain profit by the lease of facilities built on public soil. Several questions arise, concerning the renewal of existing contracts for the use of public property, one reason being the prohibition to compete on the price for the acquisition of public soil.

ALESSANDRA MATTOSCIO

I SERVIZI PUBBLICI *ON LINE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di servizi pubblici *on line*. – 3. Il processo di adeguamento agli standard europei. – 4. Il rapporto tra l'amministrazione e il cittadino-utente. – 5. L'impatto pandemico sullo sviluppo dei servizi pubblici *on line*. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Le potenzialità offerte dalla *data economy* nell'erogazione dei servizi pubblici *on line* non sono da sottovalutare. Se la *data economy*¹ è un'economia dei dati reale, basata soprattutto sulla capacità, da parte delle istituzioni e delle imprese, di gestire la quantità crescente di informazioni digitali, è necessario comprendere quale impatto la gestione di questi dati può avere sui servizi pubblici, se ne migliora la fruizione e ne rende più semplice la prestazione, quale estensione assumono le nuove declinazioni digitali del servizio e che benefici in termini di tempo e qualità ne derivano per i destinatari.

Il progresso tecnologico e lo sviluppo della telematica hanno influito in modo incisivo sulla sfera giuridica, oltre che su quella economica. Con riferimento all'apparato amministrativo, l'ingresso della telematica e della rete hanno determinato prevalentemente un ripensamento del rapporto tra cittadino-utente e amministrazione, e hanno realizzato altresì il passaggio da *État-papier* a *État-électronique*².

Per comprendere allora cosa siano i servizi pubblici *on line*, occorre partire da una prima definizione.

¹ «I dati tendono a diventare il carburante essenziale per tutte le attività che hanno un impatto nella società, siano esse economiche o meno», in J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 620.

² A. Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 992-993.

2. La nozione di servizi pubblici *on line*

All'inizio del millennio, la prima forma di servizi pubblici *on line* si individuava nei servizi pubblici burocratici *on line*. Preliminarmente si chiarisce che un servizio pubblico³ burocratico è delimitato da tre aspetti: la fruizione individuale, l'esternazione documentale dell'attività, e in particolare l'esternazione documentale a istanza di parte⁴. Accanto alla nozione di servizio pubblico burocratico è possibile accostare la modalità di erogazione *on line*, e pertanto saranno servizi burocratici *on line* i «flussi documentali che, su domanda dell'interessato, sono veicolati dalla pubblica amministrazione competente all'istante. La completa digitalizzazione dei servizi contemplati implica l'informatizzazione dell'intera procedura erogativa»⁵. Le reti informatiche fungono così da infrastrutture di base per la distribuzione del servizio, rappresentando la «condizione strutturale imprescindibile per l'erogazione *on line*»⁶ degli stessi.

Già agli inizi degli anni Duemila, era evidente l'importanza di due requisiti che le reti informatiche avrebbero dovuto garantire: da un lato l'interoperabilità, oggi al centro di ogni dibattito in merito al processo di digitalizzazione⁷, e dall'altro la sicurezza del flusso documentale. Date le difficoltà riscontrate nel tentativo di costruire una rete nazionale, si è scelto di accordare la preferenza a internet per l'erogazione del servizio. La scelta compiuta non ha ridotto però le mancanze e le distanze in cui una parte dei destinatari del servizio si è effettivamente ritrovata e la conseguente necessità di colmarlo. È questo il fenomeno del c.d. *digital divide*⁸, il divario

³ Con riferimento alla nozione generale di servizi pubblici: U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964; F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970; S. Cattaneo, *I servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, 1990, 355-374; P. Ciriello, *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1994.

⁴ Si vedano per ulteriori approfondimenti: D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2012, 179; G. Cammarota, *L'erogazione on-line di servizi pubblici burocratici*, in *Informatica e diritto*, XVIII annata, XI, n. 2, 2002.

⁵ G. Cammarota, *L'erogazione on-line di servizi pubblici burocratici*, cit., 47.

⁶ G. Cammarota, *L'erogazione on-line di servizi pubblici burocratici*, cit., 48.

⁷ Sulle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione: M. Cardone e D. Foà, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2020, 585-624.

⁸ «The term digital divide refers to the gap between people with effective access to digital and information technology and those with limited or no access. These include gaps in physical access to technology as well as gaps in the resources and skills needed to actively participate as a digital citizen», in S. Weningsih, A.I. Sulaiman, Chusmeru, T.N. Adi, *Public services based on e-government in digital age*, in *Technium Social Sciences Journal*, vol. 37, 2022, 153-166.

I servizi pubblici *on line*

tra chi è interconnesso e chi non lo è, che di fatto genera una situazione di disuguaglianza sostanziale⁹. Alla luce di questo divario, emerge la necessità di tutelare un vero e proprio diritto di interconnessione, da garantire attraverso la predisposizione di un servizio universale¹⁰.

A livello sovranazionale, il Consiglio europeo tenne a Lisbona il 23 e 24 marzo 2000 una sessione straordinaria volta a concordare un nuovo obiettivo strategico per l'Unione al fine di sostenere l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia basata sulla conoscenza¹¹. In particolare, il Consiglio invitava gli Stati membri a «garantire l'accesso elettronico generalizzato a tutti i servizi pubblici di base entro il 2003; la Comunità e gli Stati membri, con l'appoggio della BEI, a rendere accessibili in tutti i paesi europei reti interconnesse a basso costo e ad alta velocità per l'accesso a Internet e a stimolare lo sviluppo della tecnologia dell'informazione e delle reti di telecomunicazioni più avanzate, nonché dei contenuti veicolati dalle reti stesse»¹². A questa prospettiva si lega anche il progetto «Europe, avviato nel dicembre del 1999, e volto ad accelerare l'adozione delle tecnologie digitali in tutta Europa.

In Italia si sviluppa, a partire dagli anni Novanta, nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione, il progetto *e-Government* con l'obiettivo di modernizzare la PA attraverso maggiore efficienza, trasparenza e semplificazione amministrativa. È in questo momento che emerge con forza l'importanza di realizzare servizi pubblici *on line*, e, come si è poc'anzi detto, la prima forma è quella dei servizi pubblici burocratici. Inizia, perciò, a diffondersi una disciplina delle c.d. teleprocedure. L'erogazione di questi servizi si articola nel testo unico sulla documentazione amministrativa¹³, alla luce

⁹ Un interessante approfondimento sul *digital divide* è condotto in T.N. Friemel, *The digital divide has grown old: Determinants of a digital divide among seniors*, in *New Media e Society*, vol. 18, 2016, 313-331. Si legge che: «Terms such as “digital divide” and “digital exclusion” emphasize that existing gaps of digital technology use should be bridged, aiming for social inclusion and equal distribution of resources and life chances». Si sottolinea, inoltre, la differenza tra i tre termini: “adoption”, “access” e “usage”. «Adoption is mostly measured as a binary variable (e.g., have used the Internet vs have never used the Internet), while usage taps a continuous form of Internet usage (e.g., frequency of Internet use. Both are referred to as a “first-level” or “first order digital divide”. Beyond this access gap, further differences can be found regarding Internet-related technology use, skills and literacy. Among others, this divide is called “second-level digital divide” [...], “second order digital divide” [...], or “skills divide” [...]».

¹⁰ G. Cammarota, *L'erogazione on-line di servizi pubblici burocratici*, cit., 51-52.

¹¹ www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm.

¹² www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm.

¹³ Adottato con d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e successivamente modificato.

di alcuni problemi sulla certezza della identificazione del soggetto-utente e l'affidabilità dell'azione amministrativa, in tre punti: (i) l'identificazione dell'utente; (ii) la modulistica; (iii) la presentazione delle istanze e delle dichiarazioni da parte dell'utente¹⁴.

La predisposizione di teleprocedure per l'erogazione di servizi pubblici burocratici deve adeguarsi al rispetto dei principi classici della sistematica dei servizi pubblici¹⁵, dal principio di adattamento al principio di continuità, passando per il principio di eguaglianza. Ai sensi del primo, l'erogazione del servizio va adeguata costantemente e tempestivamente ai bisogni degli utenti e alle esigenze della generalità, e attraverso il servizio *on line* è possibile prospettare forme organizzative del tutto nuove, una forte differenziazione nelle prestazioni e modalità di esecuzione delle stesse in armonia con le esigenze della società dell'informazione. Proprio in ragione dell'adattabilità dei programmi informatici alle esigenze degli utenti, si è parlato spesso di un passaggio da un servizio burocratico di massa a un servizio burocratico personalizzato. In risposta al principio di continuità, il servizio erogato tramite teleprocedure è quel servizio la cui continuità si intende come permanenza o come disponibilità immediata del servizio, attraverso un ipotetico sportello virtuale sempre a disposizione dell'utente. Il principio di eguaglianza, infine, si traduce nell'eguale accesso al servizio di tutti i privati e tende ad andare oltre le difficoltà geografiche e territoriali, che sono spesso motivo di prestazioni di servizio universale. Illustre dottrina¹⁶ sostiene che si tratti di «concreta fruibilità del servizio, indipendentemente dalla localizzazione geografica»¹⁷.

Con il progresso e lo sviluppo dell'uso delle risorse telematiche¹⁸ si osserva che la «cittadinanza» ruota intorno a due principali elementi: inclusione e accesso. In questi inclusione e accesso si dispiega anche «il diritto

¹⁴ Si veda: A. Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, cit., 997.

¹⁵ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 182; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, 373-374.

¹⁶ A. Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, cit., 1011.

¹⁷ A. Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, cit., 1011.

¹⁸ Si deve ricordare che la telematica nasce dall'incontro tra informatica e telecomunicazioni. La telematica è infatti l'applicazione della prima alle seconde. «Ha creato i presupposti per l'instaurazione di una nuova forma nei rapporti sociali e giuridici data dalla interazione on line, resa di fatto possibile dall'enorme accrescimento della capacità trasmissiva delle reti di telecomunicazione indotto dalla rivoluzione telematica», in G. Cammarota, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, in *Dig. pubbl.*, Torino, Utet, 2011.

I servizi pubblici *on line*

a non essere escluso dall'uso e dal beneficio delle strutture pubbliche e in particolare dall'uso delle risorse telematiche che queste strutture possono offrire»¹⁹. Si deve notare, infatti, che come sottolineava Rodotà sul rapporto tra nuove diseguaglianze e servizio universale, «non basta, dunque, la previsione astratta dell'universalità del servizio e dell'apertura dell'accesso alle nuove tecnologie. Sono necessarie politiche pubbliche attive di alfabetizzazione, volte proprio ad eliminare i fattori che producono diseguaglianze diffuse e crescenti, se si vogliono evitare fenomeni di esclusione di massa che incidono direttamente sulla natura democratica di un sistema: una esclusione che può essere determinata anche da politiche tariffarie e di localizzazione dei servizi»²⁰.

Il costante uso delle tecnologie, oggi ormai indispensabile per lo svolgimento anche della più semplice delle azioni quotidiane, ha influito enormemente anche nell'ambito dei servizi pubblici. Ha messo in moto una c.d. «trasformazione profonda del *modus operandi* dell'amministrazione pubblica»²¹, diventando così di quest'ultima una «nuova e peculiare modalità operativa»²².

Con riferimento alla nozione di servizi pubblici *on line*, va ricordato che è solo con la riforma del 2017²³ del Codice dell'amministrazione digitale²⁴ (di seguito CAD) che il servizio in rete o *on line* si configura semanticamente come «qualsiasi servizio di un'amministrazione pubblica fruibile a distanza per via elettronica»²⁵.

¹⁹ A. Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, cit., 1011.

²⁰ S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, 92. Ulteriore riflessione utile: «se i nuovi media fossero soltanto beni di consumo, le diseguaglianze ampie e crescenti potrebbero essere considerate accettabili. Essendo, invece, strumenti indispensabili per la partecipazione culturale, sociale, politica ed economica, le nuove diseguaglianze diventano un rischio reale per la democrazia», in S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, cit., 91.

²¹ A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 119.

²² A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., 119.

²³ Sulla riforma del 2017 realizzata con d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217: B. Carotti, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 131-141.

²⁴ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, poi da ultimo modificato con d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217. «Rappresenta il primo tentativo di disciplinare in modo organico l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT-Information and Communication Technologies) nelle pubbliche amministrazioni», in G. Cozzolino, *Codice dell'amministrazione digitale (I agg.)*, in *Dig. pubbl.*, 2012.

²⁵ Art. 1, c. 1, lett. *n-quater*, CAD.

L'attenta analisi di alcuni studiosi²⁶ dimostra che in questa definizione si riscontra l'idea di un'attività che non attiene all'esercizio di poteri autoritativi, ma è diretta a fornire utilità ai cittadini attraverso prestazioni dematerializzate. La dematerializzazione delle prestazioni nel caso di specie si traduce non solo in entità non incorporate in una *res* materiale, ma anche in entità usufruibili per via elettronica²⁷. Volendo poi analizzare le parole di questa brevissima definizione, per «amministrazione pubblica» si comprende che così scritto manca di confini determinati, e che, dunque, una delle possibili interpretazioni risiede indirettamente nel primo comma dell'art. 3 CAD, dal quale «si evince che i soggetti che erogano i servizi *on line* riferibili all'amministrazione pubblica sono quelli indicati dall'articolo 2, comma 2, lett. a) e b) CAD»²⁸. A loro volta questi commi fanno rinvio all'art. 1, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al cui elenco aggiungono come possibili erogatori dei servizi *on line* anche i gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate in relazione ai servizi di pubblico interesse²⁹.

Avendo parzialmente soddisfatto l'esigenza di individuare una nozione e dei soggetti responsabili del servizio, è possibile ora intravedere tre prospettive attraverso le quali indagare il settore dei servizi pubblici *on line* e comprenderne il valore e la portata.

3. Il processo di adeguamento agli standard europei

Una prima prospettiva si consolida nel processo di adeguamento agli standard europei, il cui raggiungimento è previsto entro la data del 2030.

Volgendo lo sguardo ai primi passi mossi dall'Unione si parla dell'*e-government*, la prima occasione di incontro tra la tecnologia e l'ammini-

²⁶ A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit.; G. Cammarota, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, cit.

²⁷ A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., 123.

²⁸ A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., 127.

²⁹ «I possibili erogatori dei servizi sono, dunque, tutte le Amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende e Amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale». E poi, come si è detto, i gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate in relazione ai servizi di pubblico interesse. Si veda, per completezza, A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., 127-128.

I servizi pubblici *on line*

strazione. Con *e-government*³⁰ si vuole intendere, infatti, «l'utilizzo delle tecnologie ICT nelle pubbliche amministrazioni "coniugato a modifiche organizzative ed alla acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche"»³¹. L'Unione ha così individuato «quattro livelli di interazione *on line* tra amministrazioni e privati»³², che i vari contesti nazionali hanno poi assorbito e adattato.

Il primo livello è costituito da una mera attività informativa unilaterale svolta dall'amministrazione attraverso i propri siti istituzionali. Il secondo è nella possibilità per l'utente di scaricare dalla relativa piattaforma dedicata moduli e formulari predisposti dal soggetto erogatore. Il terzo implica, invece, l'attività del privato consistente nella presentazione delle istanze. Il quarto e ultimo livello è l'erogazione e fruizione *on line* del servizio, che si svolge tramite strumenti informatici e telematici. Ciò che è possibile osservare è che per alcuni servizi pubblici la modalità telematica è sostitutiva della forma di erogazione fisica del servizio medesimo³³, e per questi si realizza, dunque, la completa telematizzazione³⁴.

³⁰ Un tentativo di definizione è offerto anche da J. Roy: «E-government can be thought of as a broad conceptual lens through which one can examine and consider the changing role and shape of the public sector in the 21st century: a century more digital, more knowledge intensive, more driven by innovation, and more interdependent than any previous time». Sottolinea, inoltre, il valore dell'informazione come importante fonte di potere nei regimi democratici, perché sostiene che la partecipazione sia *online* che *offline* determini chi ha il potere e come questo viene usato e condiviso. Si veda J. Roy, *Introduction E-Government*, in *Social Science Computer Review*, vol. 21, n. 1, Spring, 2003, 3 ss. Per un approfondimento sul rapporto tra *e-government* e interoperabilità: T.A. Pardo, T. Nam e G.B. Burke, *E-Government Interoperability: interaction of policy, management, and technology dimensions*, in *Social Sciences Computer Review*, 30, 2012, 7-23.

³¹ E. Carloni, *Le prospettive dell'E-Government nella Repubblica delle autonomie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 453. Sul concetto di *e-government*, si veda anche D.U. Galetta, «Quello di *E-Government* è certamente un concetto polivalente. La sola definizione condivisa in dottrina è infatti quella assai generica (e pure un tantino tautologica) di *e-government* come «uso delle TIC da parte del governo per finalità di *governance*». Tentando di essere più concreti, si parla di *E-Government* per fare riferimento a tutti quei processi di riorganizzazione e della Pubblica Amministrazione e della sua attività che mirino a sviluppare servizi amministrativi utilizzando una varietà di strumenti elettronici ad aumentare l'efficienza del settore pubblico», in D.U. Galetta, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2019, 663.

³² G. Cammarota, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, cit.

³³ G. Cammarota, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, cit.

³⁴ Un discorso analogo è realizzato anche in Indonesia. «The level of use of e-Gov in ICT public services has the characteristics of using ICT facilities, in this case, computers, solely for internal data input facilities, public service administration, and data processing, and ICT facilities are still limited. At the second level, it has been developed for the benefit of

L'Unione si è fatta più volte portatrice di nuovi impulsi per il settore dei servizi pubblici *on line*. Nella definizione, ad esempio, della Strategia decennale Europa 2010-2020, volta a una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, uno dei sette pilastri è rappresentato dall'Agenda Digitale Europea. Quest'ultima mira a che un più corposo utilizzo delle ICT (*Information and Communication Technologies*) possa influire sullo sviluppo del mercato unico digitale. L'obiettivo principale è nel miglioramento dell'accesso ai beni e servizi digitali per i consumatori e le imprese, massimizzando il potenziale di crescita dell'economia digitale attraverso la promozione delle competenze digitali e il calcolo ad alte prestazioni³⁵. Nel solco dell'Agenda, nel 2015 viene adottata la Strategia per il mercato unico digitale, che ha promosso, al fine di poter garantire un ambiente digitale equo, aperto e sicuro, una serie di disposizioni basate su tre pilastri: «1) migliorare l'accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e servizi digitali in tutta Europa; 2) creare un contesto favorevole affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi e 3) massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale»³⁶. Nel 2020 è, poi, stata lanciata una seconda Agenda digitale europea, sempre con durata decennale, incentrata «sui profondi cambiamenti introdotti dalle tecnologie digitali, sul ruolo essenziale svolto dai servizi e dai mercati digitali e sulle nuove ambizioni dell'Ue in campo tecnologico e geopolitico»³⁷. Sempre nel 2020 è stata poi adottata una strategia digitale quinquennale, intitolata «Plasmare il futuro digitale dell'Europa», articolata su tre obiettivi: una tecnologia al servizio delle persone, un'economia equa e competitiva e

the wider organization's internal work processes. Utilization of Local Area Network has been developed, and the exchange of necessary data between units has begun and has begun to develop its website or join the local government (Regency or City Government). Whereas in 2020, it has entered the third level with the consolidation category and the fourth level is in the maximum utilization category, such as community members who can take care of administrative needs such as resident identity cards, family cards, birth certificates, apply for business permits, and can interactively provide input or criticism of the government, then download various regulations or policies. The third level has been developed for the benefit of the wider organization's internal work processes by utilizing the strengths of each stakeholder. While the fourth level of ICT utilization is declared optimal if it produces efficient public services in terms of cost, time, and energy», in S. Weningsih, A.I. Sulaiman, Chusmeru, T. N. Adi, *Public services based on e-government in digital age*, cit., 158.

³⁵ Per ulteriori approfondimenti si veda: *L'agenda Digitale Europea*, in *Note Sintetiche sull'Unione Europea – 2022*.

³⁶ Comunicazione della Commissione (COM) n. 192/2015 del 6 maggio 2015, Strategia per il mercato unico digitale in Europa.

³⁷ *L'agenda Digitale Europea*, in *Note Sintetiche sull'Unione Europea – 2022*.

I servizi pubblici *on line*

una società aperta, democratica e sostenibile³⁸. Il 9 marzo 2021 si è assistito a un'integrazione della strategia attraverso il Digital Compass 2030³⁹, il quale ha previsto il raggiungimento entro il 2030 di quattro obiettivi riguardanti: competenze⁴⁰, imprese⁴¹, infrastruttura⁴² e servizi pubblici⁴³. Con riferimento a quest'ultimo punto, qui di rilievo, si prevede che tutti i principali servizi pubblici dovranno essere disponibili *on line*; che tutti i cittadini avranno accesso alle loro cartelle cliniche elettroniche e che l'ottanta per cento dei cittadini dovrà munirsi di identità elettronica. Il fondamento della nuova

³⁸ «In 2020, the Commission revealed its vision for digital transformation by presenting a model for a digital society based on principles and values where technology would play a role in enforcing and not in challenging them. Unlike the DSM Strategy, which had a clear regulatory focus with an economic outlook, the Communication entitled *Shaping Europe's Digital Future* unveils a different vision, as the EU claims its choice to “pursue digital transformation in its own way”. It announced a new model for the digital society with the three pillars: technology that works for the people, a fair and competitive economy, an open, democratic, and sustainable society. Trust is the centre pillar of this model, as the Communication enforces the idea that citizens need to trust digital solutions so that they can make use of them properly. For this purpose, technology used in the EU must respect the “democratic values, respect fundamental rights, and contribute to a sustainable, climate neutral and resource-efficient economy”», in M. Mărcuț, *Redefining the Smart City within the European Digital Society*, in *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 22, n. 1, 2022, 73.

³⁹ Comunicazione della Commissione (COM) n. 118/2021 del 9 marzo 2021, 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade.

⁴⁰ Con riferimento all'obiettivo delle competenze: l'ottanta per cento degli adulti dovrebbe disporre delle competenze digitali di base e nell'Ue dovrebbero essere venti milioni gli specialisti impiegati nel settore delle ITC, con una convergenza tra donne e uomini.

⁴¹ Con riferimento all'obiettivo delle imprese: il settantacinque per cento delle imprese europee dovrebbe utilizzare servizi di *cloud computing*, *big data* e intelligenza artificiale; oltre il novanta per cento delle piccole e medie imprese europee dovrebbe raggiungere almeno un livello di base di intensità digitale; il numero di imprese “unicorno” in Europa dovrebbe raddoppiare.

⁴² Con riferimento all'obiettivo dell'infrastruttura: tutte le famiglie europee dovrebbero essere coperte da una rete Gigabit e tutte le zone abitate dal 5G; la produzione di semiconduttori all'avanguardia e sostenibili in Europa dovrebbero rappresentare il venti per cento del valore della produzione mondiale; nell'Ue dovrebbero essere installati dieci mila nodi periferici a impatto climatico zero e altamente sicuri e l'Europa dovrebbe disporre del suo primo computer quantistico.

⁴³ «La digitalizzazione del servizio pubblico è considerata infatti dall'Unione uno strumento utile sia ai fini dell'efficientamento del servizio pubblico; sia in funzione di sostegno all'economia europea. Un servizio pubblico digitale efficiente – si stima – sostiene l'innovazione nei processi produttivi, consente ai governi di fronteggiare la pressione competitiva dei mercati stranieri e, grazie all'accresciuta efficienza, attrae nuovi capitali per finanziare idee imprenditoriali innovative», in G. Sguero, *I servizi pubblici digitali*, in *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di V. Bontempi, Roma, Roma Tre-Press, 2022, 120.

agenda digitale è chiaramente rinvenibile nella condivisione dei dati, e per questo nel febbraio 2020 è stata pubblicata una strategia europea per i dati. Per la realizzazione del mercato unico digitale il progresso digitale viene rilevato con l'indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI), e ogni anno i vari indici DESI nazionali «aiutano gli Stati membri a individuare gli ambiti che necessitano di un intervento prioritario»⁴⁴. Nel piano *NextGenerationEU* uno degli elementi più interessanti relativi al processo di digitalizzazione è da rinvenire nella creazione di un *cloud* europeo basato su Gaia-X, progetto lanciato il 15 ottobre 2020 e nato dalla collaborazione tra Commissione europea, i ventisette Stati membri e circa cento aziende e organizzazioni. Si tratta di «un ecosistema digitale aperto, trasparente e sicuro, che crea un contesto di fiducia nel quale dati e servizi possano circolare liberamente ed essere raccolti e condivisi»⁴⁵.

L'Italia ha risposto agli impulsi europei sviluppando l'agenda digitale italiana, elaborata in collaborazione con la conferenza delle regioni e delle province autonome. Per il raggiungimento degli obiettivi definiti sono state predisposte la Strategia italiana per la banda ultralarga e la Strategia per la crescita digitale 2014-2020. Nel 2017, per la prima volta, è stato adottato il Piano triennale per l'informatica della pubblica amministrazione, poi rinnovato nel 2019 e, da ultimo, nel 2021. Esso rappresenta uno strumento di promozione della trasformazione digitale del Paese, e ai sensi dell'art. 14-*bis* CAD contiene la fissazione degli obiettivi e l'individuazione dei principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche per la programmazione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni per l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione⁴⁶.

La domanda che sorge spontanea è però: a che punto è l'Italia nel raggiungimento degli obiettivi prefissati? E qual è il *gap* con gli altri paesi europei?⁴⁷

⁴⁴ *L'agenda Digitale Europea*, in *Note Sintetiche sull'Unione Europea* – 2022.

⁴⁵ *L'agenda Digitale Europea*, in *Note Sintetiche sull'Unione Europea* – 2022.

⁴⁶ Art. 14-*bis* CAD.

⁴⁷ Per un confronto internazionale con uno dei paesi più rilevanti nell'utilizzo di internet, l'Indonesia, interessante è la lettura del seguente contributo: S. Weningsih, A.I. Sulaiman, Chusmeru e T.N. Adi, *Public services based on e-government in digital age*, cit. 153-166. In particolare, sottolinea che l'Indonesia è uno dei più grandi utilizzatori di internet, dopo la Cina, gli Stati Uniti e l'India, in particolare il tasso percentuale è pari al 73,7 per cento della popolazione totale, circa 277,7 milioni di persone. Si sottolinea, però, che: «This increase needs to be balanced with a good understanding of activities in the digital space. The era of globalization has made the development of ICT so rapid. Technology makes distance no longer a problem in communication. The internet is, of course, one of the media». Inoltre, si

I servizi pubblici *on line*

L'Italia, in base al rapporto DESI aggiornato al 2022, con riferimento allo stato di digitalizzazione occupa la diciottesima posizione in classifica, rispetto ai ventisette Stati membri. La sua collocazione è nella parte bassa del *ranking*, ma va osservato che rispetto agli ultimi cinque anni sta avanzando a ritmo incalzante. Rispetto al dato sulle competenze di base, l'Italia sta tentando di colmare l'accentuato divario, ma a oggi ancora più della metà dei cittadini non ha competenze digitali di base⁴⁸.

L'utilizzo di servizi pubblici digitali è ancora lontano dalla media europea; si consideri, infatti, che solo il quaranta per cento degli utenti di internet italiani vi fa ricorso, mentre il resto dell'Europa viaggia su una media del sessantacinque per cento. Importante e di auspicato ottimismo è però il tasso di crescita registrato negli ultimi due anni, pari a dieci punti percentuali dal 2020 al 2022⁴⁹.

Un ulteriore elemento che tende a ipotizzare una crescita dello stato di digitalizzazione in Italia è da rinvenire nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e le ingenti risorse economiche destinate.

L'Italia, infatti, ha definito la sua strategia per i prossimi anni oltre che con gli strumenti prima descritti, anche con il PNRR, di cui una delle sei missioni, in particolare la prima⁵⁰, è dedicata alla digitalizzazione. Per la rea-

evidenzia che «The government must adapt to the communication network system by utilizing, mastering, and developing ICT through electronic government (e-Gov) as a medium of public service, public participation, community empowerment, government image, transparency, accountability as well as evaluation for development progress that is more prosperous, equitable and just».

⁴⁸ Un aspetto ulteriore, che interferisce sulla collocazione dell'Italia nelle posizioni più basse della classifica, è rappresentato dal sistema infrastrutturale digitale, arretrato e frammentato. Per un approfondimento su questo aspetto: A. Sandulli, *Lo "Stato Digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513-527.

⁴⁹ Sulla diffusione dei servizi pubblici *on line*, è molto interessante uno studio che confronta il problema della diffusione con alcune caratteristiche delle popolazioni, tra cui, in particolare, la sua elevata età media, la quale a sua volta risulta poi determinante anche per l'incremento del c.d. *digital divide*. «However, digitalizing welfare services entails both challenges and opportunities. One major challenge is that digital exclusion results in unequal access to digital welfare services in the population. Moreover, welfare service users tend to belong to societal groups that are more likely to be digitally excluded. Seniors in particular are often on the wrong side of the digital divide – a multidimensional phenomenon that reflects inequalities in digital utilization [...] – and prone to stereotypes [...]», in S. Alexopoulou, J. Åström, M. Karlsson, *The grey digital divide and welfare state regimes: a comparative study of European countries*, in *Information Technology & People*, vol. 35, n. 8, 2022, 274.

⁵⁰ Missione 1: «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo».

lizzazione di tale missione è stato predisposto il 21,05 per cento delle risorse totali del PNRR, ossia 40,29 miliardi di euro⁵¹.

L'investimento 1.4⁵² è poi specificatamente rivolto ai servizi digitali e alla cittadinanza digitale⁵³. Per migliorare i servizi digitali da erogare ai cittadini, gli elementi architettonici da promuovere sono le infrastrutture, ossia il *cloud*, e l'interoperabilità dei dati, oltre poi a un necessario rafforzamento del sistema delle identità digitali, che finisca per convergere in una soluzione unica e semplice per il cittadino-utente. Un ulteriore elemento messo in luce dal PNRR è nei processi sottostanti i servizi offerti dalle grandi amministrazioni centrali, che di frequente risultano ancora inefficienti e non digitali. Ciò dimostra che non sono necessarie soltanto riforme di carattere orizzontale, volte a incrementare la partecipazione dei cittadini-utenti al processo

⁵¹ Per un'analisi completa degli interventi legislativi in materia di digitalizzazione della PA connessi all'attuazione del PNRR, si veda: *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, a cura di A. Lalli, Torino, Giappichelli, 2022, 91-104.

⁵² Per questo investimento sono stati stanziati anche ulteriori trecentocinquanta milioni finanziati dal Piano Complementare. I dettagli dell'investimento sono i seguenti: «migliorare l'esperienza dei servizi pubblici digitali definendo modelli di erogazione di servizi riutilizzabili che garantiscano requisiti di piena accessibilità attraverso l'investimento dedicato "Esperienza dei cittadini – Miglioramento della qualità e della fruibilità dei servizi pubblici digitali"; migliorare l'accessibilità dei servizi pubblici digitali attraverso l'investimento dedicato "Inclusione dei cittadini: miglioramento dell'accessibilità dei servizi pubblici digitali"; favorire l'adozione dell'applicazione digitale per i pagamenti tra cittadini e pubbliche amministrazioni (PagoPA) e l'adozione dell'app "IO" quale principale *touchpoint* digitale tra cittadini e amministrazione per un'ampia gamma di servizi, comprese le notifiche, con la logica dello "sportello unico" attraverso l'investimento dedicato "Adozione *scale up* dei servizi della piattaforma PagoPA e dell'app "IO"; favorire l'adozione delle piattaforme nazionali di identità digitale (Sistema Pubblico di Identità Digitale, SPID e Carta d'Identità Elettronica, CIE) e dell'Anagrafe nazionale (Anagrafe nazionale della popolazione residente, ANPR) attraverso l'investimento dedicato "Scale up delle Piattaforme Nazionali di Identità Digitale (SPID, CIE) e del Registro Nazionale (ANPR)"; sviluppare una piattaforma unica per le segnalazioni attraverso l'investimento dedicato "Digitalizzazione degli avvisi pubblici"; promuovere l'adozione dei paradigmi Mobility as a Service (MaaS) nelle città metropolitane per digitalizzare il trasporto locale e fornire agli utenti un'esperienza di mobilità integrata dalla pianificazione del viaggio ai pagamenti attraverso più modalità di trasporto attraverso l'investimento dedicato "Mobility as a Service per l'Italia"».

⁵³ È comunque opportuno ricordare che «la digitalizzazione del servizio pubblico è trasversale a molte aree di intervento previste dal PNRR – quattro aree in particolare: la migrazione dei dati pubblici sul *cloud*, gli *open data*, l'interoperabilità delle banche dati, la messa in sicurezza dei dati strategici e, infine, le competenze digitali», in G. Sgueo, *I servizi pubblici digitali*, cit., 120. Sulla cittadinanza digitale, S. D'Ancona e P. Provenzano, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2020, 223-246.

I servizi pubblici *on line*

di erogazione del servizio, di cui si approfondirà nel paragrafo che segue, ma anche una serie di interventi di carattere verticale, volti a «ridisegnare e digitalizzare un insieme di *use-case* chiave nelle grandi amministrazioni centrali, ordinati in virtù della criticità degli snodi che rappresentano nell'erogazione di servizi al cittadino e dell'impatto in termini di efficienza complessiva dell'apparato pubblico»⁵⁴. Per descrivere una panoramica delle principali tappe previste, va ricordato che i traguardi sono i seguenti: (i) entro dicembre 2023, rafforzamento dell'adozione dei servizi della piattaforma PagoPa; (ii) entro dicembre 2024, miglioramento della qualità e dell'utilizzabilità dei servizi pubblici digitali; (iii) entro giugno 2025 miglioramento della qualità e dell'utilizzabilità dei servizi pubblici digitali; (iv) e, infine, entro giugno 2026, piattaforme nazionali di identità digitale e Anagrafe digitale. In termini di risorse finanziarie si pensi che, e solo per citare due delle molte proposte, novanta milioni di euro sono dedicati a facilitare l'implementazione dello sportello unico digitale, e seicentotredici milioni di euro a migliorare l'esperienza del cittadino nei servizi pubblici digitali attraverso la promozione di modelli riutilizzabili per la creazione di siti internet ed erogazione di servizi pubblici digitali.

L'orizzonte ultimo è sempre da rinvenire nella realizzazione del mercato interno comune, in una sua più estesa fruibilità e accessibilità⁵⁵, e per questo lo sportello unico digitale è una delle misure più rilevanti. Esso costituisce una delle iniziative previste dalla strategia per il mercato unico digitale, e una misura volta all'attuazione dell'obiettivo di uniformare l'accesso ai servizi digitali in tutti i paesi membri dell'Ue. Il fine dello sportello è quello di offrire ai cittadini e alle imprese europee un facile accesso a informazioni di alta qualità e procedure *on line* efficienti basate sul principio *once only*⁵⁶. In Italia, per l'implementazione della misura e la conformazione alla disciplina europea contenuta nel reg. Ue n. 1723/2018, il dipartimento per la trasformazione digitale ha siglato un accordo di collaborazione con AgID, che è il soggetto attuatore.

Nel percorso di digitalizzazione e innovazione, si osserva, da ultimo, che il *cloud* risulta uno strumento di grande utilità per la soddisfazione dell'esigenza di interoperabilità di cui spesso si è detto, consentendo pro-

⁵⁴ PNRR, 91.

⁵⁵ Con riferimento al tema dell'accessibilità rilevante è l'analisi condotta in S. Alexopoulos, J. Åström e M. Karlsson, *The grey digital divide and welfare state regimes: a comparative study of European countries*, cit., 273-291. Sottolinea, infatti, che «as the digitalization of societies has progressed, public services are increasingly accessible online as e-services. Among the most pressing issues related to the digital divide is equal access to public services».

⁵⁶ www.agid.gov.it/agenzia/attuazione-misure-pnrr.

priamente «una rivoluzione dei processi di erogazione dei servizi della P.A. nei confronti dei cittadini in considerazione dei notevoli vantaggi che comporta in termini di affidabilità dei sistemi, qualità dei servizi e risparmi di spesa per la P.A.»⁵⁷.

4. Il rapporto tra l'amministrazione e il cittadino-utente

Una seconda prospettiva è invece da cogliere nella partecipazione attiva dell'utente ai fini dell'ottenimento della prestazione⁵⁸.

Lo sviluppo di servizi pubblici *on line*, infatti, è anche un'importante occasione, una risorsa strategica per un nuovo rapporto⁵⁹ tra amministrazione e cittadino-utente. Se da un lato è vero che viene meno la relazione in presenza per trasferirsi in rete, è anche vero che l'utente può richiedere e beneficiare di un determinato servizio, non dovendo recarsi di persona nell'apposito ufficio, ed essendo sufficiente collegarsi per via elettronica, anche da dispositivi mobili, a un c.d. sportello virtuale dell'amministrazione erogatrice.

Prima di comprendere come realmente il cittadino si comporti per beneficiare del servizio pubblico *on line*, va osservato quali siano ipoteticamente i destinatari del servizio, se vi siano limiti all'accesso e se siano richiesti specifici requisiti.

⁵⁷ F. Notari, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 22.

⁵⁸ «La digitalizzazione consente, infatti, l'instaurarsi di un canale di comunicazione diretta fra cittadino e Pubblica Amministrazione. Sicché, il cittadino non solo ha la possibilità di richiedere (e di potere fruire) di servizi in modo immediato. La digitalizzazione permette altresì al cittadino attivo e interessato di monitorare l'attività della Pubblica Amministrazione, così da potere esercitare pressione a garanzia di un'azione amministrativa trasparente ed efficiente», in D.U. Galetta, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, cit., 664. Sulle plurime dimensioni della digitalizzazione, la cui evoluzione ha condotto il legislatore con l'introduzione di alcune modifiche al CAD (art. 7, art. 3-bis) da un primo livello solo comunicativo verso uno più complesso, in cui il cittadino fruisce, tramite la propria identità digitale, dei servizi resi dalle amministrazioni attraverso l'utilizzo di un portale unico e standardizzato: J. Hiller, F. Belanger, *Privacy Strategies for Electronic Government*, E-Government Series, 2001.

⁵⁹ Emerge anche in J. Legrand la dimensione della novità di questo tipo di rapporto. «Il ressort de l'étude de ces documents que les téléservices mettent en jeu une triade impliquant le droit, l'administration et les usagers. Chaque élément entretient une relation avec les autres, ce qui porte à six le nombre d'interactions potentielles. Les discours portant sur chacune d'elles sont très disjoints, laissant une grande part d'implicite et favorisant le développement d'une dimension nouvelle qui ne semble l'objet d'aucune investigation scientifique», in J. Legrand, *Analyse du rôle opératoire des téléservices en tant qu'instrument d'explicitation*, in *Revue d'administration publique*, 2013, 352.

I servizi pubblici *on line*

Ai sensi dell'art. 3-*bis* CAD, «chiunque ha il diritto di accedere ai servizi *on-line* offerti dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, tramite la propria identità digitale e anche attraverso il punto di accesso telematico di cui all'articolo 64 bis»⁶⁰. È perciò evidente che l'accesso ai servizi pubblici *on line* è rivolto a «chiunque» e non risulta pertanto necessario vantare alcun tipo di *status*, essendo i servizi aperti alla popolazione nella sua interezza⁶¹.

Parlare, tuttavia, di diritto di accesso ai servizi pubblici non equivale a parlare di diritto alla fruizione della prestazione erogata, in quanto non esiste un'esatta coincidenza tra di essi. Sorge così l'esigenza di procedere per passaggi chiave all'interno di una questione che potrebbe essere efficacemente scandagliata con ragionamento deduttivo.

L'assunto principale è il seguente: i servizi pubblici rappresentano un fattore di coesione sociale e territoriale.

Il secondo assunto è che il diritto di accesso è il diritto a non essere escluso dall'uso e dal beneficio delle strutture pubbliche e dall'uso delle risorse telematiche, e, pertanto, è un diritto di portata generale che ridefinisce il rapporto Stato-persona, essendo una componente della cittadinanza amministrativa⁶².

Il derivato è allora che l'accessibilità dei servizi pubblici *on line* è *imprescindibile in astratto* per la configurazione dei medesimi quali strumenti di coesione sociale e territoriale.

Dall'altro lato, si conserva il medesimo assunto principale: i servizi pubblici rappresentano un fattore di coesione sociale e territoriale.

Il secondo assunto, invece, è che il diritto alla fruizione della prestazione erogata è collegato alla previsione di un *instrumentarium* telematico informativo e relazionale a disposizione dell'utente, oltre a essere spesso legato alla presenza di alcuni presupposti necessari di fatto o di diritto in capo all'utente.

⁶⁰ Art. 3-*bis*, c. 1, CAD.

⁶¹ Sul diritto ai servizi pubblici *on line*: S. D'Ancona e P. Provenzano, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, cit., 226-228.

⁶² «La digitalizzazione costituisce fenomeno che taglia in modo trasversale tutte le diverse forme di cittadinanza prima esaminate, permettendo così di individuare anche una cittadinanza amministrativa digitale, in grado di avvicinare unitariamente i diritti digitali di nuovo conio, riferiti al nuovo modo d'essere delle relazioni tra amministrato e amministrazione, e i diritti di cittadinanza (amministrativa) di più antica tradizione, che da primi potrebbero ricevere arricchimento, in termini di più ampia e semplice possibilità di esercizio e fruizione (si pensi alle nuove modalità digitali di partecipazione al procedimento)», in E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 475.

Il derivato è allora che il diritto alla fruizione della prestazione erogata è elemento *imprescindibile in concreto* per la configurazione dei servizi pubblici *on line* quali fattore di coesione sociale e territoriale.

Se, dunque, il diritto di accesso e il diritto alla fruizione non coincidono esattamente, va osservato che i servizi pubblici *on line* saranno astrattamente e concretamente fattore di coesione sociale e territoriale laddove oltre all'accessibilità, vi sia anche la possibilità della fruizione.

Va, inoltre, osservato che l'accessibilità al servizio si accompagna necessariamente con un altro principio cardine, ossia il principio di eguaglianza. Ai sensi dell'art. 12 del CAD, «le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto del principio di eguaglianza e di non discriminazione [...]». Per un'eguaglianza all'accesso è perciò necessaria non solo un'alfabetizzazione⁶³ informatica diffusa, ma anche un facile accesso alla rete⁶⁴.

Se a insistere sull'accessibilità⁶⁵ dei servizi vi è anche l'art. 53 CAD, è l'art. 7 CAD a pronunciarsi sulla fruibilità dei servizi, osservando che «chiunque ha diritto di fruire dei servizi erogati dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, in forma digitale e in modo integrato tramite gli strumenti telematici messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni e il punto di accesso di cui all'articolo 64 bis, anche attraverso dispositivi mobili»⁶⁶.

Per la concretizzazione di una fruibilità per chiunque, l'*instrumentarium* di cui si è detto deve essere dotato di strumenti telematici informativi, definizione con cui si intendono i siti-*web* e i portali *web*, e poi di strumenti telematici relazionali, che sono, invece, quelli che consentono il rapporto tra il cittadino-utente e l'amministrazione, di cui l'*e-mail* rappresenta il principale esempio⁶⁷.

⁶³ L'alfabetizzazione informatica diffusa e il superamento dell'attuale *digital divide* sono «misure necessarie per l'effettiva realizzazione della cittadinanza digitale e pre-condizione della democrazia», in B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir., I Tematici, III*, Milano, Giuffrè, 2022, 91.

⁶⁴ A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., 131.

⁶⁵ Con riferimento all'accessibilità dei dati aperti, ossia quelli che devono essere pubblicati in funzione della controllabilità dell'operato pubblico, va anche sottolineato che «i dati in possesso dell'amministrazione acquisiscono così un'ulteriore valenza, che non si connette solo a finalità di *accountability*, ma ai benefici potenzialmente ricavabili dalla conoscenza del patrimonio informativo», in B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 95-96.

⁶⁶ Art. 7, c. 1, CAD.

⁶⁷ Per ulteriori dettagli si veda: Masucci A., *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., 134-135.

I servizi pubblici on line

Passando poi alle modalità tecniche di accesso e quindi fruizione dei servizi, l'art. 64-*bis* fa menzione di un punto di accesso telematico ai servizi della pubblica amministrazione, il quale è collocato presso la presidenza del Consiglio dei ministri. Si tratta dell'«insieme dei sistemi e delle componenti tecnologiche sviluppate e gestite dal Gestore⁶⁸ ai sensi dell'art. 64-*bis* del CAD»⁶⁹. Tale punto di accesso in realtà è solo un canale complementare a quelli dei singoli soggetti erogatori, che pertanto non vengono deresponsabilizzati dall'erogazione dei servizi per la semplice esistenza di un punto di accesso comune, al quale tuttavia devono aderire seguendo una specifica procedura di adesione. Attualmente il punto di accesso è l'app Io⁷⁰, che offre una piattaforma unica con cui il cittadino è in grado di relazionarsi facilmente.

Per poter effettivamente avere accesso allo sportello virtuale, è necessario essere in possesso di un'identità digitale, ossia «la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale»⁷¹. Gli strumenti di veicolo di questa identità sono rappresentati dallo SPID⁷², dalla carta di identità elettronica, dotata di microprocessore, e, per alcuni sportelli, anche dalla carta nazionale dei servizi, dotata di un certificato digitale di autenticazione personale. Tali sistemi di identificazione consentono così di instaurare effettivamente un dialogo con la pubblica amministrazione⁷³.

Si osserva, pertanto, una nuova modalità di erogazione e fruizione del servizio pubblico, di cui il processo tecnologico ha modificato l'organizzazione, spostando in rete «le relazioni tra cittadini e imprese, da una parte, e soggetti gestori del servizio, dall'altra»⁷⁴.

⁶⁸ Il gestore del punto di accesso telematico è la società PagoPA S.p.A. e «nel rispetto delle Linee Guida emanate da AgID, opera secondo le migliori prassi del mercato e tenuto conto dell'evoluzione tecnologica, anche in collaborazione con soggetti terzi di natura pubblica o privata, e può intraprendere ogni iniziativa e/o misura funzionale al raggiungimento degli obiettivi ad esso affidati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri». Si veda: *Linee guida sul punto di accesso telematico ai servizi della Pubblica Amministrazione*, AgID, Roma, 3 novembre 2021, 14.

⁶⁹ *Linee guida sul punto di accesso telematico ai servizi della Pubblica Amministrazione*, AgID, Roma, 3 novembre 2021.

⁷⁰ «Principale punto di contatto tra Enti e cittadini per la fruizione dei servizi pubblici digitali», in *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, a cura di A. Lalli, cit., 91-104.

⁷¹ Art. 1, c. 1, lett. *u-quarter*), CAD.

⁷² Acronimo di sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese.

⁷³ B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 90.

⁷⁴ B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 90. Sui profondi mutamenti organizzativi

Il nuovo rapporto tra amministrazione e cittadino-utente è da rinvenirsi così nella possibilità per quest'ultimo di essere parte attiva del processo di erogazione del servizio stesso. Nel passaggio, infatti, dalla stagione dell'*e-government* degli anni Novanta a quella dell'*open government*⁷⁵ il cittadino si trasforma di fatto da semplice utente a partecipante, «e il suo contributo è significativo non solo per l'apporto che può dare, ma anche perché il coinvolgimento accresce la fiducia nelle istituzioni»⁷⁶. Si passa così da un semplice mutamento di carattere organizzativo, realizzato mediante la digitalizzazione della gestione dei documenti e dei procedimenti, e un uso delle tecnologie rivolto essenzialmente a trasporre in forma elettronica servizi cartacei, a una stagione implementata dall'evoluzione delle tecnologie. L'*open government*⁷⁷, infatti, realizza il traghettamento dalla disponibilità in versione telematica dei servizi di carattere prettamente informativo alla possibilità di realizzazione di una più ampia gamma di servizi in modalità completamente *on line*, attraverso la realizzazione anche di comunità *on line* che favoriscano condivisione di dati e nuove forme di comunicazione. Nel modello partecipativo si instaura così un livello di interazione, che era invece assente nella prima stagione⁷⁸. È, dunque, nella logica della sussidiarietà verticale e orizzontale che si sperimentano le relazioni tra amministrazione e cittadini e viene a crearsi una c.d. «rete civica», un sistema informatico partecipato⁷⁹.

La partecipazione, con riferimento all'*open government*, va inoltre ben intesa quale «qualsiasi contributo che possa essere fornito dai cittadini ai poteri pubblici», ossia quale strumento di legittimazione, e pertanto non nella sua più stretta declinazione al capo III della l. 7 agosto 1990, n. 241 con riferimento ai procedimenti amministrativi⁸⁰.

che ne derivano anche: FF. Pagano, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in *Gruppo di Pisa*, 3, 2021, 92-97.

⁷⁵ «Un modello di amministrazione aperta, trasparente e attivamente partecipata che, nella concezione dei suoi ideatori, aveva inteso rivoluzionare il modo stesso di intendere il governo dello Stato e la relazione coi cittadini», in D.U. Galetta, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, cit., 664.

⁷⁶ F. Costantino, *Open government*, in *Dig. pubbl.*, Torino, Utet, 2015.

⁷⁷ La nozione di *open-government* è stata definita più precisamente, al fine di uniformare anche le percezioni che di questo concetto si andavano diffondendo nei vari Stati, dall'OCSE nel suo Rapporto generale del 2016 sull'*Open Government* come quella di «*a culture of governance based on innovative and sustainable public policies and practices inspired by the principles of transparency, accountability, and participation that fosters democracy and inclusive growth*». L'OCSE individua anche i tre pilastri dell'*Open Government* in «*transparency, accountability and participation*».

⁷⁸ Si veda per ulteriori approfondimenti: F. Costantino, *Open government*, cit.

⁷⁹ D.U. Galetta, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, cit., 667-668.

⁸⁰ «La partecipazione al procedimento amministrativo è l'istituto giuridico che per-

I servizi pubblici *on line*

Nell'*open government*, inoltre, accanto alla partecipazione, gli altri due elementi cardine sono rappresentati dalla trasparenza e dalla collaborazione⁸¹.

Se con la trasparenza si richiama l'accesso ai documenti, la pubblicazione dei dati e il riutilizzo degli stessi, nell'ottica di considerarli *open data*⁸² per un'amministrazione sempre più "aperta", con la collaborazione⁸³ si fa invece riferimento alla prestazione di servizi, e non a un'attività autoritativa dell'amministrazione. Si rinviene così «l'idea che l'amministrazione utilizzi il cittadino come risorsa: la attuale complessità nella gestione dei servizi lascia infatti spazio a che i compiti affidati all'amministrazione possano ricevere una qualche forma di supporto da un largo e indefinito numero di cittadini»⁸⁴.

5. L'impatto pandemico sullo sviluppo dei servizi pubblici *on line*

La terza e ultima prospettiva si ritrova nei punti di forza che la pandemia ha generato, e, dunque, nella spinta acceleratoria che il periodo emergenziale ha prodotto con riferimento all'utilizzo di piattaforme telematiche, alla dimestichezza e la confidenza che giorno dopo giorno si è acquisita con gli strumenti tecnologici.

L'emergenza pandemica ha sottolineato alcune gravi mancanze della gestione e dell'organizzazione di alcuni servizi pubblici, molti dei quali du-

mette ai soggetti "non professionisti" di intervenire nel corso di un processo decisionale svolto da un ente pubblico, prendendo visione del materiale documentale relativo al procedimento in corso e presentando memorie e documenti che l'ente dovrà considerare ai fini dell'adozione del provvedimento finale. Questa tipologia di partecipazione detta anche "funzionale", si distingue da quella a carattere *lato sensu* politico (c.d. "partecipazione popolare", "democratica", "organica", "istituzionale", "di tipo politico"), caratterizzata da istituti di autogoverno e di democrazia diretta, di immissione degli utenti nelle strutture organizzative di servizi, di inserimento stabile di soggetti rappresentativi di interessi in organi collegiali amministrativi», in M. Occhiena, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 4128-4129. Per una riflessione interessante sulla partecipazione, si veda: M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980.

⁸¹ Per un approfondimento sul ruolo della trasparenza nella strategia dell'*Open-Government*: S. Rossa, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione digitale*, in *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, cit., 247-276.

⁸² Si definiscono *open data* i dati che chiunque può utilizzare, riutilizzare e ridistribuire liberamente, essendo soggetto al massimo alla richiesta di attribuzione e condivisione. Si veda: F. Costantino, *Open government*, cit.

⁸³ «La collaborazione si traduce nella possibilità di interagire con chi gestisce un servizio, di segnalare inefficienze, di fornire informazioni [...] per una migliore gestione del servizio stesso», in F. Costantino, *Open government*, cit.

⁸⁴ F. Costantino, *Open government*, cit.

rante il periodo di diffusione del virus sono stati persino sospesi, ma è stata anche l'occasione per ripensarne alcuni proprio attraverso l'utilizzo della telematica. Considerato, infatti, che il CAD nella definizione di servizi *on line* lascia «aperto il novero delle attività di servizio pubblico che possono essere fornite in via elettronica»⁸⁵, e individua quale unica peculiarità, a cui la definizione si ancora, il carattere dematerializzato della prestazione, si osserva come l'emergenza si è avvalsa di ciò per promuoverne l'offerta.

Sulla scia di questa promozione forzata, dovuta all'esigenza di continuare a erogare servizi anche in tempi di *lockdown*, è intervenuto poi il *NextGenerationEu* e, di conseguenza, il PNRR nazionale⁸⁶, per investire e implementare sui processi di digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Tra i molteplici esempi di servizi pubblici *on line*, si osserva che una parte consistente è rappresentata dai servizi burocratici, e così, ad esempio, sull'App Io è possibile trovare una serie di servizi che enti locali ed enti nazionali erogano per i cittadini-utenti. Per citarne alcuni, nel caso di quelli offerti da Roma Capitale, si annoverano lo Sportello unico edilizio telematico (SUET)⁸⁷, lo Sportello unico per le attività produttive (SUAP)⁸⁸, che consentono la presentazione di istanze e il monitoraggio dello stato di avanzamento delle richieste, e ancora il pagamento della tassa rifiuti TARI.

⁸⁵ B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 91.

⁸⁶ «Il Piano muove, infatti, proprio dal riconoscimento che il pilastro digitale del Piano debba comprendere la razionalizzazione delle attività digitali della pubblica amministrazione e lo sviluppo dei servizi pubblici digitali: la debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano ha rappresentato un ostacolo al miglioramento dei servizi offerti e agli investimenti pubblici negli ultimi anni. Il PNRR affronta questa rigidità e promuove un'ambiziosa agenda di riforme per la pubblica amministrazione, con l'obiettivo di perseguire il complessivo aumento di efficienza della Pubblica Amministrazione e della sua capacità di decidere e mettere a punto progetti innovativi, per accompagnarli dalla selezione e progettazione fino alla realizzazione finale», in M. Macchia e A. Mascolo, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 561.

⁸⁷ Il SUET è uno strumento pensato per i cittadini e i tecnici professionisti per semplificare la presentazione delle comunicazioni e delle istanze per gli interventi edili, agevolarne l'istruttoria e monitorarne lo stato d'avanzamento. Al sistema possono accedere: i cittadini per avviare procedure edilizie semplificate; i professionisti per curare gli interessi di soggetti legittimati. Dal 1° aprile 2022, oltre alle comunicazioni relative a pratiche CIL (comunicazione di inizio lavori) e CILA (comunicazione di inizio lavori asseverata), dovranno essere redatte e trasmesse esclusivamente tramite SUET anche le procedure relative alle SCIA (art. 22, d.P.R. n. 380/2001) e alle domande di permessi di costruire (PDC). Si veda: www.comune.roma.it/web/it/scheda-servizi.page?contentId=INF49587.

⁸⁸ L'Amministrazione capitolina ha avviato uno sportello SUAP telematico, che consente di presentare una pratica, monitorarne lo stato di avanzamento, effettuare i relativi pagamenti e ricevere eventuali comunicazioni da parte dei competenti Uffici.

I servizi pubblici *on line*

Un ulteriore servizio, che è stato implementato dalla diffusione del virus, è stato il c.d. sistema CIVES per l'invio e il monitoraggio della domanda di cittadinanza. Attraverso il collegamento al portale, tramite il proprio SPID, il richiedente presenta la domanda scegliendo il modulo telematico da compilare in base ai requisiti posseduti, e ha poi la possibilità di consultare la domanda inoltrata.

Il periodo emergenziale ha però sottolineato la necessità e l'utilità di erogazione dei servizi *on line* anche con riferimento ad altri ambiti. Uno dei settori in fervente stato di crescita dal punto di vista digitale è proprio quello del servizio sanitario nazionale. Questo dimostra quanto la digitalizzazione dei servizi pubblici non interessa solo i servizi di carattere burocratico o servizi di interesse economico generale, ma anche servizi che si collocano fuori dal mercato, come i servizi sociali⁸⁹, volti a incarnare il modello dello Stato sociale o del benessere⁹⁰.

Nell'ambito del servizio sanitario nazionale, emblematico è il caso della c.d. telemedicina, ossia la modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente, o due professionisti, non si trovano nella stessa località. La telemedicina comporta, inoltre, la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti⁹¹. Le principali finalità di questo strumento sono il rafforzamento della sanità territoriale e il miglioramento degli standard di cura di cittadini e residenti⁹², oltre la prevenzione secondaria, la diagnosi, la cura, la riabilitazione e il monitoraggio. L'impulso ricevuto durante il periodo pandemico è stato attivato da un'esigenza primaria, quella di delocalizzare i trattamenti e le prestazioni dagli ospedali ai territori⁹³, al fine di non sovraccaricare le strutture sanitarie, già in forte difficoltà. L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha promosso lo sviluppo della

⁸⁹ «Il dialogo digitale che si instaura tra utente e prestatore del servizio *on-line* sostituisce la precedente relazione di sportello con un'interazione a distanza, ed è suscettibile di coprire, a mano a mano che aumenterà l'attivazione di servizi in rete da parte delle singole amministrazioni e dei soggetti gestori, ogni ambito di intervento, compresi quello dell'istruzione, sanitario e *lato sensu* burocratico», in B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 90-91.

⁹⁰ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 381.

⁹¹ Si vedano le *Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina* del Ministero della Salute (www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf).

⁹² N. Posteraro, *La telemedicina*, in *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 202.

⁹³ N. Posteraro, *La telemedicina*, in *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 203.

telemedicina anche al fine di far acquisire al paziente un ruolo più attivo e centrale (c.d. *patient empowerment*) nella relazione di cura⁹⁴. La telemedicina risulta, inoltre, indispensabile per migliorare la qualità della vita di persone affette da malattie croniche. Le modalità di erogazione delle prestazioni sanitarie avvengono attraverso le c.d. *mHealth app*, ossia «applicazioni *mobile* [...] che possono essere messe a disposizione dall'azienda sanitaria o dalla struttura medica al paziente, e da questi utilizzate quotidianamente tramite il proprio *smartphone* o un dispositivo equiparabile»⁹⁵. Tra gli strumenti di *e-Health*⁹⁶ si annovera anche il c.d. fascicolo sanitario elettronico⁹⁷, il quale rientra tra gli obiettivi, il cui raggiungimento è stato prefissato per il 2030 dal *digital compass*.

Oltre al servizio sanitario nazionale, anche il servizio scolastico è stato, in ragione delle restrizioni dovute alla pandemia, oggetto di una rivoluzione, che ha introdotto l'uso della telematica e della fruizione dei percorsi formativi da remoto. La c.d. DAD, didattica a distanza, è stata, pertanto, lo strumento per rispondere all'esigenza di garantire una continuità didattica, in bilanciamento con l'esigenza di contrastare la diffusione del contagio e salvaguardare la salute pubblica. La DAD ha sofferto, però, di alcune rilevanti mancanze, forse anche perché le amministrazioni scolastiche si sono ritrovate impreparate nella gestione dell'emergenza, che le ha travolte. Uno dei punti più critici di questa erogazione è stata la non inclusione dei soggetti più vulnerabili, come, ad esempio, gli studenti con disabilità⁹⁸, oltre a quelli con scarsità di mezzi e risorse. Ciò dimostra che per i servizi sociali l'innovazione tecnologica va sempre bilanciata, in particolare, con i principi di inclusione e solidarietà⁹⁹, al fine di evitare il rischio di trasformare strumenti di ausilio

⁹⁴ G. Bincoletto, *mHealth app per la televisita e il telemonitoraggio. Le nuove frontiere della telemedicina tra disciplina sui dispositivi medici e protezione dei dati personali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 382.

⁹⁵ G. Bincoletto, *mHealth app per la televisita e il telemonitoraggio. Le nuove frontiere della telemedicina tra disciplina sui dispositivi medici e protezione dei dati personali*, cit., 383.

⁹⁶ «The “e” holds out the promise of vast data collection, storage and the performance of complex tasks quickly and reliably. To do this, information systems demand clear rules and carefully followed procedures», in M. Hardley e B. Loader, *The Informatization of Welfare: Older People and the Role of Digital Services*, in *The British Journal of Social Work*, vol. 39, 2009, 659.

⁹⁷ Definito dal PNRR quale “pietra angolare” per l'erogazione dei servizi sanitari digitali e la valorizzazione dei dati clinici nazionali. N. Posteraro, *Il fascicolo sanitario elettronico*, in *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 190.

⁹⁸ Per una panoramica sulle conseguenze della DAD sulle persone con disabilità, G. Matucci, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, Milano, Franco Angeli, 2021, 111 ss.

⁹⁹ Per un approfondimento sul principio di solidarietà e la creazione di un *Digital Wel-*

I servizi pubblici *on line*

in fattori escludenti delle categorie più svantaggiate. Dopo il primo periodo di *lockdown*, si è infatti passati dalla DAD alla DID, didattica digitale integrata, una modalità che alterna fasi della didattica in presenza a fasi a distanza, al fine di mitigare le risultanze negative che il primo modello ha recato ai soggetti più fragili. Si tratta, così, di una modalità didattica complementare in cui l'ambiente di apprendimento fisico e quello digitale si integrano¹⁰⁰.

Infine, tra le missioni del PNRR, il processo di digitalizzazione è chiamato a realizzarsi, oltre che nel settore sanitario, nelle infrastrutture sociali, e nel sistema scolastico e della ricerca scientifica, anche nelle infrastrutture energetiche e nei trasporti¹⁰¹, per i quali la dematerializzazione della prestazione è sinonimo di sostenibilità e partecipazione nello sviluppo degli spazi urbani¹⁰².

6. Conclusioni

La dimensione dei servizi pubblici *on line*, come si è osservato, è ben capace di mostrare quale possa essere il valore dei dati per la pubblica amministrazione, e le funzioni a essi connesse. Lo Stato è tra i maggiori detentori di dati e la sua attività può ricavare molteplici benefici da un uso consapevole e integrato degli stessi, che presupponga l'interoperabilità tra le varie amministrazioni per il buon andamento e l'efficacia dell'attività stessa.

Si è osservato, inoltre, che i servizi pubblici *on line* rappresentano un importante strumento di implementazione dei principi di inclusione e accesso, fornendo utilità ai cittadini attraverso prestazioni dematerializzate e con una diffusione più ampia e una rapidità notevole.

L'analisi delle tre prospettive ha poi consentito di individuare, *in primis*, che gli standard europei costituiscono uno stimolo e un impulso considere-

fare State nel caso dei servizi pubblici on line, A. Mattosio, *Solidarity for a Digital Welfare State: the case of online public services in the Italian legal system*, in *The Digital Constitutionalist – The future of constitutionalism*, 24 gennaio 2023 – digi-con.org/solidarity-for-a-digital-welfare-state-the-case-of-online-public-services-in-the-italian-legal-system/. Sul rapporto tra digitalizzazione e *welfare state* si veda anche: S. Alexopoulou, J. Åström, M. Karlsson, *The grey digital divide and welfare state regimes: a comparative study of European countries*, cit., 273-291. Sulla nozione di solidarietà nei servizi sociali: A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 89-137.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sulla didattica a distanza, si veda: M. Palma, *Il diritto della didattica a distanza (D.A.D.)*, in *federalismi*, 6 ottobre 2021; F. Di Lascio, *Sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *federalismi*, 10 febbraio 2021.

¹⁰¹ *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 17.

¹⁰² C. Iaione, *Città scienza e innovazione*, in questa *Rivista*, 2021, 505 ss.

vole per gli Stati membri, chiamati a migliorare le loro prestazioni in materia di servizi pubblici e incrementare i livelli di digitalizzazione.

Ha mostrato, poi, la rinnovata relazione biunivoca tra amministrazione e cittadino-utente, nella quale si coglie l'incremento dei livelli di partecipazione del destinatario utente. La digitalizzazione, infatti, influisce fortemente sul rapporto tra cittadini e amministrazione, modificandolo in termini di efficienza e con notevole spinta in tema di velocità e affidabilità¹⁰³. La partecipazione attiva dei cittadini si insinua nel sistema di *open government*, ove si auspica alla realizzazione di vere e proprie comunità *on line* che favoriscano la condivisione dei dati e nuove forme di comunicazione. In questa proficua interazione, i servizi pubblici *on line* rappresentano un fattore di coesione sociale e territoriale, laddove oltre al diritto di accesso, venga garantita anche la piena possibilità della fruizione.

Il rispetto dei principi del *digital government*, al quale sono chiamati anche i servizi pubblici *on line*, è utile per inquadrare quali benefici si traggono da una diffusione ad ampio spettro di tali servizi.

Il primo principio, quello dell'*one-stop-shop*, ossia la creazione di un punto unico di accesso ai servizi elettronici e alle informazioni offerte, consente di incrementare la soddisfazione del cittadino, di ridurre fenomeni di corruzione e di promuovere una maggiore efficienza¹⁰⁴. Con il principio del *digital default*, ai sensi del quale si considera l'amministrazione digitale come strumento predefinito per la fruizione dei servizi e per l'interazione con la pubblica amministrazione, si trae, invece, un beneficio in termini di risparmio per la pubblica amministrazione¹⁰⁵. La caratteristica del *self-service*, poi, riconosce la possibilità per il cittadino di essere più autonomo e indipendente nella fruizione del servizio e nell'approccio al *digital government* attraverso una semplice e individuale soluzione digitale che non richiede nessun passaggio intermedio¹⁰⁶.

¹⁰³ J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 634. Sugli aspetti positivi della digitalizzazione: «the positive impact of the development of ICT can increase literacy, information, socialization, and education to the public, so that it is more open, easy, and fast for the development of science, technology, and innovation in education as well as socio-economic development», in S. Weningsih, A.I. Sulaiman, Chusmeru, T. N. Adi, *Public services based on e-government in digital age*, cit., 162.

¹⁰⁴ S. Ranchordás, *The Digitization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene*, in *The rule of Law in Cyberspace*, a cura di de Morais C.B., Ferreira Mendes G. e Vesting T., Berlino, Springer 2022, 131.

¹⁰⁵ S. Ranchordás, *The Digitization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene*, cit., 131.

¹⁰⁶ S. Ranchordás, *The Digitization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene*, cit., 132.

Infine, l'analisi dell'impatto pandemico sullo sviluppo dei servizi pubblici *on line* ha rilevato come il diffondersi dell'esigenza di garantire una continuità nell'erogazione del servizio abbia posto le amministrazioni dinanzi alla necessità di sperimentare nuove modalità operative, così come si è visto per la telemedicina o per la didattica a distanza, con l'accortezza di mantenere in equilibrio la prestazione del servizio con il rispetto dei principi di inclusione e solidarietà, nell'ottica di non incrementare, ma piuttosto ridurre il c.d. *digital divide*.

Si è apprezzato, inoltre, con il tema dei servizi pubblici *on line*, che la *data economy* produce per le pubbliche amministrazioni sia un valore esterno, sia un valore interno.

Per valore esterno si intende «la ricaduta in termini di innovazione e sviluppo»¹⁰⁷, derivante dal fatto che la disponibilità dei dati consente la possibilità di sviluppare servizi senza barriere di carattere economico all'ingresso. La distribuzione di dati pubblici crea, inoltre, valore interno, che si traduce invece in «risparmio per le pubbliche amministrazioni»¹⁰⁸.

Da quanto sin qui osservato emerge che i servizi pubblici digitali sono una delle principali frontiere del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, rappresentano l'anello di congiunzione tra la PA e il cittadino-utente. Sono, poi, il punto di partenza per ridurre quella molteplice serie di “*digital divides*”¹⁰⁹, che rischiano di creare nuove forme di esclusione sociale e rinforzare quelle esistenti¹¹⁰. I servizi pubblici *on line* devono,

¹⁰⁷ F. Di Donato, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, Edizioni ETS, 2010, 43.

¹⁰⁸ F. Di Donato, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, cit., 43.

¹⁰⁹ «Rilevante è dunque contrastare il fenomeno del *digital divide* garantendo sia un'alphabetizzazione digitale e l'insegnamento di competenze digitali agli abitanti della città, che un'infrastruttura digitale in grado di permettere a tutti un accesso agevolato e di qualità ad internet, una navigazione ad alta velocità e l'accesso ai servizi di comunicazione. Le città intelligenti diventano proprio espressione di una nuova concezione di cittadinanza digitale», in A. Aquili, *La smart city e le infrastrutture digitali*, in questa *Rivista*, 2021, 659 – 660.

¹¹⁰ J.B. Auby sulla rilevanza del *digital divide*: «rimane sempre forte il tema del *digital divide* ma, oltre al fatto che l'accesso alle informazioni pubbliche avvantaggia, almeno fino ad ora, solo una minoranza di persone – che hanno la capacità di padroneggiare gli strumenti elettronici e digitali che prevalentemente hanno un *background* accademico e/o una esperienza dell'azione associativa – non si deve dimenticare che la rivoluzione digitale è anche portatrice di una propria opacità, come si è rilevato con riferimento alla *governance* algoritmica»; tale opacità sarebbe da individuarsi nel fatto che «la *governance* algoritmica potrebbe creare una sorta di potere regolativo nascosto, in ogni caso opaco a tutti coloro che hanno accesso all'algoritmo o non sono in grado di interpretarlo», in J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 619 ss. «Inoltre, occorre superare il problema della inadeguata estensione delle infrastrutture tecnologiche e della connettività, dato che ad oggi

pertanto, essere erogati nel rispetto dei principi di inclusività, accessibilità e *privacy protection*.

Nell'erogazione dei servizi pubblici digitali si deve, infine, considerare la dimensione territoriale, al fine di promuovere e implementare un c.d. *welfare* di prossimità. È solo, infatti, in un'ottica di sussidiarietà verticale e orizzontale, che è possibile tendere al superamento dei divari esistenti e persistenti. Sarà, pertanto, necessario non solo garantire un accesso generale a internet, e la possibilità per tutti di disporre degli strumenti tecnologici essenziali, ma anche garantire che tutti possano apprendere le conoscenze imprescindibili per l'utilizzo di tali strumenti. Con riferimento al principio dell'accessibilità, va garantita un'eguaglianza nell'accesso, includendo, pertanto, anche coloro che necessitano di un'assistenza speciale in ragione di alcune forme di disabilità. Infine, l'altro pilastro si sostanzia nella tutela della *privacy* e della sicurezza dei dati di ogni cittadino¹¹¹.

Si percepisce, dunque, che la tendenza alla diffusione dei servizi pubblici *on line* è anche un sintomo dell'affermazione del c.d. Stato digitale, in cui l'attività pubblica nel suo complesso subisce mutamenti in quanto a strumenti e metodi, per la fervente applicazione della tecnologia¹¹². I servizi pubblici *on line* sono così, al tempo stesso, frontiera e sfida dell'interazione digitale tra cittadino e amministrazione.

permangono forti diseguaglianze territoriali e sociali nell'accesso alle reti a banda ultra larga», in B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 91.

¹¹¹ S. Ranchordás, *The Digitization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene*, cit., 132-133.

¹¹² «Sotto un primo profilo, l'attività pubblica nel suo complesso viene trasformata, quanto a modi e strumenti, mediante l'applicazione di nuove tecnologie. Che si tratti della sicurezza o dei servizi pubblici, della realizzazione di infrastrutture o dell'esercizio della giustizia, della moneta o della difesa, della salute o della pianificazione del territorio, si impone via via il ricorso a strumenti tecnologici che portano con sé sia una riarticolazione e riorganizzazione delle funzioni e delle strutture pubbliche, sia la ridefinizione delle regole di esercizio del potere pubblico e delle relative modalità di controllo. Sotto un secondo profilo, lo sviluppo tecnologico investe i rapporti economici e sociali in misura tale da rendere spesso inidonee o obsolete le regole vigenti. Di qui la necessità di una nuova regolazione pubblica volta ad aggiornare discipline già esistenti – come la disciplina di tutela della *privacy* o la disciplina di tutela della concorrenza – e a introdurre principi e regole nuove per fenomeni nuovi, come accade ad esempio per i servizi digitali e per le applicazioni della cosiddetta intelligenza artificiale», in L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2023, 19 ss. Per un'ampia trattazione e definizione di Stato digitale, L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, cit.

I servizi pubblici on line

Abstract

The potentialities offered by the data economy are several. This paper intends to observe its main implications in the delivery of new online public services. They represent a peculiar mode of operation of service delivery which takes place on a four-level interaction between administration and citizen-users, through the application of information technology. The analysis of the various stages is necessary for understanding the ability of online services to translate the circulation of large data flows into greater market efficiency and competition, as well as better quality for the final user of the services provided. The survey perspectives are three: first of all, adaptation to European digitization standards by 2030, also to foster effective realization of the internal market; secondly, the element of active participation by users in obtaining the service, reshaping the State-citizen relationship; finally, the pandemic as an accelerator for the digitization processes in public administrations, a key pillar also of the NRRP. These reflections provide an opportunity to understand if the State has the ability to become not only the largest collector of data but, also, a good manager.

ARTICOLI

MARIA GIUSTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA E LA NUOVA RESPONSABILITÀ DI DIRITTO D'AUTORE DELLE PIATTAFORME DI CONDIVISIONE DI CONTENUTI *ONLINE**

SOMMARIO: – 1. Introduzione. – 2. L'art. 17 della direttiva copyright. – 3. Il ricorso della Polonia. – 4. La sentenza della Corte. – 5. Tra dubbi interpretativi sciolti e questioni ancora aperte. – 6. Considerazioni.

1. Introduzione

Il 26 aprile 2022, la Corte di giustizia si è espressa per la prima volta (in grande sezione, a testimonianza della complessità e dell'importanza della causa) sulla dir. 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (c.d. direttiva copyright)¹. Il giudizio ha riguardato la legittimità dell'art. 17 della direttiva, una delle previsioni normative dell'Unione europea (di seguito: UE) più dibattute degli ultimi anni². Comporta, in sostanza, che delle violazioni al diritto d'autore consumate su piattaforme di condivisione di contenuti *online* non rispondono più gli autori dei caricamenti ma le piattaforme. Costituisce, in questo senso, la risposta nel settore del diritto d'autore a uno dei quesiti più dibattuti nell'economia digitale, ovvero come contrastare la presenza di contenuti illeciti *online*. Risposta

* Il contributo ha beneficiato di una *Visiting Fellowship* dell'autrice alla Scuola di Legge di Sciences Po Parigi.

¹ Dir. 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/Ce e 2001/29/Ce. È stata approvata dal Parlamento il 26 marzo 2019 e dal Consiglio il 15 aprile 2019, con il voto contrario di sei Stati membri, tra cui l'Italia. La Germania ha votato favorevolmente manifestando però l'esigenza che la concreta definizione del regime di responsabilità introdotto dall'art. 17 fosse equilibrata, ovvero non eccessivamente lesiva della libertà di espressione (cfr. la dichiarazione della Germania, disponibile «<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/en/pdf>»).

² Cit. M. Husovec, *(Ir)Responsible Legislature? Speech Risks under the EU's Rules on Delegated Digital Enforcement*, 2022, 14.

ritenuta da molti suscettibile di pregiudicare il carattere libero e aperto proprio del *web*.

L'annullamento dell'art. 17 è stato richiesto dalla Repubblica di Polonia, sulla base di argomenti che ricalcano le critiche provenienti da ambienti accademici, parte del mondo politico e della società civile. La strategia adottata dal legislatore europeo comprometterebbe la libertà di espressione e di informazione *online*: per prevenire il caricamento sui propri servizi di opere e altri materiali che violano il diritto d'autore, le piattaforme finirebbero necessariamente per bloccare più del dovuto. Adotteranno, infatti, uno "zelo eccessivo" per sfuggire a ogni rischio di responsabilità, e adempiranno ai nuovi obblighi utilizzando strumenti di riconoscimento automatico dei contenuti, non abbastanza 'intelligenti' da distinguere compiutamente ciò che è illecito da ciò che non lo è. Verrebbe così compromessa la disponibilità anche di contenuti legittimi, a danno della libertà di espressione degli utenti delle piattaforme e di quella del pubblico di accedere a idee, informazioni, contenuti culturali e creativi.

La Corte riconosce che le nuove regole comportano una limitazione alla libertà di espressione e di informazione. Rileva però come questa limitazione non è categoricamente vietata; può essere disposta in presenza di diverse condizioni, tutte soddisfatte nel caso di specie. Sussiste, in sintesi, un giusto equilibrio fra la tutela dell'interesse degli utenti delle piattaforme alla libera circolazione dell'informazione *online*, da un lato, e quello dei titolari dei diritti ad una protezione effettiva della loro proprietà intellettuale.

Il contributo analizza le novità introdotte dalle disposizioni contese (par. 2) e gli argomenti della ricorrente (par. 3). Ricostruisce poi il ragionamento della Corte³, che si avvale delle dettagliate conclusioni dell'Avvocato Generale⁴ (par. 4), e mette in luce i problemi 'chiusi' dalla sentenza e quelli ancora aperti (par. 5). Evidenzia poi i diversi temi di interesse intercettati dal giudizio (quali il bilanciamento tra diritti fondamentali confliggenti, la responsabilizzazione degli operatori digitali e l'uso di procedure algoritmiche), e riflette su chi verosimilmente potrà e dovrà sciogliere i nodi irrisolti. Ciò sulla base di considerazioni di ordine tecnico e valoriale sui rapporti tra poteri pubblici, grandi operatori economici digitali e consumatori (par. 6).

³ Adottata il 26 aprile 2022, e disponibile all'indirizzo «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0401>».

⁴ Presentate il 15 luglio 2021, e disponibili «<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FB7F91378D424D44EB4B2E9D73EB4931?text=&docid=244201&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=359529>».

2. L'art. 17 della direttiva copyright

La direttiva copyright, adottata nel 2019 al termine di un travagliato processo legislativo, mira ad adeguare le norme dell'UE nel settore della proprietà letteraria e artistica all'evoluzione delle tecnologie digitali. Una delle principali finalità in questo senso è promuovere una più equa ripartizione del valore ottenuto dalla distribuzione *online* di materiale protetto dal diritto d'autore. Si tratta, secondo la terminologia ideata dall'industria musicale e poi fatta propria dal legislatore europeo, di ridurre il *value gap*, ovvero la differenza fra il valore che alcuni operatori digitali ricavano dallo sfruttamento di contenuti protetti e i proventi che versano ai titolari di diritti d'autore e diritti connessi⁵. Il rischio, in mancanza di un intervento, è inaridire le fonti del lavoro creativo e compromettere così la diversità dell'offerta culturale, a danno della società europea⁶.

Da questo punto di vista, la direttiva costituisce uno degli atti normativi con cui l'UE è intervenuta a responsabilizzare le attività degli operatori digitali, contribuendo a superare la concezione secondo cui *internet* deve essere lasciato libero di svilupparsi per non comprometterne le potenzialità⁷. Concezione, questa, che è dipesa da una pluralità di ragioni di diverso ordine. Alcune di stampo economico (favorire lo sviluppo del commercio elettronico all'interno del mercato unico, per esempio), altre di ordine più "mobile" (non compromettere la straordinaria capacità di *internet* di diffondere idee e informazioni⁸) o tecnico (ogni sistema di regolazione giuridica

⁵ Gli altri obiettivi della direttiva sono adeguare le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, nonché garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti migliorando le procedure di concessione delle licenze per il loro utilizzo. Per una loro analisi: S. Dusollier, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, 2020, 979 ss.; E. Psychogiopoulou, *Cultural rights, cultural diversity and the EUs copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, a cura di O. Pollicino, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020; J.P. Quintais, *The new copyright in the digital single market directive: A critical look*, in *European Intellectual Property Review*, 2020, 28 ss.; T. Shapiro e S. Hansson, *The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same*, in *European Intellectual Property Review*, 2019, 404 ss.

⁶ Per un compiuto studio della relazione tra fenomeno giuridico e culturale in Italia, aggiornato all'ascesa del digitale e della rete, D. Donati, *Governare l'inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in questa *Rivista*, 2017, 259.

⁷ Per una prospettiva di diritto costituzionale sull'evoluzione dell'approccio europeo in materia di regolazione degli operatori digitali, G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 41 ss.

⁸ Per un'analisi del rapporto tra *internet* e il diritto in relazione al tema della libertà di

è tradizionalmente legato a un elemento territoriale delimitato, laddove i fenomeni che si agitano su internet sono privi di frontiere e limiti spaziali)⁹.

L'approccio inizialmente adottato, e la conseguente "libertà" della rete, hanno prodotto benefici straordinari per la società. Tra i molti: avanzamento tecnologico, più beni e più servizi a prezzi maggiormente competitivi, maggior circolazione di idee e informazioni, nuove prospettive per l'esercizio delle libertà partecipative¹⁰, interazione diretta tra persone, aziende e istituzioni, e risposte innovative alle sfide poste dalla vita quotidiana. Allo scarso interventismo del legislatore sono però conseguite anche esternalità negative, quali il formarsi di grandi centri di potere privato, «i signori nell'era dell'algoritmo»¹¹, e la circolazione di contenuti dannosi e illeciti (*fake news*, materiale pedopornografico o di incitazione alla violenza, etc.), con conseguenti minacce per molteplici diretti. Tra questi, ci sono anche quelli di autori e artisti a un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento digitale dei loro contenuti.

Una delle principali previsioni della direttiva finalizzate a proteggere questi ultimi riducendo il *value gap*, è l'art. 17¹², oggetto della sentenza

espressione, T.E. Frosini, *Liberté, Égalité, Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

⁹ Come notato da G. Finocchiaro nel suo intervento (*La sovranità digitale*) alla I sessione plenaria (*Lo Stato in discussione*) della Conferenza annuale di ICON-S Italia (*Il futuro dello Stato*), tenutasi a settembre 2022 presso l'Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna.

¹⁰ Sul tema, G. Sgueo, *Digital democracy: is the future of civic engagement online*, European Parliamentary Research Service, 2020.

¹¹ L. Ammannati, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2021, 381 ss.

¹² Le altre previsioni con questa finalità sono l'art. 15 e gli artt. da 18 a 23. Il primo mira a ribilanciare la distribuzione del valore ottenuto dallo sfruttamento digitale delle pubblicazioni di carattere giornalistico tra gli editori, da un lato, e operatori digitali come motori di ricerca, *social network* e aggregatori di notizie, dall'altro. Gli artt. da 18 a 23, il c.d. *remuneration chapter*, disciplinano invece questioni tradizionalmente rimesse alla libera negoziazione tra autori e artisti e soggetti che ne sfruttano le opere e prestazioni; ciò al fine di ampliare le prerogative dei primi e evitare che i secondi, la parte forte, traggano vantaggio dagli squilibri di potere. Pur riguardando tutti i contratti, non sono quelli relativi agli sfruttamenti *online*, le misure introdotte dal *remuneration chapter* rispondono principalmente all'esigenza di assicurare equità e equilibrio nel mercato digitale. D'altronde, la misura più significativa è quella introdotta dall'art. 19, secondo cui autori e artisti hanno il diritto di ricevere periodicamente informazioni «aggiornate, pertinenti e complete» sullo sfruttamento dei loro lavori. L'obiettivo è assicurare che i titolari dei diritti possano monitorare il successo dei loro contenuti, e quindi verificare se i proventi loro riconosciuti siano equi, nonostante la crescente complessità delle modalità di sfruttamento dei contenuti *online* e la varietà di intermediari coinvolti. Per un'analisi dell'art. 15 e degli artt. da 18 a 23, nonché del modo in cui sono stati recepiti in Italia, cfr. A. Cogo, *Artt. 18-23 dir. UE 2019/790. Il principio della remunerazione adeguata e proporzionata*, in *Giur. it.*, 2022, 1296 ss., e P. Nebbia, *I diritti connessi di editori ed autori di pubblicazioni di carattere giornalistico*, in *Giur. it.*, 2022, 1283 ss. Sia consentito rinviare anche a M.

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

in analisi. Delinea un nuovo, specifico, regime di responsabilità in materia di diritto d'autore per i “prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*” (di seguito: i prestatori). Si tratta delle piattaforme proprie del web interattivo, in cui gli utenti non si limitano a fruire di quanto è disponibile in rete ma divengono creatori di materiale che condividono all'interno di una comunità. Youtube costituisce l'esempio più noto di questi operatori, definiti come quelli che danno accesso a grandi quantità di contenuti caricati dagli utenti dei loro servizi (c.d. *user-generated content* o *user-uploaded content*)¹³.

In sostanza, l'art. 17 segna un trasferimento di responsabilità per le violazioni al diritto d'autore consumate sui servizi dei prestatori – violazioni che ricorrono quando opere protette sono caricate in mancanza di un'autorizzazione dei titolari dei diritti, concessa di solito dietro il pagamento di un compenso. In passato, erano gli utenti che caricano contenuti sui servizi dei prestatori a rispondere delle violazioni di diritto d'autore; oggi ne rispondono invece (entro certi limiti, come si dirà) i prestatori.

L'art. 17 chiarisce infatti che questi compiono un atto rilevante per il diritto d'autore quando danno accesso a contenuti caricati dai loro utenti, implicando che spetta loro ottenere un'autorizzazione per i caricamenti e procedere alla remunerazione dei titolari dei diritti¹⁴. Stabilisce inoltre che

Giusti, *La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del value gap: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 366 ss.

¹³ Cfr. art. 2, pt. 6, primo comma, della direttiva, che definisce la nozione di “prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*”. Si tratta, più precisamente, del «prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro». Per l'individuazione dei soggetti obbligati è d'ausilio anche il considerando 62, che precisa che ci si riferisce ai prestatori che «svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti *online*, in concorrenza con altri servizi di contenuti *online*» e che dalla definizione dovrebbero essere esclusi alcune categorie di operatori, tra cui le enciclopedie *online* e i repertori didattici e scientifici senza scopo di lucro. La *ratio* dei termini aperti impiegati (“grandi quantità di opere”, “ruolo importante”) e delle esclusioni previste è assicurare che l'art. 17 si applichi solo ai “grandi” prestatori considerati connessi al *value gap*, evitando che l'introduzione di nuovi obblighi disincentivi l'ingresso nel mercato (o agevoli l'uscita dal mercato) di operatori minori. Persegue il medesimo obiettivo la previsione di cui all'art. 17, par. 6, secondo cui si applica un regime di responsabilità mitigato alle imprese attive da meno di tre anni che abbiano un fatturato inferiore a dieci milioni di euro annui e che operano tramite il caricamento degli utenti per sviluppare nuovi modelli di *business*. Per il dibattito che ha condotto all'introduzione di queste garanzie, cfr. la bibliografia citata in M. Giusti, *op. cit.*

¹⁴ Il par. 1 stabilisce infatti che i prestatori effettuano una “comunicazione al pubblico” quando danno accesso al pubblico a contenuti caricati dagli utenti dei loro servizi, con la conseguenza che diventa loro applicabile quanto previsto dall'art. 3 della direttiva 2001/29/

alle fattispecie in esame non si applica la mitigazione di responsabilità (c.d. *safe harbour*) prevista in via generale per gli operatori della società dell'informazione che memorizzano contenuti forniti da terzi¹⁵; ne consegue che ai prestatori spetta ora prevenire le violazioni al diritto d'autore, piuttosto che intervenire solo *ex post*, una volta che contenuti illeciti siano stati resi disponibili sui loro servizi e ne siano venuti a conoscenza.

L'art. 17 prevede però che i prestatori non rispondono delle violazioni che si consumano sui loro servizi se dimostrano di essersi conformati a una serie di obblighi di diligenza. Questa limitazione della loro responsabilità si spiega per due ragioni. Innanzitutto, i contenuti non sono caricati direttamente dai prestatori ma dagli utenti¹⁶. In secondo luogo, è improbabile che i prestatori possano ottenere l'autorizzazione di tutti i titolari dei diritti per l'immensa mole di contenuti suscettibili di essere pubblicati sui loro servizi¹⁷.

Più precisamente, i prestatori non rispondono dei caricamenti non autorizzati se dimostrano di aver soddisfatto cumulativamente tre condizioni. Innanzitutto, di «aver compiuto i massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione» (lett. *a*), par. 4, dell'art. 17). In secondo luogo, di «aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti» (lett. *b*), par. 4, dell'art. 17). Infine, di «aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per

Ce (c.d. InfoSoc). Ai sensi di questa previsione, la comunicazione al pubblico di un contenuto presuppone un'autorizzazione di chi ha contribuito alla sua creazione, autorizzazione che assume di regola la forma di un accordo di licenza concessa dietro un compenso.

¹⁵ Previsto dall'art. 14, par. 1, dir. 2000/31/Ce (c.d. E-Commerce), e valido per ogni tipo di contenuto e di responsabilità, il principio del *safe harbour* prevede in sostanza che i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano contenuti forniti dai terzi non devono sorvegliare il materiale presente sui loro *server* e ricercare quello illecito. Sono infatti responsabili per i contenuti illeciti caricati dai loro utenti solo se, al corrente della loro illiceità, non li rimuovano immediatamente o non ne bloccano l'accesso. La *ratio* sottesa all'introduzione del principio, all'epoca del 2001, era favorire lo sviluppo dei prestatori non applicando loro obblighi suscettibili di mettere in pericolo la loro attività, stimolando così la crescita del commercio elettronico e dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno.

¹⁶ Cfr. il considerando 66 della direttiva.

¹⁷ Come detto nella nota n. 13, il nuovo regime di responsabilità si applica ai prestatori che danno accesso a grandi quantità di opere. Si pensi che nel caso di YouTube sono caricati trecento ore di video ogni minuto (cfr. S. Dusollier, *op. cit.*, 1008).

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)» (lett. c), par. 4, dell'art. 17).

Il fine ultimo dell'art. 17 è assicurare che autori, artisti e altri titolari di diritti ricevano una remunerazione adeguata per l'utilizzo dei loro lavori sui servizi dei prestatori, divenuti una delle principali fonti di accesso ai contenuti *online*¹⁸. In ragione delle incertezze sulla loro responsabilità di diritto d'autore nel contesto normativo applicabile prima della direttiva¹⁹, i prestatori hanno versato ad autori e artisti proventi insignificanti rispetto agli introiti pubblicitari ottenuti dalla distribuzione di contenuti protetti²⁰. Oltre che a garantire ai titolari dei diritti una giusta remunerazione, l'art. 17 mira a fare in modo che questi possano controllare l'utilizzo dei loro lavori sui servizi dei prestatori e, se lo desiderano, impedire che vi siano resi disponibili²¹.

3. Il ricorso della Polonia

A maggio 2019, un mese dopo l'adozione della direttiva, la Polonia ha proposto un ricorso contro l'art. 17 ai sensi dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. A sostegno della sua richiesta di annullamento, ha dedotto un motivo unico, vertente sulla violazione del diritto alla libertà di espressione e di informazione, garantito all'art. 11, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (di seguito: Carta).

Le disposizioni contestate sono quelle che prevedono che i prestatori

¹⁸ Cfr. considerando 61 della direttiva.

¹⁹ Era rappresentato dai già citati art. 3, par. 1, della direttiva InfoSoc, e art. 14, par. 1, della direttiva E-commerce, sui quali all'epoca dell'adozione della direttiva pendevano delle controversie presso la Corte di giustizia (cfr. cause riunite C-682/18 Peterson/Google YouTube e C-683/18 Elsevier/Cyando). Quest'ultima si è espressa il 22 giugno 2021, interpretando la normativa pre-direttiva in senso sostanzialmente favorevole alle piattaforme.

²⁰ Cfr. *Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules*, 2016. Mentre era indubbio che la messa in rete di un contenuto da parte di un utente costituisse un atto di "comunicazione", la qualificazione del comportamento del prestatore era controversa. Di conseguenza, diverse piattaforme si erano rifiutate di negoziare con i titolari dei diritti; altre avevano comunque concluso accordi, che contenevano però condizioni ritenute inique.

²¹ L'applicazione del *safe harbour* alle fattispecie in esame comportava infatti che cui sui titolari dei diritti gravava un onere eccessivo: dovevano sorvegliare i servizi dei prestatori e notificare i contenuti illeciti affinché fossero rimossi; poiché questi erano spesso rimessi in rete poco dopo, erano inoltre costretti a moltiplicare le notifiche. Cfr. par. 193 delle conclusioni dell'avv. gen. Henrik Saugmandsgaardøe nelle cause riunite C-682/18 Peterson/Google YouTube e C-683/18 Elsevier/Cyando.

possono esimersi dalla responsabilità per il fatto di concedere accesso al pubblico a contenuti caricati in violazione del diritto d'autore se dimostrano di aver compiuto i «massimi sforzi» per: non rendere disponibili contenuti protetti per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni «pertinenti e necessarie»; impedire il caricamento futuro dei contenuti oggetto di una «segnalazione sufficientemente motivata»²².

Secondo la ricorrente, per adempiere a questi obblighi, e beneficiare quindi dell'esonero da responsabilità, i prestatori dovranno controllare tutti i contenuti che gli utenti intendono mettere in rete preliminarmente alla loro diffusione. A tal fine, e in assenza di altre soluzioni praticabili, sarebbero indotti a utilizzare strumenti di filtraggio automatico dei contenuti. Questo controllo preventivo costituirebbe «un'ingerenza particolarmente grave»²³ nel diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti: da un lato, comporterebbe il rischio che contenuti leciti siano bloccati; dall'altro, l'illiceità dei contenuti, e quindi il loro blocco, sarebbe stabilita in modo automatico dagli algoritmi, e ciò ancor prima della loro diffusione. Il regime di responsabilità introdotto violerebbe così il giusto equilibrio tra la tutela dei titolari dei diritti d'autore e quella degli utenti dei prestatori, tanto più che gli obiettivi perseguiti potrebbero essere conseguiti mediante le altre previsioni del par. 4 dell'art. 17.

Benché il ricorso della Polonia non sia stato sostenuto da altri Stati (laddove Francia, Portogallo e Spagna sono intervenuti a supporto delle conclusioni di Parlamento e Consiglio), i rischi paventati dalla ricorrente erano stati messi in luce da più parti nel corso del tormentato processo legislativo che ha condotto all'adozione dell'art. 17. Difatti, il processo è stato caratterizzato da dibattiti accesi e fortemente polarizzati presso Parlamento e Consiglio, intense campagne di *lobbying*²⁴, forte clamore mediatico, dimostrazioni di opposizione di una parte della società civile e di ambienti accademici²⁵. La critica principale mossa contro l'art. 17 è proprio che la sua applicazione

²² La ricorrente aveva infatti domandato alla Corte di giustizia di pronunciare: in via principale, l'annullamento della lett. b) e della parte finale della lett. c) dell'art. 17, par. 4; in subordine, qualora le disposizioni non potessero essere separate dal resto dell'art. 17 senza alterarne la sostanza, l'annullamento integrale dell'articolo.

²³ Cfr. punto 41 della sentenza della Corte.

²⁴ «[S]tatistics inside the European Parliament show that MEPs have rarely or never been subject to a similar degree of lobbying before» (Parlamento europeo, *Questions and Answers on issues about the digital copyright directive*, 2019, disponibile «<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>»).

²⁵ Per un'analisi del dibattito in materia e su come ha inciso sulle formulazioni adottate nella versione finale, cfr. U. Furgal et al., *Memes and Parasites: A Discourse Analysis of the Copyright in the Digital Single Market Directive*, 2020, 2.

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

danneggerà la libertà di espressione perché comprometterà la diffusione di contenuti legittimi. Ciò per due ragioni principali.

Innanzitutto, i prestatori sarebbero indotti a bloccare i contenuti che gli utenti intendono mettere in rete al minimo dubbio sulla loro liceità per sottrarsi al rischio di responsabilità. Impedirebbero cioè in maniera sistematica il caricamento di tutti quelli che riproducono materiale protetto per cui hanno ricevuto informazioni e segnalazioni dai titolari dei diritti, e ciò anche in presenza di indicazioni erronee²⁶. In secondo luogo, il rischio di blocchi eccessivi deriverebbe dal fatto che i prestatori dovranno necessariamente adottare procedure automatizzate per conformarsi al nuovo regime di responsabilità²⁷; ciò, tra le altre cose, in ragione dell'elevata mole di contenuti che è continuamente caricata sui loro servizi, tale da rendere complesso che le verifiche siano effettuate in via umana dai loro preposti²⁸.

Si tratterebbe di utilizzare i c.d. strumenti di riconoscimento automatico di contenuto (*automated content recognition technologies, ACR*), comunemente designati “*upload filter*” e adottati in via volontaria da alcune delle principali piattaforme fin dalla seconda metà degli anni Duemila²⁹. Verificano in via

²⁶ Cfr., tra i tanti: T. Riis e S.F. Schwemer, *Leaving the European Safe Harbor, Sailing Towards Algorithmic Content Regulation*, in *Journal of Internet Law*, 2019, 1 ss., che notano come «*As a commercial profit seeking entity, an internet service provider minimizes cost, and one way to do that is to avoid litigation and other disputes. Hence, an internet service provider is more likely to apply an algorithm that takes down too much rather than too little*».

²⁷ Sull'indispensabilità del ricorso agli strumenti automatici, tra i tanti: S. Dusollier, *op. cit.*; K. Grisse, *After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, 887 ss.; M. Lambrecht, *Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, 68 ss.; J.P. Quintais, *op. cit.*, 19.

²⁸ Come evidenziato nella nota n. 13, ai sensi della definizione di prestatore adottata dalla direttiva, i soggetti obbligati sono quelli che danno accesso a «grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore». Oltre che da questa circostanza, l'esigenza di ricorrere a strumenti automatizzati deriverebbe dal fatto che la direttiva prevede che i prestatori devono prendere misure conformi agli “elevati standard di diligenza professionale di settore” (art. 17, par. 4), tenendo conto delle “migliori pratiche del settore” e dello “stato dell'arte” (considerando 66). Poiché diversi prestatori già utilizzano strumenti di riconoscimento automatico, gli altri sembrano tenuti a fare altrettanto per conformarsi alle “migliori pratiche del settore” e allo “stato dell'arte”. Come notato dall'avv. gen. Henrik Saugmandsgaardøe nelle sue conclusioni sul caso in esame, il legislatore dell'UE non avrebbe previsto *direttamente* un obbligo per i prestatori di predisporre strumenti di riconoscimento automatico, ma li avrebbe imposti *indirettamente*, tramite le condizioni di esenzione da responsabilità delineate (cfr. par. 62 delle sue conclusioni).

²⁹ I sistemi di moderazione dei contenuti adottati in via di auto-regolamentazione da alcune piattaforme digitali sono oggetto di molteplici critiche: sarebbero privi di garanzie, costruiti in modo opaco, suscettibili di bloccare contenuti leciti e di dare luogo a un processo

automatizzata se un contenuto include un'opera o un altro materiale protetto e, se del caso, ne bloccano la diffusione³⁰. Il problema è che ad oggi non sono sufficientemente intelligenti da distinguere tutti gli usi illeciti da quelli leciti; per esempio, non sapendo valutare il contesto, non sono in grado di verificare se un caricamento è legittimo in ragione dell'applicazione di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore³¹. Rischiano, quindi, di comportare il blocco di contenuti legittimi³².

di 'privatizzazione della giustizia' nell'ambiente digitale (tra i tanti, T. Riis e S.F. Schwemer, *op. cit.*, e la bibliografia ivi riportata). È vero che le piattaforme coinvolte sono operatori privati, in quanto tali liberi di definire nell'ambito della loro libertà di impresa e della loro libertà contrattuale una propria politica circa i contenuti che desiderano vengano resi disponibili sui loro servizi. D'altra parte, l'accesso a questi ultimi risulta sempre più importante per l'esercizio di diritti fondamentali, tra cui appunto la libertà di espressione. Rimangono emblematici, a riguardo, gli effetti delle decisioni di Twitter e di Facebook di sospendere l'account di Donald Trump per il caricamento di *fake news* e contenuti di incitazione alla violenza: di fatto, hanno privato l'allora Presidente degli Stati Uniti degli strumenti principali fino a quel momento usati per comunicare. In sintesi, nell'epoca del digitale e della globalizzazione, non sarebbe più sufficiente prevenire le interferenze nella libertà di espressione predisposte da poteri pubblici; occorrerebbe occuparsi anche di quelle che emanano dai *gatekeepers* di internet, assicurando che vi siano le necessarie garanzie. A riguardo, si vedano le osservazioni di A. Pajno et al., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, 2019, 205 ss., 216, secondo i quali «Occorre inoltre porsi alla ricerca di norme che agiscano come argine rispetto all'esercizio di un potere che non promana più esclusivamente dalle autorità pubbliche, ma si ritrova sempre più concentrato nelle mani di operatori privati. Il rapporto tra Stato e cittadini si fonda, come noto, sul riconoscimento in capo a questi ultimi di un sistema di garanzie. Queste ultime intendono porre al riparo gli individui da possibili abusi e arbitri da parte dei temporanei detentori del potere pubblico. Questa dinamica impone oggi un ripensamento alla luce delle caratteristiche diffuse del potere "privato". Si tratta di un potere detenuto da chi utilizza, spesso alimentandosi di ingenti quantità di dati (big data), tecnologie algoritmiche e sistemi di intelligenza artificiale per realizzare attività che presentano implicazioni rilevanti per i diritti e le libertà delle persone».

³⁰ Le tecniche utilizzabili a tal fine sono diverse. La più complessa e raffinata è il c.d. *fingerprinting*, che genera una rappresentazione digitale unica di un determinato contenuto riducendolo ai suoi elementi caratteristici e paragona la rappresentazione così ottenuta con quelle dei *file* che si trovano su un *server*. Seguono gli strumenti basati sulle tecniche di *hashing* e *watermarking*, che a differenza del *fingerprinting* non sono in grado di rilevare anche i contenuti che non siano copie identiche dei *file* presi a riferimento. Per maggiori informazioni sulle diverse tecniche, cfr. il report *Automated Content Recognition: Discussion Paper-Phase I: Existing technologies and their impact on IP* di novembre 2020 realizzato dall'European Union Intellectual Property Office.

³¹ Queste eccezioni comportano una limitazione dei diritti di utilizzazione economica degli autori (non anche di quelli morali) per ragioni di pubblica informazione, di libera discussione delle idee, di diffusione della cultura e di studio, a seconda dei casi. Si tratta, in sostanza, di situazioni in cui interessi generali prevalgono su quelli personali e patrimoniali dell'autore.

³² Tra i tanti: G. Frosio, *Reforming the C-DSM reform: a user-based copyright theory for com-*

4. La sentenza della Corte

Facendo sostanzialmente proprie le conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaardøe, la Corte ha rigettato il ricorso della Polonia³³.

In via preliminare, ha osservato che la condivisione di informazioni su internet tramite piattaforme di condivisione di contenuti rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 10 della CEDU e dell'art. 11 della Carta, che «include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera». Tanto più che, come già riconosciuto in precedenti sentenze, internet riveste ormai un'importanza fondamentale per l'esercizio di questa libertà³⁴, costituendo uno dei principali strumenti con cui gli individui si esprimono e comunicano³⁵.

monplace creativity, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, 709 ss.; C. Geiger e B.J. Jütte, *Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, in *GRUR International*, 2021, 517 ss.; D. Matija, *Algorithms and Fundamental Rights: The Case of Automated Online Filters*, in *Journal of Liberty and International Affairs*, 2021, 36 ss.

³³ Per quanto concerne la ricevibilità del ricorso, la Corte ha dichiarato irricevibili le conclusioni dirette ad annullare solo la lett. b) e la lett. c), infine, dell'art. 17, par. 4, e ricevibili quelle presentate in subordine, dirette ad ottenere l'annullamento integrale dell'articolo. Ciò in conformità alla costante giurisprudenza della Corte secondo cui l'annullamento parziale di un atto dell'Ue è possibile solo se incide su elementi che sono separabili dal resto dell'atto senza alterarlo. Come notato, l'art. 17 introduce un nuovo regime di responsabilità «le cui diverse disposizioni costituiscono un insieme» e «mirano a stabilire l'equilibrio tra i diritti e gli interessi dei prestatori, quelli degli utenti dei loro servizi e quelli dei titolari dei diritti» (cfr. punto 20 della sentenza). L'annullamento delle sole lett. b) e c) del par. 4 modificherebbe, quindi, la sostanza dell'articolo, poiché «avrebbe come conseguenza quella di sostituire, a tale regime di responsabilità, un regime al contempo sensibilmente diverso e nettamente più favorevole a tali fornitori» (*ibidem*). Al contrario, l'annullamento integrale dell'art. 17 sarebbe possibile, dato che in sua mancanza gli altri articoli della direttiva non risulterebbero alterati.

³⁴ Cfr., in particolare, la già citata sentenza del 22 giugno 2021 (YouTube e Cyando), in cui la Corte aveva evidenziato come il regime di responsabilità applicabile ai prestatori prima dell'entrata in vigore della direttiva andasse interpretato tenendo debitamente conto della particolare importanza di *internet* per la libertà di espressione e d'informazione (punto 64, 65 e 113).

³⁵ Richiamando la giurisprudenza della CEDU (sentenza 1 dicembre 2015, *Cengiz* e altri c. Turchia e sentenza 23 giugno 2020, *Vladimir Kharitonov* c. Russia), la Corte afferma che «i siti *internet*, e in particolare le piattaforme di condivisione di contenuti *online*, grazie alla loro accessibilità e alla loro capacità di conservare e di diffondere grandi quantità di dati, contribuiscono a migliorare l'accesso del pubblico all'attualità e, in via generale, ad agevolare la comunicazione delle informazioni». In questo senso, la possibilità di esprimersi su internet costituirebbe uno strumento «senza precedenti» per l'esercizio della libertà di espressione (cfr.

Fatta questa premessa, la Corte ha riconosciuto che l'attuazione delle disposizioni contestate comporta forme di controllo e di filtraggio preventivi suscettibili di limitare l'esercizio delle libertà in esame, come ritenuto dalla ricorrente. Infatti, ai prestatori è *de facto* imposto di svolgere un controllo preventivo dei contenuti che gli utenti intendono caricare. Per non essere ritenuti responsabili dei caricamenti illeciti, non devono più limitarsi a far cessare le violazioni che siano state consumate e portate a loro conoscenza; devono anche, una volta ricevute informazioni e segnalazioni dai titolari dei diritti, compiere "i massimi sforzi" per evitare che le violazioni si producano o si ripetano. Significativamente, la Corte riconosce che i prestatori saranno tenuti, «a seconda del numero di file caricati e del tipo di materiale protetto di cui trattasi», a utilizzare strumenti automatici di riconoscimento e filtraggio per poter adempiere a questi obblighi. In effetti, «né le istituzioni convenute né gli intervenienti sono stati in grado, nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte, di designare possibili alternative a tali strumenti»³⁶. La Corte riconosce infine che l'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione è imputabile al legislatore dell'Unione (e quindi ad un'autorità pubblica), essendo conseguenza diretta di disposizioni da lui introdotte³⁷.

Accertata l'esistenza di una limitazione alla libertà di espressione, la Corte ha però rigettato il ricorso. La libertà di espressione non costituisce una prerogativa assoluta. *Ex art.* 52, par. 1, della Carta, limitazioni al suo esercizio sono ammissibili a condizione che rispettino tre requisiti cumulativi: primo, siano «previste dalla legge»; secondo, rispettino il «contenuto essenziale» di tale libertà; terzo, rispettino il principio di proporzionalità, ovvero «siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»³⁸. Secondo la Corte, da una lettura che non si limiti alle sole

punti 45 ss. della sentenza in esame). Si noti come il richiamo alla giurisprudenza della CEDU sia conforme alla tendenza della Corte a considerare la Convenzione di Roma un importante punto di riferimento per la propria attività di ricostruzione dei diritti fondamentali assicurati nell'ordinamento dell'Unione. Sul tema, E. Cannizzaro, *Le fonti dei diritti fondamentali*, in Id., *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2020, 171 ss.

³⁶ Cfr. punto 54 della sentenza. La Corte concorda così con quanto evidenziato anche dall'Avvocato generale (cfr. par. 4 delle sue conclusioni).

³⁷ Cfr. punto 56 della sentenza. In questo modo, la Corte ha respinto le osservazioni di Parlamento e Consiglio, secondo i quali nel caso in esame non vi sarebbe «ingerenza da parte delle autorità pubbliche» poiché la limitazione della libertà di espressione non sarebbe imputabile al legislatore ma in via diretta ai prestatori, che in quanto operatori privati possono scegliere quali informazioni desiderano vedere diffuse sui loro servizi.

³⁸ Per un'analisi della giurisprudenza sull'ammissibilità delle limitazioni a diritti e libertà riconosciuti dalla Carta, e quindi sull'applicazione concreta dei criteri previsti dall'art.

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

disposizioni contese ma consideri l'intero art. 17, si evince che nel caso di specie tutti questi requisiti sono rispettati.

Il primo in quanto la limitazione è prevista dalla legge, discendendo da una disposizione di un atto dell'Ue³⁹. Il secondo poiché è previsto che i prestatori non possono adempiere ai nuovi obblighi adottando misure che pregiudichino il contenuto essenziale della libertà di espressione⁴⁰.

Ciò risulterebbe da due previsioni dell'art. 17: il par. 7, comma 1, e il par. 9, comma 3. La prima, che a differenza delle disposizioni contese non si limita ad esigere che i prestatori compiano i «massimi sforzi», ma prescrive un risultato preciso da conseguire, stabilisce che la «cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e i titolari dei diritti non deve impedire la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione». La seconda previsione afferma invece che la direttiva «non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione»⁴¹.

Il terzo requisito, infine, è rispettato poiché l'obbligo dei prestatori di controllare i contenuti che gli utenti intendono caricare è conforme al prin-

52, cfr. R. Cisotta, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021. Sull'art. 52, cfr. anche R. Adam, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, 5, 881 ss.; P. Manzini, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, Giuffrè, 2002, 127 ss.

³⁹ Cfr. punto 72 e ss. della sentenza. Circa la nozione di riserva di legge nell'ambito dell'ordinamento europeo, cfr. P. Mori, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, 257 ss.

⁴⁰ Circa il criterio del rispetto del contenuto essenziale del diritto o della libertà oggetto di limitazione, cfr. M. Brkan, *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 332 ss.

⁴¹ Cfr. punti 76 ss. della sentenza. Si noti che l'Avvocato generale era giunto alla medesima conclusione sulla base di considerazioni diverse. Secondo la sua ricostruzione, il nuovo regime di responsabilità non violerebbe il contenuto essenziale della libertà di espressione perché non comporta un obbligo generale di sorveglianza in capo ai prestatori (cfr. par. 113 e 114 delle sue conclusioni). È vero che in adempimento delle disposizioni contestate i prestatori dovranno necessariamente filtrare tutte le informazioni disponibili sui loro servizi. Tuttavia, ciò sarebbe necessario per ricercare contenuti determinati, ovvero quelli segnalati in precedenza dai i titolari dei diritti. Si tratterebbe, quindi, di una sorveglianza specifica, e non generale.

cipio di proporzionalità⁴². Infatti, la limitazione dell'esercizio del diritto alla libertà di espressione risponde all'esigenza di tutelare la proprietà intellettuale, garantita all'art. 17, par. 2, della Carta, e risulta necessaria⁴³. Inoltre, i paragrafi 7, 8 e 9 dell'art. 17 contengono un sistema di garanzie contro misure di blocco abusive o arbitrarie⁴⁴ – tanto più importanti allorché l'ingerenza deriva da un trattamento automatizzato, come evidenziato dalla giurisprudenza precedente della Corte⁴⁵. Prevedendo queste garanzie, il legislatore ha

⁴² Com'è noto, il principio di proporzionalità ha origine nel diritto tedesco e si è poi diffuso per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue all'interno di altri ordinamenti nazionali, venendo progressivamente applicato anche a fattispecie senza una diretta rilevanza comunitaria. Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, tra i molti: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998. Più di recente: S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; A. Averardi e S. del Gatto, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, La dinamica del diritto amministrativo*, a cura di L. Torchia, Bologna, Mulino, 2017, 76 ss. Per un'analisi della diffusione del principio di proporzionalità nelle diverse branche del diritto, M. D'Alberti, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014. Per l'influenza che i principi generali di provenienza comunitaria hanno avuto sulla formazione e lo sviluppo del diritto amministrativo italiano, cfr. A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, pt. g., I, Milano, Giuffrè, 2007, 285 ss., spec. 287, nota come «[...] attraverso l'interagire dei cardini essenziali del sistema comunitario nella sua componente più tipicamente normativa del suo essere ordinamento sovranazionale, e cioè il primato del diritto comunitario, la diretta applicabilità e, seppure in modo distinto, l'efficacia diretta di tale diritto negli ordinamenti nazionali, inevitabilmente i "principi generali" del diritto comunitario, autonomamente elaborati dalla Corte di giustizia pur se con riferimento ai principi e alle tradizioni giuridiche comuni agli ordinamenti degli Stati membri, sono penetrati tra le fonti dei diritti nazionali, affievolendo la specificità tradizionale dei diritti amministrativi di quegli Stati». Circa la natura, l'ambito e le implicazioni del rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario da parte della legge italiana sul procedimento amministrativo, cfr. invece G. della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011, 95 ss.

⁴³ Il meccanismo alternativo proposto dalla Polonia risulterebbe certamente meno restrittivo per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione; non sarebbe però altrettanto efficace in termini di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (cfr. punto 83 della sentenza). Si tratterebbe, infatti, di imporre ai prestatori solo gli obblighi di cui all'art. 17, par. 4, lett. a) e parte iniziale della lett. c), ovvero: compiere i «massimi sforzi» per ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti, e agire tempestivamente, non appena ricevuta una segnalazione sufficientemente motivata, per bloccare l'accesso o rimuovere opere o altri materiali protetti.

⁴⁴ Il par. 5 contiene invece garanzie a favore della libertà di impresa, non oggetto del giudizio presso la Corte. Indica che le misure adottate da ciascun prestatore devono essere valutate, alla luce del principio di proporzionalità, tenendo conto di elementi come la «dimensione del servizio» o il «costo» degli strumenti disponibili.

⁴⁵ Cfr., sul diverso tema delle limitazioni alla tutela dei dati personali, la sentenza del 16

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

delineato un giusto bilanciamento tra l'esigenza di proteggere la libertà di espressione, da un lato, e la proprietà intellettuale, dall'altro.

Più precisamente, la Corte individua sei garanzie all'interno dell'art. 17.

In primo luogo, il legislatore ha posto «un limite chiaro e preciso» alle misure che possono essere adottate o richieste nell'attuazione degli obblighi previsti dalle disposizioni contese: sono escluse quelle che filtrano e bloccano i contenuti leciti⁴⁶.

In secondo luogo, gli utenti dei servizi dei prestatori devono essere autorizzati dal diritto nazionale a caricare contenuti da loro generati per finalità di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o *pastiche*⁴⁷ e i prestatori devono informarli, nei loro termini e condizioni d'uso, della possibilità di utilizzare i contenuti protetti conformemente alle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi⁴⁸. Come evidenziato dall'Avvocato generale, in questo modo il legislatore dell'Ue ha «espressamente riconosciuto diritti soggettivi in materia di diritto d'autore agli utenti dei servizi di condivisione. Tali utenti hanno adesso il *diritto*, opponibile ai prestatori di tali servizi e ai titolari dei diritti, di utilizzare in maniera legittima, su detti servizi, materiali protetti, incluso il *diritto* di avvalersi delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi»⁴⁹.

In terzo luogo, la responsabilità dei prestatori di garantire che non siano disponibili determinati contenuti può sussistere solo se i titolari dei diritti forniscono loro informazioni e segnalazioni. Poiché la loro trasmissione costituisce la condizione preliminare all'accertamento della responsabilità dei prestatori, in loro mancanza questi non saranno indotti a rendere indisponibili i contenuti⁵⁰.

In quarto luogo, l'applicazione delle disposizioni contestate non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza⁵¹. Come evidenziato dall'Av-

luglio 2020 (*Facebook Ireland et Schrems*, punto 176) e il parere 1/5 della Corte del 26 luglio 2017 (punto 141).

⁴⁶ Cfr. art. 17, par. 7, c. 1, e par. 9, c. 3, e il punto 85 della sentenza.

⁴⁷ Cfr. art. 17, par. 7, secondo periodo, e punto 87 della sentenza.

⁴⁸ Cfr. art. 17, par. 9, c. 4, e punto 88 della sentenza. Come evidenziato dal considerando 70 della direttiva, il legislatore dell'Unione ha infatti considerato opportuno rendere obbligatorie tali eccezioni, previste come facoltative dall'art. 5, dir. InfoSoc, in ragione della loro particolare importanza per la libertà di espressione e delle arti. Le altre eccezioni elencate nell'art. 5 continuano invece ad essere facoltative: gli Stati sono liberi di recepirle o meno, e gli utenti potranno avvalersene nella misura in cui figurino nel loro diritto nazionale.

⁴⁹ Cfr. par. 161 delle sue conclusioni.

⁵⁰ Cfr. art. 17, par. 4, lett. b) e lett. c), e punto 89 della sentenza.

⁵¹ Cfr. art. 17, par. 8, che ribadisce quanto già stabilito dall'art. 15, par. 1, dir. *e-commerce*, ovvero il divieto di un obbligo generale di sorveglianza, e i punti 90 ss. della sentenza.

vocato, questa previsione garantisce che *internet* resti uno spazio libero e aperto, impedendo che l'informazione *online* sia soggetta ad una sorveglianza preventiva generalizzata, delegata agli intermediari⁵². Implica che i prestatori non possono essere tenuti a prevenire il caricamento di contenuti la constatazione della cui illiceità richiederebbe una loro valutazione autonoma alla luce delle informazioni fornite dai titolari di diritti, nonché di eventuali eccezioni e limitazioni al diritto d'autore⁵³. Ne deriva che le informazioni e le segnalazioni devono contenere elementi sufficienti per consentire al prestatore di accertare senza un esame approfondito l'illiceità o meno del contenuto⁵⁴.

In quinto luogo, sono previste varie garanzie procedurali a tutela degli utenti i cui caricamenti siano stati disabilitati⁵⁵. Innanzitutto, i prestatori devono istituire meccanismi di reclamo tramite cui questi possano impugnare

⁵² Cfr. par. 105 delle sue conclusioni.

⁵³ Cfr. punto 90 della sentenza.

⁵⁴ Come evidenziato dall'Avvocato (par. 110 ss. delle sue conclusioni), la giurisprudenza della Corte sull'interpretazione del divieto di un obbligo generale di sorveglianza previsto dall'art. 15, dir. *e-commerce* ha conosciuto un'evoluzione recente quanto al criterio che distingue il «generale» dallo «specifico». Inizialmente, la Corte faceva riferimento alla quantità di informazioni da ispezionare. Nella sentenza 12 luglio 2011 (c.d. *l'Oréal*), aveva dichiarato che il gestore di un mercato online non poteva essere obbligato a procedere ad «una vigilanza attiva di tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione dei diritti di proprietà intellettuale» (punto 139 della sentenza). Nella sentenza 24 novembre 2011 (c.d. *Scarlet Extended*), aveva ritenuto che un fornitore di accesso ad internet non potesse essere tenuto a predisporre un sistema di filtraggio applicabile a «tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi», e dunque «indistintamente a tutta la sua clientela», al fine di «identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore» (punto 29 e punti da 38 a 40). Nella sentenza 16 febbraio 2012 (c.d. *SABAM*), la Corte aveva adottato lo stesso ragionamento in relazione all'obbligo del gestore di una piattaforma di social network di predisporre un sistema di filtraggio simile (punti da 35 a 38). Infine, nella sentenza 15 settembre 2016 (c.d. *Mc Fadden*), aveva ritenuto che non potesse essere applicato al gestore di una rete locale senza fili l'obbligo di sorvegliare l'«insieme delle informazioni trasmesse» tramite tale rete, anche se si trattava di bloccare le copie di un'unica opera musicale identificata dal titolare dei diritti (punti 25 e 88). Attualmente la Corte sembra concentrarsi invece sulla precisione di ciò che viene ricercato. Nella sentenza 3 ottobre 2019 (c.d. *Glawischmigg-Piesczek*) ha ritenuto infatti che l'obbligo di un gestore di un social network di sorvegliare la totalità delle informazioni caricate sulla sua rete dovesse essere considerato «specifico» poiché si trattava di ricercare e bloccare informazioni precise, in mancanza di una «valutazione autonoma» sulla loro liceità (l'informazione diffamatoria la cui illiceità era stata preventivamente accertata da un giudice e quelle ad essa identiche o dal contenuto equivalente).

⁵⁵ Cfr. art. 17, par. 9, c. 1 e 2, e punti 93 ss. della sentenza.

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

le misure di rimozione o disabilitazione. Ferma restando la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, gli utenti devono poi poter contestare la decisione finale dei prestatori anche tramite un meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Integra, infine, il sistema di garanzie la previsione per cui la Commissione adotta linee guida sull'applicazione dell'art. 17 a seguito di dialoghi tra le parti interessate sulle migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori e i titolari dei diritti, che tengano in particolare conto «della necessità di pervenire a un equilibrio tra i diritti fondamentali e il ricorso a eccezioni e limitazioni». Tra le parti interessate sono comprese le organizzazioni degli utenti, che a tal fine ricevono dai prestatori informazioni «adeguate» sul funzionamento delle loro prassi⁵⁶.

Stabilito che la limitazione alla libertà di espressione disposta dall'art. 17 è legittima, la Corte conclude affermando che gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione dell'articolo, a fondarsi su un'interpretazione «atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta [...]»⁵⁷.

5. Tra dubbi interpretativi sciolti e questioni ancora aperte

Nel fare salvo l'art. 17, la sentenza della Corte ha sciolto alcuni dubbi interpretativi sulle diverse disposizioni che lo compongono. Tuttavia, ad oggi non è chiaro come i prestatori potranno concretamente conformarsi a tutti gli obblighi che vi sono previsti, così come interpretati dalla Corte.

La sentenza ha fatto chiarezza su due aspetti dibattuti dell'art. 17, superando la divergenza di opinioni a riguardo. Innanzitutto, ha affermato che la previsione per cui i prestatori non devono impedire il caricamento di contenuti legittimi va intesa come un obbligo di risultato, ed è quindi più vincolante dell'obbligo per cui devono prevenire i caricamenti illegittimi. Quest'ultimo è qualificato, infatti, in termini di «massimi sforzi», e quindi come obbligo di mezzi. La Corte sembra così aver fatto propria l'interpretazione proposta dall'Avvocato generale, che sul tema aveva evidenziato come «il legislatore ha ritenuto che i «falsi positivi», consistenti nel bloccare

⁵⁶ Cfr. art. 17, par. 10, e punto 96 ss. della sentenza. Si noti che le linee guida sono state adottate il 4 giugno 2021 (cfr. Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale).

⁵⁷ Cfr. punto 99 della sentenza.

contenuti legali, siano più gravi dei «falsi negativi», che si risolvono nel far passare taluni contenuti illeciti»⁵⁸.

In secondo luogo, la Corte ha chiarito che le garanzie procedurali a tutela degli utenti «si aggiungono» a quelle volte a prevenire la realizzazione di blocchi illegittimi. I meccanismi di reclamo e ricorso trovano infatti applicazione quando, nonostante le garanzie previste dai par. 7 e 8 dell'art. 17, i prestatori disabilitino comunque contenuti leciti⁵⁹. Ciò vuol dire che l'obbligo di proteggere i diritti degli utenti dopo che i loro contenuti sono stati bloccati non sostituisce quello di tutelarli nel momento in cui caricano contenuti leciti⁶⁰. Si tratta di obblighi cumulativi, e il diritto degli utenti di fare usi legittimi di materiali protetti dovrebbe essere preso in considerazione *ex ante* dai prestatori, nel processo stesso di filtraggio.

Se ne evince che i prestatori non possono bloccare tutti i contenuti che riproducono in tutto o in parte le opere protette identificate dai titolari dei diritti, indipendentemente dal fatto che violino o meno i loro diritti, con l'onere per chi ritenga di farne un uso legittimo di presentare reclamo⁶¹. Si tratta di una conclusione da accogliere con favore, considerato che gli utenti presentano raramente reclami e ricorsi. Per esempio, il più recente report sulla trasparenza di YouTube mostra che delle oltre settecento milioni rimozioni di contenuti effettuate da Content ID nella prima metà del 2021, solo l'0.5% è stato contestato dagli autori dei caricamenti⁶².

Sciolti questi due dubbi, la Corte ne ha lasciati aperti altri. La sentenza riconosce che in alcuni casi i prestatori avranno bisogno di adottare strumenti di riconoscimento automatico per conformarsi alle disposizioni im-

⁵⁸ Cfr. par. 207 delle sue conclusioni.

⁵⁹ Cfr. punto 93 della sentenza.

⁶⁰ In questo modo la Corte concorda con la ricostruzione proposta sia dall'Avvocato (cfr. par. 167 ss. delle sue conclusioni) che dalla Commissione (cfr. pagina 23 delle sue linee guida).

⁶¹ La Corte ha così accolto le conclusioni di Parlamento e Consiglio, e respinto quelle dei paesi intervenuti. I difensori dell'art. 17 avevano fatto valere infatti due interpretazioni diverse. Secondo i rappresentanti delle istituzioni dell'Ue, le disposizioni contestate non sarebbero lesive del diritto alla libertà di espressione in ragione della presenza di sufficienti garanzie in altre parti dell'art. 17, e in particolare al par. 7, che contiene l'obbligo di non impedire la disponibilità di caricamenti leciti. Secondo la Francia e la Spagna, invece, l'unico meccanismo che assicura che le misure di filtraggio e di blocco non compromettano i caricamenti legittimi sarebbe quello di reclamo e ricorso; in ogni caso, l'art. 17 non violerebbe la Carta perché eventuali limitazioni indebite alla libertà di espressione sarebbero di natura temporanea, oltre che giustificate dall'obiettivo di tutelare le prerogative di autori, artisti e altri aventi diritto.

⁶² Cfr. il report, disponibile [qui](#).

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

pugnature. Questa conclusione era piuttosto prevedibile; oltre che la Polonia e l'Avvocato Generale, era stata la comunità degli esperti a sostenere che i prestatori dovranno necessariamente comparare in via automatizzata quanto i loro utenti intendono mettere in rete con un *database* di materiale protetto per prevenire caricamenti illeciti. Ciò benché l'art. 17 non imponga loro l'adozione di misure specifiche in questo senso⁶³.

Parallelamente a riconoscere che l'art. 17 renderà necessaria l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico, la Corte ha ribadito con autorità che «un sistema di filtraggio che rischi di non distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito e un contenuto lecito, sicché il suo impiego potrebbe avere come risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito, sarebbe incompatibile con il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, garantito all'articolo 11 della Carta, e non rispetterebbe il giusto equilibrio tra quest'ultimo e il diritto di proprietà intellettuale»⁶⁴.

In sintesi, la Corte afferma che sistemi di riconoscimento automatico sono necessari perché i prestatori possano adempiere ai nuovi obblighi, che di per sé sono compatibili con la libertà di espressione e che cessano di esserlo nella misura in cui non siano in grado di distinguere in modo adeguato quando un caricamento infrange o meno il diritto d'autore.

Il problema è che anni di esperienza con l'utilizzo volontario di filtri di caricamento come Content ID di YouTube o Rights Manager di Facebook hanno mostrato che gli strumenti automatici ad oggi non sono in grado di riconoscere alcuni usi legittimi, e sono quindi suscettibili di dar luogo a blocchi eccessivi⁶⁵ – come, tra l'altro, era stato evidenziato dalla stessa Corte

⁶³ Laddove, invece, la proposta iniziale della Commissione (l'allora art. 13) richiedeva espressamente ai prestatori di prevenire caricamenti illeciti tramite l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico. L'assenza di un riferimento esplicito a questi strumenti nella versione finale dell'art. 17 deriva dalle forti opposizioni a tutela della libertà di espressione che ne erano scaturite. Cfr., tra i tanti: R. Hilty e V. Moscon, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2017; M. Senftleben, *Content Censorship and Council Carelessness – Why the Parliament Must Safeguard the Open, Participative Web 2.0*, in *Tijdschrift voor auteurs, media- & informatierecht*, 2018, 139 ss.; C. Angelopoulos et al., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, 2018, 149 ss. Si vedano anche la petizione *Stop the censorship-machinery! Save the Internet!* e le due lettere aperte inviate nel 2018 ai decisori europei *The Copyright Directive is failing* e *Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet*.

⁶⁴ Cfr. par. 86 della sentenza, in cui la Corte richiama le già citate sentenze *Scarlet Extended* (punti 52 e 53) e *SABAM* (punti 50 e 51) e la giurisprudenza ivi citata.

⁶⁵ Cfr. nota 31.

in precedenti giudizi⁶⁶. Ferma restando la legittima speranza che un giorno le macchine sappiano fare di più e meglio, ad oggi rilevano *corrispondenze*, ossia se il contenuto di un determinato file riproduce, in tutto o in parte, quello di un file di riferimento, e non *violazioni* al diritto d'autore. Non essendo in grado di valutare il contesto di utilizzo dei contenuti, non possono verificare se nel caso di specie si è in presenza di un uso legittimo, per esempio per ragioni di parodia o citazione. D'altronde, individuare l'applicazione di un'eccezione al diritto d'autore richiede spesso analisi complesse anche per esperti della materia, dato che la linea che separa un utilizzo legittimo dalla contraffazione può rivelarsi discutibile.

Ne deriva che ad oggi non è chiaro come i prestatori potranno dare concreta attuazione a tutti gli obblighi che derivano dall'art. 17 in conformità all'interpretazione fornita dalla Corte. In molti casi dovranno adempiere all'obbligo di mezzi di prevenire i caricamenti illegittimi ricorrendo a strumenti di riconoscimento automatico. Nel farlo, dovranno però conformarsi all'obbligo di risultato di non prevenire caricamenti legittimi, e ciò benché gli strumenti automatici rischino di bloccarli.

A riguardo, da evidenziare che la Corte non ha proseguito il processo intrapreso dalla Commissione e dall'avv. Saugmandsgaardøe, che avevano cercato di delineare soluzioni concrete per evitare che il ricorso agli strumenti automatici compromettesse i diritti degli utenti. Per esempio, la Corte non si è espressa sulle diverse posizioni assunte dall'Avvocato e dalla Commissione circa la delimitazione dei casi in cui sarebbe ammissibile procedere in modo automatizzato.

Secondo le linee guida della Commissione, i blocchi automatizzati dovrebbero di principio essere limitati a due categorie di contenuti: i caricamenti «manifestamente lesivi» del diritto d'autore o dei diritti connessi, ovvero che risultino identici o equivalenti ai contenuti protetti; i caricamenti che potrebbero causare un «danno economico significativo» ai titolari dei

⁶⁶ Cfr. la sentenza *Scarlet Extended*, in cui la Corte ha affermato che un fornitore di accesso ad internet non potesse essere costretto a predisporre un sistema di filtraggio applicabile a tutte le comunicazioni disponibili sui suoi servizi al fine di identificare e bloccare violazioni al diritto d'autore; tra le altre cose, perché ciò «rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei relativi autori» (punto 52 della sentenza). Nella sentenza *SABAM*, la Corte ha adottato un ragionamento simile (punto 50 della sentenza).

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

diritti (i contenuti da loro «*earmarked*»)⁶⁷. Tutti gli altri contenuti dovrebbero in linea di principio essere ammessi *online*, e potrebbero essere oggetto di una verifica umana *ex post* qualora i titolari dei diritti si opponano inviando una segnalazione. Diversa la posizione di Saugmandsgaardøe, secondo cui andrebbero bloccati in modo automatizzato solo i contenuti rientranti nella prima categoria, laddove la seconda andrebbe rigettata. Non sarebbe ammissibile che i prestatori blocchino *ex ante* contenuti che non siano manifestamente lesivi in ragione della mera allegazione di un rischio di danno importante da parte dei titolari dei diritti⁶⁸.

Oltre che sulla portata delle misure di filtraggio, la Corte non ha fornito indicazioni sulle loro possibili modalità di applicazione concreta. Nel ragionare su come assicurare il blocco dei soli contenuti “manifestamente lesivi”, l’avvocato aveva evidenziato come, nella pratica, servirà «integrare, negli strumenti di riconoscimento di contenuto, parametri che consentono di aiutare a distinguere il manifesto dall’equivoco. [...] Si tratterà, ad esempio, di tenere conto dei tassi di corrispondenza rilevati da tali strumenti, nonché di fissare soglie al di sopra delle quali il blocco automatico di un contenuto è giustificato, e al di sotto delle quali è ragionevolmente ipotizzabile l’applicazione di un’eccezione, come la citazione. Una siffatta soluzione potrebbe essere abbinata ad un meccanismo che consenta agli utenti di indicare (*flagging*), al momento o immediatamente dopo la messa in rete, se, a loro avviso, essi beneficiano di un’eccezione o di una limitazione, il che implicherebbe, per il prestatore interessato, di procedere ad una revisione manuale del contenuto in questione al fine di verificare se l’applicazione di tale eccezione o limitazione sia manifestamente esclusa o, al contrario, ragionevolmente ipotizzabile»⁶⁹.

⁶⁷ Si tratterebbe, più precisamente, delle opere e degli altri materiali identificati dai titolari dei diritti come contenuti la cui disponibilità potrebbe causare loro un danno economico significativo. Andrebbero limitati «ai casi di elevato rischio di danni economici significativi, che dovrebbero essere adeguatamente giustificati dai titolari dei diritti»; potrebbe trattarsi, per esempio, dei contenuti «particolarmente sensibili al fattore tempo», quali anteprime di musica o film o momenti salienti di trasmissioni recenti di eventi sportivi (cfr. Linee guida della Commissione, 26).

⁶⁸ Cfr. punto 223 delle conclusioni dell’avvocato. Si potrebbe ritenere che la Corte abbia implicitamente sposato la posizione di Saugmandsgaardøe: il meccanismo di “*earmarking*” non sembra infatti compatibile con l’affermazione della Corte secondo cui sono inammissibili misure che filtrano e bloccano i contenuti leciti durante il caricamento, nonché con quella secondo cui ai prestatori non può essere richiesto di effettuare una valutazione autonoma sulla legalità dei contenuti.

⁶⁹ Cfr. par. 211 delle sue conclusioni.

6. Considerazioni

La sentenza analizzata intercetta molteplici temi di interesse e, come si vedrà nel proseguo di questo paragrafo, induce a considerazioni tanto di ordine tecnico che valoriale. Attiene, innanzitutto, alla questione del temperamento tra esigenze di tutela di diversi diritti fondamentali, che in molti casi concreti spingono in direzioni opposte. Con il percorso argomentativo descritto, la Corte si è pronunciata infatti sulla sussistenza delle condizioni che rendono possibile disporre limitazioni all'esercizio di un diritto (la libertà di espressione) al fine di tutelarne un altro (la proprietà intellettuale), così da assicurare un giusto bilanciamento.

La sentenza si inserisce poi nel solco del dibattito, oggi molto attuale, sulla regolazione dell'ambiente digitale; è infatti il tassello di un più ampio mosaico di politica del diritto europeo volto a imporre maggiori responsabilità alle piattaforme *online* per i contenuti illegali caricati tramite i loro servizi. L'obiettivo del legislatore è affrontare il problema della moderazione del materiale illecito presente nell'ambiente digitale, apprestando tutela ai diritti e agli interessi più compromessi dalla 'libertà' della rete. Sotto questo punto di vista, l'analisi della sentenza porta a riflettere sulla sfida, i rischi e i benefici di regolare internet, nonché sugli effetti che ne derivano nei rapporti tra pubblici poteri, grandi operatori economici digitali e consumatori.

Proprio perché relativa al tema della responsabilità delle piattaforme *online*, la pronuncia affronta molteplici questioni di carattere tecnico. Tra questi, l'interpretazione del divieto di un obbligo generale di sorveglianza delegato agli intermediari *online* e il ricorso a strumenti di riconoscimento automatico di contenuti illegittimi – temi su cui la Corte è tornata ad esprimersi nel solco delle sentenze *Scarlet Extended*, *SABAM*, e *Glawischnig-Piesczek*.

Proprio gli strumenti di riconoscimento automatico risultano centrali ai fini della vicenda, che si ricollega così al più generale dibattito sugli algoritmi, oggi al centro della scena in quanto «*increasingly used to make decisions for us, about us, or with us*»⁷⁰. La Corte aveva già messo in luce gli inconve-

⁷⁰ Cit. Centre for internet & human right, *The Ethics of Algorithms: from radical content to self-driving cars*, 2015. In ragione del crescente utilizzo dell'intelligenza artificiale, il tema delle decisioni adottate sulla base di percorsi automatizzati e dei loro "meriti" e "demeriti" è infatti oggi ampiamente dibattuto. Procedure automatizzate e forme di "giustizia algoritmica" non sono adoperate solo da operatori privati (tanto per libera scelta che in adempimento di obblighi di legge, come nel caso di specie); vi fa sempre più ricorso anche il settore pubblico, alla ricerca di vantaggi in termini di quantità e velocità di elaborazione dei dati, in un'ottica di economicità, efficienza, e semplificazione. Per il ricorso all'intelligenza artificiale nell'e-

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

nienti che gli strumenti di riconoscimento automatico adoperati a tutela del diritto d'autore sono suscettibili di produrre, affermando che una loro applicazione generalizzata avrebbe violato la libertà di espressione *online* in quanto suscettibile di bloccare anche ciò che è lecito⁷¹. Nel caso in esame, il ragionamento della Corte appare ancorato al dato normativo: l'art. 17, la cui attuazione renderà necessaria l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico, è legittimo perché contiene molteplici garanzie, tra cui la previsione per cui devono essere fatti salvi caricamenti che non violano il diritto d'autore. Non è considerato il dato fattuale: l'evoluzione tecnologica del mercato, ad oggi, non ha garantito strumenti capaci di bloccare solo ciò che è illecito.

Ne consegue che non è chiaro come i complessi equilibri delineati dall'art. 17 potranno essere effettivamente rispettati. Tanto più che la Corte non ha proseguito il processo intrapreso dalla Commissione e dall'avv. Saugmandsgaardøe, che avevano cercato di fornire indicazioni concrete per evitare che il ricorso a procedure automatizzate finisse per compromettere i diritti degli utenti. Che fare, dunque? A chi spetta trovare le soluzioni? Chi, verosimilmente, sarà in grado di farlo?

È responsabilità dei singoli Stati ideare le modalità idonee a fare salvi i

esercizio dei poteri e nell'offerta dei servizi della pubblica amministrazione, cfr.: G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, e *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di V. Bontempi, L'unità del diritto, Roma Tre press, 2022. Si vedano anche, tra i molti: E. Chiti, B. Marchetti e N. Rangone, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLaw Journal*, 2022, 489 ss.; F. De Leonardis, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2020, 367 ss.; D.U. Galetta e J.G. Corvalán *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in federalismi. it*, 2019, 3; L. Musselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media-Laws*, 2020, 18 ss.; I.A. Nicotra e V. Varone, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, 4; N. Rangone, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal*, 2022, 473 ss. Circa il crescente utilizzo dei sistemi 'intelligenti' nel settore della giustizia, cfr. invece A. Garapon e J. Lassègue, *Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique*, Presses universitaires de France, 2018, nonché, tra i molti: S. ARDUINI, *La "scatola nera" della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico*, in *BioLaw Journal*, 2021, 453 ss.; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *AIC*, 2020, 1, 416 ss.; F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *AIC*, 2020, 1, 416 ss.; A. Pajno, *L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *BioLaw Journal*, 2022, 205 ss. Per una più generale analisi delle principali questioni etiche, sociali e giuridiche aperte dall'impiego delle tecnologie di intelligenza artificiale e per un'elaborazione dei principi che dovrebbero orientarne l'utilizzo A. Pajno et al., *op cit.*

⁷¹ Cfr. nota n. 66.

diritti degli utenti, nonostante i prestatori debbano ricorrere a strumenti automatici? A seguito della pubblicazione della sentenza, diversi commentatori hanno sostenuto che gli Stati avrebbero dovuto rivedere le loro trasposizioni, per esempio per introdurre forme di tutela dei caricamenti legittimi *ex ante*. Dalla pronuncia, in cui la Corte ha qualificato i meccanismi di reclamo e ricorso come garanzie *aggiuntive*, risulta che servono meccanismi volti a *prevenire* la realizzazione di blocchi eccessivi. Secondo alcuni, la quasi totalità dei recepimenti sarebbe illegittima proprio perché non delinea garanzie di questo tipo⁷². Si salverebbero solo l'Olanda, che ha previsto la possibilità di introdurre meccanismi di questo tipo tramite una regolazione secondaria, l'Austria e la Germania⁷³.

Questi due paesi hanno infatti introdotto forme di tutela ulteriori a quelle dell'art. 17, non solo di natura *ex-ante* ma anche *ex post*. Risultano particolarmente pronunciate nel caso tedesco. La salvaguardia essenziale *ex ante* consiste nella previsione degli «usi presumibilmente autorizzati dalla legge», che limita significativamente la possibilità delle piattaforme di implementare filtri di caricamento completamente automatizzati⁷⁴. Quanto alle tutele *ex post*, la Ger-

⁷² «Member State have not done their homework», ha scritto Felix Reda (F. REDA, *CJEU says upload filters must respect user rights – but what if they don't? By Felix Reda*, in *Digital Freedom Fund*, 2022). Cfr. anche C. Geiger e N. Mangal, *After the Decision of the CJEU on the Validity of Article 17 CDSMD, What's Next? The Regulatory Task Ahead and a Proposal for an Independent EU Copyright Institution – Part I*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022; M. Senftleben, *The Meaning of “Additional” in the Poland ruling of the Court of Justice: Double Safeguards – Ex Ante Flagging and Ex Post Complaint Systems – are Indispensable*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022.

⁷³ Cfr., a riguardo: P. KELLER, *Article 17, the year in review (2021 edition)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022; F. REDA, *CJEU upholds Article 17, but not in the form (most) Member States imagined*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022. Cfr. anche G. Frosio, *op. cit.*, secondo cui quella tedesca costituirebbe «la sola implementazione nazionale che tenta di operare un bilanciamento tra gli obblighi apparentemente inconciliabili dell'art. 17(4) e 17(7)».

⁷⁴ Questi ultimi, disciplinati dalle sezioni 9–11 del Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG), non possono essere bloccati attraverso meccanismi automatizzati, né al momento del caricamento né in seguito. Se gli strumenti automatici riconoscono una corrispondenza tra un caricamento che costituisce un “uso presumibilmente autorizzato dalla legge” e un contenuto protetto, il titolare dei diritti ne è informato. Spetta a quest'ultimo provare che la presunzione di liceità è errata, attivandosi proponendo un reclamo, durante il quale il contenuto conteso resta *online*. Perché si sia in presenza di “usi presumibilmente autorizzati dalla legge” devono ricorrere diverse condizioni cumulative: il contenuto deve utilizzare meno del 50% del lavoro originale protetto; deve combinare l'utilizzo di parti del lavoro protetto con l'utilizzo di ulteriori contenuti; deve, infine, fare un uso residuale delle opere di terzi (fino a 14 secondi per contenuti audio e video, fino a 160 caratteri per contenuti testuali e fino a 125 kilobytes per opere fotografiche e grafiche). In mancanza di quest'ultimo requisito, è necessario che l'utente indichi che si tratta di libera utilizzazione permessa da

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

mania ha introdotto un diritto delle associazioni rappresentative degli utenti di chiedere provvedimenti ingiuntivi contro i prestatori che abbiano bloccato ripetutamente caricamenti legittimi⁷⁵, e previsto l'obbligo di questi ultimi di dare accesso per fini di ricerca scientifica ai dati sul funzionamento delle loro procedure di rilevamento e blocco dei contenuti.

L'affermazione per cui la quasi totalità degli Stati dovrebbe rivedere le proprie trasposizioni per ideare le modalità concrete di salvaguardia degli utenti non appare condivisibile. È vero che alcuni passi della sentenza potrebbero lasciar propendere per questa soluzione⁷⁶; è altrettanto vero che non si è in presenza di un regolamento ma di una direttiva, e quindi di un atto che stabilisce un obiettivo che tutti i paesi devono raggiungere, lasciando loro la scelta delle forme e dei metodi. Rimettere la questione agli Stati membri non sarebbe però privo di rischi.

Significherebbe compromettere il funzionamento di un mercato digitale unico, in primo luogo. Il rischio di trasposizioni che incorporino requisiti e condizioni ulteriori a quelli previsti dalla direttiva è che titolari del diritto d'autore e utenti dei servizi beneficino di protezioni difformi a seconda dello Stato in cui si trovano, nonché che i soggetti obbligati – che operano a livello sovranazionale – siano soggetti a ventisette regimi nazionali di responsabilità in potenza divergenti. Un risultato, questo, suscettibile di rendere l'Europa anti competitiva e respingente, tanto all'attrazione di investimenti stranieri che allo sviluppo di “campioni europei”, potenziali concorrenti delle *Big Tech* provenienti dagli Stati Uniti e dalla Cina.

Sembra pertanto condivisibile la scelta degli Stati che hanno recepito in modo sostanzialmente letterale l'art. 17, senza introdurvi aggiunte significative e senza chiarire le numerose nozioni indefinite che vi sono adoperate⁷⁷. Si pensi al riferimento a concetti come «massimi sforzi», «informazioni

un'eccezione o limitazione. Per un'analisi più dettagliata delle misure di tutela *ex ante* previste dalla trasposizione dell'art. 17 tedesca, cfr. F. Reda e J. Selinger, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 1*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022; P. Keller, *op. cit.*; G. Frosio, *op. cit.*

⁷⁵ Cfr. sez. 18 (6) UrhDaG.

⁷⁶ Cfr. il passo della sentenza in cui la Corte afferma che il suo esame verte sul regime specifico di responsabilità introdotto all'art. 17, par. 4, della direttiva, circostanza che «non pregiudica un qualsiasi esame che possa riguardare, in una fase successiva, l'esame delle disposizioni adottate dagli Stati membri ai fini del recepimento di tale direttiva o delle misure stabilite da tali fornitori per conformarsi a detto regime» (punto 71). Si pensi, ancora, al passo finale della sentenza, secondo cui gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione dell'art. 17, «a fondarsi su un'interpretazione di tale disposizione atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta» (punto 99).

⁷⁷ Si noti che la presenza di concetti indefiniti è una delle ragioni per cui alcuni Stati

pertinenti e necessarie», «segnalazione sufficientemente motivata»; molti paesi, tra cui l'Italia, le hanno considerate nozioni autonome di diritto europeo, il cui significato dovrà essere progressivamente stabilito in modo condiviso. Le soluzioni vanno collocate a livello sovranazionale, perché di rilevanza sovranazionale sono i problemi da risolvere e i soggetti obbligati. Oltre a evitare regole diverse da paese a paese, le trasposizioni letterali permettono poi di non alterare, in un senso o in un altro, la complessa e delicata architettura interna dell'art. 17.

In secondo luogo, l'impressione è che richiedere agli Stati di stabilire le modalità concrete per assicurare che i diritti degli utenti siano fatti salvi significherebbe in sostanza "scaricare" su di loro la responsabilità di risolvere problemi cui il legislatore europeo non ha saputo rispondere. Ciò non solo in ragione della sensibilità politica della materia ma anche dell'elevata complessità tecnica che la caratterizza⁷⁸. Proprio questa complessità, unita alla rapidità dei mutamenti tecnologici, fa infine dubitare dell'efficacia di soluzioni definite in modo compiuto da testi normativi, tanto nazionali che sovranazionali.

Preso atto della comprensibile scelta a favore dell'indeterminatezza del legislatore europeo, la responsabilità di delineare soluzioni affinché i diritti degli utenti siano rispettati non può che essere dei soggetti obbligati, i prestatori. Spetterà a loro ideare le misure idonee a confermarsi al nuovo regime di responsabilità, anche investendo per accelerare l'evoluzione tecnologica; il legislatore starebbe implicitamente 'orientando' lo sviluppo degli strumenti di riconoscimento automatico di contenuto (la cui utilità va ben oltre la lotta contro le violazioni al diritto d'autore⁷⁹) al perseguimento di finalità di interesse pubblico.

hanno votato contro il testo finale della direttiva. Cfr. la Dichiarazione congiunta di Paesi Bassi, Lussemburgo, Polonia, Italia e Finlandia, in cui si legge «*Furthermore, we feel that the Directive lacks legal clarity, will lead to legal uncertainty for many stakeholders concerned and may encroach upon EU citizens' rights*» (si veda [qui](#)).

⁷⁸ Si noti come l'esigenza di applicazioni uniformi e la difficoltà del legislatore europeo di ideare soluzioni concrete sembra potersi leggere anche nell'ultimo par. dell'art. 17, che rimette alla Commissione europea il compito di adottare orientamenti sulle «migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti». Ciò a seguito di un processo collegiale, realizzato in cooperazione con gli Stati membri, i prestatori, i titolari dei diritti e le organizzazioni degli utenti.

⁷⁹ Le tecnologie ACR, infatti, sono utilizzate per molteplici fini. Oltre che per prevenire la diffusione di contenuti che violano il diritto d'autore *online*, per identificare e bloccare quelli pedopornografici o di incitazione al terrorismo, tra gli altri. Sono adoperati anche per lo sviluppo delle auto a guida autonoma, che dipendono dalla capacità dei computer di riconoscere, apprendere e rispondere agli stimoli dell'ambiente circostante. Sono poi usate

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

Circa le possibili soluzioni adottabili dai prestatori, non è da escludere il verificarsi di un “effetto Bruxelles” interno all’Europa che assuma i tratti di un “effetto tedesco”. Pur rimanendo una soluzione isolata, la trasposizione tedesca potrebbe cioè avere effetti per i servizi offerti nell’intera Unione. I prestatori potrebbero decidere di adottare in tutti i paesi le misure che sono chiamati a rispettare in Germania, tanto in ragione dell’esigenza di conformarsi a regole uniformi che della circostanza che quelli tedeschi potrebbero assumere i tratti degli *standard* di mercato da rispettare.

Alcuni passi della sentenza lasciano propendere per questa ipotesi. In particolare, quello in cui la Corte afferma che le disposizioni contese rispetterebbero la previsione secondo cui limitazioni alla libertà di espressione devono essere previste dalla legge, e ciò benché non chiariscano le misure concrete che i prestatori devono adottare per garantire che non siano disponibili contenuti illegittimi⁸⁰. Dietro le parole con cui la Corte giustifica questa evidenza si legge, oltre all’esigenza che le regole possano adeguarsi a diversi tipi di operatori e di situazioni, nonché all’evoluzione delle prassi e delle tecnologie, la consapevolezza che il *know how* per delineare misure concrete è proprio dei prestatori.

Il legislatore ha in qualche modo delegato loro il compito di controllare il rispetto del diritto d’autore nell’ambiente digitale, e rimetterebbe loro la responsabilità di comprendere come procedervi nel rispetto dei complessi equilibri delineati dall’art. 17. D’altronde, il sottotesto dell’art. 17 e della pronuncia che lo fa salvo è piuttosto chiaro: i modelli di *business* interattivi che i prestatori hanno sviluppato in un contesto di non interventismo, certamente

per analizzare la percezione del pubblico rispetto a determinati marchi, e ciò tramite l’analisi delle immagini dei relativi prodotti pubblicate in rete. Per maggiori informazioni, cfr. il report *Automated Content Recognition*.

⁸⁰ Cfr. punti da 73 a 76 della sentenza, in particolare laddove la Corte afferma che «[...] per quanto riguarda l’obbligo, imposto ai fornitori di servizi Internet, di adottare misure per garantire il rispetto del diritto d’autore allorché vengono utilizzati i loro servizi, potrebbe anche essere necessario, a seconda dei casi, al fine di rispettare la libertà d’impresa di detti fornitori di servizi [...] e il giusto equilibrio tra essa, il diritto alla libertà di espressione e d’informazione degli utenti dei loro servizi [...] e il diritto di proprietà intellettuale dei titolari di diritti [...], lasciare a detti fornitori di servizi l’onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito, con la conseguenza che questi ultimi possono scegliere di adottare misure che più si adattano alle risorse e alle capacità di cui dispongono e che siano compatibili con gli altri obblighi e le sfide cui devono far fronte nell’esercizio della loro attività». Cfr. anche il già citato punto 71 della sentenza, in cui la Corte evidenzia che il suo giudizio sull’art. 17 non pregiudica futuri esami sulla legittimità «delle misure stabilite da tali fornitori per conformarsi a detto regime», oltre che delle disposizioni di recepimento adottate dagli Stati membri.

capaci di fornire ai consumatori più scelte a prezzi più competitivi e di incrementare la circolazione di dati, idee e informazioni, oggi devono saper garantire protezione ai diritti e agli interessi che nel processo sono risultati soccombenti. Gli equilibri attuali non sono più condivisibili.

Resta fermo che ritenere che le soluzioni concrete debbano essere ideate dai prestatori non significa voler “escludere” le autorità pubbliche dal processo. In ragione dell’importanza che queste soluzioni hanno per la libertà di espressione, la loro definizione non andrebbe “abbandonata” interamente alle parti private; servirebbe “trasparenza”, da intendersi come la capacità delle autorità pubbliche di osservare e comprendere l’implementazione delle soluzioni, così da poter svolgere una funzione di controllo. Da questo punto di vista, risulta di particolare interesse la previsione tedesca secondo cui le piattaforme devono fornire ai ricercatori accesso ai dati sul funzionamento delle loro procedure di rilevazione e blocco dei contenuti. Oltre che la ricerca sul processo decisionale algoritmico, questa previsione dovrebbe favorire anche un controllo pubblico attraverso i risultati della ricerca, nonché incentivare le piattaforme a rispettare i propri obblighi.

In sintesi, è importante che le autorità di vigilanza sappiano ‘decodificare’ la fisionomia e il funzionamento delle procedure di rilevazione e blocco dei contenuti, sorvegliando così sull’operato dei soggetti obbligati⁸¹. L’auspicio più generale, che va ben al di là del caso in esame, è che non si trascuri l’esigenza di investire nelle risorse del settore pubblico, aggiornandole alla luce delle nuove sfide⁸². In mancanza, il rischio è che non vi siano le competenze specialistiche necessarie a regolare in modo virtuoso e sorvegliare le attività dei giganti del *web*⁸³, che seppur poteri privati servono funzioni che

⁸¹ Interessante a riguardo l’idea di chi, convinto che serva aggiornare le competenze dei regolatori pubblici in materia di diritto d’autore *online*, propone l’istituzione di una nuova autorità di regolazione europea. Ritiene che di fronte al crescente numero di questioni con rilevanza transfrontaliera relative al diritto d’autore nell’ambiente digitale, un’autorità di questo tipo sarebbe la soluzione più idonea a vigilare sulle piattaforme. Contribuirebbe anche a uniformare la risoluzione delle controversie, elaborare la normativa futura e coordinare le attività di regolazione e *enforcement* dei diversi Stati membri. Nel lungo termine, permetterebbe di garantire maggior trasparenza, prevedibilità e certezza per tutte le parti coinvolte nel mercato del diritto d’autore digitale. Cfr. C. Geiger e N. Mangal, *Regulating Creativity Online: Proposal for an EU Copyright Institution*, in *GRUR International-Journal of European and International IP Law*, 2022, 1 e 19.

⁸² Più in generale sulla formazione e il reclutamento della pubblica amministrazione, D. Bevilacqua, L. Carbonara, H. Caroli Casavola, B. Carotti, S. Cassese, C. Ciccodicola, M. Gnes, C. Lacava, G. Melis, C. Ramotti, G. Sgueo e F. Spanicciati, *Il reclutamento: le buone pratiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1231 ss.

⁸³ Si noti come il tema della limitazione dei grandi poteri privati, in particolare di

la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

appaiono sempre più di pubblico interesse⁸⁴. D'altronde, "governano" spazi e infrastrutture che sono divenuti importanti per un esercizio effettivo di diritti e libertà fondamentali⁸⁵. Non si tratta solo della libertà di espressione e di informazione; si pensi solo a quanto il *web* sia stato fondamentale per consentire l'esercizio del diritto allo studio o allo svolgimento del lavoro durante la pandemia da Covid-19. Circostanze che rendono necessario che l'intervento pubblico in materia non si ponga in termini di 'inseguimento', ma assuma un ruolo di guida e contenimento, usando regole e funzioni per contribuire a dar forma e indirizzo alla realtà.

Un'ultima annotazione. Ammettere che le nuove regole rendono necessaria l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico e stabilire in parallelo che i caricamenti legittimi devono essere fatti salvi, come ha fatto la Corte, non significa violare il principio secondo cui «*ad impossibilia nemo tenetur*». Si è appena evidenziato come i servizi erogati da alcuni prestatori rivestono ormai un'importanza fondamentale per l'esercizio delle libertà di espressione e di informazione. Offrire questi servizi rimane, però, il frutto di una libera scelta di mercato, e non costituisce l'adempimento ad obblighi di legge. Se continuare a svolgere la loro attività nel rispetto delle nuove regole diventasse insostenibile, i prestatori sarebbero liberi di rivedere i loro modelli di *business*, facendoli evolvere verso nuove direzioni.

Certo, il "costo" di queste evoluzioni potrebbe essere pagato dai consumatori. I prestatori, che di regola erogano i loro servizi in modo (ap-

quelli che operano nel settore della quarta rivoluzione industriale, e il conseguente ruolo in materia dei poteri pubblici, rientra tra quelli ritenuti cruciali per gli anni Venti di questo secolo nella riflessione prospettica di G. Piperata, L. Saltari e A. Sandulli, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum*, in questa *Rivista*, 2020, IX. Tra gli altri temi indicati: il ruolo del pubblico nei servizi a carattere sociale, il coordinamento tra politiche europee e nazionali, e la tutela dell'ambiente.

⁸⁴ A riguardo, suscita preoccupazioni la circostanza che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), cui il d.lgs. italiano di recepimento della direttiva copyright ha attribuito nuove e complesse funzioni, non stia assumendo nuovo personale. Si tratta di una circostanza che genera infatti dubbi sulla 'tenuta' dell'Agcom in questo contesto di forte potenziamento dei suoi compiti. Per le nuove funzioni attribuitele, cfr. artt. 43-*bis*, commi 8, 10 e 12, 46-*bis*, 80, 84, 102-*decies*, 110-*ter*, 110-*quater*, comma 4, e 110-*sexies* della Legge italiana sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633), così come novellata dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177. Per una loro lettura, sia consentito rinviare nuovamente a M. Giusti, *op. cit.*

⁸⁵ A riguardo appaiono sempre più appropriate le osservazioni di Frank Pasquale, che ragionando su identità e aspirazioni dei più importanti *players* digitali notava, già nel 2017, che non si tratterebbe di semplici partecipanti al mercato, ma di soggetti che «*aspire to displace more government roles over time, replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty*» (F. Pasquale, *From territorial to functional sovereignty: The case of Amazon*, in *Law and political economy*, 2017).

parentemente) gratuito⁸⁶, potrebbero per esempio decidere di applicare ai loro utenti nuovi costi, magari per assumere personale che svolga verifiche umane circa la liceità di alcuni caricamenti. Ancora, non è da escludere che alcuni prestatori decidano di ridurre la gamma delle attività realizzabili sui loro servizi, o persino di uscire dal mercato di condivisione dei contenuti. Ne deriverebbe certamente una riduzione della varietà dei servizi offerti, e quindi delle scelte a disposizione dei consumatori. Se tutto questo non può essere escluso, non è da escludere neanche lo scenario opposto: lo ‘scossone’ normativo potrebbe finire per generare un beneficio per i consumatori? È possibile che costituisca l’incidente scatenante per l’affermazione di talenti nuovi, capaci di cogliere un’opportunità nelle nuove regole, entrare nel settore della condivisione di contenuti *online* e offrirvi qualcosa di nuovo?

In attesa di sapere come reagirà il mercato, va rilevato che la sentenza, definendo parametri rigorosi che le misure di filtraggio devono rispettare, costituisce un precedente importante per la tutela della libertà di espressione contro l’*overblocking* algoritmico nell’ambito di applicazione della direttiva copyright. Si tratta di una circostanza importante per gli esiti delle controversie future sull’applicazione concreta delle disposizioni in esame. Verosimilmente, non ne mancheranno.

Abstract

The essay focuses on art. 17 of the so-called copyright directive, which introduces a limitation to the freedom of expression and information online to safeguard the interests of copyright holders harmed by the ‘freedom’ of the web. The author analyzes the novelties introduced by art. 17, the action for annulment that Poland brought against the new provisions, and the subsequent ruling by the Court of Justice, after which several issues remain problematic. Finally, the author investigates the major topics of interest raised by the judgment. They range from balancing conflicting rights to the accountability of digital platforms and the use of algorithms and open both practical and theoretical questions about the relationships between public authorities, digital operators, and European consumers.

⁸⁶ È vero che di regola gli utenti non pagano per accedere al materiale pubblicato sui servizi dei prestatori; accettano però sia di cedere i propri dati ai prestatori, che si remunerano tramite la vendita a terzi di inserzioni pubblicitarie, che di sottoporsi a messaggi pubblicitari dalla personalizzazione pressoché perfetta.

LAURA MACCARRONE

L'ATTUAZIONE DEL PNRR E I POTERI SOSTITUTIVI DELLO STATO NEI CONFRONTI DELLE AUTONOMIE TERRITORIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Presupposti e limiti del potere sostitutivo. – 3. Potere sostitutivo, principio di proporzionalità e garanzia dei livelli essenziali. – 4. Il potere sostitutivo nella legislazione di attuazione del PNRR. Inadeguatezza e intervento sussidiario. – 5. La centralità della riforma della P.A. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

L'approvazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)¹ e le misure attuative che sono state adottate successivamente, in particolare il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 (decreto semplificazioni bis), e il d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (decreto attuazione PNRR)², sono stati oggetto di particolare interesse da parte della dottrina³. L'attenzione, che nel complesso abbraccia, da differenti prospettive,

¹ Di fondamentale importanza, quale prima tappa del processo in atto, l'approvazione del reg. UE N. 241/2021 del Parlamento e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF), accompagnato dalle linee guida. Sulla base di questi fondamentali atti normativi gli Stati membri hanno predisposto i piani nazionali di ripresa e resilienza. Regolamento e linee guida prevedono traguardi e obiettivi secondo un calendario di investimenti e riforme da ultimare entro il 31 agosto 2026. Con la decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea, di cui il piano costituisce un allegato, l'Italia ha potuto accedere alle misure europee di sostegno finanziario richieste per la sua attuazione, in cambio della accettazione di importanti condizionamenti e vincoli. Il PNRR si sviluppa intorno a tre assi strategici: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale e si articola in sedici componenti, a loro volta raggruppate in sei missioni (transizione verde; trasformazione digitale; coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; politiche per le generazioni future, infanzia e gioventù, istruzione).

² Entrambi recentemente modificati dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13.

³ Tra i numerosi contributi G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, 715 ss.; A. Sandulli, *La scommessa del PNRR per il rilancio degli istituti tecnici superiori (ITS)*, in

una molteplicità di aspetti, può essere in parte ricondotta alla circostanza che, in ragione dei tempi e dell'urgenza di uscire dalla crisi pandemica, viene posta una disciplina derogatoria e vengono introdotte misure di particolare accelerazione dei procedimenti. Inoltre, il coinvolgimento di tutti i livelli di governo, unito alla necessità di rispettare i tempi previsti dal Piano, ha portato all'introduzione di nuove ipotesi di intervento sostitutivo⁴.

questa Rivista, 2021, 467; F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova, Cedam, 2021; M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 733 ss.; L. Fiorentino, *Il piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689 ss.; R. Perez, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 593 ss.; M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giornale di dir. amm.*, 2022, 5 ss.; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 2022, n. 1; E. Catelani, *Profili costituzionali del PNRR*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 5; M. Clarich, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 1025 ss.; M. Atelli, *PNRR, scelte pubbliche e cultura del risultato*, in *questa Rivista*, 2022, V ss.; G. Palombino, *PNRR ed enti territoriali: in particolare, le sfide allo sviluppo per le grandi città metropolitane*, in *Dir. pubbl. europeo*, n. 2022, n. 2; N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *federalismi.it*, 2022, n. 23; B.M. Ceffa, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *federalismi.it*, 2022 n. 24; si veda altresì il report *Il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e gli enti territoriali*, del Centro studi sul federalismo, febbraio 2022. Al tema è stato dedicato il n. 2/2022 di *Istituzioni del federalismo*, *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione* e il n. 2/2022 di *Italian paper on federalism*, *Rivista giuridica on-line – ISSiFEA – CNR*. Tra i tanti incontri e dibattiti il webinar AIPDA *Next generation EU. Proposte per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 28 aprile 2021; il Convegno annuale AIPDA, *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide*, LUISS, Roma, 8 ottobre 2021.

⁴ Sui poteri sostitutivi F. Benvenuti, *I controlli sostitutivi nei confronti dei Comuni e l'ordinamento regionale*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1956, 245 ss.; Aa.Vv., *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del convegno di studi amministrativi, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 1983; G. Greco, *Il potere di sostituzione dello Stato alle Regioni*, in *Foro amm.*, 1989, 888 ss.; G. Sirianni, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, Giuffrè, 1991; G. De Giorgi Cezzi, *Intervento sostitutivo*, in *Lessico giuridico dell'urbanistica e dell'edilizia*, a cura di E. Dalfino, Bari, Laterza, 1992, 170 ss.; C. Barbati, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1992; G. Veronesi, *Poteri sostitutivi: recenti orientamenti*, in *Le Regioni*, 2001, 32 ss.; V. Cerulli Irelli, *Commento all'art. 8, in Legge "La Loggia"*. *Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggioli, 2003, 172 ss.; G.M. Salerno, *I poteri sostitutivi del governo nella Legge n. 131 del 2003*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, 1983 ss.; M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004; C. Mainardis, *Art. 120*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, 2379 ss.; S. Pajno, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Palermo, duepunti, 2007; C. Tubertini, *Appunti sulle problematiche istituzionali degli interventi sostitutivi*, in *Astrid online*, 2009; A. Police, *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*,

l'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

L'art. 120, c. 2, Cost., che, dopo la riforma del titolo V Cost., prevede l'esercizio da parte dello Stato di poteri sostitutivi, è stato oggetto di una giurisprudenza della Corte costituzionale che, a partire dal 2004, è stata univoca nel darne una interpretazione estensiva, legittimando interventi sostitutivi "ordinari" dello Stato, nelle materie attribuite alla competenza delle regioni e degli enti locali, nonché delle regioni nelle materie attribuite alla competenza degli enti locali.

L'intervento sostitutivo previsto dalla legislazione di attuazione del PNRR si colloca all'interno dei poteri sostitutivi c.d. ordinari, ponendosi in linea, sotto tale profilo, con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale. Tuttavia esso non manca di suscitare un certo interesse, non soltanto perché presenta alcune peculiarità, ma perché mette in luce, esasperandola, tutta l'inadeguatezza degli enti territoriali rispetto alla quantità e qualità degli adempimenti previsti, talvolta per l'assenza di competenze progettuali, oppure più semplicemente per la difficoltà di rispettare i tempi previsti.

2. Presupposti e limiti del potere sostitutivo

La decisione della Corte costituzionale, 20 gennaio 2004, n. 43⁵, ha legittimato il ricorso al potere sostitutivo quale rimedio ordinario che "ac-

relazione al convegno AIPDA, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma 7-8 ottobre 2016.

⁵ All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo titolo V Cost., ci si è chiesti se l'art. 120 Cost., nel configurare un potere straordinario affidato unicamente allo Stato, escludesse la legittimità di poteri sostitutivi di diversa natura, connessi ad interessi di livello diverso rispetto a quelli indicati dalla disposizione costituzionale, o se, al contrario, la norma non esaurisse le ipotesi di intervento sostitutivo. Dalla interpretazione dell'art. 120 Cost., nell'uno o nell'altro senso, dipendevano le sorti delle numerose ipotesi di sostituzione, a carico di regioni ed enti locali, già presenti nell'ordinamento prima dell'approvazione della riforma del titolo V della Costituzione. Sulla delicata questione la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 43/2004, senza che ad oggi la posizione sia stata sostanzialmente oggetto di revisione. Chiamata a decidere in ordine alla legittimità del potere sostitutivo regionale nei confronti degli enti locali, ha ritenuto di distinguere poteri sostitutivi straordinari ed ordinari, offrendo una inequivocabile risposta al quesito sulla eccezionalità. A giudizio della Corte, se i primi sono riconducibili all'art. 120 Cost. e alle ipotesi ivi previste, quelli ordinari traggono il loro fondamento costituzionale dagli artt. 117 e 118 Cost. e fanno sistema con le norme costituzionali che regolano l'allocazione delle funzioni. L'attribuzione allo Stato o alla regione della potestà legislativa implica, insieme al potere di conferire le funzioni, quello di prevedere poteri sostitutivi. Ciò perché il conferimento delle funzioni non esclude l'immanenza di interessi di livello superiore, i quali piuttosto che comportare l'attrazione all'ente conferente dell'intera materia, giustificano la previsione di interventi sostitutivi. Pertanto, la sostituzione ordinaria

compagna” il conferimento delle funzioni, e al quale ha fatto da contraltare la messa a punto di una serie di condizioni nel tentativo di delimitarne l’ambito.

Nel fissare i limiti all’esercizio del potere sostitutivo, dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato la necessità che l’attività, oggetto dell’intervento sostitutivo, abbia natura vincolata⁶. La Corte costituzionale ha chiarito che «la sostituzione può prevedersi esclusivamente per il compimento di atti o di attività prive di discrezionalità nell’*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*), la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l’intervento sostitutivo: e ciò affinché essa non contraddica l’attribuzione della funzione amministrativa all’ente locale sostituito»⁷.

L’affermazione rileva sotto diversi profili. In primo luogo, perché si individua il perimetro del potere sostitutivo, che non può coinvolgere attività discrezionali nell’*an*. Inoltre, viene messa in diretta correlazione l’attività vincolata nell’*an*, ovvero la sua obbligatorietà, con la tutela di interessi unitari. Infine, la Corte ammette che la sostituzione, che non ricadesse su un’attività vincolata nell’*an*, quale riflesso di interessi unitari, contraddirebbe l’attribuzione all’ente di una data funzione.

La prima semplice riflessione che si può fare è che la significativa presenza, nella più recente legislazione, di poteri sostitutivi, nei confronti di regioni ed enti locali, costituisce il segnale di una altrettanto significativa presenza di indicazioni vincolate, presupposto per la previsione di poteri sostitutivi⁸. Tale circostanza, peraltro, rientra all’interno di un più generale

può essere introdotta sia dal legislatore statale, nei confronti di regioni ed enti locali, sia da quello regionale, nei confronti degli enti locali.

La sentenza è stata oggetto di note e commenti. Tra i tanti R. Dickmann, *La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *federalismi.it*, 2004, n. 4; T. Groppi, *Nota alla sentenza n. 43 del 2004*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; F. Merloni, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 2004, 1074 ss. In generale, sul ruolo della giurisprudenza costituzionale, in materia di rapporti tra lo Stato e le autonomie A. Pioggia e L. Vandelli, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁶ Scriveva sul punto M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss., che l’esercizio del potere sostitutivo «può avere per presupposto l’omissione di un atto dovuto o anche l’omissione di un atto discrezionale» (1276), precisando che nell’ambito del controllo sostitutivo intercorrente tra livelli di governo autonomi è da escludere che l’omissione possa riguardare un atto discrezionale in relazione al quale la legge già ha affidato all’ente autonomo le relative valutazioni in ordine al perseguimento dell’interesse pubblico.

⁷ C. cost. sent. n. 43/2004 che richiama sul punto C. cost. sent. n. 177/1988.

⁸ Vincoli e obiettivi spesso fissati in ragione del diritto europeo, che lo Stato è tenuto

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

e recente modo di atteggiarsi della legge rispetto all'amministrazione, in quanto «Il Parlamento, diffidando dell'amministrazione, aspira ad adottare leggi definite auto-applicative e quindi, pone anche una grande quantità di condizionamenti, in più disponendo un gran numero di controlli. È mosso dall'illusione di stabilire un inflessibile binario, decidendo che cosa, come, quando l'amministrazione deve provvedere. Determina con legge procedure da seguire e tempi da rispettare»⁹. Se è vero che il parlamento, espressione della statualità, diffida in generale dell'amministrazione, è ancor più vero che tale diffidenza e sfiducia si intensifica nei confronti delle amministrazioni locali. Ed invero, le leggi, sia statali che regionali, di conferimento e di disciplina delle funzioni, contengono condizionamenti importanti, fino alla imposizione, all'ente di dimensioni minori, di adottare determinati atti entro termini prefissati. In particolare, è di tutta evidenza come la riduzione degli spazi di discrezionalità sia aumentata al crescere di quelle esigenze unitarie, soprattutto di natura finanziaria che, a partire dal 2008, passando per la crisi pandemica, fino ad arrivare all'attuale Piano per uscirne fuori, si sono imposte come prioritarie.

Per un verso, dunque, il principio di sussidiarietà impone allo Stato e alle regioni di partire dal basso nell'allocazione delle funzioni, per altro la permanenza di interessi unitari, le esigenze di natura finanziaria, unite alla generale tendenza a delimitare gli spazi di discrezionalità, aumentano il grado di vincolatività e con esso le occasioni per introdurre interventi sostitutivi. La Corte costituzionale, del resto, ha ribadito che l'allocazione verso il basso rimane comunque una soluzione preferibile, rispetto all'attrazione

a rispettare e a far rispettare pena l'apertura di procedure di infrazione da parte della Commissione europea. Con particolare riguardo alla materie ambientale cfr. M. Nardini, *L'esercizio del potere sostitutivo statale in materia ambientale: i Commissari unici*, in *federalismi.it*, 2021, n. 15. Inoltre si osserva (F. Salmoni, *Recovery fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità?*, in *Rivista Atc*, 2022, n. 3) che a seguito dell'approvazione del *Next Generation EU* le attività del governo e del parlamento nazionali sono state condizionate al punto che si potrebbe sostenere che essi non siano più liberi di porre in essere una propria attività autonoma di indirizzo politico, essendo vincolati non solo nell'*an*, ma anche nel *quid* e nel *quando*, residuando qualche ridotto margine di discrezionalità solo nel *quomodo*. Sull'efficacia giuridicamente vincolante del PNRR F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *La magistratura*, 2021.

⁹ S. Cassese, *La nuova discrezionalità*, relazione al convegno AIPDA, Bologna, 6-7 ottobre 2022, in *aipda.it* Sulla discrezionalità amministrativa la letteratura è vastissima e il tema sempre di interesse (ad esso è stato dedicato l'ultimo convegno dell'AIPDA «Discrezionalità e amministrazione», i cui contributi sono reperibili sul sito *aipda.it*). Di recente, con ampi riferimenti bibliografici, G. Morbidelli, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *questa Rivista*, 2021, 1 ss.

al livello superiore, tutte le volte in cui le esigenze unitarie possono essere soddisfatte attraverso l'imposizione di obblighi a carico del livello di governo al quale la funzione è conferita, ed eventualmente attraverso il potere di intervenire in via sostitutiva¹⁰.

Se la posizione della Corte può essere in linea di principio condivisibile, vero è che l'inversione del rapporto centro — periferia, operata dal nuovo titolo V Cost., dovrebbe indurre ad una riduzione di obblighi e vincoli, e con essi dei connessi poteri sostitutivi. A questo scopo, le leggi di conferimento delle funzioni dovrebbero lasciare uno spazio autonomo per le scelte da effettuare a livello locale, come risulta altresì confermato, anche in relazione agli enti territoriali minori, dall'art. 117, c. 6, Cost., che attribuisce agli enti locali «potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite»¹¹. Il peso dell'attività vincolata dovrebbe essere limitato a favore della indicazione di principi, di finalità, nel rispetto dell'impianto complessivo della riforma costituzionale e, in special modo, dell'art. 118 Cost., che accorda la preferenza agli interessi locali.

La pervasività dell'intervento sostitutivo dipende, dunque, da quanto la disciplina della funzione conferita si presenti vincolata. In particolare, rileva se il vincolo venga circoscritto all'*an* o investa anche altri profili, quali il *quid* e il *quomodo*. In quest'ultimo caso saremmo assai vicini al modello della delegazione¹², con il quale sono compatibili vincoli, nonché poteri di

¹⁰ Il rimedio si presenta come una “versione aggiornata” del ritaglio delle competenze che ha caratterizzato, a partire dagli anni Settanta, i decreti legislativi di trasferimento delle funzioni dallo Stato alle regioni e agli enti locali. Nell'ambito delle materie trasferite, alcune competenze venivano sottratte agli enti autonomi e trattenute allo Stato. Nel nuovo quadro costituzionale la funzione deve essere allocata presso l'ente più vicino al cittadino, sicché i ritagli a favore dell'ente che conferisce la funzione assumono la forma dell'attività vincolata, potendo poi su tale attività fondare il potere di sostituzione.

¹¹ I.M. Marino, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Palermo, Quattrosoli, 2008, per il quale ciò incide sulla “struttura” che dovrebbero assumere le leggi di attribuzione delle funzioni. Sulla funzione normativa degli enti locali, *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, a cura di R. Marrama, L. Iannotta e F. Pugliese, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992; *La funzione normativa di Comuni, Province e Città nel nuovo sistema costituzionale*, a cura di A. Piraino, Palermo, Quattrosoli, 2002; M. Di Folco, *La garanzia costituzionale del potere normativo locale*, Padova, Cedam, 2007; F. Merloni, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2008, 91 ss.; A. Poggi, *La potestà regolamentare tra Stato e regioni ed altri enti territoriali*, in *Il sistema “instabile” delle autonomie locali*, a cura di F. Pizzetti e A. Poggi, Torino, Giappichelli, 2007; C. Corsi, *La potestà normativa degli enti locali nel progetto di riforma costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2016, n. 2.

¹² Del resto, la legislazione di fine anni Novanta e poi la Costituzione, all'art. 118, utilizzano il termine onnicomprensivo di «conferimento» di funzioni. L'art. 1, c. 1, l. n. 59/1997,

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

controllo e sostitutivi, quale manifestazione di quei “poteri attivi” assegnati a chi detiene la titolarità della funzione oltre che la responsabilità dei risultati. Di contro, l'assenza di vincoli nel *quid* o nel *quomodo*, nel rimettere le scelte sul contenuto e sulle modalità di esercizio della funzione all'ente territoriale, dovrebbe farci escludere una sostituzione, che inevitabilmente configurerebbe una sovrapposizione alle determinazioni dell'ente autonomo.

Il rispetto delle istanze autonomistiche sembra dunque rimesso al procedimento che sfocia nell'intervento sostitutivo. L'art. 120 Cost. attribuisce al legislatore il compito di definire le modalità di esercizio del potere sostitutivo, all'insegna dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà¹³. Il

è esplicito nell'affermare che «per conferimento si intende trasferimento, delega o attribuzione di funzioni e compiti...», ed è da ritenere che la coeva riforma del titolo V della Costituzione, facendo sua la terminologia invalsa nella legislazione di fine anni Novanta, ne abbia evidentemente recepito anche la definizione. Una modalità, quella della delega, la cui validità è stata messa in discussione anche con riferimento al testo precedente la riforma del 2001. Sebbene, infatti, l'art. 118, ult. c., Cost. facesse riferimento alla delega e all'avvalimento, già l'art. 3, l. n. 142/1990, facendo riferimento ad una generica organizzazione dell'esercizio delle funzioni amministrative a livello locale, inaugurava una formula aperta rispetto ai modi di esercizio previsti dall'art. 118 ult. c., con una preferenza per forme convenzionali quali l'accordo di programma (I.M. Marino, *Aspetti*, cit., 29). Quanto al rapporto tra regioni ed enti locali, un conferimento che assuma la forma della delega sembra rientrare nella lamentata scarsa cultura autonomistica delle regioni, basti pensare alla loro generale e antica riluttanza rispetto ad un effettivo decentramento di funzioni a favore dei comuni e delle province, manifestata a partire dalla l. n. 382/1975 e poi con la l. n. 142/1990, quindi a seguito della riforma Bassanini e infine della riforma costituzionale del 2001. Il risultato è stato, tra l'altro, quello di una progressiva amministrativizzazione delle stesse regioni, che hanno marginalizzato la loro funzione legislativa e programmatica, dando luogo, da un lato, ad un rapporto con gli enti locali tuttora frequentemente basato sulle deleghe, piuttosto che sulla devoluzione di funzioni e risorse, dall'altro alla creazione, in alternativa al decentramento, di una serie di enti e agenzie strumentali e dipendenti dalle stesse regioni. Sul tema G.C. De Martin, *Riforme autonomistiche incompiute e problemi culturali, in amministrazioneincammino.luiss.it*, 2013; V. Antonelli, *Livelli essenziali, materie trasversali e altri fattori unificanti, in Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, a cura di L. Vandelli e F. Bassanini, Bologna, Il Mulino, 2012, 388, che afferma: «sul versante organizzativo, sin dalla loro istituzione, le Regioni hanno replicato a livello territoriale il modello burocratico-ministeriale proprio dell'apparato statale. Questa scelta ha contribuito a rallentare il cammino istituzionale delle Regioni, propense a non sperimentare modelli funzionali e organizzativi originali, limitandosi ad affiancare lo Stato e le sue strutture periferiche».

¹³ Già a partire dalla sentenza n. 177/1988 la Corte costituzionale aveva richiamato la necessità di adottare moduli procedurali rispettosi del principio di leale collaborazione e perciò in grado anzitutto di garantire la partecipazione dell'ente interessato. Deve inoltre ritenersi che la competenza della regione o dell'ente locale non venga inibita dall'avvio del procedimento di sostituzione, potendosi sempre provvedere in qualunque fase del procedimento, in guisa che la sostituzione si configuri come *extrema ratio*.

procedimento è quello previsto dall'art. 8, l. 5 giugno 2003, n. 131, al quale espressamente rinviano le leggi statali che introducono nuove ipotesi di sostituzione¹⁴. In sintesi, la norma prevede: una fase di diffida, con l'assegnazione di un termine entro cui adottare i provvedimenti dovuti, una fase di partecipazione, una fase decisoria nella quale, scaduto il termine assegnato, l'organo che detiene il potere sostitutivo, o un commissario da questi nominato, adotta i provvedimenti necessari.

Senza voler sminuire il momento partecipativo e il contraddittorio, quali garanzie del giusto procedimento¹⁵, non si può non rilevare che la leale collaborazione, richiesta dall'art. 120 Cost., e disciplinata dall'art. 8, l. n. 131/2003, si presenta nella forma c.d. debole. La previa concertazione tra gli enti coinvolti, pur costituendo un momento essenziale del procedimento, non condiziona la determinazione del Presidente del Consiglio dei ministri, cui è attribuita, direttamente o attraverso un commissario, il compito di adottare i provvedimenti necessari. In definitiva, l'applicazione del principio della leale collaborazione, nell'ambito del potere sostitutivo, così come si presenta disciplinato dalla norma attuativa dell'art. 120 Cost., non garantisce affatto una decisione concordata, laddove, invece, un'intesa forte ci avrebbe forse consentito di rinvenire una maggiore aderenza al quadro costituzionale¹⁶.

¹⁴ Peraltro, sia che il legislatore rinvii ad una delle materie ex art. 117, c. 2, Cost., sia ad una delle finalità ex art. 120 Cost., il procedimento previsto è in entrambi i casi quello disciplinato dall'art. 8, l. n. 131/2003. Ciò a dispetto della sua intitolazione (attuazione dell'art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo) e del riferimento, contenuto nel c. 1, ai casi e alle finalità di cui all'art. 120, c. 2, Cost. (P. Cavaleri, *Il potere sostitutivo sui Comuni e sulle Province*, in *Le Regioni*, 2003, 846 ss.).

¹⁵ Sul ruolo essenziale della partecipazione come manifestazione della leale collaborazione, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, Il Mulino, 2007; sui profili generali E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, 1983.

¹⁶ Come accade con la c.d. chiamata in sussidiarietà. Il principio della leale collaborazione si può infatti declinare in modo diverso, con un diverso grado di effettività e garanzia per l'autonomia. Ammettendo la «chiamata in sussidiarietà», la Corte costituzionale (sent. n. 303/2003. Tra i numerosi commenti A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003; Q. Camerlengo, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003; F. Cintioli, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003; S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003; A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003) ha chiarito la diversa natura del potere

l'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

Vengono in mente, su questo delicato aspetto, le parole di Franco Ledda¹⁷, il quale, ricercando una fonte di legittimazione del potere sostitutivo, scriveva: «L'autonomia costituzionalmente garantita a Comuni e Province, per quanto riguarda le funzioni "proprie", non può essere soggetta a regime condominiale: la convergenza o coincidenza d'interessi, come gli schemi di collegamento escogitati dalla dottrina più remota, non possono giustificare adesso la subordinazione dei Comuni ad altri enti, che si ritengono "più autonomi" degli altri. Il problema della legittimazione resta quindi aperto». Poco più avanti, prospettando la soluzione, ai fini della legittimazione, della collaborazione, l'illustre Maestro afferma: «Di collaborazione è meglio non parlare affatto: anche per i giuristi l'ipocrisia ha i suoi limiti».

3. Potere sostitutivo, principio di proporzionalità e garanzia dei livelli essenziali

In linea di principio, aver riconosciuto in capo allo Stato, segnatamente al governo, un potere sostitutivo nei confronti di regioni ed enti locali, appare coerente con l'impianto complessivo della riforma del titolo V Cost., né deve sorprendere la circostanza che un tale potere venga previsto nel nuovo, piuttosto che nel vecchio testo della Costituzione. Maggiore è, infatti, il livello di autonomia riconosciuto a regioni ed enti locali, più forti (sul piano qualitativo), benché assai limitati (sul piano quantitativo), i poteri di intervento del livello statale, al quale spetta la riconduzione ad unità dell'ordinamento¹⁸.

di avocazione in sussidiarietà rispetto al potere sostitutivo di cui all'art. 120, c. 2, Cost.: in caso di avocazione in sussidiarietà con legge di funzioni amministrative la competenza per il relativo esercizio diventa statale; in caso di esercizio del potere sostitutivo governativo la relativa competenza rimane dell'ente sostituito (anche C. cost. n. 79/2011, con nota di D. Cetinni e A. Danesi, *Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto-legge*, in *Giur. it.*, 2012, 520 ss.). In ragione di tale fondamentale tratto distintivo, la Corte rimarca, con riferimento all'attrazione sussidiaria, la necessità di un più rigoroso rispetto del principio della leale collaborazione, che deve sostanziarsi nella ricerca di moduli collaborativi idonei a compensare le regioni della spoliazione di competenza subita.

¹⁷ F. Ledda, Intervento al convegno *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, in *Atti del convegno di studi amministrativi*, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 1983, 75 ss.

¹⁸ F. Piga, Intervento al convegno *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, in *Atti del convegno di studi amministrativi*, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 1983; S. Bartole, R. Bin, G. Falcon e R. Tosi, *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2003, 235 ss., nel quale si legge: «quanto più un sistema decentra

In quest'ottica l'art. 120 Cost. può considerarsi del tutto coerente con il sistema, più marcatamente autonomista, ridisegnato dal nuovo titolo V, prospettandosi anzi come «una sorta di norma guida che ci consenta di gestire il crollo dell'ordine gerarchico e fors'anche di attenuare i traumi del pluralismo e ci incoraggi sulle possibilità di gestirlo»¹⁹; una norma, come ha ribadito la Corte costituzionale, a presidio dell'unità e della coerenza dell'ordinamento²⁰.

Se ciò è pacifico nei confronti del potere sostitutivo straordinario, ritenuto di natura emergenziale²¹, qualche riflessione in più richiede la presenza,

decisioni importanti in periferia, tanto più forte deve essere il potere del centro di intervenire a difesa dell'unità»; G. Sirianni, *Inerzia amministrativa*, cit., ricorda che nel corso degli anni Settanta e Ottanta, «in modo apparentemente paradossale», emerge, proprio nel momento in cui riceve attuazione il disegno autonomista, una crescente propensione alla previsione di poteri sostitutivi; v. anche F. Merloni, *Una definitiva conferma*, cit, che sottolinea come già l'art. 5, d.lgs. n. 112/1998, aveva introdotto un potere sostitutivo con riferimento non solo, come era ritenuto normale, alle funzioni delegate, ma anche a quelle proprie. Ciò comportava la necessità di costruire un più generale (e straordinario) potere sostitutivo, il cui esercizio trovava il suo fondamento non nella titolarità della funzione, bensì nella titolarità di interessi unitari ed essenziali, «la cui tutela doveva ritenersi affidata allo Stato, pur in presenza di funzioni attribuite dalla legge alle Regioni o agli enti locali».

¹⁹ I. M. Marino, *Aspetti*, cit., 112.

²⁰ Sentenza n. 236 del 2004, nella quale la Corte esclude, come invece sostenevano la regione Sardegna e la provincia autonoma di Bolzano, la non applicabilità dell'art. 120 Cost. alle regioni ad autonomia differenziata. Per un commento alla sentenza C. Mainardis, *Nuovo Titolo V, poteri sostitutivi statali, autonomie speciali*, in *Le Regioni*, 2005, 197 ss.

²¹ La distinzione tra sostituzione straordinaria ed ordinaria sembra potersi riferire alla eccezionalità ed imprevedibilità che contraddistingue la prima. Non a caso l'art. 120 Cost. non richiede al legislatore di prevedere le singole fattispecie di intervento sostitutivo, ma rimette alla legge statale esclusivamente la disciplina del procedimento. La tutela di interessi che hanno il loro riferimento ultimo in alcuni fondamentali valori costituzionali, legittimerebbe interventi tempestivi ed emergenziali, i quali, in relazione al grado di urgenza, potrebbero non richiedere il previo accertamento dell'inerzia.

L'art. 120, c. 2, Cost., è stato considerato idoneo fondamento costituzionale della legislazione dell'emergenza, che va pertanto ascritta alla categoria dei poteri sostitutivi (S. Mangiameli, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giur. cost.*, 2006, 2926 ss.). Ci si riferisce in particolare all'art. 5, l. n. 225/1992 e all'art. 107, d.lgs. n. 112/1998. La Corte (sent. n. 284/2006) ha specificato che «Lo Stato è, dunque, legittimato a regolamentare [...] gli eventi di natura straordinaria di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), della stessa legge n. 225 del 1992, anche mediante l'adozione di specifiche ordinanze autorizzate a derogare, in presenza di determinati presupposti, alle stesse norme primarie». Sul tema M.R. Spasiano, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e società*, 2017, 361 ss. Già F. Benvenuti, *I controlli sostitutivi nei confronti dei Comuni*, cit., evidenziava la difficoltà di coniugare l'autonomia degli enti locali con il potere sostitutivo, ritenendo che l'unica via per considerare quest'ultimo costituzionalmente legittimo (l'A. si riferisce in particolare alla sottrazione, da parte degli

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

nella legislazione statale e regionale, di poteri sostitutivi ordinari, con particolare riguardo alla loro compatibilità con il principio di pariordinazione di cui all'art. 114 Cost. Invero, la Corte costituzionale ha interpretato tale principio senza mettere in discussione il peso e la rilevanza dei poteri attribuiti ai diversi elementi costitutivi della Repubblica e, segnatamente, allo Stato²².

La pari ordinazione si esprime come pari dignità fra gli enti territoriali, che concretamente implica che ogni intervento autoritativo, che provenga dallo Stato o dalla regione, deve essere frutto di una valutazione ponderata, ragionevole, proporzionata e costituire dunque un rimedio estremo. In tal senso, l'esercizio dei poteri sostitutivi costituisce la cartina di tornasole del principio della pari dignità degli enti costitutivi della Repubblica, rappresentando il momento nel quale l'intervento dello Stato si manifesta nella forma più incisiva²³.

organi statali, della *legittimatio ad officium*) è quello di inquadrare i relativi provvedimenti come *extra ordinem*. Diversa cosa è invece la sottrazione della *legittimatio ad agendum* che presuppone l'inerzia e che non si esercita sugli organi ma sul potere, ovvero sul suo mancato esercizio. Questi ultimi si legittimano in relazione alla presenza nella Costituzione del controllo di legittimità, come reazione alla omissione dell'esercizio del potere.

²² Afferma sul punto la Corte (sent. n. 365/2007, su cui si vedano i commenti di S. Bartole, *La Corte costituzionale chiude al "federalismo" dal basso*, in *Giur. Cost.*, 2007, 4039; A. Mangia, *Il federalismo della «descrizione» e il federalismo della «prescrizione»*, in *Giur. Cost.* 2007, 4045; P. Passaglia, *La Corte, la sovranità e le insidie del nominalismo*, in *Giur. Cost.*, 2007, 4052 ss.; P. Caretti, *La "sovranità" regionale come illusorio succedaneo di una "specialità" perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, in *Le Regioni*, 2008, 219 ss.) che neppure «tra le pur rilevanti modifiche introdotte dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 [...] può essere individuata una innovazione tale da equiparare pienamente tra loro i diversi soggetti istituzionali che pure tutti compongono l'ordinamento repubblicano, così da rendere omogenea la stessa condizione giuridica di fondo dello Stato, delle Regioni e degli enti territoriali».

A fronte delle argomentazioni della regione Sardegna, secondo la quale gli enti territoriali autonomi sono collocati al fianco dello Stato, come elementi costitutivi della Repubblica, a svelarne, nella formulazione sintetica dell'art. 114 Cost., la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare, la Corte riafferma l'idea che non sussistono elementi per una totale parificazione fra Stato ed enti territoriali, sottolineando la sovranità dello Stato in rapporto all'autonomia degli enti territoriali. Si v. anche C. cost., n. 274/2004, in cui la Corte afferma con chiarezza che l'art. 114 Cost. non comporterebbe «affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro», e che, pertanto, «nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato (sarebbe) pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria».

²³ Afferma la Corte (sent. n. 168/2021, punto 10.3 del considerato in diritto): «È soprattutto la previsione, in via straordinaria (*ex plurimis*, sent. n. 43/2004), di un potere sostitutivo statale a confermare ed esplicitare che il riconoscimento del valore delle autonomie

Dunque, il principio di proporzionalità, che la Corte costituzionale ha in più occasioni elevato a principio generale, anche nell'ambito dei rapporti tra i diversi livelli di governo²⁴, richiamato espressamente dall'art. 8, c. 5, l. n. 131/2003 («I provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite»), si ritiene possa costituire la chiave di volta per una lettura del sistema che coniughi unità, indivisibilità e principio autonomistico.

Il rispetto del principio di proporzionalità necessita, a monte, che la legge fornisca un'indicazione più chiara delle esigenze unitarie che si intendono tutelare, non limitandosi al mero richiamo alla materia di competenza statale; in secondo luogo, richiede un'esternazione chiara ed adeguata delle ragioni che legittimano l'intervento sostitutivo, affidata al provvedimento con il quale si dispone la sostituzione. In particolare, occorre dar conto della sussistenza dei suoi elementi costitutivi²⁵: l'idoneità, la necessità, l'adeguatezza, grazie ai quali sarà possibile fare luce sul fine specifico dell'intervento sostitutivo, sulla sua strumentalità alla tutela di interessi unitari e, segnatamente, di quei diritti, specialmente di natura sociale, la cui effettività è in buona parte rimessa ad un efficiente esercizio delle funzioni amministrative da parte di regioni ed enti locali.

Così interpretato, il potere sostitutivo costituisce una risposta a quella tensione, che è propria degli ordinamenti decentrati, tra differenziazione ed uguaglianza²⁶. Il rafforzamento dell'autonomia, che ha fatto seguito alla riforma del titolo V Cost., se per un verso porta ad accettare come naturale, e fors'anche positivo, un certo tasso di disuguaglianza, dall'altro impone di trovare meccanismi correttivi, laddove lo stesso sia tale da compromettere il principio dell'eguale trattamento dei cittadini sul territorio nazionale. La funzionalizzazione del potere sostitutivo, anche ordinario, alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali, consente di ritrovare una coerenza interna al sistema. È nel rispetto dei livelli essenziali,

territoriali non prescinde dalla prova concreta della realizzazione di determinati interessi essenziali: si prefigura, infatti, la possibilità che queste possano giungere a limitare l'effettività dei diritti costituzionali; a mettere a rischio l'unità giuridica e/o economica della Repubblica; a esporre a responsabilità internazionale o comunitaria l'istituzione statale».

²⁴ C. cost. sent. nn. 272/2004 e 179/2019, quest'ultima sulla interferenza delle regioni sull'autonomia comunale in materia di pianificazione urbanistica.

²⁵ A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, 365 ss.

²⁶ D. D'Orsogna, *Note su uguaglianza e differenza nella disciplina delle autonomie territoriali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, III, Padova, Cedam, 2007, che richiama E. Carloni, *Lo stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004. Sul tema della differenziazione F. Pugliese, *Autonomia statutaria, programmazione economica, distribuzione delle risorse*, in L. Iannotta, F. Pugliese e R. Marrama, *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 1992.

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

così come definiti storicamente dal legislatore statale, che può essere fissata quella soglia al di sotto della quale la differenziazione, che pure costituisce elemento connaturato ai sistemi autonomistici, diviene insostenibile²⁷.

Sembra dunque di poter affermare che l'esercizio del potere sostitutivo supererà l'esame della proporzionalità se strumentale alla piena attuazione dell'art. 2 Cost., e se in grado di garantire, *ex art.* 3 Cost., quell'uguaglianza sostanziale che, storicamente, prende corpo nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni.

Con riguardo alla necessità dell'intervento sostitutivo, l'art. 120 Cost. richiama, insieme alla leale collaborazione, il principio di sussidiarietà, al cui rispetto deve essere improntato l'esercizio dei poteri sostitutivi. Ciò implica che il ricorso ai poteri sostitutivi, essendo la sostituzione un titolo per derogare all'ordinario riparto di competenze tra Stato, regioni ed enti locali, si rivelerà non necessario qualora lo stesso fine potrà essere raggiunto attraverso altri strumenti meno invasivi, dovendosi tener conto dell'allocatione delle funzioni e concepire come del tutto eccezionale un'alterazione delle competenze²⁸.

4. Il potere sostitutivo nella legislazione di attuazione del PNRR. Inadeguatezza e intervento sussidiario

La sostituzione dello Stato costituisce, in un sistema autonomistico, una misura eccezionale che andrebbe, pertanto, prevista e adottata con maggiore cautela. Da un'altra prospettiva, l'ampliamento delle funzioni affidate agli enti territoriali, alimentando le occasioni nelle quali l'esercizio della funzione locale interseca interessi di livello generale, avrebbe reso imprescindibile l'"ordinaria" configurazione di un potere sostitutivo in capo allo Stato²⁹.

Come accennato in premessa, il d.l. n. 77/2021, nell'istituire il sistema

²⁷ Sul tema ampiamente, *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. Astone, M. Calderara, F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Torino, Giapichelli, 2006.

²⁸ Afferma F. Piga, Intervento al convegno *Aspetti e problemi*, cit.: «La questione del potere di sostituzione va dunque risolta in radice affermando con tutta sicurezza che si tratta di istituto eccezionale, di stretta interpretazione».

²⁹ Sulla complessità della decisione pubblica in un sistema policentrico, in una diversa prospettiva, C. Barbatì, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.* 2021, 15 ss., secondo la quale appare dubbio che «la qualità delle decisioni pubbliche in un sistema istituzionale policentrico possa farsi dipendere solo dai criteri che regolano la distribuzione delle competenze fra i diversi livelli di governo».

di *governance* del PNRR, le fasi e i tempi per la sua attuazione, introduce diverse ipotesi di intervento sostitutivo, in relazione al coinvolgimento degli enti territoriali, e considerata l'assoluta priorità di rispettare le scadenze previste.

Il piano nazionale di ripresa e resilienza prevede, al paragrafo «Realizzazione degli interventi», che agli stessi «provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni e gli enti locali, sulla base delle competenze istituzionali, tenuto conto del settore di riferimento e della natura dell'intervento»³⁰. Il piano, dunque, non altera l'allocazione delle competenze degli enti territoriali, ma si cala nel quadro dell'assetto delle stesse, preesistente alla sua approvazione³¹. Si capisce dunque come, in ragione delle competenze ad essi attribuite, gli enti territoriali siano ampiamente coinvolti nella attuazione degli interventi, che dovranno avvenire «con le strutture e le procedure già esistenti, ferme restando le misure di semplificazione e rafforzamento organizzativo che saranno introdotte»³².

³⁰ PNRR, 239.

³¹ M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo*, cit. Sull'ampio coinvolgimento degli enti territoriali, con particolare riguardo al ruolo delle città metropolitane, G. Palombino, *PNRR ed enti territoriali*, cit., il quale sottolinea l'interesse, sia dello Stato che degli altri enti territoriali, in relazione alla natura trasversale delle missioni individuate all'interno del Piano, aggiungendo che «una vera ripartenza non possa non passare attraverso le scelte e le iniziative di tutti i livelli di governo del territorio». In considerazione degli ambiti di competenza degli enti territoriali, gli interventi si concentrano soprattutto sulla sanità, sui servizi sociali, sui trasporti, ecc. Si rileva, ad esempio, (A. Zanardi, *Il ruolo degli Enti territoriali nell'attuazione del PNRR*, in *Astrid Rassegna*, dicembre 2022) che l'88,5 per cento del totale delle risorse allocate sulla missione 5 «Inclusione e Coesione» dovrebbe essere attivata principalmente da regioni ed enti locali, rispettivamente impegnati negli interventi che riguardano le politiche del lavoro e le politiche sociali.

³² PNRR, 239. Il piano prevede che al fine di assicurare l'efficace attuazione del PNRR, dalla progettazione alla concreta realizzazione, le amministrazioni centrali, le regioni e gli enti locali possono beneficiare di azioni di rafforzamento della capacità amministrativa attraverso l'assunzione di personale esperto a tempo determinato, con procedure di reclutamento del personale eccezionalmente snelle, o ricorrendo ad esperti esterni appositamente selezionati. Lodevoli, sotto tale profilo, benché in un'ottica limitata, le disposizioni del d.l. n. 13/2023 riguardanti il «Rafforzamento della capacità amministrativa». In particolare, l'art. 8, c. 1, prevede, al fine di consentire agli enti locali di fronteggiare le esigenze connesse ai complessivi adempimenti riferiti al PNRR, di elevare dal trenta al cinquanta per cento, in rapporto ai posti previsti in dotazione organica per la qualifica dirigenziale, la percentuale di posti di qualifica dirigenziale per i quali è possibile fare ricorso a contratti a tempo determinato. Inoltre, fino al 2026, a tali incarichi di collaborazione non si applica il vincolo della risoluzione di diritto del contratto a tempo determinato nel caso in cui l'ente locale dichiari il dissesto o venga a trovarsi in situazioni strutturalmente deficitarie. Agli enti locali che soddisfano alcuni requisiti di carattere finanziario è data la possibilità di incrementare, in deroga alle disposizioni di

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

Non può sfuggire, tuttavia, che se, come è stato evidenziato³³, gli enti territoriali costituiscono i protagonisti della fase di attuazione, circostanza inevitabile in quanto, come detto, connessa all'attuale riparto delle funzioni, un eguale coinvolgimento non c'è stato nella fase dell'adozione del piano, delle scelte strategiche su come e dove orientare la ripresa³⁴. Se, in riferimento a tale delicata fase, gli enti territoriali sono stati di fatto esclusi, è verosimile che la componente centralistica non mancherà neanche nella fase di attuazione. Del resto, se si assume l'interesse nazionale quale principio cardine del Piano nel suo complesso, e se esso viene richiamato a legittimare l'accentramento della fase decisionale³⁵, sembra conseguenziale che lo stesso emerga in fase di attuazione. Peraltro, l'art. 1, c. 2, d. l. 77/2021 riferisce letteralmente l'interesse nazionale alla «sollecita e puntuale realizzazione degli

legge, i fondi per la contrattazione integrativa destinata al personale in servizio, e di erogare gli incentivi, di cui all'art. 113, d. lgs n. 50/2016, al personale coinvolto nei progetti del PNRR. Si tratta, naturalmente, di iniziative da accogliere con favore, ma che restano confinate a questa fase, all'urgenza e alla necessità di ottenere i finanziamenti nel rispetto delle scadenze previste. Puntare ad una buona amministrazione implica una visione di più lungo periodo, una riforma strutturale che pensi ad un nuovo modello di amministrazione pubblica, a partire dalle professionalità.

³³ G. Palombino, *PNRR ed enti territoriali*, cit.

³⁴ Cfr. S. Profeti e B. Baldi, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2021, 431 ss.; G. Armao, Audizione al Senato del 22 novembre 2021 sul d.d.l. n. 2248 del 2021, per il quale «Appare evidente che l'Amministrazione statale abbia inteso conferire un assetto centripeta alla gestione dell'intero Piano, con una visione top down, esautorando nei fatti le regioni, e nonostante queste siano amministrazioni titolari di competenze costituzionalmente e statutariamente attribuite». In tal senso si auspica una maggiore partecipazione delle regioni nella fase esecutiva del PNRR. Sullo scarso coinvolgimento delle regioni C. B. Ceffa, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR*, cit.; S. Pajno, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia*, a cura di N. Antonetti e A. Pajno, Bologna, Il Mulino, 2022; M. Cecchetti, *L'intervento*, cit., che ricorda come per il Regolamento europeo «Regioni ed enti locali potevano ritenersi assimilati in tutto e per tutto ai comuni soggetti portatori di interessi non istituzionali, alla stregua di ordinari stakeholders». Sui rischi che gli interventi previsti dal PNRR comportino un mutamento in senso autoritario dei rapporti tra centro e periferie, in contrasto con la Costituzione, F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, n. 1; A. Sciortino, *L'impatto del PNRR sulle disuguaglianze territoriali: note introduttive*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3. Da un'altra prospettiva si rileva come il mancato coinvolgimento degli enti territoriali si traduca in una riduzione della partecipazione civica, necessaria ed auspicabile in quanto consente di aggregare la domanda, di rispondere ai reali interessi della popolazione, di incidere positivamente sull'efficacia delle politiche (M. Della Morte, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, n. 2.)

³⁵ G. Palombino, *PNRR ed enti territoriali*, cit., 39.

interventi», riconducendosi specificamente alla fase di attuazione dei Piani indicati al comma 1.

Il Piano mira a responsabilizzare ciascuna amministrazione titolare dei singoli interventi³⁶, ma ciò non esclude una supervisione generale sull'effettiva attuazione dell'investimento/riforma di riferimento da parte dell'amministrazione centrale. Più precisamente il Piano prevede che presso ciascuna amministrazione centrale, responsabile di una missione o di una componente del Piano, venga individuata una struttura di coordinamento con la funzione di monitorare e verificare l'attuazione degli interventi che fanno parte della missione/componente. Al ministero dell'economia e delle finanze è attribuito il ruolo di «coordinamento centralizzato»³⁷ per l'attuazione del PNRR, mentre spetta alla Cabina di regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il compito di verificare l'avanzamento del Piano e i progressi compiuti nella sua attuazione, di monitorare l'efficacia delle iniziative di potenziamento della capacità amministrativa, di interloquire con le amministrazioni responsabili in caso di riscontrate criticità, di proporre l'attivazione dei poteri sostitutivi³⁸. Questi ultimi si prospettano all'esito di una attività di vigilanza e monitoraggio, rendendo evidente l'intima correlazione tra controllo e sostituzione³⁹.

³⁶ Grava su ciascun ente attuatore effettuare i controlli sulla regolarità delle procedure e delle spese, adottare tutte le misure necessarie a prevenire, correggere e sanzionare le irregolarità e gli indebiti utilizzi delle risorse, prevenire le frodi, i conflitti di interesse al fine di evitare il rischio di doppio finanziamento pubblico degli interventi. Ugualmente ciascuna amministrazione è responsabile dell'avvio delle procedure di recupero e restituzione delle risorse indebitamente utilizzate, oggetto di frode o doppio finanziamento pubblico (PNRR, 239-240).

³⁷ Un'attenta analisi meriterebbero le svariate forme di raccordo tra Stato, regioni ed enti locali (a partire dal «Coordinamento centralizzato», che, invero, di primo acchito, sembra un ossimoro), al fine di meglio inquadrarle, nell'ambito delle relazioni intersoggettive, prescindendo dalla denominazione del legislatore.

³⁸ L'art. 4, d.l. n. 77/2021, come modificato dall'art. 1, c. 4, d.l. n. 13/2023, attribuisce anche alla segreteria tecnica, istituita presso la Presidenza del consiglio dei ministri, la competenza a sollecitare l'attivazione dei poteri sostitutivi, ex art. 12, segnalando alla cabina di regia le eventuali criticità rilevate che ne possono legittimare il ricorso.

³⁹ Il tema del rapporto tra controllo e potere sostitutivo è un tema controverso, su cui la dottrina si è spesso interrogata. Per una ricostruzione delle differenti teorie si rinvia, in questa sede, ai più recenti contributi sull'argomento (L. Buffoni, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2007; S. Papa, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008; V. Tamburrini, *I poteri sostitutivi statali*, Milano, Giuffrè, 2012; v. anche la relazione di M.R. Spasiano, *Poteri sostitutivi e discrezionalità*, Convegno AIPDA *Discrezionalità e amministrazione*, Bologna, 7 ottobre 2022, in aipda.it).

I'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

Le disposizioni del d.l. n. 77/2021, relative al potere sostitutivo, non sempre rinviano espressamente alla Costituzione, sì da funzionalizzare in modo esplicito il potere sostitutivo alla tutela di uno degli interessi di cui all'art. 120 Cost., o ad una delle materie elencate nell'art. 117, c. 2, Cost.⁴⁰. Un fondamento costituzionale potrebbe, tuttavia, rinvenirsi nell'art. 1, c. 3, d. l. n. 77/2021, rubricato «Principi, finalità e definizioni», che richiama l'art. 117, c. 2, *lett. m)* Cost., e stabilisce che le relative disposizioni definiscono livelli essenziali delle prestazioni. Inoltre, la norma precisa che «Le disposizioni contenute nel presente decreto» sono direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento UE 2021/241, sottolineando così l'«aggancio» con la competenza legislativa esclusiva statale in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'art. 117, c. 2, *lett. a)*, Cost.⁴¹.

L'articolo 12, c. 1, del d.l. n. 77/2021 prevede che in caso di mancato rispetto, da parte delle regioni e degli enti locali, degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR, «consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti o degli

Sembra che un possibile punto di approdo risieda nella considerazione della unitarietà del processo: accertamento dell'omissione, cui consegue l'esercizio del potere sostitutivo. Tuttavia, nella ricostruzione di F.G. Scoca (*Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del convegno di studi amministrativi, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 1983, 17 ss., che riprende, sul punto, il celebre saggio di U. Borsi, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi sen*, XXXII, 1916), nel controllo sostitutivo l'attività di verifica, segnatamente dell'inerzia, ha carattere servente e strumentale rispetto alla successiva attività sostitutiva. L'attività di controllo, per l'illustre Maestro, resta cosa altra e diversa; essa si sostanzia esclusivamente in un giudizio, positivo o negativo, di regolarità. Sul piano fattuale resta la penetrazione tra la previa attività di controllo o verifica e la successiva sostituzione, che si ancora al comportamento omissivo, nel senso della corrispondenza tra l'ambito dell'inerzia del soggetto controllato e il *quantum* di potere che il titolare del potere sostitutivo può esercitare.

⁴⁰ L'art. 120, c. 2, Cost. individua in capo al governo la competenza a sostituirsi ad organi di regioni o enti locali a tutela di alcuni valori fondamentali (mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali), seguendo «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

⁴¹ Si tratta tuttavia di una autoqualificazione che è apparsa discutibile, poiché via via che i tre assi strategici previsti dal Piano si vanno specificando in interventi più puntuali, emergono chiaramente delle competenze regionali. Ancor più discutibile il riferimento all'interesse nazionale contenuto nel medesimo art. 1 d. l. n. 77/2021 (M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR*, cit.).

interventi», il Presidente del consiglio dei ministri, su proposta della cabina di regia o del ministro competente, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, assegni un termine per provvedere non superiore a quindici giorni⁴². In caso di perdurante inerzia, il Consiglio dei ministri individua, non prima di aver “sentito” l’ente attuatore (si tratta dunque di un mero parere), il soggetto cui attribuire, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all’esecuzione dei progetti.

Il procedimento riprende quello generale previsto dalla l. n. 131/2003, mentre appaiono degni di nota, discostandosi dal modello tipico, alcuni ulteriori aspetti.

Con riguardo ai presupposti, oltre all’inerzia, ovvero alla mancata adozione di atti e provvedimenti, si menziona l’ipotesi più delicata, perché potenzialmente più invasiva, della difformità nell’esecuzione dei progetti, fattispecie quest’ultima che si presta a valutazioni, sebbene di natura tecnica⁴³. Inoltre, il d.l. n. 13/2023, che ha recentemente modificato il d.l. n. 77/2021, ha precisato che gli interventi sostitutivi si applicano «anche qualora il ritardo o l’inerzia riguardi una pluralità di interventi ovvero l’attuazione di un intero programma di interventi», paventando la possibilità di un intervento assai pervasivo e non specificamente mirato⁴⁴. Ancora, con riguardo ai presupposti, rileva che si considera sufficiente che l’inerzia o la difformità mettano «a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR». Sebbene in dottrina sia stata evidenziata l’assenza di una rigida distinzione tra rischio-incertezza-precauzione e pericolo-certezza-prevenzione⁴⁵, non si può non rilevare che l’art. 120 Cost., che pure si riferisce alla

⁴² L’art. 3, c. 1, d.l. n. 13/2023, che modifica l’art. 12, d.l. n. 77/2021, dimezza i termini previsti, da 30 a 15 giorni.

⁴³ Già con riguardo alla conformazione delle regioni alle sentenze della Corte, C. cost. sent. n. 121/2012, ha affermato che non solo l’inerzia, ma anche l’applicazione “distorta” da parte di una regione di una sentenza possono «ledere l’unità giuridica della Repubblica o la sua unità economica, determinando disarmonie e scompensi tra i vari territori». Del resto, ricorda la Corte, qualora la regione ritenesse errata l’interpretazione di una o più sentenze, poste a base dell’iniziativa statale, potrebbe pur sempre difendersi attivando il conflitto di attribuzione.

⁴⁴ È quanto dispone l’art. 5-bis dell’art. 12, d.l. n. 77/2021, introdotto dall’art. 3, c. 1, d.l. n. 13/2023.

⁴⁵ A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 76 ss. I.M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 2177 ss.; *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Gianì, M. D’Orsogna e A. Police, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; R. Dagostino, *Le Corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020; A. Barone, *Amministrazione del rischio e intelligenza*

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

compromissione di valori essenziali, contempra il “pericolo”, piuttosto che il rischio. La correlazione tra intervento sostitutivo e rischio, se non autorizza *tout court* una sostituzione in via precauzionale, legittima una procedura assai veloce e suggerisce una precisa interpretazione delle prerogative statali.

Si consideri, ad esempio, l'art. 12, c. 2, d.l. n. 77/2021, ai sensi del quale il ministro per gli affari regionali e le autonomie, in caso di inerzia, può promuovere iniziative di impulso e coordinamento «nei confronti dei medesimi enti» (quelli nei confronti dei quali va effettuato l'intervento sostitutivo). La norma precisa che «resta fermo l'esercizio dei poteri sostitutivi», senza chiarire quale rapporto sussista tra sostituzione e attività di impulso e coordinamento. Nel contesto della legislazione di attuazione del PNRR, del rispetto dei tempi (il “congruo” termine cui fa riferimento l'art. 8, l. n. 131/2003, è fissato nel tempo massimo di quindici giorni), e in particolare dell'obiettivo di azzerare il rischio del mancato conseguimento degli obiettivi, l'interpretazione più corretta sembra dover essere nel senso che sia stata attribuita al ministro la facoltà di attivarsi, nei confronti degli enti inadempienti, attraverso una attività di impulso e coordinamento, senza che tale attività costituisca, per l'appunto, un passaggio necessario per l'esercizio del potere sostitutivo⁴⁶.

Una diversa ipotesi di intervento sostitutivo, contenuta nell'art. 13, d.l. n. 77/2021, è prevista come via d'uscita nell'ipotesi di dissenso fra amministrazioni. Ai sensi del comma 2, ove il dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente provenga da un ente territoriale, e non sia previsto un meccanismo di superamento del dissenso, il Presidente del Consiglio dei ministri, o il ministro per gli affari regionali e le autonomie, sottopone la questione alla Conferenza permanente al fine di concordare le iniziative da assumere. In mancanza di soluzioni condivise, che consentano la sollecita realizzazione dell'intervento, il Consiglio dei ministri può attivare le opportune iniziative ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi. La norma fa espresso riferimento agli artt. 117, c. 5, e 120, c. 2, Cost.

L'assoluta priorità del rispetto dei tempi, nell'ambito dell'attuazione del PNRR, emerge palesemente da quanto disposto dal quinto comma dell'art. 12, d.l. n. 77/2021, il quale prevede una sorta di emergenza nell'emergenza

artificiale, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche, con particolare riguardo alla dottrina straniera.

⁴⁶ Di contro, alla luce del principio di leale collaborazione e del ricorso all'intervento sostitutivo come *extrema ratio*, sembra opportuno far precedere l'intervento sostitutivo da una attività di impulso e coordinamento. In tal senso la precisazione secondo cui «resta fermo l'esercizio dei poteri sostitutivi» non può che riferirsi a situazioni residuali, di carattere eccezionale, tali da non consentire la previa attività di impulso e coordinamento, finalizzata ad evitare l'intervento sostitutivo.

«ove strettamente indispensabile per garantire il rispetto del cronoprogramma del progetto». In tal caso, l'amministrazione, l'ente, l'organo, l'ufficio individuati per la sostituzione o i commissari ad acta provvedono all'adozione dei relativi atti mediante ordinanza motivata, «in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea».

Va anzitutto precisato che si tratta di una fattispecie non riconducibile alla disposizione generale contenuta nell'art. 8, c. 4, l. n. 131/2003⁴⁷, che, oltre ad essere funzionale alla tutela di uno degli interessi di cui all'art. 120, c. 2, Cost., si limita ad anticipare l'intervento sostitutivo, avendo le autonomie la possibilità di richiedere un riesame.

Nel d.l. n. 77/2021, l'organo cui è affidato il potere di intervenire in via sostitutiva può agire in emergenza, ritenendo tale intervento funzionale ed indispensabile a garantire il rispetto del cronoprogramma del progetto. Si tratta, evidentemente, di una valutazione ampiamente discrezionale, che si associa ad un potere di ordinanza sganciato dal generale rispetto della legalità. Non si tratta, infatti, di derogare ad alcune disposizioni in ragione dell'emergenza, ma al contrario di poter derogare a tutte le disposizioni, tranne ad alcune positivamente indicate.

A mitigare l'ampiezza di un tale potere intervengono due elementi: l'indispensabilità deve essere funzionalizzata alla garanzia del rispetto del cronoprogramma del progetto, il che significa che l'ordinanza, che va motivata, si legittima in relazione alla assoluta necessità di scongiurare ritardi nella attuazione del progetto; l'ordinanza deve essere comunicata all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e, nel caso in cui la deroga riguardi la legislazione regionale, deve essere adottata, previa intesa in sede di Conferenza permanente.

Di particolare interesse l'articolo 12, c. 3, d.l. n. 77/2021, che individua nel ministro, in luogo del Presidente del consiglio dei ministri, l'organo che può provvedere all'assegnazione del termine non superiore a quindici giorni e al successivo esercizio del potere sostitutivo, «nel caso in cui la richiesta di esercizio dei poteri sostitutivi provenga, per qualunque ragione, direttamen-

⁴⁷ Quest'ultima dispone che «Nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame».

L'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

te da un soggetto attuatore, ivi compresi le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, le città metropolitane, le province e i comuni»⁴⁸.

L'intervento sostitutivo, che emerge dalla disposizione in esame, non segue, unilateralmente e in chiave "punitiva", all'inerzia dell'ente territoriale, ma costituisce una forma di ausilio la cui richiesta proviene dallo stesso ente attuatore (*rectius* inattuatore). La disposizione, inoltre, nell'aprire a "qualunque ragione" offre a regioni ed enti locali la più ampia opportunità di chiedere ausilio allo Stato e dà la misura della sfiducia circa le capacità degli enti territoriali di sostenere la tempistica prevista e di raggiungere gli obiettivi prefissati.

Dalla disamina delle disposizioni relative ai poteri sostitutivi, contenute nel d.l. n. 77/2021, si evince come la tensione verso il rapido raggiungimento degli obiettivi, che permea l'intera disciplina del PNRR, e che scansiona rigidamente ogni attività rimessa agli enti territoriali, si rifletta anche sulla disciplina dell'intervento sostitutivo, caratterizzata da tempi particolarmente brevi, dall'ampiezza ed ambiguità dei presupposti che lo legittimano, da procedure d'urgenza dai confini non chiaramente definiti. Il rischio è che la sostituzione statale travalichi i limiti tracciati dalla Corte costituzionale, con particolare riguardo alla violazione dei principi di sussidiarietà, proporzionalità, leale collaborazione e pari dignità fra gli enti costitutivi della Repubblica.

⁴⁸ La disciplina del potere sostitutivo conferma il ruolo assegnato al Presidente del consiglio dei ministri e ai singoli ministri a discapito del ruolo collegiale del governo, mettendo in luce quella verticalizzazione dei poteri sostitutivi che implica l'investitura in capo al Presidente del Consiglio di un ruolo prettamente gestionale amministrativo, in controtendenza con la lettura dell'articolo 95 Cost. che ne ha fatto la legislazione ordinaria a partire dalla l. n. 400/1988 (sul punto F. Meloni, *Nuovi poteri sostitutivi per nuovi (o antichi) modelli di amministrazione*, in Atti del Convegno *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Università degli Studi del Molise, 8 e 9 aprile 2016, che si riferisce alle misure di semplificazione introdotte con la l. n. 124/2015). Sulla "verticalizzazione" del potere di governo nella gestione della cosa pubblica e sul ruolo preminente del Presidente del Consiglio A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *federalismi.it*, 2022, n. 19; E. Catelani, *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3, che parla di una «capacità di adattamento della nostra forma di governo», posto che la valorizzazione della capacità decisoria del governo, ma anche del solo Presidente del consiglio in posizione di autonomia, avviene senza alterare l'assetto costituzionale; C. Colapietro, *La forma di stato e di governo italiana alla "prova" del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3, per il quale il PNRR, sulla scia di una tendenza già in atto da qualche decennio, ha sollecitato una ridefinizione dei rapporti endogovernativi, non soltanto per l'accentuazione della "centralità" del Presidente del consiglio dei ministri, che presiede anche la cabina di regia, alla quale spettano importanti poteri di attuazione, ma anche per il ruolo centrale acquisito dal ministero dell'economia e delle finanze. Il tutto a discapito del principio di collegialità e del ruolo del parlamento.

5. La centralità della riforma della P.A. Riflessioni conclusive

L'espandersi del potere sostitutivo, segnatamente di quello ordinario, sembra costituire solo un aspetto, una spia, di una generale sfiducia verso il sistema delle autonomie, che paradossalmente si aggrava dopo la riforma del 2001⁴⁹. La crisi finanziaria, con le conseguenti misure di contenimento della spesa pubblica, particolarmente severe per le autonomie territoriali, la crisi pandemica, con l'inevitabile gestione centralizzata, gli adempimenti connessi al PNRR, e l'accelerazione delle relative procedure, hanno prodotto un accentramento dei momenti decisionali. Accanto a tali tendenze centripete si pone il dato oggettivo delle difficoltà che gli enti territoriali incontrano, pur con i dovuti distinguo, nello svolgimento delle funzioni loro affidate. La possibilità di una sostituzione sussidiaria, a richiesta dell'ente territoriale, ne è la prova evidente.

Nell'ambito delle attività connesse alla attuazione del PNRR, stanno emergendo, specialmente in alcune aree del Paese, una serie di gravi disfunzioni⁵⁰, che hanno palesato tutta l'urgenza di una riforma organica della pubblica amministrazione, nella consapevolezza che una adeguata capacità amministrativa dei governi locali costituisce una precondizione indispensabile per la fattiva attuazione del Piano e, più in generale, per l'efficiente svolgimento delle funzioni affidate. Senza i necessari "saperi"⁵¹, infatti, gli enti territoriali resteranno sempre inadeguati rispetto alle funzioni loro attribuite e, in ultima analisi, non in grado di rispondere alle esigenze della collettività amministrata⁵². Da questa prospettiva, l'obiettivo di una amministrazione

⁴⁹ Sul tema di recente A. De Siano, *Il decentramento della finanza pubblica a venti anni dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Storia di un fallimento rileggendo Antonio Brancasi*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 79 ss.; sul tema sia consentito il rinvio a L. Maccarrone, *Profili di riforma e di controriforma nell'attuale assetto delle funzioni amministrative locali*, Torino, Giappichelli, 2013. Negli ultimi anni, specialmente a seguito della pandemia, l'idea di rivedere il titolo V della Costituzione, nella prospettiva di una ricentralizzazione, si è da più parti avanzata, ritenendolo causa dei molti conflitti e sovrapposizioni di competenze tra Stato, regioni ed enti locali.

⁵⁰ L'amministrazione pubblica, dunque, può rappresentare un ostacolo rispetto alla attuazione del piano, un "collo di bottiglia" (F. Fracchia, relazione al webinar AIPDA *Next generation EU. Proposte per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 28 aprile 2021).

⁵¹ Al tema è stato dedicato il convegno annuale AIPDA 2019, *Quali saperi servono alla Pubblica Amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Pisa, 10-12 ottobre 2019.

⁵² Interessanti, in argomento, le osservazioni di R. Cavallo Perin, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 73 ss., per il quale l'intelligenza artificiale consentirebbe di formulare indicatori di capacità organizzativa di cui l'ente pubblico (il riferimento è all'art. 118 Cost.) deve disporre per poter svolgere

I'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

moderna ed efficiente trova fondamento, non soltanto nell'art. 97 Cost. e nel principio di buon andamento, ma altresì in quel principio autonomistico, espresso dall'art. 5 Cost., che impegna la Repubblica nella promozione dell'autonomia locale⁵³.

La questione investe l'esercizio di tutte le materie conferite, ma diviene di estrema delicatezza con riguardo a quelle attività amministrative dalle quali dipende l'effettività di alcuni diritti sociali, dalle prestazioni riguardanti la salute, al complesso delle misure di contrasto alla povertà, al sostegno ai disabili⁵⁴, funzioni che vedono gli enti territoriali, a partire dai comuni, impegnati in prima linea. Nell'ottica dei diritti e delle prestazioni sociali⁵⁵, colmare l'inadeguatezza delle amministrazioni, particolarmente nel Mezzo-

vecchie e nuove funzioni. Sul principio di adeguatezza R. Marrama e M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione intorno al criterio di adeguatezza*, in *Nuove autonomie*, 2000, 261 ss.

⁵³ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 60, secondo cui il principio di adeguatezza da un lato impone al legislatore di attribuire le funzioni ai diversi enti del governo territoriale tenendo conto della loro capacità di governo, dall'altra «costituisce una sorta di indirizzo politico rivolto al legislatore, sia statale che regionale, inteso all'obiettivo di ristrutturare il governo locale», in modo da adeguare alle funzioni attribuite la loro capacità di governo.

⁵⁴ C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, che riconduce la povertà, non soltanto alla scarsità di mezzi economici, ma anche alla ristrettezza di relazioni, all'isolamento e all'esclusione sociale, all'inadeguata alimentazione, alla scarsa cura della salute, ecc. Parallelamente, l'intervento pubblico finalizzato alla riduzione della povertà deve essere multiforme, ed apprezzare il fenomeno nella sua complessità. Ciò confermerebbe il ruolo centrale del servizio pubblico locale (non necessariamente in parallelo la centralità dell'ente locale) nell'ambito delle azioni del PNRR, «la sua strumentalità rispetto agli obiettivi di soddisfazione dei bisogni e di mitigazione delle fragilità» (M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in questa *Rivista*, 2022, 12).

⁵⁵ Il Piano, come è stato affermato (A. Sciortino, *L'impatto del PNRR*, cit.), «dialoga» sia con la Costituzione che con i Trattati Ue, e la questione del Mezzogiorno costituisce una priorità non solo nazionale, ma anche europea. Sotto il profilo costituzionale rilevano gli artt. 2, 3, 119 Cost., i quali rendono doverosa la perequazione territoriale; sotto quello europeo rilevano gli artt. 3.3 e 4.2 TUE, gli artt. 174 e 175 TFUE nei quali la coesione territoriale costituisce strumento per l'obiettivo di uno sviluppo armonioso tra le diverse aree dell'Ue. In tal senso la lotta alle disuguaglianze può avere un doppio ancoraggio: da una prospettiva interna agli artt. 2 e 3 Cost., al sistema dei diritti e al principio di uguaglianza; dalla prospettiva europea, che sposa quelle teorie economiche che individuano nelle disuguaglianze, anche territoriali, un rallentamento della crescita e una fonte di inefficienza economica, la lotta alle disuguaglianze viene concepita come un imprescindibile fattore di crescita anche economica: «Si potrebbe sostenere che la riduzione delle asimmetrie vengano fatte entrare nelle politiche di sviluppo perché di queste sono un fattore di accelerazione» (A. Sciortino, cit.).

giorno d'Italia, costituisce presupposto necessario rispetto all'obiettivo della coesione sociale⁵⁶ e del contrasto alle disuguaglianze territoriali⁵⁷.

⁵⁶ La missione del PNRR, «Inclusione e coesione», prevede una molteplicità di interventi a favore dei più fragili, in particolare degli anziani e dei disabili, con l'obiettivo di offrire loro pari opportunità, elevando il livello di equità sociale e superando i divari territoriali esistenti. In tal senso, come è stato osservato, il PNRR, con i suoi obiettivi di emancipazione della persona umana, il diritto alle cure, l'efficienza e la trasparenza dell'azione amministrativa, nonché il diritto ad un ambiente salubre, trova una precisa assonanza con la nostra Costituzione, specialmente con il principio di uguaglianza sostanziale (C. Colapietro, *La forma di stato e di governo*, cit.). Da ultimo, sulla centralità della persona umana nella Costituzione e sulla «riserva di umanità», G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, Cedam, 2023. Sulla coesione sociale G. De Giorgi Cezzi e P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, II, Firenze, University Press, 2016; A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 1-2; A.G. Orofino, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Dir. econ.*, 2020, 571 ss.; P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato – autonomie*, in *federalismi.it*, 2016 n. 22; G.P. Manzella, *Il "tempo" della politica di coesione*, in *federalismi.it*, 2021, n. 13; F. Manganaro, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 1 ss.; A. Barone, *Il tempo della perequazione: il mezzogiorno nel PNRR*, in *P.A. Persona Amministrazione*, 2021, n. 2.

⁵⁷ Il bilanciamento territoriale rappresenta una delle priorità che intersecano trasversalmente le sei Missioni del PNRR, anzi esso costituisce un obiettivo programmatico, insieme principio e finalità, proponendosi di ispirare politiche volte a ridurre le disparità tra un territorio e l'altro (A. Barone e F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 1). In particolare, il bilanciamento territoriale si prospetta quale principio interpretativo dell'art. 116, c. 3, Cost., nel senso che le istanze di regionalismo differenziato non potranno prescindere da una valutazione delle conseguenze in termini di squilibri territoriali, valutandosi positivamente quelle proposte che riducono e non aumentano i divari di cittadinanza (F. Manganaro, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *Astrid rassegna*, 2023, n.3). In quest'ottica, l'art. 1, c. 791, l. 29 dicembre 2022 n. 197 (legge di bilancio 2023), in vista dell'approvazione, avvenuta il 2 febbraio 2023 in Consiglio dei ministri, del d.d.l. recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario», subordina il riconoscimento dell'autonomia differenziata alla previa determinazione dei LEP. Con l'approvazione del d.d.l. e la pressione di alcuni partiti di governo verso il riconoscimento dell'autonomia differenziata, chiusa la parentesi pandemica, il tema è dunque tornato di interesse. Tra i contributi, tutti assai recenti, P. Maddalena, *L'attuazione dell'articolo 116 della Costituzione*. Bozza Calderoli, in *Ambienteditto.it*, 2022, n. 4; S. Staiano, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *federalismi.it*, 2022, n. 29; G. Rivosecchi, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *federalismi.it*, 2022, n. 4; G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *federalismi.it*, 2023, n. 1; E. Jorio, *La bozza Calderoli di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Astrid*, 9 gennaio 2023; L. Spadacini,

l'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

Un deficit strutturale che si rifletta sulla erogazione delle prestazioni, in grado di compromettere l'uguaglianza sostanziale degli individui, certamente richiede e legittima l'intervento sostitutivo dello Stato, a tutela dei livelli essenziali, ma è evidente che, in un sistema autenticamente autonomistico, non può trattarsi di una soluzione "ordinaria", o quantomeno ordinariamente prevista.

Anche ponendosi da una prospettiva meramente efficientista, non appare scontato che la sostituzione si riveli sempre di segno positivo. Basti pensare al senso di frustrazione, all'irresponsabilità che scaturisce dalla sostituzione, persino se non esercitata, essendo sufficiente che sia prevista, a decisioni affrettate e non sufficientemente ponderate assunte sotto la minaccia della sostituzione⁵⁸. Appare, dunque, improbabile che l'esercizio del potere sostitutivo possa prospettarsi quale soluzione e valida alternativa rispetto a misure di sistema volte all'efficientamento dell'azione amministrativa degli enti territoriali.

L'uso limitato del potere sostitutivo, inoltre, contribuirebbe a meglio definire le competenze dei diversi livelli di governo e con esse le rispettive sfere di responsabilità, anche nello spirito di un sistema elettorale, quello locale, che, nell'attribuire all'organo monocratico direttamente eletto dai cittadini, sindaco o presidente di regione, la guida dell'ente, deve poi consentire all'elettorato, alla fine del mandato, di esprimere un giudizio sulle effettive capacità di attuare il programma di governo proposto.

La riforma della pubblica amministrazione, che integra il PNRR, diventa dunque centrale⁵⁹. Essa è inserita tra le cosiddette riforme orizzontali e punta al ricambio generazionale, come leva fondamentale del cambiamento, alla delegificazione e semplificazione, alla reingegnerizzazione dei processi, alla digitalizzazione, allo sviluppo di nuove competenze⁶⁰. Si tratta di obiettivi

M. Podetta, *L'autonomia differenziata, la c.d. Bozza Calderoli e la Legge di bilancio per il 2023*, in *Astrid rassegna*, 2023, n. 2.

⁵⁸ F. Ledda, Intervento al convegno *Aspetti e problemi*, cit.

⁵⁹ Il reg. Ue n. 241/2021 prevede espressamente che il PNRR possa essere integrato con il piano nazionale di riforme che gli Stati membri debbono adottare. La riforma della pubblica amministrazione è considerata, a tutti gli effetti, parte integrante del Piano, e strumentale rispetto alla fattiva attuazione degli interventi.

⁶⁰ Interessanti, sul tema del come riformare l'amministrazione, le riflessioni di M. Renna, *Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 155 ss.; D.U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, 2022, n. 7.

Tuttavia, la modernizzazione della pubblica amministrazione è un obiettivo complesso, ed è evidente che non tutti gli obiettivi fissati possono essere raggiunti con la medesima cele-

ambiziosi, per raggiungere i quali si richiede un orizzonte temporale ampio; occorre, in concreto, che le risorse messe a disposizione non vadano sprecate in una visione riduttiva e di breve periodo; occorre che si guardi al futuro, a un cambiamento profondo, che si esca dalla logica dell'emergenza, sposando una prospettiva di medio o lungo periodo⁶¹.

In questa importante fase, nella quale si sta decidendo come e dove investire, tracciando le linee di sviluppo del nostro futuro, si sta anche decidendo il destino dell'autonomia territoriale. Si tratta di decidere se porre le basi per dare piena attuazione alla riforma del titolo V Cost. o se, al contrario, far prevalere le istanze centraliste così come si sono palesate negli ultimi vent'anni, frenando di fatto il disegno autonomista. La prima opzione non potrà prescindere da un potenziamento, in termini qualitativi, dell'apparato amministrativo che renda gli enti territoriali, in tutte le aree del paese, adeguati rispetto alle delicate funzioni che sono impegnati a svolgere.

Diversamente, non potrà non avvertirsi una sorta di tradimento dei precetti costituzionali e di una mortificazione della loro forza innovativa, la stessa che si avvertiva con riferimento al vecchio quadro costituzionale rispetto alla legislazione allora vigente, ovvero di una mortificazione di

rità. La relazione del Procuratore generale della Corte dei conti presentata alla fine di giugno del 2022, in occasione dell'approvazione del rendiconto generale dello Stato, fa emergere come, al mutamento del quadro normativo, non sempre corrisponde un cambiamento reale delle nostre amministrazioni. Emblematico il caso dei pagamenti, per i quali non si riesce a rispettare il termine di trenta giorni ora previsto, con evidente pregiudizio per le imprese, beneficiarie degli interventi europei.

⁶¹ Occorre inoltre superare quella logica delle "riforme manifesto", «utilizzate strumentalmente per fomentare il malcontento e la resistenza all'interno della stessa amministrazione verso ogni cambiamento dello status quo», ma incapaci di innovare davvero dal profondo le strutture amministrative (F. Fracchia, F. Goisis, M. Occhiena, M. Allena, P. Pantalone e S. Vernile, *La Transizione amministrativa*, Forum Next Generation EU, 12 marzo 2021, in [aipda.it](#)); sul tema L. Saltari, *Per l'attuazione del PNRR serve personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 433 ss.; A. Villa, *Gli interventi per gli enti territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 209, con riferimento alla legge di bilancio 2022; L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 551 ss.; E. Jorio, *Il PNRR, una sfida alla burocrazia*, in *Astrid Rassegna*, n. 17/2021; S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi.it*, 2021, n. 14, il quale evidenzia un problema di fondo: il necessario raccordo delle risorse derivanti dal PNRR con le linee del finanziamento ordinario, «in modo da mantenere nel tempo i risultati attesi e conseguiti, operando secondo linee che tengano conto del diverso grado di efficienza della spesa nei diversi territori». Alla centralità della riforma della pubblica amministrazione è dedicato il n. 2/2022 di *Istituzioni del federalismo*, *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*; ivi, in particolare, l'editoriale di G. Piperata, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, 311 ss.; A. Romeo, *Le misure amministrative per la ripresa e la resilienza economica. Il piano italiano*, 387 ss.; B. Ponti, *Le diverse declinazioni della "Buona amministrazione" nel PNRR*, 401 ss.

I'attuazione del pnrr e i poteri sostitutivi dello stato

«quegli sviluppi in senso liberalizzatore e democratico che la Costituzione faceva sperare»⁶².

Abstract

The emergencies of recent years have made the implementation of the new Tit. V of the Constitution difficult. The need for unity has led to the centralisation of decisions. Moreover, the regulation of local administrative functions is characterised by constraints and substitution powers, which the Constitutional Court has admitted. The legislation implementing the PNRR also regulates the substitution power of the State, in order to avoid the risk that local government defaults may hinder the achievement of the Plan's objectives. The inadequacy of local authorities is highlighting the centrality of public administration reform as a prerequisite for an effective expression of autonomy. In fact substitution can be legitimized exceptionally, not being able to constitute a normal remedy to the inefficiencies of the local administrations.

⁶² F Benvenuti, *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 587 ss.

ARTICOLI

LEONARDO PARONA E MARTA ALBERTINI*

REVISIONE PREZZI E COMPENSAZIONI: QUESTIONI A MARGINE DEI RECENTI INTERVENTI NORMATIVI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'adeguamento dei prezzi nella disciplina emergenziale. – 3. La complessa applicazione dei meccanismi revisionali e compensativi. – 4. Gli interventi normativi recenti e il coordinamento con la disciplina ordinaria. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Significative criticità hanno investito, nell'ultimo biennio, i contratti pubblici, complicandone l'esecuzione e pregiudicandone, non di rado, la sostenibilità economico-finanziaria. Tali criticità, riscontrabili soprattutto in relazione ai contratti di durata – fra cui in particolare quelli di lavori – hanno dapprima cominciato ad affacciarsi nell'ambito della situazione grave, complessa e inedita, delineatasi in conseguenza dell'emergenza pandemica e delle misure di *lockdown* introdotte per fronteggiarla, per poi moltiplicarsi e acuirsi di pari passo con l'aggravamento delle tensioni, poi sfociate in conflitto, tra Russia ed Ucraina, le quali hanno scosso un assetto geopolitico che si riteneva stabile e, con esso, le relazioni commerciali che lo contraddistinguevano¹. Tali vicende hanno, come noto, profondamente alterato gli equilibri economici e finanziari, generando un consistente processo inflattivo² il quale è stato trainato, in particolare, dall'aumento del costo delle materie prime, dei principali materiali da costruzione, nonché dei combustibili fossili e dell'energia.

* Il lavoro è frutto delle riflessioni comuni dei due Autori; in particolare sono attribuibili a Leonardo Parona i paragrafi 1, 4 e 5 e a Marta Albertini i paragrafi 2 e 3.

¹ In argomento si veda E. Chiti, *Guerra e diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 293.

² Si rinvia sul punto ai dati ISTAT, che a settembre 2022 ha registrato un tasso di inflazione generale del 7,1 per cento (si veda «www.istat.it/it/files//2022/10/notamensile_settembre_2022.pdf»).

Si tratta di dinamiche ampie e complesse, le quali si sono ripercosse con effetti pregiudizievoli sulla generalità degli scambi economici, investendo sia i contratti tra privati, sia l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni³. Proprio quest'ultima è stata oggetto di ripetuti interventi normativi, i quali hanno generato diverse difficoltà applicative: ci si propone in questo contributo di analizzarli e – per quanto possibile – ricondurli a sistema.

Prima di volgere lo sguardo a tali interventi, pare opportuno tratteggiare brevemente un quadro riassuntivo delle problematiche poc'anzi menzionate, atteso che, lungi dall'insistere unicamente sulla fase di esecuzione (che qui maggiormente interessa), esse si sono manifestate anche in relazione a profili e fasi differenti della contrattazione pubblica. Quanto, ad esempio, alla fase di presentazione delle offerte, la mancata rideterminazione dei corrispettivi previsti per la realizzazione di opere strategiche ha disincentivato la partecipazione delle imprese, facendo in alcuni casi andare deserte importanti gare pubbliche⁴ e comportando, in altri, la sospensione in via cautelare della procedura di gara per incongruità della base d'asta⁵. L'aumento dei prezzi di mercato, inoltre, ha talora impedito alle stazioni appaltanti di acquistare determinati beni in ragione del vincolo dei prezzi di riferimento, com'è accaduto in relazione alla fornitura di articoli di cancelleria⁶. Ancora, in relazione a situazioni in cui tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, ovvero l'avvio dei lavori, fosse trascorso un lasso di tempo significativo,

³ In termini generali si vedano sul tema G. Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2020, n. 3, 57; M. Franzoni, *Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1; L. Ambrosini, *L'interesse creditorio nell'emergenza Covid tra rimedi estintivi e tensione conservativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 1352.

⁴ Si consideri in particolare la realizzazione di infrastrutture strategiche, come ad esempio lo snodo ferroviario Tav di Verona. In relazione a quest'ultimo il primo tentativo di assegnare la gara risale a dicembre 2021 e prevedeva quale base d'asta l'importo di 60 milioni 530 mila euro per il cosiddetto "armamento" ferroviario da Rezzato a Verona Ovest (comportante la fornitura e la posa di rotaie, traversine, attacchi e deviatori, nonché la sovrastruttura ferroviaria vera e propria). Essendo andata deserta, la procedura di gara è stata nuovamente bandita, con un importo a base d'asta rivisto al rialzo del 10 per cento in ragione dell'aumento dei prezzi. Il termine per la presentazione delle offerte, peraltro prorogato, è nondimeno spirato senza che ne venisse presentata alcuna.

⁵ Così è accaduto ad esempio in relazione alla gara per l'affidamento dei lavori previsti per il primo lotto funzionale del nuovo porto commerciale di Fiumicino (cfr. TAR Lazio, sez. III, 15 aprile 2022, n. 2560).

⁶ Si veda ad esempio l'emblematica vicenda relativa all'acquisto di risme di carta, i cui prezzi sono stati rivisti per ben tre volte solo nella prima metà del 2022, con un aumento del 50 per cento nell'arco di poco più di un mese soltanto. Cfr. delibera ANAC 2 febbraio 2022, n. 36; 30 marzo 2022, n. 143 (aggiornata il 13 maggio 2022).

revisione prezzi e compensazioni

talune aggiudicatarie hanno manifestato evidenti difficoltà – se non l’oggettiva impossibilità – di rispettare i prezzi originariamente indicati nell’offerta economica, invocando di conseguenza, sebbene senza successo, la revisione anticipata dei prezzi⁷ e vedendosi da ultimo costrette a rifiutare la sottoscrizione del contratto⁸.

Nel tentativo di porre rimedio a tali problematiche il legislatore è intervenuto in via emergenziale su piani differenti, prevedendo, oltre ad un’iniziale sospensione generalizzata dei termini delle procedure di gara⁹, alcune deroghe temporanee – in parte anche prorogate – alla disciplina codicistica, le quali riguardano sia i contratti già stipulati, sia le procedure di affidamento ancora da avviarsi. Anticipando qui soltanto alcune delle principali modifiche apportate dal legislatore, e affidando al prossimo paragrafo l’analisi di dettaglio delle medesime, emerge di primo acchito l’eterogeneità delle misure adottate, tra le quali si annoverano: un meccanismo di compensazione *ex lege* (operante *una tantum*); la temporanea introduzione dell’obbligo per tutti i contratti pubblici di prevedere clausole di revisione dei prezzi; la modifica delle soglie di variazione dei prezzi (*rectius* dei costi) che danno diritto alla compensazione, nonché del valore percentuale entro il quale quest’ultima può essere accordata; l’istituzione di fondi speciali da cui l’amministrazione, in carenza di risorse proprie, può attingere per provvedere all’aumento dei corrispettivi.

Poiché molte delle soluzioni introdotte derogano alla disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici (di seguito c.c.p.) in materia di revisione prezzi, prima di esaminarle pare opportuno richiamare brevemente i tratti fondamentali di quest’ultima. È noto, a questo proposito, che – in attesa che

⁷ Come noto, e come meglio si chiarirà *infra*, la revisione dei prezzi trova applicazione nella fase dell’esecuzione del contratto e, trattandosi di un istituto sostanzialmente derogatorio rispetto alla regola della tendenziale immutabilità dell’oggetto del contratto (corrispettivo incluso), non pare potersi piegare ad interpretazioni ed applicazioni estensive, quale quella volta a ritenerla in ipotesi applicabile anche nelle more della stipulazione del contratto. Così TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239; *contra* si veda TAR Toscana, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228, con nota di A.E. Basilio, *Modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione. Una prospettiva pragmatica*, in *Urb. app.*, 2022, 551.

⁸ È del resto noto che, allorché non dovessero essere rispettati i termini indicati dalla *lex specialis* o, in mancanza di una previsione specifica, il termine di 180 giorni previsto dall’art. 32, c. 4 c.c.p., l’offerta originariamente presentata cessa di essere vincolante per l’aggiudicatario, la quale può così – legittimamente – rifiutare la sottoscrizione del contratto. Si veda ancora TAR Lombardia, Brescia n. 239/2022, in particolare punto 5.

⁹ Art. 103, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, poi prorogato dall’art. 37, d.l. 8 aprile 2020, n. 23. In argomento si veda A. Varlaro Sinisi, *L’impatto dell’emergenza Covid-19 sulle procedure di esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2020, 319.

venga approvato in via definitiva ed entri in vigore il nuovo c.c.p.¹⁰ – l'attuale disciplina codicistica differisce significativamente dal regime previgente¹¹, conferendo, in via di estrema sintesi, ampia discrezionalità alla stazione appaltante quanto alla possibilità di ricorrere alla revisione dei prezzi (che è dunque facoltativa) e imponendo a quest'ultima unicamente l'onere – nel caso in cui intenda avvalersi di tale facoltà – di esternare la propria volontà in modo chiaro, preciso e inequivocabile già negli atti di gara¹². Laddove l'amministrazione dovesse scegliere di non prevedere alcuna clausola di revisione dei prezzi, rispetto ad eventuali aumenti imprevedibili dei costi, tali da rendere le prestazioni contrattuali eccessivamente onerose, si tende ad ammettere, quantomeno in linea teorica e senza nascondere le difficoltà di natura applicativa, la facoltà dell'impresa appaltatrice di invocare la risoluzione del contratto¹³, alla quale, come noto, la stazione appaltante può

¹⁰ Nelle more della pubblicazione del presente contributo, il Consiglio dei Ministri, in vista dell'esercizio della delega di cui alla l. n. 78 del 21 giugno del 2022, ha deliberato uno schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici, in relazione al quale è attualmente in corso l'esame da parte delle Camere, chiamate ad emettere un parere ai sensi dell'art. 1, l. n. 78/2022. Il presente lavoro, soffermandosi sulla disciplina introdotta in via emergenziale e sul raccordo della medesima con quella vigente, si riferisce alle norme di cui al d.lgs. n. 50/2016. Si farà nondimeno riferimento, in relazione a specifici profili, alla disciplina in corso di adozione, come risultante dallo Schema di decreto legislativo poc'anzi citato, nel testo elaborato dal Consiglio di Stato, consultabile online al seguente indirizzo: «www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/schema-del-codice-dei-contratti-pubblici-elaborato-dal-consiglio-di-stato».

¹¹ L'art. 115, d.l.gs. 163/2006 prevedeva in generale l'obbligo, per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture (nei settori ordinari), di contemplare clausole di revisione periodica del prezzo. Clausole siffatte erano invece vietate, ai sensi dell'art. 133 del medesimo c.c.p., in relazione ai contratti di lavori, per i quali era anche espressamente esclusa l'applicabilità dell'art. 1664, c. 1, c.c. La disposizione prevedeva tuttavia, ai c. 4 e 5, dei meccanismi di compensazione qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione avesse subito, per effetto di circostanze eccezionali, variazioni superiori al dieci per cento rispetto ai prezzi rilevati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La compensazione operava in ogni caso entro il limite quantitativo della metà dell'eccedenza rispetto alla soglia del dieci per cento. In argomento si veda A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

¹² Cfr. art. 106, c. 1, lett. a), c.c.p. La norma, come noto, pone anche un limite di natura sostanziale, prevedendo che le clausole eventualmente previste non possano comportare modifiche del prezzo tali da alterare la natura generale del contratto. In argomento si veda A. De Michele, *La stipulazione e l'esecuzione del contratto*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2021 (III ed.), 507 ss., in particolare 545 ss.

¹³ Si tratta come noto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467, c. 1, c.c. che sarebbe applicabile anche ai contratti pubblici in virtù del "rinvio esterno" di cui all'art. 30, c. 8, c.c.p.

reagire proponendo di ricondurre ad equità il contratto, così da assicurarne la conservazione¹⁴. Non residuerebbe viceversa un margine significativo, benché il punto sia dibattuto e non possa essere indagato oltre in questa sede, per invocare alcuni rimedi residuali di natura conservativa previsti dal c.c.p., quali quelli relativi alle modifiche determinate da circostanze “impreviste e imprevedibili”, alle modifiche non sostanziali e alle c.d. modifiche *de minimis* per gli appalti sotto-soglia¹⁵.

Come si chiarirà nel paragrafo seguente, rispetto a tale disciplina, che ai fini della revisione dei prezzi assegna un peso significativo alle specificità di ciascuna situazione, i recenti interventi normativi apportano alcune rilevanti novità, le quali comportano, tra le altre cose, l'effetto di ridurre gli spazi di valutazione delle amministrazioni contraenti.

2. L'adeguamento dei prezzi nella disciplina emergenziale

Gli eventi eccezionali cui s'è fatto cenno in esordio hanno imposto una reazione da parte dei pubblici poteri che fosse al contempo rapida ed efficace; ciò non soltanto al fine di fronteggiare le criticità già ricordate, ma anche alla luce della necessità di perseguire entro le scadenze previste gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (di seguito PNRR). In ragione dell'indeterminatezza della portata e della durata di tali eventi, nonché dell'imponderabilità dei loro effetti, il legislatore ha privilegiato

¹⁴ Ciò in base all'art. 1467, c. 3, c.c. Si veda recentemente sul punto ancora TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 10 marzo 2022, n. 239, in particolare punto 4.2.3 (*contra* v. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 26 ottobre 2021, n. 3185). Al di là di questa ipotesi, secondo ANAC (v. Parere del 6 settembre 2022, n. 20) non sarebbe ammissibile ricorrere agli altri meccanismi conservativi previsti dal c.c. in quanto l'art. 106 c.c.p. avrebbe natura speciale, prevalendo così sull'art. 1664 c.c. Si evidenzia che l'art. 9 dello Schema del nuovo codice dei contratti pubblici prevede invece espressamente il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, in base al quale, al verificarsi di circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee all'ordinaria fluttuazione economica del mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'originario equilibrio contrattuale, all'appaltatore è riconosciuto «un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali».

¹⁵ Si vedano rispettivamente art. 106, c. 1, lett. c); lett. e); c. 2, c.c.p. Più precisamente, quanto alle modifiche determinate da “circostanze imprevedibili” di cui alla lett. c), la giurisprudenza tende, da un lato, ad escludere che queste ultime possano essere invocate dall'appaltatore, riguardando solamente situazioni che facciano insorgere in capo alla stazione appaltante la necessità di una modifica, e dall'altro che la norma si riferisca alle c.d. varianti in corso d'opera, ossia a modifiche tipologiche, strutturali e funzionali del progetto, anziché alla revisione dei prezzi (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 181).

una risposta normativa parcellizzata, avente principalmente la forma del decreto-legge.

Per esaminare portata e contenuto di tali interventi, pare opportuno chiarire in via preliminare le differenze sussistenti tra revisione prezzi e compensazione, due istituti centrali nell'ambito delle misure recentemente introdotte, la distinzione tra i quali risulta tuttavia a tratti confusa, anche in conseguenza dell'ambiguità di talune disposizioni. Entrambi gli istituti ineriscono al profilo della sostenibilità economica dei contratti pubblici di durata, ma sono contraddistinti da presupposti e regimi differenti¹⁶.

Per quanto concerne la revisione, si tratta di un istituto in virtù del quale i prezzi risultanti dall'offerta presentata dall'aggiudicataria e dal contratto effettivamente stipulato subiscono, nel corso dell'esecuzione, una variazione – in aumento o in diminuzione – volta all'adeguamento dei medesimi alle condizioni economiche correnti del mercato di riferimento. In questo senso l'istituto costituisce uno strumento di bilanciamento tra il principio per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti e quello di buona fede in fase di esecuzione, in relazione al quale la rinegoziazione – nella forma della revisione – si configura quale risvolto doveroso del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. Come anticipato, l'operatività della revisione è demandata, in base alla vigente disciplina codicistica, ad una clausola contrattuale prescrittiva delle condizioni specifiche di attivazione della medesima e della misura massima in cui la variazione è ammessa. Essendo volta all'adeguamento dei prezzi contrattuali, la modifica dell'elemento economico – e in ciò risiede la principale differenza rispetto alla compensazione – opera *pro futuro*, ossia per le prestazioni non ancora eseguite.

La compensazione, viceversa, può definirsi come il riconoscimento di una somma ad incremento dei prezzi originariamente pattuiti per prestazioni già eseguite e contabilizzate. La compensazione opera, dunque, quale indennizzo di perdite economiche già subite da una delle parti del rapporto negoziale per effetto di eventi sopravvenuti, non conosciuti né conoscibili al momento della stipula del contratto, i quali hanno reso la prestazione originariamente pattuita eccessivamente onerosa¹⁷.

Tali istituti, come anticipato, si pongono al centro delle misure introdotte in materia di contratti pubblici dal d.l. n. 73/2021, c.d. "decreto soste-

¹⁶ Non pare superfluo chiarire sin d'ora che – pur riducendolo – tali istituti non sono di per sé volti a eliminare il rischio d'impresa, che rimane dunque un elemento costitutivo del contratto d'appalto, secondo la definizione di cui all'art. 1655 c.c. Come si vedrà *infra*, il rischio assume, più precisamente, la forma di un'alea determinata in misura percentuale, al di sotto della quale le variazioni economiche rimangono a carico dell'appaltatore.

¹⁷ Cfr. parere del Mrt n. 1196 del 16 febbraio 2022.

revisione prezzi e compensazioni

gni-*bis*”, dal d.l. n. 4/2022, c.d. “decreto sostegni-*ter*” e dal d.l. n. 50/2022, c.d. “decreto aiuti”.

Un primo profilo d’interesse, dal quale pare opportuno avviare l’analisi, è rappresentato dall’ambito oggettivo di applicazione delle misure introdotte dai medesimi, che è costituito dai soli appalti di lavori¹⁸. Ciò, peraltro, con la significativa eccezione di quanto disposto dall’art. 29, d.l. n. 4/2022, che ha introdotto l’obbligo generalizzato di inserire una clausola di revisione prezzi in relazione a *tutte* le procedure di gara con bando pubblicato o lettera di invito inviata tra il 27 gennaio 2022 e il 31 dicembre 2023. Tenendo a mente la distinzione tra revisione e compensazione poc’anzi tracciata, risulta così che il legislatore abbia inteso – seppure temporaneamente – consentire alla totalità dei contratti futuri la possibilità di ottenere un adeguamento delle condizioni economiche originariamente pattuite, riservando invece ai soli contratti di lavori, e dunque, di fatto, alle imprese del settore delle costruzioni, la possibilità di ottenere una compensazione per le perdite economiche già subite. A questo proposito può qui soltanto osservarsi che, benché sia innegabile che quest’ultimo settore sia stato recentemente interessato da rincari ingenti e imprevedibili, risulta parimenti evidente che anche la fornitura di beni e l’erogazione di servizi abbiano subito analoghe ripercussioni economiche per effetto dell’aumento generalizzato dei prezzi dei materiali, dei carburanti e dell’energia¹⁹. Queste ultime non sono state tuttavia incluse nell’ambito di applicazione delle misure compensative²⁰.

Un secondo profilo d’interesse attiene all’efficacia temporale dei meccanismi contemplati dagli interventi normativi, la quale si contraddistingue per un’estrema eterogeneità, dalla quale è dipesa l’opinabile esclusione di una porzione non irrilevante dei rapporti contrattuali delle pubbliche amministrazioni. Con riguardo al primo intervento normativo rilevante per la materia *de qua*, ossia il d.l. n. 73/2021, l’art. 1-*septies* ha previsto un mecca-

¹⁸ Il riferimento corre in particolare all’art. 1-*septies*, d.l. n. 73/2021 e all’art. 26, d.l. n. 50/2022.

¹⁹ L’art. 60 dello Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede l’introduzione, a regime, dell’obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere una clausola di revisione dei prezzi in relazione a tutti i contratti pubblici. A questo proposito si evidenzia l’estensione di tale obbligo – apprezzabile dal punto di vista della coerenza del quadro normativo – anche agli appalti di servizi e alle forniture che, come visto, erano invece esclusi dalla disciplina emergenziale.

²⁰ Tale criticità è stata rilevata anche dall’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che nel comunicato del Presidente dell’Autorità, emesso in occasione della conversione del d.l. n. 4/2022, ha invitato Governo e Parlamento ad estendere l’applicazione del meccanismo compensativo previsto per i lavori pubblici anche agli appalti di servizi e forniture (cfr. Comunicato del 22 febbraio 2022), non ritenendo giustificabile tale disparità di trattamento.

nismo compensativo applicabile in presenza dei seguenti presupposti: aver presentato l'offerta nel corso dell'anno 2020 o in anni precedenti²¹; essere parti di un contratto in corso di esecuzione alla data del 25 luglio 2021²²; infine, aver eseguito e contabilizzato i lavori nel corso del primo semestre del 2021²³. Il primo presupposto determina, quale diretta conseguenza, l'esclusione dall'ambito di applicazione della disposizione dei contratti per i quali l'offerta sia stata presentata nel corso dell'anno 2021, nella convinzione che l'appaltatore abbia ponderato con sufficiente cautela – o quantomeno avrebbe potuto farlo – le condizioni di mercato, presentando un'offerta economica che tenga conto delle eventuali oscillazioni. La l. n. 234/2021 (legge di bilancio 2022) ha poi esteso tale meccanismo compensativo anche ai lavori eseguiti e contabilizzati nel corso del secondo semestre del 2021, mantenendo invariati gli altri due presupposti. Il Governo è successivamente intervenuto con il d.l. n. 4/2022, dettando una disciplina applicabile alle procedure di gara con bando o lettera di invito rispettivamente pubblicato o inviata nel periodo ricompreso tra il 27 gennaio 2022 e il 31 dicembre 2023. Tale decreto presenta differenze di rilievo rispetto alla disciplina emergenziale che lo ha preceduto; da un lato, come anticipato, si è temporaneamente introdotto l'obbligo generalizzato di inserire una clausola revisionale all'interno della documentazione di gara, dall'altro, si è previsto un nuovo meccanismo compensativo. In merito a quest'ultimo, si osserva che, per

²¹ Tale presupposto è stato precisato dalla circolare del MIT n. 43362 del 25 novembre 2021, recante “Modalità operative per il calcolo e il pagamento della compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi ai sensi dell'art. 1-*septies* del d.l. n. 73/2021, convertito con modificazioni dalla Legge n. 106/2021”. Al punto 2.3 la circolare esclude infatti dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta. Anche il decreto ministeriale 11 novembre 2021, recante “Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi”, conferma tale presupposto, giacché all'Allegato I riporta i prezzi medi per l'anno 2020 e all'Allegato II quelli relativi agli anni dal 2019 al 2003, non riferendosi dunque al 2021.

²² Cfr. parere del MIT n. 1196 del 16 febbraio 2022 nel quale si chiarisce che la definizione di contratto in corso di esecuzione comprende sia il contratto stipulato, sia i lavori per i quali si sia proceduto, ai sensi di legge, mediante la consegna in via d'urgenza. Si veda anche la delibera ANAC n. 63 dell'8 febbraio 2022 che precisa, con riguardo alla fase di ultimazione, che un contratto debba ritenersi in corso di esecuzione, qualora non sia già stato emesso ed approvato il certificato di collaudo o di regolare esecuzione, ancorché i lavori siano stati ultimati.

²³ In merito al concetto di lavori “contabilizzati” pare utile riferirsi alla posizione di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili) secondo cui non debbono ritenersi contabilizzati unicamente i lavori assoggettati a stato di avanzamento (c.d. SAL), ma anche quelli inseriti in documenti contabili ufficiali.

revisione prezzi e compensazioni

espressa previsione di legge, esso non si applica ai lavori interamente eseguiti nell'anno di presentazione dell'offerta²⁴. Da ciò risulta che per tutte le gare (di lavori) con offerta presentata nel corso dell'anno 2022, il meccanismo compensativo potrà operare solo a partire dal 2023 e che esso non potrà altresì attivarsi per le gare con termine di presentazione dell'offerta nel 2023 e lavori eseguiti nel medesimo anno, dal momento che il d.l. n. 4/2022 cesserà definitivamente la propria vigenza il 31 dicembre 2023. L'effettiva operatività del meccanismo compensativo così introdotto risulta dunque circoscritta ad un periodo piuttosto breve.

Se la *ratio* – di per sé condivisibile – è, ancora una volta, quella di escludere la compensazione in relazione a lavori ultimati nell'anno di presentazione dell'offerta, perché tale è, secondo il legislatore, l'arco temporale entro cui le oscillazioni del mercato devono essere sopportate dalle imprese, l'impatto del conflitto russo-ucraino ha nondimeno imposto di intervenire anche in relazione ai lavori da eseguirsi e contabilizzarsi nel corso dell'anno 2022. A ciò ha provveduto il Governo, dapprima con il d.l. n. 17/2022 (c.d. "decreto energia") e successivamente con il d.l. n. 50/2022 che, sostituendo la disciplina dettata dal primo, lo ha abrogato²⁵. Quest'ultimo introduce per l'appunto una disciplina di adeguamento dei prezzi²⁶ relativamente all'arco temporale lasciato scoperto dal d.l. n. 4/2022, applicandosi ai casi in cui l'offerta sia stata presentata entro il 31 dicembre 2021, per lavori eseguiti e contabilizzati dal 1° gennaio al 31 dicembre 2022.

Dai diversi ambiti di applicazione temporale delle misure sin qui considerate restano a ben vedere escluse le imprese che abbiano presentato offerta tra il 1° gennaio 2022 (data a partire dalla quale non è più possibile rientrare nell'ambito di applicazione del d.l. n. 50/2022) e il 26 gennaio 2022 (considerato che dal giorno successivo si rientra nell'ambito di applicazione del d.l. n. 4/2022). Per questo, seppure limitato, periodo non ci si potrà che riferire ai rimedi ordinari previsti dalla disciplina ordinaria *ratione temporis* applicabili²⁷.

Un terzo profilo meritevole di approfondimento attiene alle modalità

²⁴ Cfr. art. 29, c. 5, d.l. n. 4/2022.

²⁵ Cfr. art. 26, c. 10, d.l. n. 50/2022.

²⁶ Il meccanismo di adeguamento dei prezzi contrattuali introdotto dal d.l. 50/2022 opera retroattivamente rispetto alla sua entrata in vigore; per i lavori eseguiti e contabilizzati dal 1° gennaio 2022 fino alla data della sua entrata in vigore, ossia il 18 maggio 2022, il decreto prevede l'emissione di un certificato di pagamento straordinario, che compensi l'appaltatore per i lavori già eseguiti e per i quali era già stato corrisposto l'importo pattuito nel contratto.

²⁷ Il riferimento corre, da un lato agli artt. 133, d.lgs. n. 163/2006, e 106, c. 1, lett. a),

in base alle quali operano gli istituti introdotti dal legislatore e dunque, in ultima analisi, alla ripartizione del rischio tra stazione appaltante e imprese. Per esaminare tale aspetto pare utile trattare distintamente: i meccanismi compensativi previsti dagli artt. 1-*septies*, d.l. n. 73/2021 e 29, c. 1, lett. b), d.l. n. 4/2022; la clausola revisionale di cui all'art. 29, c. 1, lett. a), d.l. n. 4/2022; e, infine, il meccanismo di adeguamento dei prezzi prefigurato dall'art. 26, d.l. n. 50/2022.

Per quanto riguarda la compensazione, è bene precisare che in entrambe le disposizioni in cui è contemplata, essa è riconosciuta sulla scorta di rilevazioni dei prezzi effettuate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT²⁸), previa decurtazione di un'alea all'uopo stabilita. Le variazioni attestate dal Ministero vengono poi applicate dalla stazione appaltante alle quantità di materiale effettivamente utilizzate dall'appaltatore e di seguito liquidate, con le precisazioni di cui si dirà al paragrafo successivo. Le principali differenze tra i due meccanismi compensativi sono costituite dal metodo impiegato per rilevare le variazioni dei prezzi e dalle percentuali di alea a carico dell'impresa²⁹. Inoltre, mentre il d.l. n. 73/2021 ricorre ad un automatismo, in base al quale l'impresa è esonerata dalla prova delle somme richieste a titolo compensativo³⁰, il d.l. n. 4/2022 impone invece all'appaltatore, da un

d.lgs. n. 50/2016) e, dall'altro, ai rimedi contemplati dal codice civile – in particolar modo dall'art. 1467 c.c.

²⁸ Come noto, l'art. 1, d.l. 11 novembre 2022, n. 173 (conv. mod. l. 16 dicembre 2022, n. 204), modificando l'art. 2, c. 1, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, ha ristabilito tale denominazione in luogo di quella di Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In questo contributo si impiegherà dunque la denominazione attualmente vigente, nella forma dell'acronimo MIT.

²⁹ L'art. 1-*septies*, c. 3, d.l. n. 73/2021 ha previsto, per il primo e il secondo semestre del 2021, un'alea dell'8 per cento per offerte presentante nel 2020 e del 10 per cento per offerte presentante negli anni precedenti. L'art. 29, c. 1, lett. b), d.l. n. 4/2022 ha previsto per il 2023 un'alea del 5 per cento, con riconoscimento, in ogni caso, dell'80 per cento della somma individuata a titolo di eccedenza subita dall'impresa.

³⁰ Il punto è stato inizialmente controverso, giacché l'art. 1-*septies*, d.l. n. 73/2021, non prevedeva alcunché in merito all'eventuale onere dell'appaltatore di allegare documenti per dare prova dell'aumento di prezzi subito. Il d.m. 30 settembre 2021 recante "Modalità di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi di materiali da costruzioni di cui all'articolo 1-*septies*, comma 8 del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, della legge 23 luglio 2021, n. 106" disponeva tuttavia, all'art. 2, c. 4, che per ciascuna istanza di compensazione, per la quale la stazione appaltante avesse richiesto l'accesso al Fondo, si sarebbe dovuta trasmettere al Ministero anche la "documentazione giustificativa prodotta dall'impresa". Tale punto è stato definitivamente risolto con l'entrata in vigore del d.l. n. 4/2022, il cui art. 29, c. 13 ha modificato il c. 8 dell'art. 1-*septies*, d.l. n. 73/2021, precisando che «ai fini dell'accesso al fondo, i giustificativi da allegare alle istanze di compensazione consistono uni-

revisione prezzi e compensazioni

lato, di documentare l'aumento subito tramite una documentazione adeguata – ricorrendo anche a dichiarazioni rese da fornitori e subcontraenti – e, dall'altro, subordina l'accoglimento dell'istanza di compensazione al rispetto del cronoprogramma dei lavori³¹.

Per quanto concerne la revisione dei prezzi, si è già anticipato a più riprese che l'art. 29, d.l. n. 4/2022, introduce temporaneamente una deroga all'art. 106, c. 1, lett. a), primo periodo c.c.p., rendendo transitoriamente obbligatorio l'inserimento da parte delle stazioni appaltanti di una clausola revisionale all'interno della documentazione di gara in relazione a tutte le procedure aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo posto a base d'asta. Deve però aggiungersi qui che la norma fa nondimeno salvo quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della disposizione derogata, con la conseguenza che la clausola dovrà stabilire in modo chiaro la portata e la natura delle modifiche, nonché le condizioni al verificarsi delle quali vi si potrà ricorrere, facendo in particolare riferimento alle variazioni rispetto ai prezzi e ai costi standard, ove definiti. Resta, inoltre, fermo che la modifica derivante dalla revisione del prezzo non può, in ogni caso, alterare la natura generale del contratto. La disposizione introdotta in via emergenziale, inoltre, non interviene sul periodo successivo della disposizione codicistica, che, riferendosi esclusivamente ai lavori, dispone che le variazioni di prezzo, in aumento o diminuzione, possano essere valutate sulla base dei prezzi regionali solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento del prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Non vi sono elementi testuali, né desumibili in via ermeneutica, per dubitare che tale previsione rimanga applicabile anche durante il periodo di vigenza della disciplina transitoria, con la conseguenza che ad essa pare doversi conformare il contenuto delle clausole di revisione per le procedure di gara aventi ad oggetto lavori pubblici.

Il quadro delle misure recentemente introdotte è infine completato dal d.l. n. 50/2022, che introduce una disciplina di adeguamento dei prezzi la quale, in base alla distinzione precedentemente tracciata, può essere definita in parte revisionale e in parte compensativa. In particolare, i contratti che rientrano nell'ambito di applicazione di tale decreto³² ottengono una

camente nelle analisi sull'incidenza dei materiali presenti all'interno di lavorazioni complesse, da richiedere agli appaltatori, ove la stazione appaltante non ne disponga».

³¹ Art. 29, c. 4, d.l. n. 4/2022.

³² L'adeguamento dei prezzi di cui all'art. 26, d.l. n. 50/2022 si applica ai contratti di lavori, per i quali l'offerta sia stata presentata entro il 31 dicembre 2021 e i lavori siano stati eseguiti e contabilizzati dal direttore lavori, ovvero annotati sotto la sua responsabilità nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2022 al 31 dicembre 2022. L'art. 1, c. 458, l. 22 dicembre

revisione prezzi in occasione dello stato avanzamento lavori (c.d. “SAL”), il quale dovrà redigersi tenendo conto dei prezzari regionali aggiornati. A tal fine, l’art. 26 comma secondo ha imposto alle Regioni di effettuare, eccezionalmente, un aggiornamento infra-annuale dei prezzi (entro il 31 luglio 2022³³), seguendo i criteri stabiliti dall’ISTAT tramite apposite linee guida³⁴. Per quanto concerne gli eventuali stati avanzamento lavori già emessi tra il 1° gennaio 2022 e la data di entrata in vigore del decreto (il 18 maggio 2022), il primo comma dell’art. 26 prevede l’emissione di certificati di pagamento straordinari, volti a compensare le imprese per le lavorazioni già contabilizzate e pagate. A differenza degli istituti sin qui considerati, l’onere di procedere all’adeguamento dei prezzi previsto dal d.l. n. 50/2022 incombe sulla stazione appaltante che, al momento della redazione della contabilità ufficiale, dovrà tener conto dell’aggiornamento intervenuto e registrato nei prezzari regionali.

Il riferimento ai soli prezzari regionali impone, tuttavia, di interrogarsi in merito all’applicabilità dell’adeguamento anche ai prezzi stabiliti senza far riferimento a questi ultimi. Più precisamente, sebbene l’utilizzo del prezzario sia obbligatorio *ex art. 23*, ultimo comma, c.c.p., quest’ultimo non contempla tutte le voci di costo del settore dei lavori. Ciò comporta che le voci non previste dovranno necessariamente essere ricostruite dal direttore dei lavori, mediante un’analisi del mercato di riferimento³⁵. La norma, infine, dispone che l’adeguamento dei prezzi contrattuali debba essere effettuato anche dai soggetti che operano nei settori speciali, i quali dovranno a tal fine aggior-

2022, n. 197 (legge di Bilancio 2023) ha modificato l’art. 26, d.l. n. 50/2022, introducendo i c. 5-*ter* e dal 6-*bis* al 6-*sexies*. In particolare, i nuovi c. 6-*bis* e 6-*ter* prevedono l’estensione del meccanismo di adeguamento prezzi anche al 2023, stabilendo che se l’offerta è stata presentata nel 2021, i maggiori importi, determinati mediante l’applicazione del prezzario aggiornato, sono riconosciuti, al netto del ribasso d’asta offerto, nella misura del 90 per cento. Diversamente, per i contratti stipulati sulla base di un’offerta presentata nel 2022, i maggiori importi sono riconosciuti nella misura dell’80 per cento. Si evidenzia inoltre che, diversamente dalla formulazione originaria dell’art. 26 d.l. n. 50/2022, in cui si richiedeva che i lavori fossero eseguiti “e” contabilizzati nel 2022, la Legge di Bilancio ha reso tali condizioni non più cumulative bensì alternative, essendo dunque sufficiente che le lavorazioni siano eseguite “o” contabilizzate nel corso dell’anno 2023.

³³ L’art. 1, c. 371, l. n. 197/2022 impone alle Regioni di provvedere ad un ulteriore aggiornamento dei prezzari regionali entro il 31 marzo 2023. In caso di inadempienza, i prezzari saranno aggiornati, entro i successivi quindici giorni, dal MIT, sentite le Regioni interessate.

³⁴ Ai sensi del terzo comma di tale disposizione, nelle more dell’aggiornamento dei prezzari, le stazioni appaltanti riconoscono alle imprese variazioni fino al 20 per cento, salvo poi conguagliare le somme erogate, in aumento o in diminuzione, una volta intervenuto il nuovo prezzario.

³⁵ In questi termini il parere del MIT n. 1330 del 23 maggio 2022.

nare i propri prezzi e riconoscere all'impresa appaltatrice l'incremento ivi registrato, secondo le modalità previste dall'art. 26 per gli appalti la cui base d'asta sia stata determinata facendo riferimento ai prezzi regionali³⁶.

3. La complessa applicazione dei meccanismi revisionali e compensativi

Pur avendo tentato di offrire una lettura sistematica dei recenti interventi normativi, l'analisi svolta nel precedente paragrafo non ha potuto nascondere la natura frammentaria e stratificata. Da ciò discende una notevole complessità, la quale diviene palese allorché dal piano dell'analisi normativa si muova verso quello dell'applicazione in concreto della disciplina da parte delle stazioni appaltanti. Da questo punto di vista, numerose difficoltà operative contraddistinguono i meccanismi compensativi e revisionali introdotti, minacciandone l'efficacia complessiva.

Una prima problematica di cui pare doveroso dare evidenza attiene alle modalità di accesso ai meccanismi di adeguamento dei corrispettivi. Il d.l. n. 73/2021 distingue a questo proposito tra variazioni in aumento e variazioni in diminuzione dei prezzi contrattuali, prevedendo che il procedimento prenda avvio su istanza di parte per le prime e d'ufficio per le seconde. In particolare, per quanto concerne le variazioni in aumento – che, dato il contesto attuale, rilevano maggiormente in questa sede – si precisa che l'appaltatore deve presentare l'istanza di compensazione a pena di decadenza entro il termine di quindici giorni, decorrenti dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto di rilevazione degli incrementi rilevati dal MIT³⁷. Anche il d.l. n. 4/2022 mantiene fermo l'onere dell'appaltatore, laddove intenda accedere alla compensazione, di presentare un'istanza a pena di decadenza entro il diverso termine di sessanta giorni, sempre decorrenti dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto del MIT. Come già visto, tuttavia, l'impresa dovrà in questo caso provare, allegando una documentazione adeguata, l'aumento subito e dimostrare di aver rispettato il cronoprogramma³⁸.

Sotto il diverso profilo della determinazione dell'importo da ricono-

³⁶ Cfr. art. 26, c. 12, d.l. n. 50/2016.

³⁷ Art. 1-*septies*, c. 4, d.l. n. 73/2021. Sul punto si veda inoltre la già citata circolare MIT n. 43362/2021, che al punto 2.4 dispone che «alle eventuali compensazioni non si applica l'istituto della riserva, trattandosi di un diritto che discende dalla legge in presenza dei presupposti ivi fissati».

³⁸ Si veda *supra* nota ³¹.

scere all'appaltatore a titolo di compensazione, un secondo fattore di complessità applicativa discende dalla previsione di formule diverse per ciascuno degli strumenti compensativi in commento. L'art. 1-*septies*, d.l. n. 73/2021 ha demandato al MIT l'adozione di un decreto per la rilevazione degli incrementi registrati per i materiali da costruzione più significativi rispettivamente per il primo³⁹ e per il secondo semestre del 2021⁴⁰. Il Ministero, pertanto, ha dovuto individuare, tra tutti, i materiali colpiti dai rincari più rilevanti mediante apposite analisi di mercato, rilevandone i prezzi e quantificando l'incremento percentuale rispetto al 2020 e agli anni precedenti⁴¹. Diversamente, il d.l. n. 4/2022 ha previsto l'adozione da parte dell'ISTAT di apposite linee guida volte a determinare i criteri in base ai quali il MIT avrebbe dovuto successivamente rilevare con cadenza semestrale gli incrementi percentuali dei materiali da costruzione ritenuti più rilevanti⁴². L'art. 26, d.l. n. 50/2022, infine, contempla una soluzione completamente differente rispetto alle precedenti; quest'ultima norma non si basa infatti su un decreto di rilevazione degli incrementi dei materiali più significativi da parte del MIT, bensì sul riconoscimento all'impresa appaltatrice della differenza, depurata del ribasso d'asta e corrisposta nella misura del 90 per cento, registrata da ogni singolo materiale all'esito dell'aggiornamento del prezzario regionale, adempimento demandato alle Regioni con termine al 31 luglio 2022⁴³. L'eterogeneità di tali soluzioni comporta delle ricadute applicative non indifferenti. Nel caso dei decreti n. 73/2021 e n. 4/2022, che affidano la rilevazione al MIT, la compensazione da riconoscere all'impresa appaltatrice è limitata agli incrementi registrati per i soli materiali ritenuti più rilevanti⁴⁴. Al contrario, il d.l. n. 50/2022 prevede un meccanismo di adeguamento generalizzato e comprensivo di tutti i prezzi contrattuali⁴⁵.

Un terzo profilo di criticità al quale pare da ultimo doveroso fare cenno, data la sua dirimente rilevanza pratica, attiene alla effettiva disponibilità delle finanze occorrenti per l'erogazione di compensazioni e revisioni.

³⁹ Cfr. d.m. 11 novembre 2021.

⁴⁰ Cfr. d.m. 4 aprile 2022.

⁴¹ I decreti ministeriali citati alle note precedenti riportano, nell'allegato I, le rilevazioni percentuali rispetto all'anno 2020, per le quali è prevista l'applicazione di un'alea dell'8 per cento e, nell'allegato II, le rilevazioni percentuali rispetto agli anni precedenti (dal 2019 fino al 2013), per le quali è prevista l'applicazione di un'alea del 10 per cento.

⁴² Cfr. art. 29, c. 2, d.l. n. 4/2022.

⁴³ Cfr. art. 26, c. 1 e 2, d.l. n. 50/2022.

⁴⁴ Cfr. parere del MIT n. 1356 del 28 marzo 2022.

⁴⁵ Si veda quanto osservato *supra* (par. 2) a proposito dei prezzari regionali e di quelli autonomamente predisposti dalle stazioni appaltanti (v. in particolare nota³⁴).

revisione prezzi e compensazioni

Benché infatti la sussistenza dei presupposti di volta in volta prescritti dalle norme in commento faccia sorgere in capo all'impresa richiedente un diritto di credito⁴⁶, è inevitabile che la concreta soddisfazione della pretesa creditoria finisca per confrontarsi con la limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione delle singole amministrazioni, le quali possono occasionalmente trovarsi nell'oggettiva impossibilità di liquidare tali somme⁴⁷. A questo proposito, la stazione appaltante è tenuta ad impiegare *in primis* risorse proprie, le quali possono derivare da economie accantonate nell'esecuzione del contratto in questione oppure da eccedenze che dovessero residuare al termine dell'esecuzione di un diverso contratto – stipulato dalla medesima stazione appaltante e a patto che sia già intervenuto il collaudo. Laddove tali risorse dovessero rivelarsi insufficienti, la stazione appaltante potrà accedere, previa presentazione di apposita domanda, ad alcuni fondi statali istituiti *ad hoc*⁴⁸. Sussistendo i presupposti per accordare la compensazione, il MIT, titolare dei fondi, liquiderà le stazioni appaltanti che, a loro volta, erogheranno le compensazioni a favore delle imprese richiedenti. La capienza, significativa ma non illimitata, di tali fondi, rappresenta un ulteriore – per quanto ineludibile – limite applicativo degli interventi normativi in questione.

Sul punto deve infine rilevarsi che, ad eccezione degli interventi finanziati con i fondi del PNRR e del Piano nazionale degli investimenti comple-

⁴⁶ Può qui soltanto ricordarsi che le controversie in materia rientrano fra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. e), n. 2 c.p.a., che attribuisce a quest'ultimo le controversie «relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica» (per un difetto di coordinamento la disposizione mantiene poi il riferimento alle norme del codice previgente, anziché all'art. 106, c. 1, lett. a) del c.c.p. attualmente vigente). Secondo la giurisprudenza ormai prevalente, nella giurisdizione esclusiva rientrano non soltanto le controversie concernenti l'*an*, ma anche quelle concernenti la determinazione del *quantum* dovuto a titolo di revisione, essendo devolute alla giurisdizione ordinaria unicamente le controversie concernenti il mero pagamento delle somme dovute, una volta che queste siano già state quantificate o allorché il loro esatto importo discenda dalla semplice applicazione di formule matematiche previste dal contratto. Sul punto si vedano *ex multis* Cass. sez. un., 10080/2020, 3160/2019, 489/2019, 24411/2018; Cons. St., sez. V, 5446/2019; sez. III, n. 1937/2019. Deve dunque ritenersi superato il più risalente orientamento (v. *ex multis* Cass. sez. un. 3 novembre 2005, n. 21292) che attribuiva al giudice amministrativo le controversie sull'*an debeatur* e al giudice ordinario tutte quelle relative al *quantum*.

⁴⁷ Cfr. circolare MIT n. 43362/2021, punto 2.4.

⁴⁸ Cfr. art. 1-*septies*, c. 6, d.l. n. 73/2021, art. 29, c. 7, d.l. n. 4/2022 e art. 26, c. 1, d.l. n. 50/2022. La disciplina di accesso ai Fondi è contenuta nel d.m. MIT 30 settembre 2021, per i lavori eseguiti e contabilizzati nel corso del primo semestre del 2021 e, nel d.m. MIT 5 aprile 2022, per i lavori eseguiti e contabilizzati nel corso del secondo semestre 2022.

mentari⁴⁹, il legislatore non ha previsto alcun termine per lo svolgimento dell'istruttoria necessaria alla valutazione delle domande di accesso al fondo presentate dalle stazioni appaltanti, né per la corresponsione delle somme, determinando così gravi ripercussioni sulla liquidità delle imprese, anche sotto il profilo dell'accesso al credito bancario⁵⁰.

4. Gli interventi normativi recenti e il coordinamento con la disciplina ordinaria

Accanto alle problematiche di natura applicativa appena discusse, i recenti interventi normativi e – soprattutto – la loro interazione con la disciplina ordinaria, sollevano una serie di interrogativi di portata più ampia, sui quali preme soffermarsi prima di svolgere alcune considerazioni conclusive. Pur non presentando l'urgenza pratica che contraddistingue le questioni rilevate nel precedente paragrafo, tali interrogativi paiono imprescindibili nella prospettiva di un'indagine che ambisca a volgere lo sguardo al di là della dimensione contingente e che si sforzi di conferire, per quanto possibile, sistematicità allo stratificato quadro normativo che va delineandosi nella materia *de qua*.

Un primo interrogativo concerne l'efficacia delle misure introdotte. Occorre infatti domandarsi se, e in che modo, i recenti interventi approntino rimedi capaci di fare fronte in maniera effettiva alle criticità che essi si prefiggono di risolvere, quale, principalmente, l'aumento improvviso dei costi che le imprese debbono sostenere per adempiere all'obbligazione contrattuale. Non può a questo proposito negarsi che le norme introdotte affrontino la questione dell'adeguamento prezzi con un grado di specificità significativamente maggiore rispetto a quello che contraddistingue la disciplina codicistica. Come anticipato, infatti, l'art. 106 c.c.p. considera la revisione dei prezzi come una delle possibili modifiche del contratto durante il periodo di esecuzione, disciplinandola congiuntamente ad una serie di istituti che appaiono oggettivamente diversi fra loro, quali principalmente le modifiche soggettive, le modifiche oggettive del contratto (non necessaria-

⁴⁹ Cfr. art. 26, d.l. n. 50/2022. Il d.m. MIT 17 giugno 2022 disciplina l'accesso al fondo per lavori eseguiti e contabilizzati nel corso del 2022, finanziati con risorse PNRR; il d.P.C. del 28 luglio 2022 disciplina l'accesso al fondo per le opere indifferibili.

⁵⁰ È evidente che difficilmente gli istituti di credito reputeranno certo, liquido ed esigibile il credito maturato a titolo di compensazione dall'impresa nei confronti delle stazioni appaltanti in un contesto in cui non vi è certezza circa la capienza dei fondi e i termini della liquidazione di tali somme.

revisione prezzi e compensazioni

mente incidenti sul corrispettivo), le varianti in senso stretto, e la c.d. modifica del quinto. Non è questa la sede per rivolgere critiche al legislatore per aver considerato unitariamente tali fattispecie – come del resto già osservato da più parti⁵¹; basti qui sottolineare l'apprezzabilità della scelta di intervenire sulla revisione dei prezzi tramite norme *ad hoc*⁵², atteso che l'istituto comporta, a differenza delle altre ipotesi di modifica in corso di esecuzione del contratto⁵³, valutazioni di ordine diverso e, almeno in parte, standardizzabili.

Il contributo maggiore in termini di efficacia – intesa come possibilità effettiva, sussistendone i presupposti, di ottenere l'adeguamento dei corrispettivi – pare derivare da due fattori principali. Il primo risiede nell'introduzione dell'obbligo (seppure per ora temporalmente circoscritto) d'inserire nel contratto la clausola di revisione prezzi, sottraendo tale scelta alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti, le quali, in ragione del contesto attuale, potrebbero altrimenti essere comprensibilmente restie a farlo. Il secondo fattore riguarda la previsione di risorse aggiuntive, quali quelle stanziare attraverso i Fondi speciali, cui attingere per erogare le somme dovute a titolo di compensazione⁵⁴. In altre parole, il fatto di sottoporre l'istituto ad una normativa non derogabile da parte della stazione appaltante, da un lato, e di disporre di meccanismi compensativi a copertura finanziaria tendenzialmente assicurata, dall'altro, potrebbero effettivamente mitigare in modo significativo le incertezze – di natura economica e giuridica – alle quali le imprese sarebbero altrimenti esposte.

In secondo luogo, ammettendo che le misure introdotte possano – in ipotesi – considerarsi idonee ad evitare che circostanze oggettivamente

⁵¹ Il punto già stato rilevato da Cons. St., comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855. La critica, peraltro, va rivolta all'art. 72, dir. 2014/24/Ue (nonché all'art. 89, dir. 2014/25/Ue), del quale la norma codicistica rappresenta una mera riproduzione testuale. In argomento si vedano G. Musolino, *Art. 106 – Modifica di contratti durante il periodo di efficacia* (commento), in A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2022 (IV ed.), 1096 ss.; D. Bolognino, *L'esecuzione e le vicende del contratto*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019 (II ed.), 774, in particolare 777 ss.

⁵² Ciò al netto della natura frammentaria e alluvionale della disciplina introdotta in via emergenziale, con i numerosi problemi conseguenti a tale circostanza che già si sono messi in luce nei precedenti paragrafi.

⁵³ Si tratta in questi casi di decisioni individualizzate, si pensi ad esempio a quelle che devono compiersi in presenza di varianti o altre modifiche del contratto per accertare che esse non abbiano natura sostanziale e dunque possano essere disposte senza la necessità di una nuova aggiudicazione.

⁵⁴ A questo proposito vanno nondimeno tenuti presenti i fisiologici limiti di capienza di tali Fondi, sui quali si veda quanto osservato nel paragrafo 3.

straordinarie e imprevedibili, quali quelle attuali, si riverberino in uno scaldamento della qualità della prestazioni contrattuali o, peggio, nell'inadempimento dell'appaltatore, salvaguardando così l'interesse pubblico sotteso alla conclusione del contratto, occorre nondimeno domandarsi se, volgendo lo sguardo oltre la prospettiva emergenziale, tali misure non possano finire per generare talune disparità ed entrare in tensione con alcuni principi, specialmente di derivazione eurounitaria, cui s'ispira, anche in relazione alla fase dell'esecuzione, la disciplina dei contratti pubblici. Dall'analisi svolta nei precedenti paragrafi risulta a questo proposito evidente che, in base alle norme recentemente introdotte, le amministrazioni assumono di fatto – quantomeno in via temporanea – una parte del rischio che ordinariamente ricadrebbe sull'appaltatore⁵⁵. È parimenti evidente, però, che non è immaginabile addossare su di esse in via permanente il compito di attutire – né tantomeno neutralizzare – ogni aumento dei costi non prevedibile al momento della stipulazione del contratto. Ciò, da un lato, non sarebbe finanziariamente sostenibile, come alcune vicende hanno già dimostrato in passato⁵⁶, dall'altro, finirebbe per collocare i contraenti delle amministrazioni pubbliche in una posizione di indebito vantaggio, o quantomeno di maggiore garanzia, rispetto a quella che contraddistingue tanto i rapporti contrattuali esclusi dall'ambito di applicazione delle norme in questione⁵⁷, quanto quelli tra privati.

⁵⁵ Di fatto le stazioni appaltanti sono tenute ad assicurare che, sussistendone i presupposti, esse accorderanno all'aggiudicataria la revisione dei prezzi, aumentandone il corrispettivo.

⁵⁶ In passato il consolidamento di analoghe misure introdotte in via emergenziale aveva infatti sostanzialmente legittimato una generalizzata “corsa al rialzo”, in fase di esecuzione, dei corrispettivi previsti per gli appalti di lavori, rispetto alla quale è dovuto intervenire il legislatore (art. 33, l. n. 41/1986) sottoponendo da un lato la facoltà di rivedere i prezzi ad una serie di stringenti requisiti sostanziali, procedurali e temporali e prevedendo dall'altro, come regola, il criterio del c.d. “prezzo chiuso” (specialmente a seguito del d.l. n. 333/1992, conv. l. n. 359/1992). Sul punto si vedano M. Zoppolato e A. Comparoni, *Revisione dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Esecuzione, settori speciali, appalti con regimi speciali*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 65 ss., a p. 73; L. Viola, *Basta chiedere: la revisione prezzi nei contratti di forniture e servizi e l'onere di preventiva richiesta alla stazione appaltante*, in *Urb. app.*, 2016, 103.

⁵⁷ Il tema si pone, ad esempio per i contratti di concessione (esclusi dall'ambito di applicazione dalle norme emergenziali), atteso che l'art. 164, c. 2, c.c.p. richiama per questi ultimi la disciplina relativa alle modalità di esecuzione dettata per i contratti di appalto nei settori ordinari «in quanto compatibile». Occorre a questo proposito ricordare che la modifica dei contratti di concessione durante il periodo di efficacia è peraltro disciplinata dall'art. 175 c.c.p., che, pur non contenendo alcun riferimento specifico alla revisione dei prezzi (a differenza dell'art. 106, c. 1, lett. a)), si limita a ribadire la regola generale secondo cui «le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione ... se

revisione prezzi e compensazioni

Benché tale disparità di trattamento susciti alcune perplessità in chi scrive⁵⁸, occorre ad onor del vero ricordare come un'analoga posizione di vantaggio fosse sostanzialmente ammessa da un orientamento giurisprudenziale maturato nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici. Secondo tale orientamento, in virtù dell'obbligo di revisione del prezzo l'appaltatore avrebbe innegabilmente visto «ridotta, anche se non eliminata, l'alea propria dei contratti di durata», circostanza che sarebbe stata ammissibile in quanto specularmente «la stazione appaltante [avrebbe visto diminuire] il pericolo di un peggioramento della qualità o quantomeno di una prestazione divenuta per l'appaltatore eccessivamente onerosa o, comunque, non remunerativa»⁵⁹. Tale giurisprudenza si premurava in ogni caso di precisare che il trattamento di favore avrebbe costituito solamente una conseguenza indiretta del perseguimento dell'obiettivo primario, che rimaneva rappresentato dall'esigenza di garantire, nell'interesse generale, la corretta esecuzione del contratto⁶⁰. Più recentemente il giudice amministrativo non si è peraltro sottratto dal sottolineare, in modo del tutto condivisibile, che «nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è affatto stabilito che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi»⁶¹. La clausola di revisione dei prezzi non può in altre parole

le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate» (art. 175, c. 1, lett. a)). Sul tema si veda S. Fantini, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. app.*, 2020, 641.

⁵⁸ Tali perplessità sono peraltro condivise da alcuni Autori. A questo proposito, commentando alcune norme che in passato avevano autorizzato, e talvolta obbligato, le amministrazioni a prevedere clausole contrattuali di revisione dei prezzi (pure a fronte di oscillazioni dei medesimi che apparivano prevedibili), è stato osservato come «l'istituto della revisione dei prezzi negli appalti pubblici risult[i] totalmente slegato dal principio civilistico di sopravvenienza, come pure dalla condizione dell'imprevedibilità» (così M. Zoppolato e A. Comparoni, *Revisione dei prezzi*, cit., 67-68).

⁵⁹ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 2014, n. 1152.

⁶⁰ Cfr. Cons. St., sez. III, 4 marzo 2014, n. 1074. In termini ancora più chiari una recente pronuncia del TAR Lazio ha affermato che la finalità dell'istituto della revisione prezzi «è riconducibile alla salvaguardia dell'interesse pubblico» e serve a porre un rimedio «al rischio di incompiutezza delle attività contrattualizzate», circostanza in virtù della quale l'istituto costituisce «anche una tutela nei confronti dell'esecutore, al quale va riconosciuto un giusto compenso a fronte delle prestazioni fornite» (TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 15 febbraio 2022 n. 1818).

⁶¹ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 181.

ridursi – e ciò, si ritiene, vale anche in relazione a quanto disposto dalle modifiche recentemente introdotte – ad un mero «automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime», riducendosi altrimenti ad un’inammissibile “clausola di indicizzazione”⁶².

A questo proposito occorre riconoscere che l’introduzione delle norme discusse nei precedenti paragrafi è stata invero accompagnata, come visto, da alcuni correttivi volti a mitigare il rischio di un’applicazione abusiva delle medesime. Ci si riferisce, da un lato, al fatto che le compensazioni non possano operare per i lavori contabilizzati nel medesimo anno solare della presentazione dell’offerta e, dall’altro, alla fissazione di franchigie o soglie volte a contenere percentualmente l’adeguamento dei prezzi. Al netto di tali correttivi, pare nondimeno residuare in capo ai contraenti delle pubbliche amministrazioni interessati dall’applicazione delle norme in questione una posizione di maggiore vantaggio rispetto alle parti dei rapporti contrattuali esclusi, le quali, in assenza di una differente disciplina di fonte negoziale, non possono che ricorrere al – meno favorevole – rimedio generale di cui all’art. 1467 c.c.

Sotto un distinto, ma connesso, profilo, occorre in terzo luogo interrogarsi sulla conformità delle disposizioni recentemente introdotte rispetto alle regole – specialmente di derivazione eurounitaria – in materia di tutela della concorrenza. A tale riguardo può qui soltanto ricordarsi che la fase dell’esecuzione del contratto, nel cui ambito trovano applicazione i meccanismi revisionali e compensativi, «deve rispecchiare e rispettare l’esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza»⁶³. Sulla scorta di tale considerazione, la *facoltà* di accordare una revisione dei prezzi risulta pacificamente ammessa dal diritto Ue, che espressamente la prevede – a determinate condizioni – nella dir. 2014/24/

⁶² TAR Brescia, sez. I, 3 luglio 2020, n. 504 e, in termini analoghi, TAR Trieste, sez. I, 7 luglio 2021, n. 211.

⁶³ Così Cons. St., ad. plen. 2 aprile 2020, n. 10. Peraltro da tempo dottrina e giurisprudenza insistono sull’esigenza di assicurare il rispetto del principio di concorrenza non soltanto nella fase di scelta del contraente, ma anche nell’ambito dell’esecuzione dei contratti pubblici; in argomento si vedano: A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 127; F. Goisis, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, auto-tutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 815; R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; B. Marchetti, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 503; nonché A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, 163 ss.

revisione prezzi e compensazioni

Ue⁶⁴. Le norme da ultimo introdotte dal legislatore nazionale invece, paiono, spingersi al limite di quanto consentito dal diritto sovranazionale – se non oltre⁶⁵. Chi scrive ritiene infatti che rendere *obbligatoria* la previsione di una clausola di revisione dei prezzi – in particolare in aumento – possa finire per incentivare le imprese a *pretendere* l'incremento del corrispettivo in corso di esecuzione del contratto⁶⁶, anziché semplicemente legittimarle ad *ambire di ottenerlo* o a *negoziarlo* in una condizione di parità con l'amministrazione. Ciò comporta, per l'appaltatore, un significativo e stabile mutamento, a proprio vantaggio, dell'equilibrio sinallagmatico. Tali considerazioni impongono cautela nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme in questione, in relazione alle quali pare imprescindibile riferirsi, anche in sede di sindacato giurisdizionale, ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza per evitare che revisioni e compensazioni possano dare luogo a distorsioni elusive delle norme poste a tutela della concorrenza e – pare doveroso aggiungere – in materia di aiuti di Stato⁶⁷. Un presidio fondamentale, in tal senso, pare essere rappresentato dall'individuazione di meccanismi uniformi di rilevazione dei prezzi, riferendosi ai quali le amministrazioni potranno più saldamente fronteggiare le pressioni provenienti dalle imprese.

Infine, guardando al quadro normativo che pare complessivamente delinarsi, sorgono alcune perplessità circa la possibilità di conciliare le disposizioni recentemente introdotte, che inevitabilmente comportano un aumento della spesa pubblica, con quelle – ormai consolidate – che invece si prefiggono l'obiettivo opposto. Il riferimento corre, ad esempio, alla legislazione risalente allo scorso decennio – anch'essa derogatoria rispetto alle norme del precedente c.c.p., ma tuttora vigente – che, sulla scia delle

⁶⁴ Come già chiarito, l'art. 72, par. 1, lett. a), dir. 2014/24/Ue, ammette tale *facoltà*, a patto che l'amministrazione la espliciti nei documenti di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili e che ciò non comporti un'alterazione della natura generale del contratto.

⁶⁵ Nella citata ad. plen. n. 10/2020 il Consiglio di Stato ha infatti ricordato che «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole ... della concorrenza».

⁶⁶ Il prevalente orientamento giurisprudenziale ha peraltro escluso, anche nella vigenza del precedente codice, che potesse sorgere un diritto all'aggiornamento automatico del corrispettivo in capo al contraente privato; così Cons. St., sez. V, 16 giugno 2020, n. 3874; sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275, e 24 gennaio 2013, n. 465; ma si veda *contra* Cass. sez. un., 13 luglio 2015, n. 14559.

⁶⁷ Il punto non può qui essere indagato, ma occorre riconoscere che le somme erogate a titolo di compensazione o di revisione in aumento possano essere qualificate in termini di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE.

iniziative di *spending review*, mira a contenere la spesa pubblica, imponendo alle stazioni appaltanti di rinegoziare i contratti già stipulati in modo da ridurre i corrispettivi originariamente pattuiti⁶⁸. Se, come sarebbe auspicabile e naturale, la normativa emergenziale dovesse cessare di avere effetto al venire meno della situazione contingente (o comunque allo scadere dei termini attualmente previsti), il rapporto tra i due plessi normativi potrebbe essere ricondotto a quello di una fisiologica, in quanto temporanea, deroga. Laddove al contrario, com'è accaduto in passato e come pare trasparire dallo schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri⁶⁹, tali norme dovessero

⁶⁸ Si veda ad esempio l'art. 1, c. 13, d.l. 6 luglio 2012 n. 95 (conv. mod. l. 7 agosto 2012, n. 135) ai sensi del quale, qualora una stazione appaltante dovesse aver stipulato autonomamente un contratto di fornitura o servizi e, successivamente, fosse sopravvenuta una convenzione Consip migliorativa (anche dal punto di vista del prezzo), l'amministrazione avrebbe potuto proporre all'appaltatore di adeguarsi allo standard della convenzione sopraggiunta, potendo, in caso di rifiuto da parte di quest'ultima, recedere dal contratto in qualsiasi tempo. Più recentemente si veda anche l'art. 8, c. 8, d.l. 24 aprile 2014, n. 66 (conv. mod. l. 23 giugno 2014, n. 89) che prevedeva la possibilità di ridurre il corrispettivo del 5 per cento. Coerentemente rispetto a tale impostazione, la giurisprudenza ha inteso l'istituto della revisione prezzi come funzionale (anche) alla tutela dell'esigenza di evitare che il corrispettivo potesse subire aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario dell'amministrazione, sulla cui base era avvenuta la stipulazione del contratto (In questo senso Cons. St., sez. V, 23 aprile 2014, n. 2052) – insistendo dunque sulla circostanza che la revisione potesse avvenire anche in diminuzione. In argomento si veda R. Cippitani, *Obbligo di rinegoziazione dei contratti pubblici e normativa per la riduzione della spesa*, in *Urb. app.*, 2016, 377.

⁶⁹ L'art. 1, lett. g) legge delega n. 78/2022 prevede infatti una modifica di regime in punto di revisione prezzi volta a introdurre un «obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro». Come visto *supra*, nota ²⁰, anche l'art. 60 dello schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici va in tale direzione. Inoltre, anche la l. 29 giugno 2022, n. 79, che ha convertito in legge con modificazioni il d.l. 30 aprile 2022, n. 36 recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR, ha introdotto all'art. 7 di tale decreto i c. 2-ter e 2-quater, prevedendo rispettivamente che «L'articolo 106, comma 1, lettera c), numero 1), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta nel senso che tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera» e che «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che

revisione prezzi e compensazioni

consolidarsi, o essere ripetutamente prorogate⁷⁰, risulterebbe difficile immaginare di conciliare in via interpretativa tale contrasto, spettando in tal caso al legislatore l'arduo compito di assicurare il raccordo tra i due plessi normativi.

5. Osservazioni conclusive

L'analisi compiuta sin qui consente di svolgere in epilogo tre considerazioni, le quali, lungi dal rappresentare un approdo conclusivo, ambiscono più semplicemente ad offrire alcune chiavi di lettura rispetto ad un fenomeno complesso e in divenire quale quello qui discusso. Tali considerazioni insistono rispettivamente sull'instabilità della disciplina dei contratti pubblici, sul rapporto tra norme derogatorie e regime ordinario e sulla natura dei principi e delle regole relative alla fase di esecuzione del contratto.

Quanto al primo profilo, la scelta – per molti versi obbligata – di intervenire tramite la congerie di atti normativi qui compendiata anziché con un'azione unitaria, o quantomeno organica, ha fatto sì che stazioni appaltanti e imprese si siano trovate ad operare in una condizione di frammentarietà e complessità normativa, se non di vera e propria incertezza giuridica. Com'è ampiamente noto, quest'ultima genera, specialmente in questo settore, una pluralità di conseguenze pregiudizievoli, alcune delle quali sono state precedentemente esaminate⁷¹. Il fatto che tale instabilità rappresenti per il settore dei contratti pubblici una costante, piuttosto che un fatto inedito, se da un lato non stupisce l'interprete, dall'altro non può che esortarlo a riflettere sulla gravità di tale assetto e, si ritiene, a criticarlo.

Siffatto quadro normativo e il modo in cui esso va ininterrottamente modificandosi risultano infatti difficilmente compatibili con i principi e i valori cui tale disciplina dovrebbe ispirarsi, quali ad esempio la parità di trattamento, la tutela della concorrenza, il razionale impiego delle risorse pub-

assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali».

⁷⁰ È evidente che il ricorso alla proroga della disciplina emergenziale potrà risultare ragionevole a fronte di un contesto geopolitico che dovesse rimanere contraddistinto da instabilità e che non dovesse consentire di superare la crisi energetica. In siffatto contesto i meccanismi revisionali in commento risulterebbero legittimi, in quanto inevitabili, anche alla luce della normativa in materia di *spending review*. Per contro, essi risulterebbero illegittimi a parere di chi scrive a fronte di proroghe non giustificate da ragioni oggettive, ipotesi non implausibile, se solo si pensa a quanto accaduto in passato.

⁷¹ Cfr. *supra* parr. 3 e 4.

bliche e, più in generale, l'efficienza del settore, fondamentali per garantire l'attrattiva economica del Paese⁷².

Venendo al secondo profilo, il presente scritto ha tentato di illustrare come il legislatore abbia inteso affrontare i problemi che hanno investito il settore dei contratti pubblici, mettendo in luce il fatto che il ricorso a interventi di natura emergenziale ha favorito una disciplina *ad hoc* in buona parte derogatoria rispetto a quella – ordinaria – prevista dal Codice. Questa scelta pare riposare sulla premessa implicita secondo cui la disciplina ordinaria, offrendo limitati spazi di manovra alla stazione appaltante, sarebbe inadeguata a fronteggiare le esigenze poste dal contesto attuale. Tale idea non è – evidentemente – di per sé implausibile; essa richiederebbe tuttavia un'analisi più approfondita rispetto a quella che si è potuta compiere in questa sede. Ciò che qui preme sottolineare, però, è che nonostante si possa ragionevolmente argomentare che le misure introdotte siano maggiormente efficaci quanto all'effettiva possibilità di adeguare i corrispettivi contrattuali all'aumento dei prezzi⁷³, occorre nondimeno chiedersi se tale interesse – e quello, ad esso sotteso, concernente l'esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale – sia davvero l'unico meritevole di tutela e se, come si è cercato di dimostrare, tali misure non possano a loro volta generare delle criticità, specie laddove si tenga presente che le norme introdotte in via emergenziale finiscono non di rado per consolidarsi o, quantomeno, produrre conseguenze durature. Tali considerazioni invitano, forse, a considerare con maggior cautela l'introduzione di norme derogatorie o, quantomeno, a sforzarsi di individuare alcuni correttivi in sede applicativa⁷⁴; ciò avendo riguardo non tanto al ricorso, in via eccezionale e temporanea a siffatte misure, quanto agli effetti distorsivi ch'esse possono determinare nel lungo periodo.

Infine, dall'analisi svolta pare emergere più d'un elemento d'interesse relativamente all'ampio e dibattuto tema dell'esatta individuazione del regime giuridico dell'esecuzione dei contratti pubblici e della natura delle

⁷² Tra i contributi più recenti in argomento si veda A. Massera e F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 587.

⁷³ Cfr. *supra* par. 4, in particolare nota 47.

⁷⁴ Un correttivo significativo passa anche per la responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, che nel definire le regole di gara dovrebbero prediligere metodi di attribuzione del punteggio che penalizzino le imprese che offrono ribassi troppo alti, i quali si riverberano inevitabilmente sulla fase dell'esecuzione, comportando uno scadimento delle prestazioni o, come qui si è messo in luce, la richiesta di revisioni in aumento dei corrispettivi. Si condividono inoltre le critiche – invero più ampie – avanzate da L.R. Perfetti, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2022, 441.

revisione prezzi e compensazioni

norme che lo compongono. In questa prospettiva – alla quale può qui volgersi solo un cenno conclusivo – le norme recentemente introdotte non paiono riconducibili al diritto comune, dovendosi piuttosto qualificare, in virtù degli interessi perseguiti, come pubblicistiche – o, se si preferisce, speciali. Ciò dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, che – a dispetto di talune prospettazioni eccessivamente schematiche – anche nella fase dell'esecuzione, e non soltanto in quella della scelta del contraente, la disciplina dei contratti pubblici rimane improntata a principi in parte differenti da quelli che contraddistinguono i rapporti contrattuali di diritto comune, dai quali derivano regole operative a loro volta differenti⁷⁵. Tale conferma pare ancor più significativa se solo si considera che, proprio in un contesto emergenziale quale quello attuale, il legislatore ha inteso fronteggiare le criticità sopravvenute rafforzando i tratti di specialità della disciplina, anziché affidarsi alle norme di diritto comune; con la conseguenza che, sotto lo specifico profilo dell'adeguamento del corrispettivo contrattuale, i contraenti delle pubbliche amministrazioni finiscono per ritrovarsi, come accennato, in una condizione di maggiore vantaggio rispetto a quella in cui presumibilmente verserebbero laddove il rapporto fosse interamente regolato dalle norme di diritto comune⁷⁶.

Gli interessi sottesi alla conclusione dei contratti pubblici affiorano dunque inesorabilmente, giustificando, anche in relazione alla fase di esecuzione, il ricorso a norme di diritto pubblico. Queste ultime, come dimostrato dalle norme recentemente introdotte, possono tuttavia condurre ad esiti della cui legittimità e opportunità è doveroso interrogarsi, come si è qui tentato di fare ad esempio in punto di ripartizione del rischio economico tra imprese e amministrazioni pubbliche a fronte di eventi imprevedibili.

⁷⁵ Sul punto si veda G. Greco, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 1, nonché la più risalente, ma fondamentale, opera del medesimo Autore, *I contratti dell'amministrazione fra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986; recentemente sul tema si veda E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, Bologna University Press, 2022.

⁷⁶ I profili di maggiore vantaggio sono in via di estrema sintesi rappresentati dagli automatismi previsti in relazione ai meccanismi compensativi, dall'alleggerimento dell'onere della prova relativo ai maggiori costi subiti e dall'introduzione dell'obbligo di prevedere una clausola di revisione dei prezzi. Si veda *supra* par. 2.

Abstract

The article analyzes the regulatory changes that have been introduced in the last two years, in order to address some critical issues affecting public contracts. These legislative interventions concern different aspects of the execution phase of public contracts. In fact, they temporarily derogate from some provisions of the current Code, they introduce compensatory mechanisms and they modify, under different points of view, price revision rules. Within the resulting framework, the legal regime of the execution phase seems to have increased its special nature, posing several concerns especially in connection with the ordinary regulation (and in light of the entry into force of the new public procurement Code).

ARTICOLI

FRANCESCO TOMASICCHIO

L'AVVENTO DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE. QUALE PROSPETTIVA PER L'ITALIA E L'EUROPA?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La necessità dell'uso di energia da fonti rinnovabili. La strategia dell'Unione europea nella dir. 2018/2001/Ue. – 2.1. Semplificazione amministrativa e rimozione degli ostacoli: per una piena ed effettiva sostenibilità. – 2.2. La nozione di «autoconsumatori di energia rinnovabile», di «autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente» e di «comunità di energia rinnovabile» nella disciplina europea. Alcuni profili sistematici. – 2.3. *Segue*. Corollari della normativa europea: il tentativo di mediazione tra intervento pubblico e necessità di preservare l'equilibrio concorrenziale. – 3. La disciplina italiana di recepimento a partire dalla delibera 4 agosto 2020, n. 318/2020/R/eel dell'ARERA. – 3.1. La centralità del ruolo e dei servizi erogati dal GSE e il problema della natura giuridica delle comunità nel parere dell'Autorità di regolazione. – 3.2. *Segue*. Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199: il regime degli incentivi e la compatibilità con il diritto euro-unitario. – 3.3. La garanzia di origine e il sistema di monitoraggio. – 4. La crisi energetica e il futuro delle politiche sostenibili. Alcune considerazioni finali.

1. Introduzione

Il tema dell'energia è costantemente al centro delle discussioni politiche ed economiche del tempo presente. La necessità di produrre e soddisfare la domanda dei consumatori, il dovere di ridurre drasticamente l'elevato tasso di inquinamento, mirando alla neutralità climatica, di tutelare maggiormente l'ambiente e di promuovere la sostenibilità mediante l'uso delle fonti energetiche rinnovabili sono parte degli obiettivi che l'Unione europea ha delineato all'interno della propria programmazione economica, a cominciare dal noto *Green Deal* e dal piano per la ripresa economica varato in seguito alla pandemia da Covid-19¹.

¹ Il riferimento, in primo luogo, è al *Green Deal europeo* (c.d. *Piano verde*) presentato dalla Commissione europea mediante la comunicazione dell'11 dicembre 2019, n. 2019/640/UE e all'altrettanto noto piano di ripresa economica, *Next Generation EU*, vara-

Le nobili intenzioni del legislatore europeo affondano, tuttavia, le proprie radici già in provvedimenti precedenti a quelli appena menzionati, tra i quali, come si vedrà, la dir. 2018/2001/Ue (*Renewable Energy Directive*, abbreviata in RED II in quanto successiva all'omonima dir. 2009/28/Ce), il reg. Ue n. 2018/1999 che ha approvato il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (cosiddetto PNIEC) e, da ultimo, il reg. Ue n. 2021/1119. Tali interventi evidenziano la priorità degli obiettivi di neutralità climatica, da perseguire in particolare tramite l'uso dell'energia da fonti rinnovabili e l'incentivo a costituire gruppi di autoconsumatori di energia rinnovabile, o vere e proprie comunità di energia rinnovabile², al fine di accelerare sensibilmente la riduzione delle emissioni inquinanti³.

Le prescrizioni fissate nella direttiva richiedono un adeguato recepimento da parte degli Stati membri dell'Unione al fine di realizzare, in tempi congrui, gli scopi indicati dalle istituzioni europee⁴.

Le intenzioni di responsabilizzare direttamente i cittadini produttori e autoconsumatori, affidando direttamente loro la produzione sostenibile e il consumo condiviso di energia elettrica, rientrano comunque nella chiara e

to sempre dall'Unione europea nel 2020 e al quale ha fatto seguito il Piano nazionale per la ripresa e resilienza (PNRR) adottato dal legislatore italiano e trasmesso alla Commissione UE il 30 aprile 2021. Sulla natura giuridica del piano, M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in AA.VV., *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, Giappichelli, 2022, 607 ss., sostiene che esso «non è uno strumento di gestione di finanziamenti europei o un progetto di spesa, come troppo spesso viene rappresentato», ma un complesso atto di programmazione economica che «disegna con razionale lucidità un percorso di azione pubblica degno di costituire un modello di governo dello sviluppo economico e sociale».

² Per un'iniziale e sintetica descrizione in relazione alla costituzione, al funzionamento e alla disciplina delle Comunità energetiche (CER), è possibile consultare la pagina *enelx.com*.

³ In merito, inizialmente si consideri F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2020; E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 2021, 415-442; Id., 'Green Deal', 'green industrial policy' e settore dell'energia, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, I, 2021, 129-144; M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra Green deal e Climate Change Litigation*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, 53-65; E. Chiti, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal and regulatory process*, in *Common market law review*, I, Kluwer law international, 2022, 19-48; M.M. Sokolowski, *Energy Transition of the Electricity Sectors in the European Union and Japan. Regulatory Models and Legislative Solutions*, New York, Palgrave MacMillan, 2022.

⁴ F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del Gse S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, I, Modena, Mucchi editore, 2020, 501 ss.

L'avvento delle comunità energetiche

ben precisa impostazione che contraddistingue le istituzioni euro-unitarie: quella neoliberale⁵.

Pur riconoscendo che non si tratti dell'unica visione che ha contribuito a pensare e consolidare il processo di integrazione europea, essendovene state altre di non trascurabile importanza⁶, pare arduo negare che la visione neoliberale sia, con il passare del tempo, divenuta l'epicentro delle politiche economiche attuate dalle istituzioni sovranazionali: si pensi al contenuto precettivo dell'art. 3, terzo comma del TUE⁷. Il che ha prodotto, tra i numerosi effetti, un'ampia apertura ai meccanismi dell'economia di mercato, anche nel settore dei servizi pubblici essenziali, e l'inevitabile riposizionamento dello Stato nella dimensione economica al fine di agevolare, tra i numerosi obiettivi, la completa realizzazione della libera circolazione di merci, capitali e lavoratori e l'affermazione del meccanismo concorrenziale⁸. Alla base di questo assetto

⁵ Cardine di questa impostazione è l'art. 3, comma III, del Trattato sull'Unione europea (TUE), il quale sancisce che l'Unione «instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva [...]». Il termine «economia sociale di mercato» si deve a A. Müller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft*, in AA.VV., *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, IX, Stoccarda, Fischer, 1956, 392, come ricordato da A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 108. Tra gli ispiratori di questo indirizzo e, in particolare, del federalismo neoliberale, su tutti, si ricorda F.A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), a cura di F.O. Reho, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, 54, il quale ravvisava già la necessità di realizzare, in un contesto europeo e sovranazionale, libero dalla presenza degli Stati, una «unione economica».

⁶ A questo proposito, deve menzionarsi il pensiero cattolico, federalista e paneuropeo di cui è stato latore R. Coudenhove-Kalergi, *Pan Europa. Un grande progetto per l'Europa unita* (1923), a cura di A. Morganti, trad. it. di L. Cavara, Rimini, Il Cerchio, 2017, 81 ss, il quale ravvisava la necessità di istituire un «ordine giuridico sovranazionale». Ancora, il pensiero socialista e federalista di, *ex multis*, B. Wotton, *Socialismo e federazione*, Lugano, Nuove edizioni di Capolago, 1945; H. Brugmans et alii, *Federazione europea*, con prefazione di T. Codignola, Firenze, La Nuova Italia, 1948; Id., *Panorama del pensiero federalista*, trad. it. a cura di C. de Roberto, Milano, Edizioni Comunità, 1960; P. Duclos, *Le fédéralisme contemporain. Critères, institutions, perspectives*, Leyde, Sythoff, 1963.

⁷ Si veda nota n. 5.

⁸ Come ricordato da M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, Torino, Giappichelli 2018, 1 ss., l'effettiva apertura dell'economia di mercato «richiede una cornice di regole e istituzioni volte a garantire la *par condicio* tra gli operatori di mercato e il rispetto dei vincoli contrattuali, nonché le condizioni generali di stabilità atte a consentire il “calcolo economico”, al netto dei rischi fisiologici, e a promuovere gli investimenti». Di recente, A. Sandulli, *Marco D'Alberti e il diritto amministrativo nello spettro dell'unità giuridica*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, cit., p. 775, ha evidenziato come il meccanismo e il diritto della libera concorrenza «primeggia

non vi è la teoria di un ordine del mercato naturale e spontaneo⁹, bensì, a differenza delle tesi liberali classiche¹⁰, la necessità che lo Stato intervenga per favorire l'affermazione del mercato stesso, predisponendo le garanzie necessarie. Da qui il mutamento del tipo di intervento affidato ai pubblici poteri e il conseguente passaggio dallo Stato imprenditore a regolatore¹¹.

sulle regolazioni settoriali, ma non deve trasformarsi in fondamentalismo di mercato, perché quest'ultimo deve essere in sintonia con la coesione sociale».

⁹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1996, 12, afferma che la visione «inaudiana della legge, che “influisce sul mercato”, non ritrae con precisione il nesso tra i due termini, i quali non sono separabili, quasi che il mercato possa esistere senza legge, e questa sia per esso accidentale ed estrinseca. Il mercato è la legge, che lo governa e lo costituisce; e prende forma dalla decisione politica e delle scelte normative. Cadono così i caratteri di naturalità ed a-politicità che si sogliono invocare a protezione di un dato mercato [...] La conformazione legislativa del mercato ne addita piuttosto il carattere di artificialità». In merito alla presunta origine naturale del mercato, A. Police, *Inefficienza dell'ordine naturale del mercato e politicità dell'ordine giuridico*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 1026 ss.; Id., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 3 ss., rileva che «se un ordine naturale del mercato esiste, è validamente argomentata la tesi secondo cui l'ordinamento giuridico si limita ad apprestare un insieme di precetti (comandi e divieti), di Istituzioni (Amministrazioni indipendenti ed organi giurisdizionali) e di poteri (conoscitivi e sanzionatori) funzionalizzato ad assicurare una garanzia neutrale a tali precetti non giuridici. Se invece dovesse risultare fondata la tesi secondo cui in natura non è dato riscontrare un ordine che regola adeguatamente le dinamiche del mercato, è evidente allora che l'ordinamento giuridico e le sue Istituzioni svolgerebbero un ruolo tutt'altro che neutrale (o di garanzia) rispetto a tali dinamiche [...] Che l'ordine del mercato non sempre funzioni è provato proprio dagli economisti». Quest'ultimo inciso è riferito agli studi condotti, già dalla fine dell'Ottocento, da A. Marshall, *Principles of Economics* (1890), trad. it. *Principi di economia*, Torino, Utet, 1905. Successivamente, J.V. Robinson, *The Economics of Imperfect Competition* (1933), trad. it. *Economia della concorrenza imperfetta*, Milano, Etas Kompass, 1973.

¹⁰ L'illusione della capacità autoregolatoria del mercato, tipica delle tesi smithiane, è ben descritta da G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012, 113, secondo cui «impressionati, forse stregati, dalla teoria della “mano invisibile” di Adam Smith, gli economisti, e di conserva, i giuristi per lungo tempo sono stati portati a considerare il mercato, o i mercati, come una realtà esterna, dotata di spontaneità, di autopoesi, e di ineluttabilità [...] come se il mercato fosse una porzione della natura, che avrebbe, senza l'intervento dell'uomo, la sua vita propria, frutto delle spontanee che si scontrano, che si mescolano, che si placano raggiungendo equilibri».

¹¹ Il «passaggio» appena menzionato è da imputarsi alla massiccia opera di liberalizzazione e privatizzazione che ha riguardato l'intera industria pubblica, in particolare il settore dell'energia elettrica. L'esperienza italiana sul punto è sintomatica. In merito, si consideri S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 1991, 378; Id., *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, VI ed., Roma-Bari, Laterza, 2021, 8 ss.; G. Oppo, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Rivista*

L'avvento delle comunità energetiche

Sicché le leggi del mercato finiscono per coincidere con le leggi dello Stato¹².

Orbene, le riflessioni che seguono si propongono di porre in risalto alcune tra le più importanti novità introdotte dall'Unione europea all'interno della propria recente legislazione in materia di sostenibilità energetica. In particolare, sarà approfondito il tema delle comunità energetiche, delle loro peculiarità e dell'ambito di operatività ad esse riconosciuto dalle istituzioni sovranazionali. Tuttavia, essendo di non secondaria importanza la dimensione politica e istituzionale entro la quale suddette comunità si ritrovano a operare, ulteriore obiettivo è quello di evidenziare i meriti dell'iniziativa intrapresa dal legislatore euro-unitario senza trascurare alcuni aspetti critici che sembrano caratterizzarla proprio sotto il profilo dei rapporti tra poteri che questa riconosce e rafforza.

In ultimo luogo, si cercherà di interrogarsi sul rapporto intercorrente tra ordinamenti giuridici nel contesto odierno caratterizzato dal gioco della libera concorrenza, con dovuto riguardo all'importanza strategica che, ancor oggi e più di ieri¹³, sembra essere stata, in parte, affidata ai pubblici poteri per ciò che attiene sia al raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità, sia al diritto dell'energia *lato sensu*.

di diritto civile, XL, Padova, Cedam, 1994, 731 ss.; M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Diritto amministrativo*, IV, Milano, Giuffrè, 1994, 519 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 127 ss.; M.P. Chiti, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, X, Milano, Ipsoa, 2009, 1115 ss.; G. Napolitano, *I modelli di pubblicizzazione e le prospettive dello stato amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2010, 655 ss.; E. Freni, *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, cit., 250 ss.

¹² A questo proposito, C. Solinas, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, Esi, 2018, 30 ss., afferma che «per funzionare correttamente, la concorrenza, assunta a valore per la collettività, necessita di un certo grado di protezione da parte dei pubblici poteri. Ed è così che lo Stato da imprenditore diventa regolatore, con la propria precipua missione di garantire e alimentare la concorrenza tra le attività economiche private. Concorrenza e regolazione, dunque, sono due aspetti, distinti ma complementari, di un dato modello di organizzazione economica».

¹³ G.G. Gentile, *Lezioni di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1987, 15, evidenziava come il «principale carattere che informa quello che possiamo chiamare “diritto dell'energia” (preferendo tale formula all'altra, pure legittima, di “diritto delle fonti di energia”), nasce dal marcato interesse pubblico che si riconnette alla materia e che si traduce in un penetrante intervento dei pubblici poteri nella sua gestione».

2. La necessità dell'uso di energia da fonti rinnovabili. La strategia dell'Unione europea a partire dalla dir. 2018/2001/UE

Come anticipato, l'esigenza di produrre e consumare energia elettrica in modo sostenibile è, senza ombra di dubbio, uno degli obiettivi primari che si è posto da ultimo il legislatore sovranazionale, il quale ha adottato una normativa volta a sostenere i programmi di autoproduzione e di autoconsumo¹⁴.

È d'uopo precisare, tuttavia, che il legislatore italiano aveva affrontato già in passato i temi dell'autoproduzione e dell'autoconsumo di energia; del resto, secondo parte della dottrina, la peculiare attenzione da apprestare alla disciplina delle suddette attività sarebbe stata richiesta espressamente dall'art. 43 della Costituzione¹⁵.

Più precisamente, il legislatore italiano ha inteso tutelare le attività di autoproduzione di energia elettrica nell'ambito della nazionalizzazione disposta nel 1962¹⁶, avendo in quell'occasione esonerato dall'espropriazione

¹⁴ Dir. 2018/2001/UE, in attuazione del contenuto dell'art. 194 TFUE. La presente direttiva è stata recepita dal legislatore italiano mediante l'adozione del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

¹⁵ Sulla portata precettiva dell'art. 43 Cost., in riferimento all'istituzione del monopolio legale nel mercato elettrico, F.A. Roversi Monaco, *Scenario istituzionale e legislazione in materia elettrica con riguardo alla nazionalizzazione*, in *La nazionalizzazione dell'energia elettrica. L'esperienza italiana e di altri paesi europei. Atti del Convegno Internazionale di studi del 9-10 novembre 1988 per il XXV anniversario dell'istituzione dell'ENEL*, Roma-Bari, Laterza, 1989, 221, rileva che «nella vicenda della nazionalizzazione dell'energia elettrica si è fatto ricorso ad entrambi gli strumenti a disposizione per assolvere ai “fini di utilità generale” che al legislatore è consentito perseguire: riserva di attività e trasferimento delle imprese (preesistenti, nel settore economico interessato dalla riserva). Inoltre, nel caso dell'energia elettrica, si trattava di attività imprenditoriali riconducibili contemporaneamente a ciascuno dei tre ambiti cui – in via alternativa – la Costituzione circoscrive l'applicabilità degli interventi prefigurati dall'art. 43: si verteva in materia di “servizi pubblici essenziali”, venivano in questione “fonti di energia”, e l'assetto economico del settore aveva dato luogo a “situazioni di monopolio”; ovviamente ricorreva anche l'ulteriore presupposto preteso dal Costituente per fondare la legittimità dell'intervento di riserva e/o trasferimento: il “carattere di preminente interesse generale” proprio delle imprese che gestivano le attività elettriche nazionalizzate». Per una lettura 'attualizzante' dell'art. 43 Cost., in relazione alla sostenibilità energetica, si vedano A. Moliterni, S. Pellizzari, *La costituzione «dimenticata». La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o utenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, Milano, Giuffrè, 2021, 243 ss.

¹⁶ G. Di Gaspare, *La tutela dei consumatori*, in *Il mercato dell'energia elettrica in Italia a venti anni dalla liberalizzazione*, a cura di F.Vetrò, Venezia, Marsilio, 2021, 66, rileva che a essere incentivati ora «sono piuttosto gli impianti domestici o industriali di medie piccole dimensioni [...] Ciò implica una risagomatura per l'intervento pubblico non solo di regolazione ma anche di gestione della rete e di controllo di queste attività, perché probabilmente l'asse del

L'avvento delle comunità energetiche

alcune imprese le cui attività rientravano in determinati parametri¹⁷. Invero, non sono state ricomprese nell'operazione di monopolizzazione del settore elettrico del 1962 le imprese che producevano energia elettrica destinata a soddisfare i fabbisogni concernenti altri processi produttivi esercitati dalle imprese stesse o da imprese che fossero risultate consociate o consorziate alla fine del 1961, purché il loro rispettivo fabbisogno avesse superato il settanta per cento dell'energia prodotta nel triennio precedente.

Ora, si tratta di osservare il problema della sostenibilità della produzione energetica – e delle ulteriori attività – anche nell'ottica degli autoproduttori e degli autoconsumatori. Un tema verso il quale, di recente, le istituzioni europee hanno rivolto un'attenzione significativa, tale da invitare gli Stati a perseguire le linee tracciate in sede sovranazionale e a adottare normative di recepimento che possano incentivare e, al contempo, tutelare sia queste attività sia i soggetti che le promuovono.

La dir. 2018/2001/UE innova l'intera materia riguardante la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, la quale era stata inizialmente disciplinata con la dir. 2009/28/Ce.

All'attenzione del legislatore europeo si sono poste nuove esigenze che richiedevano un necessario adeguamento della normativa di settore: su tutte risalta il dovere di promuovere l'utilizzo, ma anche la produzione, di energia proveniente da fonti rinnovabili, con l'obiettivo precipuo di diminuire – nel minor tempo possibile – l'inquinamento atmosferico causato anche dalle attività concernenti l'energia¹⁸. Gli interventi normativi si interessano

mercato tenderà a spostarsi più sulla rete di distribuzione, con un interscambio che fa perno sull'autoproduzione e autoconsumo con cessione diretta delle eccedenze e loro acquisto da parte del gestore della rete [...] Mercati riconfigurati e più interattivi con l'apparizione di nuove figure derivanti dall'autoproduzione, che sta acquistando come detto un rilievo sempre più centrale anche nella strategia verde dell'Unione europea. L'autoproduzione, del resto, ha già un rilievo nella nostra dimensione costituzionale perché l'autoproduzione è una delle modalità di configurazione delle attività riservate del servizio pubblico di cui all'art. 43 e ha anche una tutela costituzionale nell'art. 45 Cost. sotto forma di cooperazione».

¹⁷ L. 6 dicembre 1962, n. 1643, art. 4, comma VI, lett. a), lett. b); comma VIII.

¹⁸ A partire da Commissione europea, comunicazione, 30 novembre 2016, n. 2016/860/UE, “*Energia pulita per tutti gli europei*”, poi pubblicata in un documento predisposto dalla stessa Commissione, Directorate-General for Energy, *Clean energy for all Europeans*, Publication Office, 2019. In dottrina, ex multis, S. Quadri, *Alcune considerazioni sul valore dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo: il “Clean Energy Package”*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, III, 2019, 533-570; F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., 370; R. Schuman, A. Nouicer, L. Meeus, *The EU Clean Energy Package*, in *data.europa.eu*, European university institute, 2020; E. Chiti, *Managing the ecological transition of the EU*, cit., 19 ss.; F. Tarantini, *L'Unione Europea tra il diritto energetico e il diritto ambientale*, in *camminodiritto.it*, IX, 2022, 1-14.

dunque all'energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, come l'energia eolica, solare, termica, fotovoltaica o geotermica. Ancora, si menzionano energia dell'ambiente, energia maremotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina, energia idraulica, biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas¹⁹.

Obiettivo preannunciato dall'Unione europea è quello di ridurre del quaranta per cento le emissioni, rispetto al 1990, entro e non oltre il 2030, in ossequio a quanto concordato nel corso della XXI Conferenza delle parti della Convenzione quadro dell'ONU sui cambiamenti climatici (cosiddetti Accordi di Parigi)²⁰, per poi raggiungere la neutralità climatica entro il 2050²¹.

Nel tentativo di raggiungere il risultato auspicato, l'Unione ha mostrato una timida apertura all'intervento pubblico degli Stati membri a sostegno del sistema dell'energia da fonti rinnovabili, purché tale intervento risulti essere il meno distorsivo possibile per il funzionamento dei mercati dell'energia elettrica.

Se da un lato, a quanto pare, è in primo luogo il mercato il «bene della vita» che il legislatore si preoccupa di preservare, dall'altro lato è innegabile il riconoscimento che la direttiva attribuisce all'importanza dell'intervento dello Stato a sostegno dell'incremento delle fonti rinnovabili, in particolare attraverso aiuti agli impianti di piccola taglia, compatibilmente con le norme del TFUE in materia di divieto di aiuti di Stato²². Il problema è che il suddetto sostegno continua a essere visto dalla medesima prospettiva, ovvero quella volta a favorire *in primis* l'integrazione nel mercato²³.

¹⁹ Dir. 2009/72/CE; dir. 2018/2001/UE, art. 2, n. 1); d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 2, lett. a).

²⁰ Dir. 2018/2001/UE, considerando n. 2.

²¹ Sul punto, A. Tilche, *Sette lezioni sulla transizione climatica: scienza, politica*, Roma, Dedalo, 2022.

²² Dir. 2018/2001/UE, art. 2, n. 5), per «regime di sostegno» si intende quello «strumento, regime o meccanismo, applicato da uno Stato membro o gruppo di Stati membri, inteso a promuovere l'uso di energia da fonti rinnovabili riducendone i costi, aumentando i prezzi a cui può essere venduta o aumentando, per mezzo di obblighi in materia di energie rinnovabili o altri mezzi, il volume acquistato di tale energia, includendo a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, gli aiuti agli investimenti, le esenzioni o gli sgravi fiscali, le restituzioni di imposta, i regimi di sostegno nella forma di obblighi in materia di energie rinnovabili, inclusi quelli che usano certificati verdi, e i regimi di sostegno diretto sui prezzi, ivi comprese le tariffe onnicomprensive e le tariffe premio fisse o variabili».

²³ Ivi, al considerando n. 16, si afferma: «I regimi di sostegno all'energia elettrica da fonti rinnovabili o "all'energia elettrica rinnovabile" si sono dimostrati efficaci nel favorire la diffusione. Qualora gli Stati decidessero di attuare regimi di sostegno, detto sostegno dovrebbe».

L'avvento delle comunità energetiche

Per il momento, la Commissione europea si è limitata a prevedere alcune deroghe in favore di interventi statali atti a consentire esenzioni dalle procedure di gara e dal divieto di vendita diretta sul mercato per quegli impianti considerati di piccola taglia. Il che è senz'altro da considerarsi come elemento positivo.

Queste giustificate restrizioni al meccanismo della concorrenza permettono allo Stato di adottare politiche di sostegno ai singoli autoconsumatori e produttori, nonché alle costituende comunità energetiche, affinché questi possano essere posti sullo stesso piano degli operatori di grandi dimensioni.

L'obiettivo è molto ambizioso, dal momento che implica il contemperamento di diverse esigenze, tra le quali vi sono sicuramente la fornitura di informazioni, l'assistenza tecnico-finanziaria e la riduzione degli oneri amministrativi.

A questo proposito, le misure di sostegno all'energia rinnovabile devono essere dettagliatamente previste e stabili: ciò implica che il legislatore interno deve evitare di intervenire, una seconda volta, apportando modifiche retroattive alla disciplina. A tale scopo, la direttiva precisa che i Paesi membri dovranno adottare politiche di sostegno economico al sistema dell'energia elettrica garantendo la certezza dei costi e, sopra tutto, la sostenibilità finanziaria²⁴. Il compito è agevolato da una pianificazione a lungo termine dell'intervento di sostegno da parte del potere pubblico, che tenga presenti i principali costi.

be essere fornito con modalità che garantiscano la minore distorsione possibile del funzionamento dei mercati dell'energia elettrica [...] tale sostegno è un elemento fondamentale per accrescere l'integrazione del mercato nel settore dell'energia elettrica rinnovabile, tenendo conto nel contempo delle diverse capacità dei piccoli e grandi produttori di rispondere ai segnali del mercato».

²⁴ Sul concetto di incentivazione e sostegno economico si rimanda a G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e indirizzo (A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovracani elettrici)*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 174 ss.; V. Bachelet, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 587 ss.; A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 796 ss.; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002, 165 ss.; F. Merusi, G.C. Spattini, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2099 ss.; M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *L'economia e la legge (Atti del convegno di Milano del 4 dicembre 2006)*, a cura di G. Cocco, Milano, Giuffrè, 2006, 1 ss. In materia di fonti rinnovabili, anche alla luce delle novità apportate dal legislatore, più recente F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, I, Modena, Mucchi editore, 2019, 229 ss.

La scelta descritta pare rivelare l'imprescindibilità dell'intervento pubblico nel settore economico energetico, il quale rappresenta una novità positiva introdotta dalle istituzioni europee. Una novità, quest'ultima, apparentemente indice di un consapevole ripensamento dell'ultimo «spirito capitalistico»²⁵ che ha contraddistinto e animato le recenti fasi dell'integrazione europea. Questo dato consente di evidenziare come la sola economia di mercato non possa garantire né lo stesso interesse né la stessa efficienza, rispetto ai pubblici poteri²⁶, nell'inaugurare un nuovo percorso rapido e duraturo di sostenibilità e rinnovabilità delle fonti in questione.

Si tratta, infatti, quantomeno di una provvisoria programmazione strategica adottata dalle istituzioni euro-unitarie, le quali hanno deciso di affidare gran parte degli interventi e della disciplina di dettaglio agli Stati membri, con la presenza però della contemporanea e ferma esigenza di non distogliere mai l'attenzione dal rigoroso rispetto della concorrenza e dalle insidie distorsive che la potrebbero riguardare. Dunque, il compito assegnato agli ordinamenti nazionali riguarda comunque e in prevalenza ciò che inerisce alla regolazione del settore.

Ed invero, sebbene siano stati previsti, i regimi di sostegno che gli Stati possono adottare in materia di energia elettrica da fonti rinnovabili si basano per lo più sulla predisposizione di incentivi per l'integrazione nel mercato. Questi ultimi si basano sui criteri del mercato e devono rispondere ai segnali del mercato stesso, dovendo altresì evitare che si possano configurare inutili distorsioni dei mercati dell'energia elettrica, tenendo debito conto dei costi di integrazione dell'intero sistema²⁷. Il che, almeno in parte, può costituire un'anomalia non indifferente. Non solo, ma queste misure di sostegno per le fonti rinnovabili sono concepite in chiave massimizzante: esse sono erogate per portare a compimento l'integrazione dell'energia elettrica sostenibile nel mercato energetico europeo e per garantire, in un momento successivo, la massimizzazione dei ricavi ai produttori.

È per buona parte il mercato il punto di riferimento che deve guidare l'intervento pubblico²⁸ nella diffusione dell'energia da fonti rinnovabili, dal

²⁵ Il sintagma è impiegato da A. Fanfani, *Capitalismo, socialità, partecipazione* (1976), a cura di P. Roggi, Venezia, Marsilio, 2008, 80.

²⁶ Come osservava V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano editore, 1962, 10, in questo caso lo Stato «assume esso stesso l'iniziativa della produzione nei settori di comune interesse; o regola su scala e con profondità sempre più ampia ed alta i comportamenti economici degli operatori privati; o per larga parte si erge a responsabile delle condizioni di esistenza della società su cui insiste».

²⁷ Dir. 2018/2001/UE, art. 4.

²⁸ Paradigmatico, in questo senso, quanto indicato all'interno dello stesso art. 4 della

L'avvento delle comunità energetiche

momento che viene salvaguardato l'obiettivo di realizzare il profitto dei produttori. Un problema rilevante si potrebbe configurare nel momento in cui venisse meno la possibilità di pervenire alla massimizzazione dei ricavi in un settore di interesse pubblico essenziale come quello trattato: si potrebbe assistere, così, al fallimento del mercato che potrà essere colmato, come spesso accade, dal solo intervento pubblico²⁹.

In altri termini, per i pubblici poteri sembra continui a mancare una posizione alternativa al mero presidio del corretto andamento del mercato concorrenziale³⁰.

Tuttavia, il sopraggiungere improvviso della pandemia prima, lo scoppio del conflitto ucraino-russo dopo, hanno indotto il legislatore sovranazionale a rivedere le esigenze del mercato, contemperandole con il difficile scenario politico ed economico. Così sono state disposte delle apposite misure di *temporary framework* in materia di aiuti di Stato al fine di scongiurare un imminente tracollo economico e, più di recente, per incentivare ulteriormente la sostenibilità energetica anche nei territori economicamente e socialmente più arretrati³¹.

direttiva, in particolare al § 3, si precisa che i regimi di sostegno «per l'energia elettrica da fonti rinnovabili sono concepiti in modo da massimizzare l'integrazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili nel mercato dell'energia elettrica e garantire che i produttori di energia rinnovabile reagiscano ai segnali dei prezzi del mercato e massimizzino i loro ricavi sul mercato».

²⁹ D'altro canto, è ciò che si è verificato in più cicli della storia economica mondiale, dal «*New Deal*» di roosveltiana memoria alla crisi del debito privato e poi del debito pubblico, inaugurata dal fallimento della nota società finanziaria Lehman Brothers nel 2008. Sul punto, M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore*, cit., 7, rileva che la «stessa crisi finanziaria ed economica scoppiata nel 2008 ha provocato crepe vistose all'edificio dello Stato regolatore con la messa a nudo di numerosi "fallimenti della regolazione". Sono state così messe in campo, allo scopo di prevenire effetti sistemici (il cosiddetto effetto domino), misure urgenti di sostegno a favore di istituzioni finanziarie sull'orlo del tracollo nella forma di ausili finanziari, ricapitalizzazioni, garanzie dirette o indirette degli Stati e altri tipi di intervento che non rientrano negli strumenti ordinari previsti da questo modello di Stato. In breve, lo Stato regolatore ha ceduto il passo allo Stato salvatore, con la sua "mano visibile" e pesante, specie nella primissima fase della crisi del 2008», riprendendo l'espressione utilizzata da G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, XI, Milano, Ipsa, 2008, 1083 ss.

³⁰ Nella stessa dir. 2018/2001/UE, il legislatore ha specificato più volte, con l'annosa formula, che la norma di riferimento (esempio: art. 4) si applica «fatti salvi gli articoli 107 e 108 TFUE». L'art. 6 della stessa direttiva prevede che fatti salvi «gli adattamenti necessari per conformarsi agli articoli 107 e 108 TFUE, gli Stati membri provvedono affinché il livello e le condizioni del sostegno concesso ai progetti relativi alla produzione di energia rinnovabile non subiscano revisioni tali da incidere negativamente sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità economica dei progetti che già beneficiano del sostegno».

³¹ A partire da Commissione dell'Unione europea, comunicazione, 19 marzo 2020,

2.1. *Semplificazione amministrativa e rimozione degli ostacoli: per una piena ed effettiva sostenibilità*

Ulteriore elemento fondamentale sul quale il legislatore europeo ha inteso incentrare la disciplina *de qua* è la semplificazione amministrativa e burocratica per l'ottenimento delle necessarie autorizzazioni in materia di autoproduzione e autoconsumo. Questo aspetto si rivela un nodo cruciale dell'intera materia, poiché appare volto a velocizzare il più possibile la macchina amministrativa senza tuttavia trascurare la garanzia della trasparenza e del coordinamento tra i diversi organi delle amministrazioni³². Un'adeguata semplificazione amministrativa mira a incentivare l'incontro tra autoproduttori e autoconsumatori e, dunque, a garantire la più ampia partecipazione di tali categorie agli obiettivi prestabiliti in sede sovranazionale.

Per quest'ordine di ragioni, la direttiva dedica un'ampia raccomandazione agli Stati, chiedendo di definire precisamente le tecniche da osservare affinché i sistemi per le energie rinnovabili possano usufruire dei regimi di sostegno.

Le norme interne adottate, poi, impegnano le autorità locali a diffondere le energie rinnovabili. In particolare, i Paesi membri esortano le amministrazioni locali a promuovere, all'interno delle diverse pianificazioni infrastrutturali urbane, il riscaldamento e il raffreddamento da fonti rinnovabili mediante l'emanazione di apposite disposizioni. Le norme devono essere

n. 2020/C91 I/01 “*Temporary framework for States aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*”; prorogata mediante la Comunicazione, 18 novembre 2021, n. 2021/8442, fino al 31 dicembre 2022. A queste misure si sono aggiunte, nel caso italiano, quelle quinquennali volte a ridurre il divario tra regioni, comunicazione, 29 aprile 2021, n. 2021/C 153/01. Accanto alle misure di sostegno ammesse per contrastare la pandemia, l'Unione europea ha altresì previsto delle ulteriori deroghe – che saranno illustrate nel prosieguo di queste riflessioni – a causa dell'improvviso conflitto ucraino-russo dello scorso febbraio. Sul carattere ‘temporaneo’ delle misure italiane, A. Boitani, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 171.

³² Sulla concreta portata del canone della «trasparenza amministrativa», A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Esi, 1997, 158, evidenzia come questa «non impone soltanto una maniera d'essere alla p.A. ma comporta altresì, una particolare maniera d'agire dei pubblici poteri, incentrata appunto sul diritto di partecipazione all'istruttoria dei procedimenti amministrativi e, quindi, al processo decisionale della p.A., in capo a tutti i portatori di interessi individuali e collettivi coinvolti nel procedimento», riprendendo le tesi esposte da S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990, 46 ss.; anche P.L. Portaluri, *Accesso procedimentale e stabilità dei provvedimenti a collaborazione necessaria*, in *Diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1995, 671 ss.

L'avvento delle comunità energetiche

introdotte anche all'interno delle regolamentazioni e dei codici in materia edilizia per ridurre sensibilmente il consumo energetico e i conseguenti sprechi.

La semplificazione incide anche sugli accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine e, per agevolare la stipula di questi, gli Stati sono chiamati a rimuovere gli ostacoli normativi e amministrativi presenti. Il suddetto controllo è peraltro menzionato all'interno dei piani nazionali per l'energia e il clima e nelle annesse relazioni a proposito dello stato di avanzamento, in conformità al reg. Ue 2018/1999.

Alla luce di quanto appena espresso, analogamente a quanto rilevato a proposito dei sostegni economici, anche sul versante della semplificazione amministrativa è possibile scorgere un lieve incremento dell'ambito di operatività diretta dello Stato rispetto a quanto in passato consentito dalle norme sovranazionali.

Peraltro, al fine di realizzare in modo celere tali scopi, è prevista la possibilità di istituire uno sportello amministrativo unico interamente dedicato alle richieste di autorizzazione presentate dai promotori dei progetti, al fine di implementare l'efficienza e la trasparenza³³. L'istituzione di un organismo unico consente al richiedente di entrare in diretto contatto con l'amministrazione, velocizzando così l'intero procedimento ed evitando l'inconveniente di rivolgersi a più organismi amministrativi affinché la procedura autorizzatoria venga portata a compimento³⁴. È un'ulteriore manifestazione del «nuovo cittadino»³⁵ che si interfaccia con il potere amministrativo esi-

³³ In Italia è stata istituita un'apposita piattaforma unica digitale per le istanze concernenti gli impianti a fonti rinnovabili, affidata al Gestore dei servizi energetici (GSE). La normativa di riferimento è il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 19, il quale precisa che la piattaforma «fornisce guida e assistenza lungo tutte le fasi della procedura amministrativa e garantisce l'interoperabilità con gli strumenti informatici per la presentazione delle istanze già operativi in ambito nazionale, regionale, provinciale o comunale».

³⁴ Dir. 2018/2001/UE, considerando nn. 50 ss. Il legislatore italiano, con il menzionato d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 22, ha altresì previsto dei termini speciali per le procedure di autorizzazione per impianti in aree idonee.

³⁵ L'espressione è di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Padova, Cedam, 1994. Tuttavia, è bene ricordare quanto affermato da A. Police, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 33, secondo cui se è vero «infatti, che il cittadino concorre nell'attività produttiva della decisione, è pur vero che la sua partecipazione al procedimento non deve essere intesa come il prendere parte ad un comune lavoro con l'Amministrazione pubblica, unica attributaria della titolarità della decisione», riprendendo le parole di F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, III, Milano, Giuffrè, 1993, 148.

gendo una maggior celerità nel procedimento e nell'adozione della decisione³⁶.

Le finalità di semplificazione sono perseguite anche attraverso la riduzione degli oneri amministrativi che costituiscono un ostacolo quasi insormontabile per la realizzazione degli impegni assunti in ambito europeo. Occorre, dunque, sia ridurre le incombenze burocratiche, sia definire i tempi opportuni per addivenire alla decisione finale, ad esempio, per la realizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica³⁷: si tratta di un'assunzione di responsabilità e di un dovere di diligenza che la direttiva impone agli Stati membri e che si ripercuote sull'assetto amministrativo interno.

In questa cornice risalta la necessità della predeterminazione dell'azione e della decisione amministrativa³⁸, problema che da tempi non sospetti,

³⁶ È quanto auspicato anche da una parte della giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, secondo cui «la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino».

³⁷ Tuttavia, è bene che non venga mai distolta l'attenzione – sia nell'attività semplificatoria che in quella successiva procedimentale – dall'interesse pubblico e dal suo incontro con il suo omologo privato. Come osservato da F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi, dattiloscritto della relazione tenuta al XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1986*, ora in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso. Atti del 32° Convegno (Varenna 18-20 settembre 1986)*, Milano, Giuffrè, 1989, 253, l'interesse pubblico «da un lato, è oggetto di valutazione e, in questo, insieme agli interessi privati (è oggetto della ponderazione operata dall'Amministrazione); dall'altro, invece, è criterio di valutazione, in quanto la sua valutazione si pone come finalità da raggiungere attraverso il procedimento». Prosegue l'autore sostenendo che, per tale motivo, l'interesse pubblico «da un lato entra come oggetto dell'assetto di interessi che il provvedimento realizza e quindi è oggetto di valutazione; dall'altro, invece, è la finalità cui il provvedimento risponde, ed è questo in realtà la reale differenza tra gli interessi privati e gli interessi pubblici, la differenza del ruolo che questi giocano nel provvedimento: gli interessi privati sono soltanto oggetto di valutazione, l'interesse pubblico è oggetto e criterio di valutazione». Sulla diversa natura dei rapporti tra privati e tra cittadino e amministrazione, per una prospettiva storicistica della vicenda, si rimanda alle parole di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1914, 397, il quale evidenziava che «mentre i rapporti tra privati sono relativamente semplici, trattandosi di regolare soltanto due interessi in giuoco e possono quindi ricondursi facilmente a casi tipici, preveduti, prevedibili e perciò regolabili da norme giuridiche, i rapporti fra cittadini e amministrazione, in cui si tratti di regolare gli interessi del cittadino in confronto con quelli della collettività, sono molto complessi e vari col mutare e intrecciarsi degli interessi collettivi. Perciò è molto più difficile prevederli, astrarne dei casi tipici e quindi regolarli con norme giuridiche».

³⁸ A. Police, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 58 ss., osserva che è «la stessa Amministrazione pubblica il soggetto cui spetta il compito di definire, in via preventiva, il binario della propria condotta futura. L'Amministrazione assume la funzione di limite

L'avvento delle comunità energetiche

sotto vari e diversi profili, attanaglia l'agire dell'amministrazione e il soddisfacimento degli interessi dei cittadini³⁹ che passa dall'esercizio (e dai modi di esercizio) del potere dell'amministrazione stessa⁴⁰.

Il processo di snellimento dei procedimenti amministrativi, a cominciare dal rilascio dell'autorizzazione, intende agevolare il ricorso all'energia rinnovabile da parte di microimprese, delle piccole e medie imprese e dei singoli cittadini⁴¹. L'agevolazione consiste, altresì, nell'istituire delle procedure di notifica semplice all'organismo competente per le connessioni alla rete per i piccoli progetti nell'ambito dell'energia da fonti rinnovabili, tra i quali progetti sono ricompresi anche quelli decentrati, come ad esempio l'installazione dei pannelli solari. In questa dimensione, decisivo risulta essere il ruolo delle regioni e dei comuni⁴², come anche nella fattispecie italiana, poiché numerose iniziative riguardo la promozione delle fonti rinnovabili sono state avviate al loro interno, come il Patto dei sindaci o le Città e Comunità intelligenti.

al potere; essa è un modo o un canale attraverso il quale il potere deve esercitarsi [...] È nell'Amministrazione, allora, che vanno ricercati questi parametri, questi canoni di predefinizione dell'azione amministrativa che consentano al cittadino, da un lato, di prevedere gli esiti dell'azione e, dall'altro, di verificarne i risultati. Del resto, solo in questo modo si può giustificare l'idea che il potere pubblico possa essere esercitato sempre in forma predeterminante ».

³⁹ Come acutamente osservava M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, 28, la «posizione e la funzione dell'amministrazione, come interprete dell'interesse generale e obiettivo quale s'è venuto concretando e stabilizzando nella legge, sono, si badi, fondamentali nel sistema di protezione del cittadino, perché, in tale veste, l'amministrazione esercita un compito primario di giustizia. Il primo garante e custode dei diritti dei cittadini è l'organo amministrativo nella sua imparziale attuazione della legge [...]».

⁴⁰ Quanto a quest'ultimo aspetto, ovvero al soddisfacimento dell'interesse degli amministrati tramite il potere esercitato dall'amministrazione, si ricorda quanto rilevato da F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1995, 33, secondo cui «il potere non è definibile sempre e necessariamente come potere di scelta (tra soluzioni diverse) o potere di decisione (sul conflitto di interessi) o potere determinante (secondo diversa terminologia); può ipotizzarsi in astratto (e concretamente sussiste) anche il potere di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere giuridicamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere l'effetto). Si tratta di due aspetti diversi: da un lato c'è il potere di figurare (o disdegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi; dall'altro, c'è il potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato».

⁴¹ Dir. 2018/2001/UE, c. 61.

⁴² In merito alla semplificazione amministrativa e al ruolo svolto dalle autonomie locali in materia di energie rinnovabili, da ultimo, si consideri S. Lazzari, *Le energie rinnovabili: semplificazione amministrativa e compiti delle autonomie locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, Milano, Ipsoa, 2022, 634 ss.

La direttiva europea mira a valorizzare questo tipo di accordi e, a tale proposito, ha previsto anche per la Commissione stessa il compito di sostenere una cooperazione transfrontaliera tra regioni e autorità locali dei singoli Stati.

La normativa sovranazionale si occupa, inoltre, della situazione che riguarda le cosiddette regioni ultraperiferiche, ovvero quei territori caratterizzati da un sensibile isolamento geografico in cui, sovente, l'approvvigionamento energetico risulta scarso, di difficile trasporto ed in cui la produzione di energia è ancora del tutto dipendente dall'utilizzo del carbon fossile, nonostante queste, statisticamente, vantino rilevanti quantità di fonti di energia rinnovabili⁴³.

Una significativa apertura in questa direzione a opera dell'Unione europea è rappresentata dalla possibilità, per gli Stati in cui persistano ancora siffatte condizioni, di intervenire economicamente per sostenere un'ampia autonomia energetica e un incremento della produzione mediante il ricorso alle energie rinnovabili⁴⁴.

Si tratta di deroghe mirate e applicabili a livello locale, le quali, seppur minime, fanno trasparire un qualche margine di nuovo intervento pubblico nell'economia, al fine di far rientrare l'emergenza causata dall'elevato tasso di inquinamento e di povertà energetica e per renderla maggiormente gestibile nell'interesse dei territori coinvolti.

In sostanza, oltre al tentativo di semplificare e snellire l'*iter* burocratico, fonte di numerose disfunzioni⁴⁵, si scorge nella direttiva l'obiettivo responsabilizzare ulteriormente l'attività dell'amministrazione, sia mediante la previsione di termini brevi e perentori che le amministrazioni debbono osservare, sia attraverso l'istituzione, come si vedrà nel prosieguo, di una apposita piat-

⁴³ Dir. 2018/2001/UE, c. 64.

⁴⁴ Il rischio che questa grande operazione di transizione subisca un doloroso arresto è dovuto al grave conflitto che si sta consumando nell'est europeo, come ricordato, tra Ucraina e Russia. Infatti, le sanzioni economiche inflitte alla seconda hanno comportato, quale reazione, dei tagli alle forniture di energia che ha indotto, di recente, i paesi europei a riaprire e a rimettere in moto le centrali a carbone. Il pericolo che la transizione energetica venga compromessa dal conflitto e dalle connesse sanzioni è elevato.

⁴⁵ In merito, utile può risultare l'insegnamento enunciato da F. Merloni, *Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 470, secondo cui l'ipertrofia normativa «quando non produce situazioni di vera paralisi amministrativa, è inevitabilmente causa di un "ingessamento" dell'azione intorno a moduli figli del tempo della legislazione, mentre l'amministrazione è *cura innovativa* dell'interesse pubblico, quanto a soluzioni organizzative, a moduli procedurali, quanto a contenuto specifico delle scelte da compiere».

L'avvento delle comunità energetiche

taforma, a disposizione dei cittadini, dedicata interamente all'utilizzo delle rinnovabili⁴⁶.

2.2. Le nozioni di «autoconsumatori di energia rinnovabile», di «autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente» e di «comunità di energia rinnovabile» nella disciplina europea. Alcuni profili sistematici.

Il quadro appena descritto deve essere posto in relazione con l'importanza che hanno assunto l'autoconsumo e l'autoproduzione e, di conseguenza, i soggetti coinvolti nelle suddette attività. Ciò ha indotto il legislatore europeo a individuare, già mediante l'adozione della dir. 2009/72/Ce, una vera e propria definizione di queste categorie di soggetti, attribuendo loro una concreta legittimazione. Tale riconoscimento prevede la fissazione di un quadro normativo in grado di consentire agli autoconsumatori di energia rinnovabile di utilizzare, produrre, vendere e conservare energia elettrica senza andare incontro a oneri eccessivi e non sostenibili⁴⁷.

La direttiva autorizza gli Stati membri a operare una distinzione tra singoli consumatori di energia rinnovabile e autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente. Si tratta di un distinguo non di secondo piano, in quanto questo permette di programmare e prevedere forme di tutela differenziate a seconda delle situazioni e delle circostanze in cui versino il singolo autoconsumatore o la comunità.

In primo luogo, la novità di rilievo è costituita sicuramente dal particolare *status* che alla categoria degli autoconsumatori è riconosciuto. Essi devono essere esonerati da oneri amministrativi sproporzionati o da costi discriminatori e, ancora, non devono essere soggetti a spese ingiustificate. Gli autoconsumatori sono riconosciuti proprio perché hanno un compito specifico quanto fondamentale: contribuire al conseguimento degli obiettivi in materia climatica ed energetica che l'Unione e gli Stati intendono perseguire, a cominciare dal raggiungimento entro il 2030 di almeno una quota pari al 32% di energia derivante da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia. Per tale ragione, gli Stati non dovranno applicare alcun onere sull'energia elettrica che gli autoconsumatori produrranno e consumeranno negli stessi siti che a tali scopi sono adibiti.

Inoltre, gli Stati hanno l'ufficio di controllare e garantire che questi soggetti contribuiscano effettivamente, nel modo più adeguato, a una ripar-

⁴⁶ È il caso della piattaforma gestita, nel caso italiano, dal GSE ed istituita con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, artt. 18 ss.

⁴⁷ Dir. 2018/2001/UE, c. 66.

tizione dei costi di produzione, distribuzione e consumo di energia elettrica nel momento in cui essa è immessa nella rete.

Punto focale della disciplina è il tema della partecipazione indistinta dei cittadini alle comunità che producono e consumano energia rinnovabile e ai quali si possono affiancare anche le autorità locali. Per questi soggetti è anche possibile accedere a capitali privati aggiuntivi e ciò implica un maggior flusso di investimenti sul piano locale, maggiori opzioni per i consumatori e, sopra tutto, un'ampia partecipazione dei cittadini al processo di transizione energetica. E ciò, oltre a produrre un aumento della materia energetica da fonti rinnovabili, offre l'opportunità alle comunità di energia rinnovabile di competere, su di un piano tendenzialmente più simmetrico, con altri produttori, contribuendo ulteriormente non solo ad accrescere la partecipazione dei cittadini ai progetti inerenti alla sostenibilità, ma anche a diffondere quale modello ideale l'energia rinnovabile stessa.

È chiaro, tuttavia, che questi obiettivi debbono fare i conti con la realtà del mercato sovranazionale e il suo regime di libera concorrenza, nel quale vi sono operatori privati da ben più tempo e che in molti casi dispongono di forze economiche di grandi dimensioni, in grado ipoteticamente di ostacolare non solo l'affermazione sul mercato di nuovi soggetti, ma anche di impedirne quasi l'accesso. Questo inconveniente, per quanto riguarda le comunità energetiche, può essere superato solo ed esclusivamente mediante un intenso intervento dello Stato nel mercato, volto a sostenere con efficacia l'ingresso, la permanenza e la protezione delle stesse comunità energetiche nel regime concorrenziale, adducendo come motivo pienamente giustificativo il fine preminente che si intende perseguire, ovvero un sensibile miglioramento climatico, insieme con la realizzazione di una comunità partecipata direttamente dai suoi cittadini produttori e consumatori.

Tuttavia, difficilmente potranno resistere e, dunque, competere le comunità se non saranno costantemente sorrette da una protezione privilegiata tanto all'interno del mercato quanto al di fuori di esso. Questa prospettiva può dare luogo ad un certo scetticismo poiché, così come concepite all'interno della direttiva di riferimento, le comunità si ritrovano comunque immerse nel gioco, non sempre efficacemente controllabile, della libera concorrenza⁴⁸.

Probabilmente, risulterebbe di maggior convenienza tenere queste,

⁴⁸ Ivi, c. 71, si precisa che le misure «atte a ovviare agli svantaggi connessi alle caratteristiche specifiche delle comunità locali che producono energia rinnovabile, in termini di dimensioni, assetto proprietario e numero di progetti, includono anche la possibilità per le comunità di energia di operare nel sistema energetico e agevolarne l'integrazione nel mercato».

L'avvento delle comunità energetiche

quantomeno agli inizi, escluse dal mercato concorrenziale e riservare loro una disciplina privilegiata (o, quanto meno, tutelata) di natura prevalentemente pubblicistica, in virtù della particolarità e dell'importanza degli obiettivi prefissati e che si è domandato alle comunità di energia rinnovabile di contribuire a realizzare⁴⁹. Il che, di riflesso, condurrebbe alla ragionevole sottrazione di queste nuove figure giuridiche, e delle loro attività, dal mercato⁵⁰.

Per tale ragione, si ritiene non sufficiente quanto dedotto all'interno del considerando n. 71 della direttiva in esame, in base al quale alle comunità devono essere garantite l'indipendenza e l'autonomia dai singoli membri che le compongono nonché dal resto dei protagonisti del mercato, i quali si trovino a partecipare all'attività delle comunità in qualità di membri o di azionisti.

Da tanto discende l'ossimoro che si avverte nella formulazione dello schema giuridico di derivazione sovranazionale: da un lato si richiede, *ex parte publica*, alle comunità (verrebbe da dire ai singoli) una loro partecipazione attiva nei processi del conseguimento degli ambiziosi obiettivi di cui sopra e, dall'altro, si pretende di porle, in prospettiva, in regime di concorrenzialità inevitabilmente anche con i colossi del settore, i quali dispongono di forze e risorse incommensurabilmente superiori, con prospettive di successo delle iniziative comunitarie facilmente prevedibili.

⁴⁹ Questa ipotesi è stata esclusa dal legislatore euro-unitario e, di riflesso, da quello italiano. Quanto a quest'ultimo, l'art. 32, lett. c) del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, stabilisce che gli autoconsumatori di energia rinnovabile e le comunità energetiche «regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato che [...] individua univocamente un soggetto, responsabile del riparto dell'energia condivisa».

⁵⁰ Si è chiaramente alquanto distanti da quel modello che, anni or sono, prospettava G. Azzariti, *Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 12, secondo cui «lo Stato contemporaneo, e l'Amministrazione per esso, non solo può espropriare o mantenere l'ordine pubblico, rispettando le situazioni giuridiche soggettive, non solo può accordarsi per regolare in termini non autoritativi l'assetto del territorio o i programmi settoriali di intervento pubblico, contemperando i diversi e contrapposti interessi sociali, ma, altresì, deve assicurare una serie di servizi, quali l'istruzione e l'assistenza, garantendo l'effettività dei diritti sociali a queste prestazioni [...] Così, l'amministrazione oltre a rappresentare una organizzazione autonoma e di comando e oltre a regolare i conflitti di interessi predisponendo differenziati moduli organizzativi non più solo autoritativi, ma anche di tipo partecipativo e consensuale, assume altresì la veste di soggetto distributore e regolatore di utilità sociali, diventando, in tal modo anche una organizzazione di servizi; un'Amministrazione erogatrice di servizi, in cui i servizi pubblici competenti non sono più riducibili alla sola Amministrazione centrale, ma anzi sono prevalentemente decentrati». In merito, anche A. Police, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 18.

L'iniziativa del legislatore europeo, infatti, mira a estendere, in una dimensione prettamente concorrenziale, la partecipazione ai progetti di energia rinnovabile a tutti i membri delle comunità locali, invitando i legislatori nazionali a elaborare criteri di trasparenza e di non discriminazione.

Ai singoli legislatori è rimessa quindi la decisione sulla natura giuridica della comunità energetica stessa, mentre l'Unione europea ne ha dato una definizione e individuato *lato sensu* una disciplina al pari dei singoli autoconsumatori. Il che non costituisce assolutamente una questione di secondo piano. A queste due figure sono dedicati gli artt. 2, 21 e 22 della dir. 2018/2001/Ue, i quali ricalcano la precedente disciplina del 2009 e delineano gli elementi necessari affinché si possano autorizzare i consumatori a divenire autoconsumatori e i clienti finali ad aggregarsi per dare forma a comunità più ampie e promotrici dell'energia sostenibile.

L'art. 2 è la norma di riferimento per la definizione delle categorie appena menzionate. Inoltre, viene introdotta una terza e fondamentale categoria in proposito, quella delle comunità di energia rinnovabile. Essa, in conformità al diritto nazionale applicabile, è incentrata sulla partecipazione aperta e volontaria, si caratterizza per la sua autonomia ed è controllata da azionisti o membri che si trovino nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dallo stesso soggetto giuridico.

Gli azionisti di suddette comunità possono essere al contempo persone fisiche, piccole e medie imprese, autorità locali, ivi comprese le amministrazioni comunali, i cui fini principali sono le forniture di benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti, membri o alle aree in cui esse operano. La figura giuridica della comunità è sicuramente una novità degna di nota, poiché incentiva il consociativismo energetico, indistintamente, di tutti gli individui e delle altre comunità di cui questi già sono parte.

Oltre i soggetti privati, la direttiva compie una timida apertura verso l'intervento pubblico, nella misura in cui prevede per le amministrazioni comunali la possibilità di divenire membri o azionisti delle comunità energetiche. Questa opportunità può condurre a una grande e agevole partecipazione dei cittadini alle comunità energetiche, ben potendo le amministrazioni comunali far leva, ove ancora esistenti, sulle società di distribuzione dell'energia elettrica da esse interamente partecipate e controllate.

Si tratta di uno snodo cruciale per la promozione e lo sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili e per la diffusione della cultura della sostenibilità in generale, la quale deve partire «dal basso», dalle comunità più vicine e percepibili dai cittadini, i comuni su tutti. Tuttavia, siffatta soluzione potrebbe

L'avvento delle comunità energetiche

non essere ben vista dalle istituzioni europee (in particolare per il contrasto con il divieto di aiuti di Stato e l'equilibrio del meccanismo concorrenziale) così come dal suo organo giudicante, sovente riluttante nei confronti delle partecipazioni pubbliche, oramai anche all'interno di settori primari come quelli afferenti alla produzione e alla distribuzione dell'energia elettrica, ove andrebbe invece evidenziata la «centralità dei servizi pubblici»⁵¹. Tali settori, un tempo, erano attribuiti all'esclusivo controllo pubblico dello Stato o delle amministrazioni locali, a seconda delle circostanze e dei risultati da conseguire⁵². A titolo d'esempio, una prima ipotesi di lavoro potrebbe anche essere rappresentata da una espressa previsione che consentisse di ricorrere alla costituzione di *public companies* ad azionariato popolare diffuso, che avrebbero formalmente la veste di società di diritto privato ma a cui potrebbero essere destinate forme di tutela particolari, in ragione degli obiettivi di rilevante interesse pubblico cui sarebbe preordinata la loro attività.

La promozione e le diverse agevolazioni previste per l'autoconsumo dell'energia rinnovabile occupano uno spazio rilevante all'interno di un apposito quadro che la direttiva impone a tutti i suoi componenti di realizzare. La disciplina quadro nazionale deve contenere una valutazione degli eventuali ostacoli, privi di una giustificazione, presenti per l'autoconsumo dell'energia rinnovabile e, ove possibile e necessario, deve disporre la rimozione.

Inoltre, la suddetta disciplina deve garantire l'accessibilità all'autoconsumo di energia rinnovabile per tutti i consumatori, inclusi coloro che appartengono alle categorie deboli, ovvero le famiglie a basso reddito e i soggetti vulnerabili.

Nel chiosare sulla nozione e sulla disciplina degli autoconsumatori di energia da fonti rinnovabili, *more solito*, il legislatore sovranazionale specifica che la norma in argomento si applica fatti salvi gli articoli, ben noti, 107 e 108 TFUE. Tale clausola consente di evidenziare, come già anticipato, l'interesse primario e preminente, anche nell'ambito dell'autoconsumo e del nuovo piano per l'ambiente e la sostenibilità energetica messo in campo dalle istituzioni europee, e cioè l'equilibrio concorrenziale e la salvaguardia di un'altra fattispecie di sostenibilità, quella – anzitutto – del mercato.

È l'art. 22 della direttiva che si occupa di individuare le caratteristiche che contraddistinguono le comunità di energia rinnovabile e i loro relativi diritti. Questi ultimi sono assicurati dall'intervento regolatore dei Paesi

⁵¹ A. Sandulli, *La persistente centralità dei servizi pubblici*, in *Mumus – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, V-IX.

⁵² È il caso della già menzionata l. del 6 dicembre 1962, n. 1643 che ha provveduto alla nazionalizzazione dell'intero settore elettrico in Italia.

membri, i quali garantiscono ai clienti finali il diritto di partecipare e dare vita a vere e proprie comunità di energia rinnovabile, senza però perdere i diritti e i doveri in quanto clienti finali e senza che essi siano soggetti a condizioni o a procedure discriminatorie tali da impedire loro la partecipazione stessa alle comunità. A questa prescrizione è applicata una sola deroga, costituita dalla circostanza, per le imprese private, che la presenza all'interno delle comunità non costituisca l'attività commerciale principale.

L'art. 22 fissa dei diritti che gli Stati devono assicurare alle comunità di energia rinnovabile, tra i quali: il diritto di produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche per mezzo di accordi di compravendita di energia rinnovabile; scambiare, all'interno della comunità stessa e tra i suoi partecipanti, l'energia rinnovabile generata dalle unità di produzione possedute; rimuovere qualsivoglia forma di ostacolo che impedisca l'accesso indiscriminato ai mercati energetici per via diretta o aggregata. Gli Stati svolgono un'attenta disamina degli eventuali ostacoli persistenti ed effettuano accurate indagini, per tutti i territori, al fine di valutare il potenziale sviluppo e incremento delle comunità energetiche⁵³.

La direttiva dispone anche che il gestore di distribuzione competente instauri una fitta collaborazione con le comunità di energia rinnovabile, volta ad agevolare i trasferimenti di energia all'interno delle comunità medesime. Può osservarsi che, tra gli aspetti maggiormente rilevanti, due appaiono sicuramente interessanti: l'apertura indistinta e indiscriminata a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito, e il sostegno normativo conferito alle autorità pubbliche per incentivare la creazione di comunità di energia rinnovabile e aiutare le autorità locali a prendervi parte direttamente.

La parità di trattamento fra tutti i consumatori, con particolare riguardo alle famiglie a basso reddito, dimostra un intento sicuramente equitativo, ma ancora più importante è l'occasione per le autorità locali pubbliche di partecipare direttamente alle comunità di energia rinnovabile. Quest'ultimo aspetto rappresenta una novità non secondaria: il pubblico potere, attraverso l'attività dell'Amministrazione, può tornare ad essere catalizzatore di un processo partecipativo dei suoi cittadini, i quali potranno direttamente interagire con l'Amministrazione stessa e, al contempo, farsi promotori di ini-

⁵³ Da una diversa angolazione, ulteriori perplessità in merito alla norma in esame sono state mosse da F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia*, cit., 507, secondo cui uno dei problemi maggiori non sia «comprendere come e in quali termini queste comunità si possano costituire, quanto come, una volta costituite, le stesse comunità si relazionino con l'attuale regolazione».

L'avvento delle comunità energetiche

ziative volte a incrementare lo sviluppo della comunità energetica pubblica di appartenenza. Nella fattispecie, l'incentivo a partecipare potrebbe essere maggiormente agevolato dalla non primaria necessità, per l'Amministrazione, di conseguire profitti, agendo quest'ultima principalmente per esortare la propria comunità e i suoi componenti a diffondere le istanze e gli obiettivi della sostenibilità energetica.

2.3. Segue. *Corollari della normativa europea: il tentativo di mediazione tra intervento pubblico e necessità di preservare l'equilibrio concorrenziale*

È risaputo come, sovente, l'Unione sia stata poco propensa a consentire l'intervento pubblico diretto nei vari settori dell'economia, la quale è caratterizzata dalle leggi del mercato e dalla tendenziale libertà per gli operatori economici privati di competere paritariamente.

Dunque, nella cornice euro-unitaria, il compito dei pubblici poteri consiste essenzialmente nella predisposizione di regole dettagliate e funzionali ad assicurare il corretto andamento del mercato concorrenziale. Con riferimento al settore in esame, invece, la strategia dell'Unione non è di prevalente chiusura verso un'opzione maggiormente interventista. Essa, infatti, riserva alle autorità amministrative locali la possibilità di partecipare direttamente alle comunità energetiche rinnovabili e affida agli Stati il compito di regolare tale intervento. Il che rappresenta un elemento da accogliere con favore, ma che, al contempo, non risulta coerente con la parallela apertura a forme di regolazione di natura privatistica⁵⁴ e autore-

⁵⁴ È il caso dei fenomeni tipici della cosiddetta *reflexive law*. Come sottolineato da F. Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, Esi, 2000, 9 ss., il «modello che più è sembrato attagliarsi alle esigenze di organizzazione dei mercati, dunque al nuovo ruolo pensato per il diritto nell'ambito delle vicende sociali, è parso quello della cosiddetta *reflexive law*, operante secondo meccanismi di auto-poiesi e non tramite imposizioni eteronome. Caratteristica del diritto riflessivo è, invero, che i sistemi vengano organizzati soltanto attraverso la propria autoregolamentazione [...] In tale prospettiva, la legge non si occupa più di regolare direttamente la vita dei contesti organizzati, sibbene interviene esclusivamente nella fase del controllo del modo nel quale i sistemi sociali si autoregolano. Sicché il controllo sociale sui sottosistemi autoreferenziali [...] si risolve in una sorta di "proceduralizzazione" dei meccanismi autoriproduttivi delle regole (fenomeno che, per esempio, quanto alla nostra esperienza, è stato descritto in termini di "amministrativizzazione" del diritto civile e commerciale)», riprendendo il pensiero espresso da A.K. Sen, *L'impossibilità di un liberale paretiano*, e *L'impossibilità, unanimità e diritti*, in Id., *Scelte, benessere, equità*, Bologna, Il Mulino, 1986, 191. Un'ulteriore prospettiva è data, sempre sul versante civilistico, da M. Brutti, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, Giapichelli, 2017, XI, secondo cui il contesto odierno dei mercati «presuppone un'infinità di

ferenziale⁵⁵. In particolare, a esser posto in dubbio è il reale interesse del mercato stesso a promuovere la sostenibilità prescindendo dalla massimizzazione dei profitti. In siffatto contesto si inserisce il carattere imprescindibile non tanto della regolazione quanto dell'intervento diretto nel settore economico in esame da parte del potere pubblico tramite, ad esempio, le autorità amministrative locali.

Tuttavia, potrebbe trattarsi comunque di un intervento menomato, parziale e insufficiente per eguagliare rapidamente gli obiettivi fissati all'interno della normativa europea, la quale intende raggiungere i risultati programmati, in un momento storico tutt'altro che favorevole per la produzione e il consumo dell'energia, preservando comunque l'integrità dell'equilibrio concorrenziale da un intervento di dimensioni estese ad opera dello Stato⁵⁶.

Tornando al contenuto della direttiva del 2018, una conferma in tale direzione deriva dalla clausola finale presente nell'articolo 22, ove è ribadito che gli Stati membri tengono debito conto dei caratteri specifici che contraddistinguono le comunità energetiche, allorché elaborano regimi economici di sostegno affinché venga loro consentito di competere alla pari con altri partecipanti nel mercato per l'ottenimento di agevolazioni, fatte salve le prescrizioni inderogabili contenute negli artt. 107 e 108 del TFUE. In sostanza, le istituzioni euro-unitarie prescrivono delle imponenti contromisure nel momento in cui prospettano un intervento dei pubblici poteri nella sfera

relazioni contrattuali» nelle quali compaiono «figure sempre più astratte e spesso standardizzate, che si impongono ai singoli».

⁵⁵ Sul punto, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 44, richiamando le tesi di Gunther Teubner, evidenzia l'emergere «di una molteplicità di “costituzioni civili” prodotte da sottosistemi autonomi delle società civile, i quali vanno a imporsi a seguito delle dinamiche sociali ed economiche, a scapito dei tradizionali poteri politici e costituzionali. Nuove forme di normazione che, dunque, supererebbero la logica politica degli Stati-nazione, per imporre il dominio di regimi privati globali, regolati da un diritto “sostantivo” prodotto dagli stessi portatori degli interessi sociali. È questa una prospettiva che, abbandonando gli orizzonti propri del pensiero politico e giuridico moderno, sconta una subalternità culturale assoluta e incontrastabile rispetto alle logiche ferree del mercato, come dimostra l'archetipo concettuale, apertamente posto alla base della nuova forma di normazione, la *lex mercatoria*, appunto». Il riferimento dell'autore è a G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005; Id., *Nuovi profili costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Mondadori, 2012.

⁵⁶ Il che pare rispecchiare quella tendenza individuata, anni or sono, da G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche di economia di mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, III, Milano, Giuffrè, 1999, 725 ss., secondo cui si sia transitati dal mito dello Stato “tutto” e “onnipotente” alla «mistica della volontà privata sostitutiva dell'intervento statale».

L'avvento delle comunità energetiche

economica, non intendendo affidare ai pubblici poteri una riserva, seppur provvisoria, nell'ambito della sostenibilità energetica.

Pertanto, ciò che sembra emergere è che anche il regime di sostegno è pienamente calato nella realtà del mercato concorrenziale e dei suoi parametri. Il che alimenta il pericolo di far divenire una mera enunciazione di principio la partecipazione alle comunità dei soggetti più vulnerabili, come le famiglie a basso reddito. Si ripresenta l'annoso tema della condizionalità⁵⁷ cui vengono sottoposti i sostegni economici anche in un settore di fondamentale rilievo come quello della produzione sostenibile dell'energia elettrica, bene imprescindibile, sempre più raro e che rischia di diventare ancor più esclusivo.

Secondo la prospettiva or ora delineata, un tale approccio pare evincersi non solo dall'esame della direttiva RED II, ma anche dallo stesso *Green Deal*, nel quale è precisato che le manovre di bilancio necessarie a incrementare la sostenibilità energetica saranno stabilite all'interno della revisione che riguarderà il quadro economico della *governance* sovranazionale. Quest'ultima, peraltro, includerà «un riferimento agli investimenti pubblici verdi nel contesto delle qualità delle finanze pubbliche, che servirà da spunto per un dibattito su come migliorare la governance di bilancio dell'UE»⁵⁸. In seguito al dibattito, saranno programmate eventuali e ulteriori misure «comprese quelle relative al trattamento da riservare agli investimenti verdi nell'am-

⁵⁷ Sul tema della condizionalità finanziaria, G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, Milano, Ipsoa, 2012, 461 ss.; G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano e sovranità economica*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2013, 207 ss. Per una visione critica dell'assistenza finanziaria «condizionata», A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2018, 110 ss., il quale, parlando del Mercato delle riforme che ha contraddistinto l'ordinamento dell'Unione europea, rileva come le condizioni economiche «imposte in cambio dell'assistenza finanziaria hanno ricalcato tutte un identico schema. Comprendono misure volte a diminuire le uscite, quindi impegni a contenere la spesa pensionistica e sociale, inclusa ovviamente quella per la sanità e l'istruzione [...] e in genere a ridimensionare la Pubblica amministrazione. Alle misure di contenimento delle uscite si aggiungono poi indicazioni sulle modalità di incremento delle entrate, soprattutto attraverso programmi di privatizzazioni e liberalizzazioni, in particolare nei settori dell'energia, delle telecomunicazioni, delle assicurazioni e dei servizi pubblici locali». Anche F. Salmoni, *L'insostenibile 'leggerezza' del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *federalismi.it*, XX, 2020, 284 ss.; F. Gaspari, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, III, Modena, Mucchi editore, 2020, 85 ss.

⁵⁸ Comunicazione, 11 dicembre 2019, n. 2019/640/UE, «*Il Green Deal europeo*», § 2.2.2, «*Invertire i bilanci nazionali e inviare i giusti segnali di prezzo*».

bito delle norme di bilancio dell'UE, che deve mantenere tutte le garanzie contro i rischi per la sostenibilità del debito»⁵⁹. Pertanto, non sembrano al momento rientrare nella programmazione europea misure che mettano a repentaglio i limiti imposti al debito pubblico o la politica di pareggio di bilancio, né tantomeno opzioni volte a ridisegnare lo spazio di operatività del meccanismo concorrenziale⁶⁰.

Un inconveniente che potrebbe scaturire da questa presa di posizione della Commissione europea è rappresentato dal rischio che il progetto verde viaggi a velocità diverse, a seconda delle risorse economiche a disposizione di ciascuno Stato membro. Basti pensare alla situazione finanziaria precaria del debito pubblico italiano e ai vincoli sovranazionali che lo riguardano. Ne discende, quale plausibile corollario, che le politiche sostenibili, a cominciare dagli incentivi alle comunità energetiche e alla neutralità climatica *tout-court*, rischiano di sortire effetti positivi in tempi molto più lunghi di quanto previsto, ma soprattutto, di quanto necessario.

3. La disciplina italiana di recepimento a partire dalla deliberazione 4 agosto 2020, n. 318/2020/R/eel dell'ARERA

Il legislatore italiano ha da subito manifestato il proprio interesse verso le linee guida tracciate dall'Unione europea all'interno del grande piano 'verde' varato per la sostenibilità e la transizione energetica e le nuove comunità di riferimento. Sul versante legislativo, da tenere in doverosa considerazione sono la delibera del 4 agosto 2020, n. 318/2020/R/eel, adottata dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) per la regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile, e il decreto legislativo dell'8 novembre 2021, n. 199 in attuazio-

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ In merito, una lettura differente sembra essere prospettata da E. Chiti, *Il Green Deal e la costruzione di una nuova Europa*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 582, secondo il quale il *Green Deal* «lascia sostanzialmente inalterato il cuore del progetto di integrazione economica, rappresentato, come si è detto, dal mercato interno e dall'unione economica e monetaria, la cui struttura di fondo resta immutata. Modifica indirettamente, però, i contenuti delle discipline pro-concorrenziali, là dove rafforza la rilevanza di obiettivi alternativi alla concorrenza, ed in particolare delle finalità di tutela ambientale, nell'attuazione e nell'applicazione di tali discipline».

L'avvento delle comunità energetiche

ne della dir. 2018/2001/Ue, ripetutamente menzionata, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili⁶¹.

È d'uopo precisare che si tratta comunque di una disciplina in continua evoluzione, anche a causa dei recenti avvenimenti politici e bellici che stanno riguardando l'est europeo, dimostratisi in grado di colpire gravemente l'andamento dei mercati energetici. Al fine di adempiere senza indugi alle richieste e agli obiettivi prefissati in ambito sovranazionale, il legislatore italiano ha adottato, inizialmente, una disciplina transitoria, contenuta nell'art. 42 *bis* del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 192, mediante cui ha recepito parte dei contenuti indicati nella normativa euro-unitaria.

Per quanto interessa il contesto italiano, la norma nazionale consente agli autoconsumatori, anche associati, di mantenere i propri diritti di clienti finali e riconosce la possibilità per questi di recedere in ogni momento dalla configurazione cui partecipano, fermi restando gli eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato. Consente altresì a tali soggetti di regolare i rapporti tramite un contratto di diritto privato che individui al suo interno un unico soggetto delegato responsabile del riparto dell'energia elettrica condivisa. A questo delegato i clienti finali possono anche affidare il compito di gestire le partite di pagamento e di incasso verso le società di vendita e il Gestore dei Servizi Energetici (GSE)⁶². Inoltre, fondamentali sono

⁶¹ Il legislatore italiano, in attesa di adottare un'apposita disciplina in attuazione della direttiva europea, ha provvisoriamente regolato la figura dell'autoconsumatore, del gruppo di autoconsumatori che agiscono collettivamente e della comunità di energia rinnovabile all'interno del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, art. 42 *bis*, convertito poi in legge 28 febbraio 2020, n. 8. Di recente, è intervenuto nuovamente in materia, tramite il decreto concernente la *governance* del PNRR, anche il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, in particolare artt. 30 *ss*.

⁶² Il GSE è stato istituito durante la stagione della liberalizzazione del mercato elettrico in seguito all'approvazione del d.lgs. 79/1999 (cosiddetto decreto Bersani). La natura – se pubblica o privata – della società è stata fin da subito discussa dalla dottrina. Tuttavia, si è, da una certa prospettiva, negata la possibilità che a tale società potesse attribuirsi la qualifica pubblicistica, con particolare riferimento, ad esempio, all'ipotesi di danno erariale. In questo senso, C. Ibba, *La governance del settore*, in *Il mercato dell'energia elettrica*, cit., 75. In proposito, è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Cons. di Stato, 3 settembre 2019, n. 9, nella quale il giudice della nomofilachia ha precisato che il Gestore dei Servizi Energetici è una «persona giuridica di diritto privato, essendo stato costituito nelle forme di società per azioni» sebbene le azioni siano «integralmente riservate alla mano pubblica». Sul punto, *ex multis*, S.M. Sambiri, A. Muollo, *Il GSE (Gestore del Sistema Elettrico) e GME (Gestore dei Mercati Energetici). Natura giuridica funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto dell'energia*, a cura di E. Picozza, S.M. Sambiri, Padova, Cedam, 2015, 165 *ss*. Sul punto, F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia*, cit., 534, ha provato a prospettare una natura diversa del GSE, non necessariamente assimilabile alla semplice dicotomia soggetto pubblico-soggetto privato, sostenendo che «la natura di pubblica amministrazione del GSE – specie alla luce di un eventuale mutamento dell'attuale

i compiti demandati all’Autorità di settore, l’ARERA⁶³, su tutti quello di dare piena attuazione a quanto previsto dallo stesso art. 42 *bis*.

In particolare, all’ARERA spetta adottare i provvedimenti necessari affinché i gestori di reti cooperino per consentire, in via semplificata, la disponibilità delle misure dell’energia elettrica condivisa; individuare il valore delle componenti tariffarie disciplinate in via regolata, ovvero quelle connesse al costo dell’energia elettrica, le quali non risultano tecnicamente applicabili

quadro normativo di riferimento – potrebbe essere messa in discussione. Il GSE rappresenta un esempio paradigmatico della crisi della “rigidità” del concetto di soggetto pubblico e della teoria dell’ente, in base alla quale la natura di quest’ultimo può essere desunta, nella stragrande maggioranza dei casi, dalle funzioni che gli sono (o che gli sono state, nel tempo) attribuite».

⁶³ Il conferimento di compiti e prerogative all’Autorità mediante apposite norme attributive di potere è stato criticato da una parte della dottrina, ad esempio, tra i primi critici, *ex multis*, G. De Vergottini, *Intervento a “Liberalizzazione, monopolio e regolazione” – seminario tenuto in Roma il 20-21 gennaio 1995*, in *La privatizzazione del settore elettrico, Atti dei Seminari tenuti in Roma il 27 maggio 1994 e il 20-21 gennaio 1995*, Milano, Giuffrè, 1995, 110 ss., il quale rileva che il termine “poteri regolatori” fosse utilizzato «volutamente in modo ambiguo, ricomprendendovi i poteri di indirizzo, di disciplina regolamentare, di amministrazione, come ad esempio la fissazione di tariffe e la vigilanza sulla corretta applicazione delle regole. In realtà l’ordinamento giuridico vigente farà giustizia della insoddisfacente improprietà del termine [...] L’aver evitato di sezionare i poteri regolatori seguendo i livelli delle fonti sarà causa di equivoci e pericolose confusioni che influiranno in futuro sul corretto uso dei poteri che la legge si accinge ad affidare alla istituenda Autorità». Di recente, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 145, sostiene che la «legge istitutiva dell’Autorità di regolazione per energia e reti e ambiente [...] costituisce uno degli esempi paradigmatici dell’assoluta indeterminazione delle norme attributive dei poteri in capo alle *authorities* [...]». Di parere opposto è A. Pototschnig, *L’Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’energia*, in *Il mercato dell’energia elettrica*, cit., 154, secondo cui la «legge italiana istitutiva dell’Autorità è ritenuta a livello europeo una tra le migliori, per certo non dimostra gli anni che ha e credo sia stata uno dei pilastri, insieme agli altri atti legislativi e amministrativi, del processo di liberalizzazione nel nostro Paese». Estremamente delicata, infine, si è rilevata la sindacabilità degli atti dell’Autorità da parte del giudice amministrativo, anche in relazione alle novità apportate dal processo di liberalizzazione del settore. In questa sede non è possibile soffermarsi con l’attenzione che questo argomento, invece, richiederebbe, pertanto, ci si limita a riportare quanto osservato da G. Carloti, *Il Giudice amministrativo*, in *Il mercato dell’energia elettrica*, cit., 164 ss., secondo cui «il giudice amministrativo non si è mai occupato e mai potrà occuparsi della liberalizzazione in senso stretto; tuttavia il giudice amministrativo, con la sua attività di *jus dicere*, concorre comunque alla formazione del diritto dell’energia tramite l’esercizio della funzione nomopoietica che discende dall’esegesi giurisdizionale. In questa prospettiva il concorso del formante giurisprudenziale alla liberalizzazione del mercato dell’energia elettrica si è estrinsecato negli ultimi vent’anni attraverso il sindacato giurisdizionale sugli atti e i provvedimenti dell’Autorità, dell’ARERA». Per una prospettiva comparata sul tema, P. Valerio, *Unitary exclusive claims e tutela dei consumatori nel settore finanziario alla luce della sentenza Seila Law*, in *DPCE online*, III, 2020, 3255 ss., spec. 3265.

L'avvento delle comunità energetiche

all'energia elettrica condivisa; provvedere all'istituzione di un sistema di monitoraggio stabile delle configurazioni realizzate. Al fine di conseguire questi risultati, l'ARERA può avvalersi delle società facenti capo al GSE⁶⁴.

All'Autorità spetta anche l'importante ufficio di individuare e selezionare gli strumenti volti a favorire e incentivare la partecipazione diretta dei Comuni e delle Pubbliche amministrazioni alle comunità di energia rinnovabile.

Nella fattispecie, a differenza di quanto osservato per le imprese private, nessun divieto è stato al momento previsto, da parte del legislatore europeo, per le amministrazioni locali pubbliche di esercitare quale attività principale quanto previsto dalla disciplina in materia di comunità di energia rinnovabile. Il che può far ben sperare in una piena e diffusa partecipazione delle amministrazioni pubbliche locali alla costituzione e alla gestione delle comunità di energia rinnovabile. Questo aspetto consentirebbe indistintamente a tutti i cittadini di interfacciarsi con maggiore facilità alle comunità e ai servizi che esse sono in grado di fornire, e, al contempo, di promuoverne la loro diffusione.

L'Autorità ha espresso il proprio parere, all'interno di un apposito documento⁶⁵, in merito alla regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica oggetto di autoconsumo collettivo o di condivisione nell'ambito delle comunità di energia rinnovabile, tenendo presente la disciplina europea fissata all'interno della dir. 2018/2001/UE, e prospettando alcune proposte aggiuntive al legislatore nazionale⁶⁶.

Il documento approvato dall'autorità di regolazione ha inciso anche sulla nozione di comunità di energia rinnovabile, precisando che tale comunità si configura altresì qualora gli azionisti o membri della comunità di energia rinnovabile siano titolari di punti di connessione su reti elettriche di bassa tensione sottese alla medesima cabina secondaria e quando i produttori possano eventualmente essere soggetti diversi non facenti parti della comunità (inclusi coloro che svolgono l'attività di produzione come attività

⁶⁴ Sull'importanza del ruolo svolto dal Gestore dei servizi energetici nella promozione della sostenibilità energetica, si rimanda a F.Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia*, cit., 523 ss.

⁶⁵ Si fa riferimento al documento di consultazione n. 112/2020/R/eel e alla memoria n. 94/2019/I/com adottati e pubblicati dall'ARERA.

⁶⁶ Il che corrisponde, a proposito delle diverse funzioni assegnate all'autorità di settore, come rileva M. D'Alberti, *La regolazione del mercato elettrico. Venti anni dopo la liberalizzazione*, in *Il mercato dell'energia elettrica*, cit., 54, a quella «commistione tra poteri di regolazione, di attuazione delle regole e di decisioni di dispute che è tipica delle autorità amministrative indipendenti».

principale), purché gli impianti di produzione gestiti siano detenuti e di proprietà della comunità. Nella fattispecie, i produttori terzi non fanno parte della comunità ma l'energia da loro prodotta e immessa rileva per l'individuazione dell'energia condivisa.

Al fine di adottare una regolazione rispondente alle esigenze prospettate dal legislatore europeo e nazionale, l'Autorità ha ideato un modello regolatorio che possa risultare flessibile e facilmente implementabile.

La regolazione prevede anche la richiesta, a un soggetto terzo quale è il GSE, di accesso alla regolazione prevista nell'ipotesi di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili o di comunità di energia rinnovabile, così come prospettata all'interno della dir. 2018/2001/UE e nei limiti della disciplina transitoria nazionale di cui all'art. 42 bis, d.l. n. 162/2019. Inoltre, al GSE sono indirizzate ulteriori richieste, quali la restituzione di importi o componenti tariffarie spettanti in base all'energia oggetto di autoconsumo o consumo collettivo o, ancora, che lo stesso GSE provveda all'erogazione dell'incentivo del caso.

La regolazione predisposta dall'ARERA contiene, inoltre, tutte le indicazioni relative alle procedure di richiesta da presentare al GSE.

Dunque, è compito del GSE quello di definire le modalità operative per poter accedere alla regolazione predisposta nel caso di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili o di comunità di energia rinnovabile, oltre che elencare la documentazione necessaria.

3.1. La centralità del ruolo e dei servizi erogati dal GSE e il problema della natura giuridica delle comunità energetiche nel parere dell'Autorità di regolazione

Dalla regolazione proposta dall'Autorità si evince, in più punti, l'importanza che nel processo di promozione dell'energia da fonti rinnovabili è riconosciuta al GSE attraverso la molteplicità di compiti che a questo sono stati affidati⁶⁷. Tra questi, si deve menzionare la ricezione dal Sistema Informativo Integrato (SII) dei dati di misura relativi all'energia elettrica prelevata e afferenti a tutti i punti di prelievo riguardanti il medesimo edificio o condominio o, ancora, afferenti ai punti di prelievo dei clienti che siano membri della comunità di energia rinnovabile del caso. Il Gestore dei

⁶⁷ Per un quadro attuale del GSE, si consideri quanto evidenziato da F. Vetrò, *Il gestore dei servizi energetici*, in *Il mercato dell'energia elettrica*, cit., 137 ss. Sul potere di controllo e sul potere sanzionatorio del Gestore dei servizi energetici, si consideri V. Troise Mangoni, *I poteri di controllo e sanzionatori del GSE in materia di incentivi per gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili*, in *I Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, a cura di M. De Focatiis, A. Maestroni, I, Torino, Giappichelli, 2014.

L'avvento delle comunità energetiche

servizi energetici deve ottenere altresì, dai gestori di rete competenti, i dati relativi alle misure dell'energia elettrica immessa in rete per mezzo dei punti di connessione degli impianti di produzione, i cui produttori siano parte della configurazione di autoconsumo collettivo o della comunità di energia rinnovabile⁶⁸.

Tuttavia, aspetto non secondario è dato dalla proposta formulata dall'autorità di settore, mediante l'approvazione di una propria deliberazione, consistente nella previsione in base alla quale il Gestore dei servizi energetici rendiconta annualmente all'Autorità stessa i costi che esso sostiene e gli effetti del provvedimento concernente la promozione dell'energia da fonti rinnovabili. In particolare, i suddetti costi riguardano: l'erogazione del contributo di valorizzazione dell'energia elettrica condivisa; l'erogazione degli incentivi così come definiti dal Ministero dello sviluppo economico ai sensi dell'art. 42 bis, d.l. 162/2019, e gli eventuali ricavi del GSE stesso qualora l'incentivazione dell'energia elettrica condivisa preveda il ritiro, da parte del Gestore, dell'energia immessa dagli impianti di produzione che rientrino nelle configurazioni autorizzate⁶⁹. In questo scenario, il GSE diviene utente del dispacciamento per l'energia immessa in rete⁷⁰. Infatti, a questo compete il collocamento sul mercato dell'energia elettrica ritirata.

Infine, può essere considerato uno dei compiti principali del GSE quello consistente nell'istituire un sistema completo di monitoraggio costante di tutte le configurazioni realizzate, dato che, proprio come rammentato dall'Autorità del settore, il GSE è il soggetto giuridico incaricato di rilasciare le qualifiche per le nuove configurazioni. Dunque, il Gestore non solo è colui il quale rilascia le qualifiche per l'istituzione di nuove configurazioni, ma anche il soggetto giuridico a cui, in seguito al rilascio delle certificazioni del caso, il legislatore ha affidato il ruolo di controllore e garante del perseguimento degli obiettivi in materia di sostenibilità.

Nel caso delle comunità di energia rinnovabile, il GSE ha anche sottolineato l'opportunità di stipula di un contratto con il soggetto referente delle comunità stesse (es.: il suo legale rappresentante) e l'opportunità di

⁶⁸ D.l. 30 dicembre 2019, n. 162, recante le disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica.

⁶⁹ ARERA, 4 agosto 2020, n. 318/2020/R/eel, art. 1, lett. v), indica come ritiro dedicato quel «servizio, erogato dal GSE, di ritiro dell'energia elettrica prodotta e immessa dagli impianti di produzione e disciplinato secondo le modalità e le condizioni regolatorie di cui alla deliberazione 280/2007 [...]».

⁷⁰ Ivi, art. 5 e 7.

prevedere, per un periodo iniziale, una costante comunicazione tra Gestore e imprese distributrici⁷¹.

Inoltre, pareri rilevanti sono stati rilasciati a proposito della natura giuridica della comunità di energia rinnovabile. Nella consultazione dell'ARERA n. 112/2020 sono state indicate alcune ipotesi ritenute più idonee al soddisfacimento degli obiettivi prefissati dal legislatore. In particolare, risulta auspicabile garantire la massima flessibilità in conformità al diritto societario nazionale, ma prevedendo per le comunità suddette uno *status* giuridico speciale tale da snellire sensibilmente l'*iter* burocratico, e consentire alle comunità di energia rinnovabile di costituirsi in qualsiasi forma giuridica, che vada dalla semplice associazione, cooperativa, consorzio, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro alla società a responsabilità limitata, purché gli enti medesimi possano liberamente esercitare i propri diritti senza soggiacere a obblighi.

Sempre in materia di comunità di energia rinnovabile, l'Autorità garante non ha esitato a svolgere il proprio ruolo di impulso. Ed invero, l'ARERA ha suggerito di meglio specificare la distinzione tra la proprietà dell'impianto di produzione e il detentore degli impianti stessi, esortando il legislatore a evidenziare che il detentore altro non è che colui il quale ha la piena disponibilità dell'intero impianto a titolo anche diverso da quello della proprietà, come, ad esempio, a titolo di usufrutto o comodato d'uso. Quest'ultima figura è diversa – e pertanto distinguibile – da quella del produttore, il quale è il responsabile dell'esercizio e dell'attività dell'impianto e ciò si evince dalla titolarità della licenza di officina elettrica e anche dalle autorizzazioni che a questo sono state rilasciate⁷².

Alla luce di questa distinzione, diviene possibile – rileva l'*authority* – che referente possa essere la comunità di energia rinnovabile stessa piuttosto che il produttore, poiché essa è un soggetto giuridico precisamente individuato in possesso degli impianti di produzione.

La puntualizzazione espressa dall'autorità amministrativa indipendente permette di sottolineare la centralità delle discipline emergenti in esame e l'obiettivo di fornire agli utenti nozioni tanto complete quanto chiare e non suscettibili di interpretazioni divergenti. Il che consentirebbe altresì di evitare un inutile ingolfamento della disciplina anche in una prospettiva

⁷¹ Ivi, art. 1, lett. t).

⁷² Ivi, art. 1, lett. s), si definisce produttore di energia elettrica o produttore «una persona fisica o giuridica che produce energia elettrica indipendentemente dalla proprietà dell'impianto di produzione. Egli è l'intestatario dell'officina elettrica di produzione, ove prevista dalla normativa vigente, nonché l'intestatario delle autorizzazioni alla realizzazione e all'esercizio dell'impianto di produzione».

L'avvento delle comunità energetiche

finalizzata a incentivare l'aggregazione in comunità dei consumatori e a evitare futuri contenziosi. L'Autorità ha anche suggerito il modello giuridico e organizzativo che le comunità energetiche potrebbero inizialmente – e per dare un seguito rapido e immediato alla dir. 2018/2001/UE – adottare, ovvero quello degli enti del terzo settore, per il quale è prevista l'iscrizione presso un apposito registro unico e pubblico⁷³.

Orbene, è all'interno del testo approvato con deliberazione dall'ARERA che sono illustrate le modalità procedurali da osservare per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa. L'Autorità ha inteso formalizzare e regolarizzare tutte le procedure e gli adempimenti necessari affinché l'ambizioso progetto di sostenibilità concepito in sede europea e, di poi, in quella nazionale, possa essere adeguatamente conseguito. Gli artt. 4 e 5 della delibera n. 318/2020 enucleano l'intera procedura e individuano nel GSE – come già in parte osservato – il soggetto giuridico di riferimento per l'esecuzione e il controllo della regolarità procedurale in questione.

A tal proposito, il servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa è erogato dal Gestore dei servizi energetici mediante i referenti dei rispettivi gruppi di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente, o mediante i referenti delle comunità di energia rinnovabile.

L'avvio della procedura consiste in una formale richiesta che i soggetti che intendono valersi del servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa debbono presentare al GSE tramite il referente, impiegando un apposito schema predisposto dallo stesso gestore, che deve essere verificato positivamente dal direttore della Direzione mercati energia all'ingrosso e sostenibilità ambientale dell'Autorità.

Spetta al GSE verificare la regolarità della procedura di istanza e la sussistenza di tutti i requisiti prescritti⁷⁴. Qualora siffatta verifica vada a buon fine, la procedura prosegue il proprio *iter*. In primo luogo, il GSE stipula con il referente della configurazione un apposito contratto – il cui schema è predisposto dallo stesso Gestore –, con effetti che generalmente decorrono dal giorno di ricevimento dell'istanza o, se previsto, da una data posteriore indicata dal referente. Successivamente, il gestore comunica a Terna S.p.A. i tipi di configurazione per i quali è stato possibile attivare il servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa. La durata del contratto stipulato dipende dal periodo di incentivazione previsto dal Mi-

⁷³ D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

⁷⁴ ARERA, 4 agosto 2020, n. 318/2020/R/eel, art. 4.

nistero dello sviluppo economico e non sostituisce i normali adempimenti concernenti l'acquisto dell'energia elettrica prelevata.

Infine, per ciò che riguarda la scadenza del periodo di incentivazione indicato dal Ministero dello sviluppo economico, il contratto in essere può essere prorogato – anche tacitamente – di un anno per ciò che concerne esclusivamente la valorizzazione dell'energia elettrica condivisa, a eccezione di diverse e ulteriori disposizioni che potrebbero derivare dal recepimento della dir. 2018/2001/Ue.

Determinante può rivelarsi l'impegno del GSE nell'incentivare la diretta partecipazione delle autorità locali e delle Pubbliche Amministrazioni alle comunità di energia rinnovabile⁷⁵. Si è già potuta costatare l'importanza di questa soluzione, contemplata dal legislatore sovranazionale e recepita in parte dal legislatore nazionale, sebbene con alcune storture.

L'assistenza che deve fornire il GSE – nelle vesti di organo consultivo – alle amministrazioni pubbliche può rappresentare un elemento fondamentale per la diffusione della dimensione e della partecipazione pubblica all'interno del nuovo quadro della sostenibilità. Le comunità di energia rinnovabile promosse e partecipate, anche interamente, dalle autorità e dalle amministrazioni locali possono altresì rappresentare un incentivo, per i cittadini, ad aggregarsi e a collaborare, poiché in grado di percepire agevolmente, mediante l'operato dei rappresentanti e dei tecnici delle amministrazioni stesse, la convenienza nell'attivarsi per la comunità di appartenenza. In questi casi, l'impegno aperto delle amministrazioni pubbliche locali consente di trasmettere al cittadino la percezione della sicurezza necessaria per indurlo a credere e a partecipare – o investire – nella direzione indicata.

Tra gli ulteriori servizi che il GSE deve fornire rientrano l'implementazione di portali informativi e appositi servizi *online*, con la messa a disposizione di precise guide informative e di *tool* di simulazione, al fine di favorire la realizzazione di nuovi progetti. Appare a questo punto evidente l'imprescindibilità, affinché le amministrazioni locali pubbliche siano in grado di espletare al meglio i servizi delle comunità rinnovabili cui danno vita o partecipano, di un'adeguata informazione, nonché la necessità di garantire la massima trasparenza e facilità di accesso ai diversi canali di comunicazione. È doveroso sottolineare come l'effettività dell'incentivazione passi anche tramite una chiara e costante comunicazione e informazione che il Gestore dei servizi energetici offre agli interessati e ai partecipanti alle comunità di energia rinnovabile. A questo proposito, l'Autorità ha previsto precise disposizioni in materia di obblighi informativi che devono

⁷⁵ *Ibidem.*

L'avvento delle comunità energetiche

intercorrere tra i gestori della rete e il GSE e tra quest'ultimo e l'Autorità medesima.

Da ultimo, è d'uopo ricordare che compete al GSE svolgere un costante controllo e provvedere a tutte le verifiche necessarie sulle configurazioni che usufruiscono del servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa, mediante, per fornire un esempio, sopralluoghi atti a constatare la conformità e la veridicità delle informazioni e dei dati a esso trasmessi⁷⁶.

Non meno importanti, infine, sono i dati che il gestore è onerato di comunicare all'ARERA, tra i quali, con cadenza annuale: il numero dei dati di misura e delle informazioni necessari e l'esatto ammontare delle configurazioni che beneficiano del servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica.

In conclusione, quanto esposto consente di evidenziare il lavoro di recepimento normativo che l'Italia continua a svolgere in materia di consumo e produzione di energia da fonti rinnovabili. A questo proposito, la deliberazione in esame dell'Autorità competente può considerarsi come uno strumento davvero decisivo per la concreta attuazione del piano energetico-sostenibile. In particolare, l'*authority* ha cercato di tracciare la linea guida da seguire, osservando le indicazioni fornite dall'Unione europea e, in presenza di residui margini di discrezionalità, non ha mancato di far sentire la sua voce.

Al fine di realizzare gli obiettivi prefissati, l'Autorità ha predisposto dei precisi, quanto dettagliati, obblighi informativi tra i gestori della rete e le autorità competenti, come il Gestore dei servizi energetici o l'ARERA stessa. Dalla deliberazione risulta agevole evincere come la comunicazione tra tutti i soggetti coinvolti sia uno degli aspetti più rilevanti e cruciali della materia, in grado di assicurare un costante e rapido cammino verso la sostenibilità.

Ancora, in merito alla partecipazione delle autorità o delle amministrazioni pubbliche locali a comunità di energia rinnovabile, al fine di incentivare la partecipazione di più cittadini, l'autorità indipendente ha prescritto, in capo al GSE, degli obblighi di servizi (ad esempio, di natura informativa) che a questi devono essere resi e garantiti. Di conseguenza, il GSE assume le vesti di doppio garante, ovvero di fornitore dei suddetti servizi e, al contempo, controllore della regolarità e del buon andamento di tutte le operazioni concernenti la valorizzazione e l'incentivazione dell'energia elettrica condivisa: tutte attività afferenti a un servizio pubblico essenziale⁷⁷.

⁷⁶ Ivi, art. 12.

⁷⁷ Da quanto esposto, emerge la rilevanza marcatamente pubblicistica degli interes-

Alla luce di quanto sin qui affermato, sembra essere il GSE una delle figure di maggior rilievo e al quale è stata affidata gran parte della realizzazione dei risultati da conseguire in materia di rinnovabilità delle fonti e di sostenibilità energetica. A tale scopo, la crisi energetica, l'emergenza climatica e l'andamento, spesso instabile, dei mercati potrebbero richiedere un aggiornamento o un adeguamento della struttura organizzativa del Gestore dei servizi energetici alle necessità del tempo presente. Non sono mancate, in questa direzione, proposte volte a contribuire a una revisione dell'assetto giuridico del GSE nel quadro di una più efficiente sostenibilità, prevedendo, ad esempio, la necessità di «irrobustire la vocazione privatistica del GSE», ma lasciando inalterate «le garanzie proprie di un ente pubblico (imparzialità, trasparenza, pubblicità etc.)»⁷⁸, conferendo all'ente stesso le sembianze di una *market unit*.

Tuttavia, ciò che desta preoccupazione è il rischio rappresentato dalla eventuale esposizione al mercato dei capitali, che il rafforzamento del ruolo esclusivamente privatistico comporterebbe per il Gestore. Infatti, sempre secondo l'indirizzo appena delineato, la «fonte di provvista dovrebbe essere costituita, per almeno il 50 per cento, da risorse reperite sul mercato anche attraverso l'utilizzo degli strumenti del mercato dei capitali»⁷⁹. Pur volendo accogliere con grande interesse un incremento delle competenze privatistiche per il GSE, sarebbe, probabilmente, opportuno domandarsi se non sia necessario, in primo luogo, incrementare i connotati e i poteri pubblicistici dello stesso, tenendo anzitutto conto dello scenario energetico, del mercato europeo e, soprattutto, dell'instabilità politica globale. Inoltre, un aspetto tutt'altro che secondario è dato dall'importanza del finanziamento destinato all'energia rinnovabile che in Italia, al momento, è di provenienza pubblica. Il che costituisce un elemento sicuramente positivo.

Pertanto, potrebbe risultare maggiormente proficuo – se non prioritario – rafforzare l'attuale assetto strutturale del GSE sul versante pubblicistico (si pensi all'importanza che durante questo periodo di crisi energetica sta svolgendo la Cassa per i servizi energetici e ambientali quale ente pubblico

si curati dal GSE, motivo per cui, non a torto, vi è chi ha ragionevolmente sostenuto il suo relativo assoggettamento alla disciplina di diritto amministrativo. In questa direzione, M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 161 ss. In linea con questo indirizzo anche la giurisprudenza del Cons. di Stato, sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387 e quella della Corte di Cassazione, SS.UU., 24 febbraio 2014, n. 4326.

⁷⁸ L'interessante proposta si deve a F.Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia*, cit., 535.

⁷⁹ *Ibidem*.

L'avvento delle comunità energetiche

economico)⁸⁰ cominciando proprio dall'aumento dei finanziamenti pubblici da destinare all'energia rinnovabile. Questo consentirebbe, almeno in via transitoria, di non esporre eccessivamente, men che meno nell'attuale situazione di crisi energetica e di instabilità politica senza precedenti, una società curatrice di interessi pubblici primari come lo è il GSE all'imprevedibilità dei mercati finanziari.

3.2. Segue. Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199: il regime degli incentivi e la compatibilità con il diritto euro-unitario

Tornando all'analisi della disciplina italiana, è d'uopo precisare che il definitivo recepimento della direttiva europea per l'incentivazione all'autoconsumo e alla produzione di energia da fonti rinnovabili è avvenuto mediante l'adozione di un decreto legislativo con il quale il legislatore nazionale ha cercato di attuare interamente i contenuti della direttiva e, laddove ha scorto margini di apprezzamento discrezionale, ha provveduto alla consequenziale integrazione della materia adeguandola alla disciplina dei propri organi e alle esigenze primarie da soddisfare⁸¹.

Il decreto, per gran parte, è in vigore dal 15 dicembre 2021 e si compone di cinquanta articoli preceduti da un preambolo. In questa sede interessa porre in evidenza le novità che esso contiene rispetto anche alle linee guida tracciate dal legislatore europeo, a cominciare dagli obiettivi che il Governo italiano si è prefissato e che sono brevemente esposti all'interno degli artt. 1 e 3 del suddetto decreto.

Ciò che assume particolare rilievo all'interno del decreto in questione è la disciplina inerente ai meccanismi di incentivazione tariffaria, i quali sembrano costituire la chiave di volta dell'intero sistema che regola le figure dei gruppi di autoconsumatori e produttori che agiscono collettivamente e delle comunità di energia rinnovabile⁸².

Nelle caratteristiche generali dei meccanismi di incentivazione è previsto che l'incentivo venga assegnato mediante un'apposita tariffa erogata dal GSE sull'energia prodotta dall'impianto, ovvero sulla quota parte di produzione che viene autoconsumata o immessa in rete. Inoltre, tale incentivo deve risultare proporzionato all'onerosità dell'intervento, al fine di garantire

⁸⁰ In merito, si rinvia all'interessante, quanto recente, lavoro di D.Andracchio, *La Cassa per i servizi energetici e ambientali. Contributo allo studio delle forme di gestione pubblica dei flussi finanziari nel diritto dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2022.

⁸¹ Si fa riferimento al già menzionato d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

⁸² Ivi, art. 5 ss.

l'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio. Questo è applicabile alla realizzazione di nuovi impianti o alla loro riattivazione, potenziamento o rifacimento, tenendo presenti però i diversi costi e le peculiarità delle differenti applicazioni e tecnologie necessarie. È possibile che l'incentivo venga configurato a seconda delle circostanze, in particolare esso può essere parametrato sulla base delle dimensioni e della taglia degli impianti che richiedono il sostegno.

Sicché, la normativa nazionale ha previsto, per gli impianti di grande taglia e con potenza pari o superiore a 1 MW, che l'incentivo venga assegnato mediante procedure d'asta al ribasso⁸³; per gli impianti di piccola taglia e, dunque, con potenza inferiore alla soglia precedente, l'incentivo è attribuito con meccanismi differenti da quelli erogati mediante aste al ribasso. In proposito, vi sono ulteriori distinzioni da apportare, a cominciare dall'attribuzione di un incentivo diretto a impianti che abbiano costi di generazione più vicini alla competitività di mercato. In questo caso è necessario che venga indirizzata al Gestore una richiesta da effettuare direttamente alla data di entrata in esercizio.

Differente è, invece, l'assegnazione per quegli impianti che abbiano costi di gestione maggiormente elevati. Infatti, l'incentivo è attribuito mediante appositi bandi di gara, all'interno dei quali sono predeterminati i criteri di selezione sulla base dell'osservanza di elementi tecnici, di tutela ambientale del territorio e di efficienza dei costi.

Una disciplina separata è riservata agli impianti con potenza pari o inferiore a 1MW che facciano parte di comunità dell'energia o configurazioni di autoconsumo collettivo. Per queste figure è possibile accedere a un incentivo diretto.

La normativa in esame prevede, altresì, le modalità con le quali il GSE eroga gli incentivi nel settore elettrico⁸⁴.

Sono previsti anche gli strumenti con cui il GSE effettua le opportune verifiche di congruità in merito ai dati trasmessi dai gestori di rete rispetto alla produttività attesa e alla massima potenza erogabile e segnala, al contempo, agli stessi gestori le eventuali incongruità per apportare le modifiche necessarie, le quali debbono essere effettuate entro un termine massimo previsto.

Rilevante è anche la comunicazione, come in precedenza osservato, tra il Gestore dei servizi energetici e l'ARERA. Sono previste, infatti, dispo-

⁸³ Le modalità inerenti alle aste al ribasso sono disciplinate dall'art. 6 del d.lgs., 8 novembre 2021, n. 199.

⁸⁴ Ivi, art. 36.

L'avvento delle comunità energetiche

sizioni per la verifica del rispetto delle tempistiche per l'invio, ad opera dei gestori di rete, dei dati di misura necessari per la corretta amministrazione degli incentivi nel settore elettrico. Per tale ragione, il GSE deve trasmettere all'ARERA e al Ministero della transizione ecologica, entro il 30 settembre di ogni anno, un rapporto che indichi le informazioni e le analisi sulla trasmissione dei dati effettuata dai gestori di rete, tenendo ben presente la tempistica della trasmissione e il livello di qualità del servizio prestato.

Ulteriore elemento da sottolineare nella previsione elaborata dal legislatore italiano è quello della presenza di condizioni di compatibilità e cumulabilità tra regimi di sostegno previsti dal decreto e regimi presenti in altri provvedimenti, come ad esempio il PNRR, in materia di agevolazioni fiscali per la realizzazione degli impianti. Pertanto, un medesimo soggetto può fare istanza di accesso alle misure di incentivazione del decreto legislativo *de quo* e, contemporaneamente, può presentarne un'altra per le misure previste dal Piano nazionale per la ripresa e la resilienza⁸⁵. L'obiettivo è quello di favorire l'utilizzo sinergico di entrambi gli strumenti di incentivazione, purché vengano rispettati i limiti massimi di tempo fissati dal PNRR⁸⁶.

Il decreto, altresì, favorisce l'accesso all'incentivo diretto per coloro che intendano migliorare le condizioni ambientali dei siti nei quali abbiano progettato l'installazione di impianti fotovoltaici in seguito alla rimozione dell'amianto, prevedendo ulteriori agevolazioni.

A titolo esemplificativo, gli impianti fotovoltaici potranno occupare una superficie maggiore di quella dell'amianto sostituito o, ancora, possono essere previste misure specifiche al fine di integrare i ricavi provenienti dalla partecipazione al mercato elettrico, a favore di impianti a fonti rinnovabili

⁸⁵ Ivi, art. 14, il quale predispone i criteri specifici di coordinamento fra misure del PNRR e strumenti di incentivazione settoriali. Tra le tante misure attuative, giova ricordare brevemente ivi, lett. e), la «Missione 2, Componente 2, Investimento 1.2, Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'auto-consumo» per la cui realizzazione si stabiliscono criteri e modalità per la concessione di finanziamento a tasso zero fino al 100 per cento dei costi ammissibili, per lo sviluppo delle comunità energetiche nei piccoli comuni attraverso la realizzazione di impianti di produzione FER, potendo altresì essere abbinati a sistemi di cumulo di energia. Ivi, lett. g), in attuazione della misura «Missione 2, Componente 2, Investimento 4.3, Infrastrutture di ricarica elettrica» con cui vengono definite le modalità per la concessione di benefici – a fondo perduto – al fine di incentivare la realizzazione di infrastrutture per ricarica per veicoli elettrici *fast* e *ultra fast*, dotate anche di sistemi di accumulo integrati. Quanto a quest'ultima ipotesi, il legislatore ha previsto, all'art. 45, semplificazioni in materia di autorizzazione delle infrastrutture di ricarica, consentendo ai singoli comuni di provvedere allora loro realizzazione, anche mediante una cooperazione tra amministrazioni.

⁸⁶ Ivi, art. 13.

che continuino a essere funzionanti anche al termine del periodo di diritto agli incentivi.

Senonché, come già più volte anticipato, il legislatore italiano ribadisce che le suddette misure debbono essere adottate «comunque nel rispetto di un principio di economia circolare e della disciplina in materia di aiuti di Stato»⁸⁷. In realtà, l'annoso avvertimento è contenuto già nel precedente art. 4, il quale prescrive che i regimi di sostegno devono essere adottati in conformità alla disciplina dell'Unione in materia di aiuti di Stato, incluso anche il divieto di accesso agli incentivi per le iniziative che potrebbero essere comprovatamente realizzate in assenza di incentivi di sostegno pubblico.

Si tratta della solita formula che il legislatore nazionale è costretto a recepire e a riportare pedissequamente all'interno di tutti i suoi provvedimenti, nonostante la rilevanza della disciplina e, sopra tutto, la primarietà che dovrebbe contraddistinguere l'obiettivo che l'Unione stessa si è data, ovvero quello di raggiungere quanto prima la neutralità climatica e promuovere la produzione e il consumo di energia da fonti rinnovabili. In merito, quantunque il legislatore sovranazionale abbia adottato numerose norme, anche con una certa premura e urgenza circa la crisi climatica ed energetica, questi non ha mai inteso alterare e derogare completamente al meccanismo concorrenziale del libero mercato⁸⁸.

Così, l'Unione cerca di bilanciare gli obiettivi *in subiecta materia* con le esigenze dettate dal mercato unico, predisponendo alcune e transitorie misure di sostegno economico pubblico ai soggetti giuridici che ha inteso promuovere, come il gruppo di autoconsumatori che agiscono collettivamente o le comunità di energia rinnovabile, chiedendo, al contempo, uno sforzo non indifferente agli Stati membri: quello di recepire i propri indirizzi e di predisporre, nel minor tempo possibile, norme e regole semplici, chiare e ossequiose del vincolo sovranazionale fondamentale, la tutela della concorrenza⁸⁹. E tutto questo avviene senza che gli Stati possano intervenire

⁸⁷ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 5, n. 5, lett. e). La clausola si ripresenta anche in altre e successive parti del decreto, ad esempio all'interno dell'art. 13, lett. e).

⁸⁸ Infatti, la Commissione intende raggiungere gli obiettivi prefissati non rinunciando all'economia di mercato, ma prevedendo, a seconda delle emergenze o delle circostanze, sporadici interventi dei pubblici poteri, come incentivi contingentati o temporanee sospensioni al divieto di aiuti di Stato. I quali, però, devono sempre seguire l'*iter* tracciato dalla medesima Commissione, a cominciare dal reg. Ue n. 2014/651 e dai relativi modelli di orientamento da osservare.

⁸⁹ In riferimento al ruolo dello Stato, si è già detto precedentemente come egli sia transitato, nell'ambito della sfera economica, dal ruolo di «imprenditore» a quello di «regolatore». A oggi, pare si faccia sempre più spazio l'ipotesi di un nuovo ruolo qualificante lo Stato: quello di «recettore». Sicché, egli si ritrova a dover gestire flussi di denaro che provengono da

L'avvento delle comunità energetiche

direttamente (*rectius*, liberamente) per programmare e coordinare sostegni di ampio e lungo corso data l'importanza della materia, del bene da tutelare e della necessaria garanzia di una sua equa redistribuzione. In relazione a questi profili, non può dunque non registrarsi un'amara constatazione.

La centralità del mercato si evince anche da altri riferimenti contenuti nel decreto, in particolare sul versante degli accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili. A questo proposito, emerge il ruolo svolto dal Gestore dei mercati energetici (GME), il quale si preoccupa di avviare gradualmente delle contrattazioni di lungo termine relative all'energia rinnovabile tramite la realizzazione di una bacheca informatica *ad hoc* volta alla promozione dell'incontro tra le parti interessate alla stipula di contratti di compravendita di energia elettrica.

Inoltre, tenendo sotto osservazione l'evolversi del mercato relativo ai contratti di lungo termine, della liquidità della domanda e dell'offerta, ovvero di specifici rapporti di monitoraggio che costantemente riporta il GME, il Ministero della transizione ecologica può fornire indicazioni e direttive al GME stesso al fine di costituire una piattaforma di mercato organizzato⁹⁰. Questa è a partecipazione volontaria ed è funzionale alla negoziazione di lungo termine di energia proveniente da fonti rinnovabili. La disciplina concernente la suddetta piattaforma è approvata previo parere dell'ARERA⁹¹.

3.3. La garanzia di origine e il sistema di monitoraggio

Infine, appare opportuno evidenziare, quale manifestazione imprescindibile del rapporto fiduciario che deve sussistere tra i soggetti coinvolti, le previsioni poste a presidio della garanzia di origine, ovvero della provenienza

organi a lui esterni e sovraordinati, come ad esempio l'Unione europea e/o i mercati, e, di conseguenza, di impiegarli nella direzione da questi indicata, senza alcun margine di discrezionalità ma, viceversa, di sola condizionalità, ivi nei momenti storici di maggior difficoltà, come nell'odierna crisi energetica che sta riguardando la maggior parte dei Paesi membri dell'Unione europea. Utile risulta essere il riferimento a F. Gaspari, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione*, cit., 90 ss., il quale giustamente ricorda che le gravi crisi economiche «sono state affrontate dagli Stati con tre misure: manovra monetaria, espansione del debito e aiuti alle imprese o/e loro pubblicizzazione. Gli Stati membri dell'Unione europea hanno perso in tutto o in parte la disponibilità di queste misure senza che il corrispondente potere sia stato assunto in misura significativa dall'Unione». Sulle novità che hanno riguardato l'assetto economico euro-unitario, A. Sandulli, G. Di Gaspare, *La nuova governance economica e l'impatto sull'assetto istituzionale europeo e nazionale*, in *Diritto costituzionale*, II, Milano, Franco Angeli, 2022, 5 ss.

⁹⁰ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 28.

⁹¹ D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, art. 5.

dell'energia elettrica da fonti rinnovabili. La garanzia di origine ha lo scopo di dimostrare ai clienti finali la quantità di energia da fonti sostenibili presenti nel *mix* energetico di un fornitore, nonché quella fornita ai consumatori in base ai contratti di energia prodotta da fonti rinnovabili. È sempre al GSE che spetta provvedere all'adozione, alla gestione dell'apposito registro e al trasferimento o all'annullamento elettronico delle garanzie di origine. Il gestore assicura altresì che le suddette garanzie risultino precise e affidabili.

Ogni singola garanzia di origine corrisponde a una quantità di 1 MWh prodotto da fonti rinnovabili e specifica se riguarda: l'energia elettrica; il gas, compreso il biometano; l'idrogeno; i prodotti utilizzati per il riscaldamento o il raffrescamento; la fonte energetica impiegata per la produzione dell'energia; la data di inizio e di fine della produzione stessa; la denominazione, l'ubicazione, il tipo e la potenza dell'impianto di produzione; se l'impianto abbia – o meno – beneficiato di regimi di sostegno all'investimento e se l'unità di energia ha beneficiato di altrettanti regimi di sostegno; la data di entrata in funzione dell'impianto; la data di rilascio⁹².

Le garanzie di origine illustrano anche le informazioni rispetto all'impiego della produzione di energia da fonti rinnovabili e se la stessa energia sia stata immessa in una rete, incluse quelle di teleriscaldamento, o sia stata autoconsumata. Per quanto concerne, invece, le garanzie di origine provenienti da impianti di potenza inferiore a 50 kW, queste possono essere indicate mediante il rilascio di informazioni semplificate.

Il legislatore italiano – in recepimento delle indicazioni europee – ha stabilito che per ogni unità di energia prodotta non possa essere rilasciata più di una garanzia di origine e che la stessa unità di energia da fonti rinnovabili è considerata una sola volta. Inoltre, la validità delle garanzie di origine è stata fissata per un periodo di dodici mesi dalla produzione della relativa unità energetica e, se non viene annullata, scade decorsi diciotto mesi.

La garanzia è rilasciata al produttore di energia da fonti rinnovabili, a meno che tale produttore non riceva un sostegno economico nell'ambito di un meccanismo di incentivazione che non consideri il valore di mercato della garanzia di origine. Per tutti gli altri casi, la garanzia di origine è riconosciuta e rilasciata al produttore quando: il sostegno economico è concesso per mezzo di una procedura di gara o un sistema di titoli negoziabili o quando il valore di mercato delle garanzie di origine è considerato nella determinazione del livello di sostegno economico rientrante nei meccanismi di incentivazione.

In conformità con quanto espresso, è necessario precisare che, nei casi

⁹² D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 46.

L'avvento delle comunità energetiche

in cui il produttore riceva un sostegno economico nell'ambito di un meccanismo di incentivazione che preveda, a sua volta, il ritiro dell'energia elettrica ad opera del GSE e, di riflesso, che l'energia stessa non sia più nella disponibilità del produttore, le garanzie di origine sono rilasciate e immediatamente trasferite a titolo gratuito al GSE. Queste saranno nella piena disponibilità del gestore che, in un secondo momento, provvederà ad assegnarle attraverso procedure concorrenziali.

Inoltre, per ciò che inerisce alla produzione di energia da fonti rinnovabili per il riscaldamento o il raffrescamento, il GSE rilascia le garanzie di origine al produttore in conformità con i principi di cui sopra. Per gli impianti operanti in cogenerazione ad alto rendimento – i quali riguardano l'incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici –, le garanzie di origine sono rilasciate al produttore e, al contempo, ugualmente trasferite al GSE, che ne dispone l'assegnazione sempre mediante procedure concorrenziali, in conformità alle disposizioni già vigenti per il settore elettrico.

Dunque, da quanto or ora illustrato, si evince che anche il rilascio delle garanzie di origine può essere oggetto di meccanismi concorrenziali predisposti dal gestore dei servizi energetici, soggetto incaricato per la loro assegnazione⁹³.

Le disposizioni finali chiudono il decreto prevedendo sistemi di monitoraggio e controllo sulle modalità di perseguimento degli obiettivi prefissati in materia di energia da fonti rinnovabili. In particolare, compete al GSE aggiornare i dati statistici relativi ai livelli di produzione all'interno del Sistema statistico nazionale assicurando, anzitutto, il monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi, sia intermedi che al 2030, riguardanti le quote di consumi finali coperti da fonti energetiche rinnovabili, secondo i criteri delineati all'interno del reg. Ue n. 1099/2008, tenendo anche conto dei trasferimenti tra Stati membri. Analogο monitoraggio deve essere assicurato circa gli obiettivi – per lo stesso arco temporale di cui sopra – relativi alle quote di consumi finali per riscaldamento e raffrescamento da fonti di energia rinnovabile.

Al fine di implementare costantemente il sistema di monitoraggio, si è previsto che il GSE aggiorni il suddetto sistema attraverso strumenti informatici idonei a monitorare gli impianti a fonti rinnovabili realizzati sull'intero territorio nazionale e i progetti di investimento per i quali siano state presentate istanze di autorizzazione. Tali strumenti devono consentire anche il monitoraggio degli investimenti, le eventuali ricadute industriali, economi-

⁹³ Ivi, art. 46, n. 6, lett. a) e lett. d).

che, sociali e occupazionali dello sviluppo energetico seguendo una costante e progressiva logica di decarbonizzazione e, quindi, di neutralità climatica; la possibilità di valutare costantemente i costi e l'efficacia delle misure di sostegno e il loro impatto sui consumatori, ben potendo compararli con quelli degli altri paesi europei. Il monitoraggio informatico rappresenta, altresì, l'occasione per stimare attentamente i risultati eventualmente raggiunti e legati alla diffusione delle fonti rinnovabili, oltre che per valutare l'efficienza energetica che abbia, al contempo, impedito le emissioni di gas a effetto serra.

È per il raggiungimento di tutti questi obiettivi che il GSE ha pensato di istituire un'unica e sola piattaforma telematica per la consultazione aperta e costante di tutti i dati che interessano⁹⁴.

In conclusione, pare possibile sostenere che il legislatore italiano abbia recepito a dovere le prescrizioni sovranazionali in materia di energia da fonti rinnovabili, attraverso una normativa interna per la gran parte anche molto dettagliata. A questo proposito, per esempio, è stata identificata la natura giuridica delle istituende figure del gruppo di autoconsumatori che agiscono collettivamente e delle comunità di energia rinnovabile. Il meccanismo di incentivazione – e il relativo regime di compatibilità con quello contemplato dal PNRR – pare sia assicurato da un'accurata disciplina e si prospetta privo di insormontabili ostacoli amministrativi, sia, come visto, per l'abbreviazione dei termini sia per il ridotto numero di procedure necessarie al fine del conseguimento delle autorizzazioni necessarie sia, infine, per l'istituzione di uno sportello amministrativo unico a cui poter fare riferimento⁹⁵.

Di non minor importanza è il coordinamento fra i vari soggetti operanti nel settore e incaricati di rilasciare le autorizzazioni richieste e monitorare il buon andamento del cammino dell'energia elettrica da fonti rinnovabili, primi fra tutti il Gestore dei servizi energetici e l'autorità amministrativa indipendente del settore, l'ARERA.

Resta, in ultimo luogo, da domandarsi se le misure predisposte dall'Unione europea siano completamente funzionali al soddisfacimento delle aspettative prospettate al momento della loro approvazione e ancora, se l'attuale quadro politico, economico e amministrativo sia il più idoneo per fare fronte al fabbisogno energetico, attanagliato da una crisi sempre più rilevante e dall'emergenza climatica sempre più preoccupante.

⁹⁴ Ivi, art. 48, n. 5.

⁹⁵ In materia di semplificazione amministrativa per la promozione dell'energie rinnovabili, il legislatore italiano ha disposto ulteriori misure volte ad accelerare l'iter burocratico, in particolare mediante il decreto legge sulla *governance* del PNRR, 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge, 28 luglio 2021, spec. art. 32 e 32 *bis* (c.d. d.l. semplificazioni).

4. La crisi energetica e il futuro delle politiche sostenibili. Alcune considerazioni finali

Orbene, la molteplicità delle misure adottate dalle istituzioni euro-unitarie per contrastare la crisi climatica ed energetica tenta di fornire una risposta a un malessere che si fa sempre più vivo tra i cittadini e all'interno delle comunità che questi compongono⁹⁶. Negli ultimi anni si sono affacciate nella sfera degli studi giuridici nozioni nuove, fra le quali spicca, ad esempio, quella di «giustizia climatica»⁹⁷. Una nozione che richiama, inevitabilmente, una concreta esigenza di invertire la rotta in materia di inquinamento atmosferico, anche in relazione ai pericoli che continuamente insidiano l'ecosistema e alla necessità di produrre e consumare energia secondo criteri precisi di sostenibilità.

Il sintagma giustizia climatica è tutt'altro che banale, proprio perché contiene dei riferimenti intrinseci a dei valori che a essa sono causalmente connessi e anzi, probabilmente, risultano essere funzionali – se non imprescindibili – per la sua piena ed effettiva realizzazione. Si tratta, volendo accennare qualche esempio, della giustizia distributiva, dato che non vi è sempre un nesso di corrispondenza tra chi inquina maggiormente e chi, invece, patisce maggiormente le conseguenze dell'inquinamento prodotto; o anche di giustizia intergenerazionale, poiché, come risaputo, gli effetti del cambiamento climatico si possono manifestare a distanza anche di decenni.

⁹⁶ Un esempio, in tale direzione, è costituito dagli scioperi organizzati dalle associazioni studentesche o di giovani lavoratori, tra i più noti il movimento «Fridays for future», che si svolgono in tutto il mondo.

⁹⁷ M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, II, 2020, 1345 ss.; W. Khal, M.P. Weller, *Climate Change Litigation. A Handbook*, Oxford-Baden Baden, Hert-Beck, 2021; G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, Milano, Giuffrè, 2021, 1273 ss.; B. Tonoletti, *Il cambiamento climatico come problema di diritto pubblico universale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, 37 ss.; S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti per una giustizia climatica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, Bologna, Il Mulino, 2021, 597-630; R. Louvin, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, Bologna, Il Mulino, 2021, 935-954; F. Scalia, *La giustizia climatica*, in *federalismi.it*, X, 2021, 269-308; B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, XLVII, Berlino, Springer, 2021, 593-619; M. Delsignore, *Il contenzioso climatico oggi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, Milano, Ipsoa, 2022, 265; L. Serafinelli, *La responsabilità civile come tecnica di compensazione assiologica degli interessi climatici nell'inerzia delle politiche legislative. Un'analisi comparatistica di controversie private per pubblici interessi*, in *DPCE online*, IV, 2022, 2197 ss.

Avverso queste insidie si deve registrare un chiaro e risalente interessamento da parte dell'Unione europea e degli Stati membri, i quali cercano di accogliere con favore e pragmatismo le più che legittime richieste di tutela – e di azione – che provengono in gran parte dal recente attivismo dei cittadini. Alle animate richieste è corrisposto un atteggiamento propositivo e attivo da parte delle istituzioni euro-unitarie, le quali hanno provveduto a varare una serie di piani, programmi e provvedimenti volti a contrastare il cambiamento climatico, con l'intenzione di raggiungere, nel minor tempo possibile, la cosiddetta neutralità climatica, che necessariamente passa dall'applicazione necessaria di nuove modalità di produzione e consumo dell'energia elettrica, ovvero secondo metodi sostenibili.

In questo, purtroppo inquietante, scenario si inseriscono alcuni dei provvedimenti in questa sede esaminati, che hanno promosso il consumo e la produzione dell'energia sostenibile e istituito, a tale scopo, nuovi soggetti giuridici, come il gruppo di autoconsumatori che agiscono collettivamente e le comunità di energia rinnovabile. La nobile intenzione legislativa sovranazionale pare essere quella di consentire la più ampia partecipazione possibile a questi organismi da parte dei cittadini e anche delle amministrazioni pubbliche locali, nella prospettiva del perseguimento di un interesse di innegabile rilievo pubblicistico.

A tal proposito, potrebbe parlarsi di una forma di «autoresponsabilizzazione» del privato⁹⁸ – di concerto, ove previsto, con la partecipazione attiva e paritaria dell'Amministrazione⁹⁹ – affinché si consegua un interesse col-

⁹⁸ Ben potrebbe trattarsi, a questo proposito, di un naturale corollario della continua trasformazione dell'Amministrazione, della sua concezione e delle sue attività, che secondo A. Police, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 21, «trova il suo punto di forza nell'introduzione di forme procedurali che permettono l'intervento diretto degli interessi degli amministratori nel processo di concretizzazione dell'interesse pubblico: con una partecipazione sia di tipo comunitario, sia di tipo individuale laddove siano in gioco interessi appunto individualizzati. Tanto che nel principio di partecipazione si è rinvenuto il motore dell'Amministrazione dello Stato democratico». In riferimento a quest'ultimo inciso, l'autore riprende le tesi di F. Benvenuti, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Democrazia e Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Marongiu e G.C. De Martin, Milano, Giuffrè, 1992, 28 ss.

⁹⁹ Tenendo ben presente, però, come ricorda A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo* (in due volumi), I, Padova, Cedam, 2000, 30, che «l'Amministrazione è pur sempre portatrice di un interesse istituzionalmente superiore, di fronte al quale l'interesse individuale può soccombere [...]». In merito, anche N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, 492 ss. Sempre A. Police, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 131, afferma che «l'interesse pubblico non si configura giammai come una entità semplice e statica, ma come una entità dinamica

L'avvento delle comunità energetiche

lettivo ritenuto, a oggi, essenziale e prevalente rispetto ai singoli interessi di cui, sovente, il privato stesso è istante¹⁰⁰, come nella fattispecie riguardante la neutralità climatica e la produzione di energia sostenibile. Un'ulteriore manifestazione di questa nuova forma di responsabilità emerge dalla scelta, operata dal legislatore sovranazionale nella materia in esame, di porre in secondo piano la logica del profitto e della sua massimizzazione. Un simile approccio può essere accolto con favore, anche se riguarda esclusivamente i nuovi soggetti e non, indistintamente, tutti gli operatori del settore.

Tuttavia, dal momento che le soluzioni da adottare richiedono delle tempistiche molto ridotte, data la rilevanza e l'urgenza delle questioni che sono chiamate a risolvere, occorre affrontare le molteplici questioni secondo un ordine ragionevole. Il che dovrebbe implicare, di riflesso, anche un mutamento di prospettiva e un adeguamento delle misure da adottare in base all'entità delle emergenze che si presentano al cospetto delle istituzioni politiche, aspetti che non pare siano stati interamente considerati dal legislatore europeo che ha emanato i provvedimenti in materia di contrasto al cambiamento climatico e in materia di produzione e consumo di energia sostenibile. O meglio, aspetti che, seppur presi in considerazione da quest'ultimo, non sembrano averlo guidato verso un mutamento di prospettiva in merito alle priorità da affrontare nella redazione dei provvedimenti.

Nello specifico, si intende fare essenzialmente riferimento al ridotto margine riservato all'intervento diretto degli Stati nei settori economici per il conseguimento degli obiettivi fissati in sede europea, salvo qualche eccezionale deroga disposta in seguito all'avvento della pandemia e della crisi

e dialettica che viene determinata attraverso un confronto ed uno scontro di molteplici interessi che emergono nella situazione reale. L'azione amministrativa, quindi, va intesa come attività di individuazione e di valutazione della concreta e specifica esigenza dell'interesse pubblico primario stabilito dalla norma e, al contempo, come attività di ponderazione degli interessi coinvolti nel giudizio sulla determinazione dell'azione da svolgere per il perseguimento dell'interesse primario. L'interesse pubblico, pertanto, non va configurato come un limite interno dell'azione amministrativa, quanto piuttosto come una guida di valore nella scelta discrezionale», commentando le riflessioni svolte da V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1997, 400 ss.

¹⁰⁰ Anche in questo caso non può venir meno la centralità dell'Amministrazione, della sua attività e del suo controllo, che può esplicitarsi, come magistralmente rilevato da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 74, mediante l'«apprezzamento politico» inteso come «comparazione quantitativa e qualitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che per l'Autorità abbia nella fattispecie».

energetica¹⁰¹. Infatti, come si è avuto modo di osservare, sebbene la direttiva europea disciplinante i gruppi di autoconsumatori e le comunità di energia rinnovabile abbia previsto che questi possano essere destinatari di incentivi economici, al contempo, essa ha rigidamente previsto e puntualizzato che tali meccanismi di incentivo, erogati da enti indicati dagli Stati stessi (come il GSE nella fattispecie italiana) debbano osservare i limiti imposti, in materia di libera concorrenza, dai trattati europei, temperati esclusivamente tramite le osservate deroghe provvisorie.

Ciò non toglie che i soggetti giuridici del caso sembrano essere concepiti dalle istituzioni sovranazionali per favorire e incrementare, anche in questo settore e in un momento storico emergenziale, l'integrazione nel mercato, che par rimanere il principale «teatro della sostenibilità».

Pertanto, il segnale appare chiaro: è al mercato che, principalmente, l'Unione ha inteso affidare la promozione della sostenibilità ed il compito di predisporre, per i suoi operatori, le condizioni adatte al fine di concorrere paritariamente per il raggiungimento dei risultati auspicati.

Sicché i pubblici poteri, anche nella fattispecie *de qua*, si attengono esclusivamente a «regolare» e a presidiare il rispetto delle leggi economiche sovranazionali, continuando ad affidare il compito di garantire la gran parte dei servizi energetici – e tutte le attività del caso – al mercato, in pieno ossequio ai principi della libertà di quest'ultimo e delle sue dinamiche concorrenziali¹⁰².

¹⁰¹ Si fa riferimento alle misure menzionate in precedenza: in particolare, Commissione dell'Unione europea, comunicazione del 19 marzo 2020, n. 2020/C91 I/01 “*Temporary framework for States aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*”; prorogata mediante la comunicazione del 18 novembre 2021, n. 2021/8442, fino al 31 dicembre 2022.

¹⁰² Queste tesi hanno animato il dibattito dottrinale italiano circa i tempi e i modi con i quali dovesse giungersi alla liberalizzazione e alla privatizzazione del settore elettrico, ponendo al centro dell'attenzione la tutela della concorrenza. Il tema è stato particolarmente sentito all'interno della dottrina privatistica, ad esempio, G. Oppo, *Intervento a “Liberalizzazione, monopolio e regolazione” – seminario tenuto in Roma il 20-21 gennaio 1995*, in *La privatizzazione nel settore elettrico*, cit., 105, ravvisava la necessità che si dovesse, all'epoca, trovare «una soluzione che soddisfi, da una parte, le esigenze di ordine tecnico e operativo, dall'altra, quelle del coordinamento e del controllo anche attraverso provvedimenti di ristrutturazione interna di queste società, provvedimenti intesi a garantire che la loro azione di mercato non turbi oltre il necessario il gioco della concorrenza e i principi della libertà di mercato»; N. Irti, *Intervento a “Forme di società per azioni e titolarità pubblica del capitale” – seminario tenuto in Roma il 27 maggio 1994*, in *Le privatizzazioni nel settore elettrico*, cit., 17, il quale – allorché si era in procinto di ridisegnare l'intera disciplina elettrica sottraendola al monopolio pubblico – non auspicava la rinascita dei «padroni del vapore» o i magnati dell'elettricità, e riaccendersi le aspre battaglie contro i monopoli privati e la minaccia dei poteri economici. Qui la priva-

L'avvento delle comunità energetiche

In questo senso, nella fattispecie qui esaminata, seppur sia apprezzabile l'apertura partecipativa alle pubbliche amministrazioni locali, le quali possono costituire e interamente controllare comunità di energia rinnovabile, la soluzione prospettata non può ritenersi soddisfacente e funzionale a un complessivo risanamento dell'emergenza climatica ed energetica: quanto a quest'ultima, in particolar modo, sul versante dei costi e della distribuzione della materia prima¹⁰³. Per questa ragione, sarebbe auspicabile un effettivo cambio di direzione sul punto da parte dell'Unione europea, in modo da consentire ai pubblici poteri di tornare a essere, per buona parte, titolari dell'iniziativa economica al fine di garantire una efficiente e rapida diminuzione delle emissioni e un corrispondente incremento del ricorso alle rinnovabili. Il che sarebbe maggiormente assicurato dall'assoluta mancanza di interesse, per lo Stato, a generare necessariamente profitti¹⁰⁴. Sarebbe dunque necessario, in alternativa, delimitare la disponibilità della materia o sottrarre la stessa al gioco della libera concorrenza, prevedendo per questa un'opportuna disciplina di riserva, di cui lo Stato diverrebbe (nuovamente) al contempo esercente e garante principale¹⁰⁵. In altri termini, parrebbe

tizzazione non può disgiungersi dalla liberalizzazione: soltanto l'integrale caduta del monopolio (produttivo o distributivo) e la libertà di concorrenza rendono concepibile, giuridicamente e politicamente, che i privati assumano il controllo dell'Enel. E libertà di concorrenza significa, a mio avviso, che la massa dei consumatori trovi dinanzi a sé (o, meglio, possa astrattamente trovare) una pluralità di imprese produttrici o distributrici».

¹⁰³ A questo proposito, come illustrato dalla Commissione europea, comunicazione, 8 marzo 2022, “*RePowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile, e a prezzi più sicuri*”, all'allegato A, secondo la direttiva di riferimento, si prevede, quale regola generale, «che i fornitori hanno la facoltà di determinare il prezzo della fornitura di energia elettrica ai clienti, che non è perciò fissato dal governo o da un organismo di regolamentazione. Questo perché in un mercato che funziona correttamente ed è basato sull'interazione tra domanda e offerta tale modalità di determinazione del prezzo». Gli interventi permessi agli Stati membri riguardano – seguendo quanto indicato in allegato – solo sostegni a breve termine alle imprese e agli agricoltori. È ancora il mercato, dunque, il soggetto principale di riferimento. Per maggiori approfondimenti, si rimanda direttamente a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022DC0108>.

¹⁰⁴ In altri termini, come osservava V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica*, cit., 18, andrebbe riscoperto quel «“modello sociale” – che certo vede tra i propri fattori determinanti la mutata ideologia sui compiti statali – agisce dunque su forme e principi antichi, e muta “l'etica formale della libertà in un'etica materiale di responsabilità sociale”», il virgolettato riportato dall'A. è di F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in *Schriftenreihe der Jur. Studiengesell.*, III, Karlsruhe, 1953, 25.

¹⁰⁵ A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, Milano, Giuffrè, 2015, 114, osserva che «se è vero che è saldamente nelle mani dell'Unione europea l'indagine sulla natura economica dell'attività ai fini dell'ap-

opportuno ridisegnare gli ambiti di operatività della libera concorrenza con misure proporzionate, determinate e circoscritte al campo della sostenibilità energetica.

Dunque, in questo caso, si tratterebbe per l'Unione di decidere se optare per la prevalenza dell'ordine giuridico del mercato elettrico¹⁰⁶ o se optare per un percorso alternativo, nel quale lo Stato decide di farsi carico, di concerto con le istituzioni sovranazionali, degli obiettivi da conseguire, a cominciare proprio dalla sostenibilità energetica.

In tale direzione, un quadro di questo genere pare essersi manifestato di recente in Francia, ove il Governo ha deciso di nazionalizzare interamente il colosso operante nel mercato dell'energia *Électricité de France* (EDF), anche al fine di incrementare la promozione delle energie rinnovabili¹⁰⁷.

Questo è stato possibile in ragione delle ulteriori deroghe al divieto di aiuti che la Commissione europea ha approvato, in via eccezionale e temporanea, in seguito alla crisi energetica provocata dal conflitto ucraino-russo¹⁰⁸.

Si tratta di una scelta di politica economica ben precisa, che configura un nuovo ruolo dei pubblici poteri e sul quale bisognerebbe indagare circa la futura compatibilità con i noti e attuali divieti di cui ai trattati europei. È risaputo come siffatte operazioni di interventismo economico a opera dello

plicazione della normativa in materia di concorrenza, continua comunque a rimanere in capo agli Stati membri la responsabilità primaria in materia di protezione e sicurezza sociale, nonché in materia di sanità. Tale responsabilità implica l'attribuzione agli Stati dell'esclusiva competenza anche rispetto alla scelta delle concrete modalità di organizzazione dei sistemi di *Welfare*. Ed è proprio nell'esercizio di tale prerogativa che lo Stato può stabilire autonomamente se sottrarre ad un mercato contendibile – e quindi alla disciplina della concorrenza – determinati servizi o prestazioni che considera di rilevanza sociale».

¹⁰⁶ L'espressione è di A. Police, *Il quadro giuridico del mercato elettrico liberalizzato*, in *Il mercato dell'energia elettrica*, cit., 19.

¹⁰⁷ E. Bonotti, *Energia, in Francia Edf tornerà al 100% di proprietà dello Stato*, in *milano-finanza.it* del 6 luglio 2022; M. Giansante, *Quanto costa (tanto) a Parigi acquisire il gigante Edf*, in *energiaoltre.it* del 19 luglio 2022; F. Chiesa, *Edf, scatta l'OPA da 9,7 miliardi: perché la Francia nazionalizza (di nuovo) il colosso del nucleare*, in *corriere.it* del 20 luglio 2022; G. Guichard, *L'État lance la renationalisation d'EDF*, in *lefigaro.fr* del 4 ottobre 2022. Non sono mancate neanche critiche da parte dei sostenitori del neoliberalismo in Francia, ad esempio, M. Albouy, *Nationalisation d'EDF à 100%: une décision incompréhensible*, in *contrepoints.org* del 23 settembre 2022.

¹⁰⁸ Commissione dell'UE, comunicazione, 24 marzo 2022, n. 2022/C/131 I/01, "Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina"; seguita dalla comunicazione, 21 luglio 2022, n. 2022/C 280/01, "Modifica del quadro temporaneo di crisi per misure di aiuti di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina", spec. par. 2, nn. 15, 16, 17.

L'avvento delle comunità energetiche

Stato siano in grado di alterare sensibilmente l'equilibrio concorrenziale, ragion per cui l'Unione chiede agli Stati esclusivamente di contribuire a presidiare e amministrare. Tuttavia, ciò non ha impedito, in ragione delle recenti e provvisorie deroghe deliberate dalla Commissione, ad alcuni Paesi membri di procedere alla nazionalizzazione di società operanti nel mercato energetico. Sarà, d'ora in poi, opportuno osservare le decisioni che i legislatori adotteranno in seguito alla nazionalizzazione per comprendere appieno la natura e la *ratio* della direzione intrapresa.

È innegabile che vi sia un ritorno sulla scena economica dell'ordinamento dello Stato, ma non è detto che ciò corrisponda a un ritorno con caratteristiche assimilabili a quelle d'impresa, attraverso le quali questi torna a essere un concorrente o, addirittura, decida di sottrarre legittimamente, anche se solo in via transitoria, un settore come quello dell'energia elettrica al meccanismo concorrenziale.

Il che potrebbe anche considerarsi auspicabile ma – dato il quadro politico e giuridico attuale dell'Unione – di difficile realizzazione¹⁰⁹. E questo, come si è avuto modo di constatare in precedenza, riguarda anche e soprattutto la programmazione delle politiche energetiche sostenibili, per le quali il legislatore europeo ha predisposto le misure necessarie affinché la promozione e lo sviluppo della sostenibilità energetica, indirizzata apertamente a tutti i cittadini, avvenga comunque entro l'ordine giuridico del mercato del settore, senza possibilità che vi possa essere una sensibile alterazione dell'equilibrio concorrenziale.

Ne consegue che, con ragionevoli probabilità, il suddetto interventismo non sia da collocare nell'alveo della programmazione economica e che, per questa ragione, siano da escludere le ipotesi che vedano in questo intervento forme di statalismo ingombranti e che da ultimo hanno destato preoccupazione¹¹⁰. Tutt'al più, tale interventismo è da ricondurre all'interno delle logiche economiche di mercato emergenziali, queste sì programmate, che richiedono un massiccio intervento economico del pubblico potere

¹⁰⁹ Sarà da valutare attentamente l'atteggiamento delle istituzioni euro-unitarie nei confronti di queste operazioni di politica economica. Infatti, in questa sede, non si vuole escludere, *rebus sic stantibus*, un mutamento di prospettiva in merito all'opportunità che lo Stato ordinamento torni a essere protagonista diretto e attivo mediante economie di programmazione in settori così essenziali e strategici come quello energetico, in particolar modo, in una fase storica di grave crisi come quella attuale. Al pari, sarà da valutare con la medesima attenzione la risposta dell'Unione a siffatte politiche, ovvero se vi sarà un margine di apertura o se, invece, non saranno più ritenute ammissibili una volta che verranno meno le deroghe disposte eccezionalmente al divieto di aiuti di Stato.

¹¹⁰ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, Il Mulino, 2022, 97.

in soccorso alle perdite patite dagli operatori del mercato libero e concorrenziale di cui l'Unione non sembra, allo stato delle cose, voler rivedere le regole.

Abstract

In this paper, an attempt is made to highlight the importance of the recent approval of the measures that established energy communities by the European Union. The main reason for this intervention lies in the attempt to incentivize as much as possible the consumption and production of energy from renewable sources, in order to achieve the objectives that the European legislator has set: the reduction of greenhouse gas emissions and, ultimately, climate neutrality by 2050. It is crucial to investigate the legal nature of these new actors, the role of public powers and the State in the promotion of sustainable energy, and the persistent influence of the canons of competition and free market that are cornerstones of the European construction overall.

OPINIONI

CESARE PINELLI

PUBBLICO E PRIVATO NELLA REINTERNALIZZAZIONE DEI SERVIZI DI PULIZIA NELLE SCUOLE

SOMMARIO: 1. L'evoluzione legislativa dell'affidamento dei servizi di pulizia presso le istituzioni scolastiche. – 2. La questione delle modalità di riassunzione dei lavoratori transitati nelle imprese in *outsourcing*. – 3. La pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 4 marzo 2020, n. 2821. – 4. La pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322. – 5. Obiezioni agli argomenti addotti dai giudici amministrativi. – 6. Argomenti a sostegno della incompatibilità con la Costituzione della disciplina in vigore.

1. L'evoluzione legislativa dell'affidamento dei servizi di pulizia presso le istituzioni scolastiche

La reinternalizzazione di servizi pubblici conferiti a terzi, o in *outsourcing*, costituisce ormai un importante capitolo della complessa vicenda dei nostri servizi pubblici. Ad essa deve riferirsi la trattazione della reinternalizzazione dei servizi di pulizia presso le istituzioni scolastiche, con le specificità che vedremo.

Fino alla l. 3 maggio 1999, n. 124 i servizi di pulizia e gli altri servizi ausiliari presso le istituzioni scolastiche statali erano garantiti, oltre che dal personale dipendente dallo Stato con il profilo di collaboratore scolastico (*ex bidello*), anche dai Comuni, i quali vi provvedevano sia attraverso personale alle proprie dipendenze, che mediante il ricorso ad imprese esterne che impiegavano ex lavoratori socialmente utili. La legge citata prevede il subentro dello Stato agli enti locali nei rapporti di lavoro col personale dipendente dai Comuni, addetto ai servizi di pulizia ed ausiliari nelle istituzioni scolastiche, nonché nei contratti con le imprese che svolgevano servizi di pulizia presso le istituzioni scolastiche e che impiegavano circa sedicimila ex lavoratori socialmente utili. Dall'anno 2009, a seguito di un processo di razionalizzazione della spesa per l'acquisto dei servizi di pulizia ed ausiliari delle istituzioni scolastiche, queste hanno aggiudicato i predetti servizi mediante adesione a convenzioni Consip, col risultato di ridurre la spesa erogata in favore delle

imprese che impiegavano ex lavoratori socialmente utili da oltre cinquecento a duecentonovantadue milioni di euro annui.

Ciononostante l'art. 1, c. 760, l. 30 dicembre 2018, n. 145, procedeva a una brusca reinternalizzazione dei servizi di pulizia, stabilendo che: «A decorrere dal 1° gennaio 2020, le istituzioni scolastiche ed educative statali svolgono i servizi di pulizia e ausiliari unicamente mediante ricorso a personale dipendente appartenente al profilo dei collaboratori scolastici e i corrispondenti posti accantonati ai sensi dell'articolo 4 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 giugno 2009, n. 119, sono resi nuovamente disponibili, in misura corrispondente al limite di spesa di cui al comma 5. Il predetto limite di spesa è integrato, per l'acquisto dei materiali di pulizia, di 10 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2020».

Vale la pena di interrogarsi sui possibili vizi di legittimità costituzionali della disciplina riportata, con particolare riferimento alla libertà di iniziativa economica privata.

2. La questione delle modalità di riassunzione dei lavoratori transitati nelle imprese in *outsourcing*

Non si prenderà in considerazione il profilo del trattamento giuridico dei dipendenti delle società di pulizia interessate dal processo di reinternalizzazione. Qui rilevano piuttosto le modalità di riassunzione di tali lavoratori.

In proposito, vale intanto la pena di ricordare il seguente principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione: «In caso di “reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati” da parte di un ente pubblico, il riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della azienda o società interessata dal processo di reinternalizzazione può avvenire facendosi applicazione della disciplina generale di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 31 e con esso dell'art. 2112 c.c., laddove – oltre al rispetto della regola del superamento di un pubblico concorso per l'accesso all'impiego da parte dei dipendenti interessati – risulti che alla vacanza nella pianta organica, alla disponibilità delle risorse e all'assenza di vincoli normativi ostativi all'assunzione, si accompagni l'ulteriore condizione della limitazione del passaggio ai soli dipendenti provenienti dallo stesso ente locale, transitati nella azienda o società partecipata a seguito del trasferimento dell'attività. La suddetta situazione rappresenta, pertanto, una ipotesi particolare di trasferimento di personale da un'azienda o società partecipata (anche in house) all'ente pubblico di riferimento o ad altro ente pubblico» (Cass. civ., 5 marzo 2020, n. 6390).

pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia

A sua volta, in passato la Corte costituzionale aveva più volte censurato i meccanismi di reinternalizzazione attraverso il passaggio diretto dall'impiego privato a quello pubblico, ritenendo che l'operazione di trasferimento avrebbe realizzato un'ipotesi di «inquadramento riservato senza concorso», in contrasto con la regola costituzionale che garantisce l'imparzialità mediante l'accesso dall'esterno con procedure selettive di reclutamento. Ciò anche nei casi in cui il personale dipendente da una società partecipata fosse stato assunto *ab origine* in seguito all'espletamento di una procedura selettiva equiparabile ad un concorso pubblico (C. cost., 1 luglio 2013, n. 167; ID., 23 luglio 2013, n. 227; ID., 30 gennaio 2015, n. 7; ID., 19 maggio 2017, n. 113).

Una recentissima pronuncia della Corte ha invece riguardato un altro aspetto della questione relativa al passaggio dei lavoratori nei ruoli ministeriali derivante dalla reinternalizzazione dei servizi di pulizia. La Corte è stata chiamata a giudicare della legittimità della mancata previsione della risoluzione di diritto del contratto di lavoro stipulato con una società che svolgeva i servizi di pulizia in *outsourcing*, anche in riferimento alla violazione della libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41 Cost., dal momento che l'applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi sarebbe «irragionevolmente onerosa» per il datore di lavoro, gravato da «un onere gestionale eccessivo rispetto ad esuberi fittizi», e non rappresenterebbe «un corretto bilanciamento tra il diritto effettivo al mantenimento del lavoro» di chi corra il concreto rischio di perderlo e «il diritto di iniziativa economica datoriale». La Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate, ma senza replicare alla censura di violazione dell'art. 41 Cost., avendo ritenuto che la soluzione di diritto prospettata dal giudice remittente è solo una delle tante possibili, e che la scelta fra di esse spetta al legislatore nell'esercizio della sua potestà discrezionale (C. cost., 14 luglio 2022, n. 176).

Come si vede, neanche in questo caso il giudizio ha riguardato direttamente la premessa stessa della reinternalizzazione sul piano giuridico, ossia la compatibilità coi principi costituzionali della disciplina dettata dal richiamato art. 1, c. 760, l. n. 145/2018. Solo il giudice amministrativo si è pronunciato sul punto in due occasioni, rifiutando in entrambe di sollevare davanti alla Corte eccezioni di legittimità prospettate al riguardo dai ricorrenti. E' a questo proposito che occorrerà verificare se gli argomenti adoperati siano davvero irresistibili e se sussistano altre possibili censure della legge che non sono state nemmeno prospettate al giudice.

3. La pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 4 marzo 2020, n. 2821

Secondo il TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 4 marzo 2020, n. 2821, la disposizione sulla reinternalizzazione «si colloca in continuità funzionale con il ripensamento dei servizi di pulizia all'interno delle istituzioni scolastiche in rapporto alla precedente politica di esternalizzazione degli stessi, avuto riguardo alle esigenze di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, oltretutto di salvaguardia dei livelli occupazionali garantiti ai dipendenti di questo settore all'esito del ripristino integrale della gestione pubblica del comparto considerato per le scuole [...] La scelta in questione, di carattere prettamente politico, non appare contrastare con i principi costituzionali descritti da parte del ricorrente. Il legislatore ha optato per una gestione diretta del settore della collaborazione scolastica tramite dipendenti pubblici, selezionati tramite un pubblico concorso, e soggetti che nei rapporti con gli utenti (nel caso di specie alunni) sono soggetti alla normativa di carattere pubblicistico; tale sistema consente allo Stato di gestire un settore di rilievo, strettamente collegato alla istruzione scolastica, perseguendo altresì la finalità di superare il precariato storico nel settore. Il legislatore ha operato una scelta coerente d'altro canto con il generale principio di libertà e autodeterminazione dei soggetti pubblici nell'organizzazione dei servizi di interesse generale, in base al quale gli Stati possono optare liberamente tra il regime di autoproduzione del servizio e quello di esternalizzazione (collocati dall'ordinamento europeo su un piano di equiordinazione) e solo nel secondo caso incombe sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato (si veda a titolo esemplificativo il considerando 5 della direttiva 2014/24/UE, ai sensi del quale «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»).

Ne discende da un lato l'assenza di un contrasto con il principio di ragionevolezza – sia in senso assoluto, perché la scelta di internalizzare il servizio non appare illogica, sia in senso relativo posto che non si rinviene un trattamento deteriore, costituzionalmente rilevante, con altri soggetti dell'ordinamento –, dall'altro la considerazione che, in un settore in cui non emerge una soluzione costituzionalmente vincolata (il riferimento alla carenza di soluzione costituzionalmente vincolata viene evidenziato in altro settore da C. cost., 25 luglio 2019, n. 206), spetta al legislatore individuare le preferibili modalità di gestione di un dato settore. Come già evidenziato

pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia

la normativa in questione non appare contrastare con norme costituzionali e risulta non irragionevole, trattandosi di lavoratori che fanno parte del sistema dell'istruzione e si trovano a collaborare con insegnanti e sono in costante rapporto con gli alunni.

Il TAR Lazio ha aggiunto, con riferimento all'art. 41 Cost., che la Corte costituzionale ha costantemente negato che sia «configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale», oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, c. 2, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale «non appaia arbitraria» e, «per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue» (*ex plurimis*, C. cost., 8 luglio 2010, n. 247; Id., 29 aprile 2010, n. 152; Id., 29 maggio 2009, n. 167). Questi principi, secondo la giurisprudenza costituzionale, devono essere osservati anche nella disciplina legislativa di un'attività economica considerata quale pubblico servizio, che è pur sempre espressione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 Cost., con la particolarità che al regime di ogni servizio pubblico è connaturale l'imposizione di controlli e programmi per l'indirizzo dell'attività economica a fini sociali, sicché in tali ipotesi «[...] la individuazione da parte del legislatore dell'utilità sociale può sostanziarsi di valutazioni attinenti alla situazione del mercato» e «può dar luogo ad interventi legislativi tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative delle imprese», sempre che l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, ed in ogni caso che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta sacrificandone le opzioni di fondo» (C. cost., 19 dicembre 1990, n. 548).

Nel caso di specie si tratta di internalizzazione di un sistema accessorio a quello scolastico reso presso istituzioni pubbliche, mentre presso istituzioni non statali rimane la libertà degli operatori privati di gestire e organizzare il sistema produttivo secondo le modalità ritenute preferibili.

Occorre precisare che il legislatore non ha monopolizzato un settore ovvero espropriato un'attività privata, ma si è limitato a prevedere la gestione autonoma, con esclusione della sua esternalizzazione e, quindi, dell'apertura al mercato, di un servizio accessorio e indispensabile alla istruzione scolastica.

4. La pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322

Anche secondo una pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322, «la *ratio* della disposizione non è quella di stabilizzare il personale precario, bensì quella di razionalizzare il servizio di pulizie in conformità ai principi di efficienza ed economicità. Si tratta cioè di dare conto dell'esigenza di porre fine ad una serie di gravi criticità emerse in regime di esternalizzazione [...], in ossequio a criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, pur tenendo conto, entro i vincoli di bilancio e dell'effettivo fabbisogno di personale, dei diversi interessi contrapposti. Tale impostazione è evincibile dallo stesso art. 58 del d.l. n. 69 del 2013 e ss. mm, dove si procede non ad una stabilizzazione (che avrebbe senso se il datore di lavoro fosse lo stesso e mutasse il titolo del rapporto di lavoro), ma una internalizzazione e cioè una procedura finalizzata ad assumere alle dipendenze dello Stato, a decorrere dal 1 marzo 2020, il personale già alle dipendenze delle imprese appaltatrici dei servizi di pulizia presso le istituzioni scolastiche, in possesso di determinati requisiti».

In secondo luogo il Consiglio di Stato ricorda «che la tutela fornita dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica privata è espressamente condizionata dal limite che la stessa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, dove quindi diviene compito del legislatore definire i programmi e i controlli atti a garantire che la stessa sia indirizzata e coordinata al perseguimento di fini sociali. Per altro verso, l'evocato art. 118 Cost. recepisce il principio di sussidiarietà orizzontale, che impone ai soggetti pubblici l'obbligo di favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini, sia singoli che associati, evidenziando come l'intervento pubblico diventi necessario tutte le volte in cui l'attività del privato cittadino non sia altrimenti auspicabile. Deve quindi evidenziarsi come l'intervento legislativo che, si ripete, si inquadra in una ottica di organizzazione dell'amministrazione e solo incidentalmente tocca le dinamiche di mercato, appare compatibile costituzionalmente anche sotto questo secondo profilo. In un primo senso, va rammentato che l'attività oggetto del contendere consiste nella erogazione di un servizio che, prima del 2013, era già svolto da organi delle istituzioni scolastiche. Il mercato di cui viene lamentata l'incisione è sorto quindi solo a seguito di una riorganizzazione dell'amministrazione che, viste le difficoltà determinate dal ricorso al mercato esterno, se ne è riappropriata. Infatti, stante la natura di attività strumentale all'erogazione di un servizio pubblico, la concorrenzialità del settore si è dimostrata limitata e non ha inciso sul prezzo offerto che, in quanto conseguente ad una procedura di

pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia

appalto, viene quantificato sulla base non del meccanismo della concorrenza, ma in base ai disciplinari di gara. Per altro verso, va poi ricordata la vicenda, narrata nelle premesse di fatto, dove si sono riscontrate plurime criticità nella gestione del servizio tramite gare di appalto (stigmatizzate nella sanzione AGCM irrogata con determinazione n. 25802/2015 per la condotta anticoncorrenziale delle imprese appaltatrici dei lotti nn. 2, 8, 9, 1, 10 e 4). L'idealizzazione della libertà di mercato e della sua ottimalità, nel settore in esame e in relazione alla fattispecie concreta, appare quindi contraddetta dalle situazioni in fatto verificatesi e puntualmente e dettagliatamente esposte nelle difese dell'Amministrazione. Per quanto poi riguarda i temi dello svolgimento dell'attività imprenditoriale in modo da non recare danno alla sicurezza e alla dignità umana, va rilevato come la riforma importi implicitamente una maggior tutela dei fruitori del servizio scolastico, ossia gli alunni e le rispettive famiglie, atteso che l'inserimento del personale nell'organizzazione scolastica consente il pieno esplicarsi dei poteri del dirigente scolastico, anche nella sua veste datoriale (esclusi invece, se non tramite il medium dell'impresa aggiudicataria, in relazione a personale esterno anche se addetto al servizio di pulizia nelle scuole)».

5. Obiezioni agli argomenti addotti dai giudici amministrativi

Le argomentazioni addotte dal TAR Lazio e dalla VI sezione del Consiglio di Stato per rigettare le eccezioni di legittimità della disciplina della reinternalizzazione dettata nel 2018 sono molto simili fra loro.

In ambedue i casi si assume prima di tutto che la *ratio* della disciplina non è quella di stabilizzare il personale precario, perché ciò presuppone lo stesso datore di lavoro, bensì di razionalizzare il servizio di pulizie in conformità ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, attraverso, appunto, una internalizzazione di personale già alle dipendenze delle imprese appaltatrici dei servizi di pulizia.

In secondo luogo tale scelta viene definita «di carattere prettamente politico», e nello stesso tempo giustificata sul piano costituzionale dal limite della utilità sociale posto dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica privata, senza che l'attribuzione del servizio ai privati sia «soluzione costituzionalmente obbligata».

A queste comuni argomentazioni, la VI sezione del Consiglio di Stato ne aggiunge una di ordine effettuale, basata sulle criticità emerse nella gestione delle gare d'appalto, che «l'idealizzazione della libertà di mercato non potrebbe contraddire».

Nessuna di queste argomentazioni resiste ad obiezioni di ordine giuridico-costituzionale, e alcune di esse risultano fra loro contraddittorie.

Il fatto, innegabile, che la procedura di internalizzazione differisca da quella di stabilizzazione di personale precario non significa che la prima si sia tradotta in una razionalizzazione del servizio di pulizie in conformità all'efficienza e all'economicità dell'azione amministrativa. Questa affermazione va infatti provata, e non lo è stata. I giudici amministrativi si limitano a citare criticità emerse nella gestione delle gare d'appalto. Ma altri elementi potrebbero essere addotti nella direzione opposta, ossia del vantaggio derivante dall'esternalizzazione del servizio di pulizie: basterà ricordare il risparmio da cinquecento a duecentonovantadue milioni di euro ottenuto tramite la sottoposizione alle convenzioni Consip dell'aggiudicazione dei servizi di pulizia.

Non è nemmeno detto, inoltre, che le internalizzazioni determinerebbero una riduzione dei costi dei servizi, determinando crediti di imposta, risparmi di IVA e di oneri contributivi. In realtà, la sicurezza dell'esistenza di un pagatore di ultima istanza come lo Stato ben potrebbe portare a nuove ingiustificate assunzioni in alcuni servizi, senza che a ciò corrispondano benefici in termini di qualità. Ciò provocherebbe effetti contrastanti proprio con quei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa in nome dei quali la procedura di internalizzazione viene giustificata.

Ma il punto più importante, e strettamente legato al primo, è dato dal richiamo all'utilità sociale quale limite in grado di giustificare ogni limite all'iniziativa economica privata alla stregua dell'art. 41 Cost. Appare intanto molto significativo che il TAR Lazio abbia considerato il ricorso alla procedura di internalizzazione frutto di una scelta «di carattere prettamente politico». Ciò equivale a ritenere che al Parlamento basti evocare l'utilità sociale per ritenere costituzionalmente ammissibile qualunque trasferimento di servizi dal settore privato a quello pubblico.

Non è questo, però, l'orientamento della Corte costituzionale, la quale, nel riconoscere uno spazio di discrezionalità legislativa in ordine a tale trasferimento, ha espressamente aggiunto: «sempre che l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, ed in ogni caso che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta sacrificandone le opzioni di fondo» (C. cost., n. 548/1990).

Conviene chiedersi se la citata disciplina relativa all'internalizzazione dei servizi di pulizia non esprima scelte arbitrarie nonché tali da sacrificare le «opzioni di fondo» dell'iniziativa economica privata.

6. Argomenti a sostegno della incompatibilità con la Costituzione della disciplina in vigore

I costituenti si limitarono a riservare alla legge il potere di sottoporre imprese pubbliche e private a programmi e controlli volti a indirizzarne e coordinarne l'attività a fini sociali (art. 41, c. 3, Cost.), senza differenziare le une dalle altre. E alla stessa conclusione si giunge esplorando i nessi dell'enunciato con altri, a cominciare dall'art. 43 Cost. Così, come già scrisse Francesco Galgano in un commento all'art. 41 Cost. del 1982, «non c'è alcun limite alle possibilità di intervento pubblico nell'economia quando questo intervento si svolga in condizione giuridicamente paritaria e di concorrenza rispetto all'iniziativa privata; c'è, invece, un preciso limite quando l'intervento pubblico escluda d'autorità gli operatori privati da determinate imprese o da determinati settori della produzione e valga, perciò, a ridurre coattivamente l'area di iniziativa economica privata. Dall'art. 43 si trae, dunque, conferma dell'esistenza di un generale limite qualitativo all'iniziativa economica pubblica: esso configura come eccezionale la sostituzione autoritativa dei pubblici poteri agli operatori privati: conferma, con ciò, che la regola è quella – già implicita nell'ultimo comma dell'articolo in esame – della giuridica parità di condizioni e della concorrenza fra iniziativa economica pubblica e iniziativa economica privata».

Per quella via veniva riconosciuto un sistema di economia mista nel cui ambito l'attività economica pubblica veniva collocata su un piano di parità rispetto a quella privata, alla quale però i commi precedenti dell'art. 41 Cost. dedicano indicazioni notevoli e circostanziate.

Il problema non consiste dunque nell'ammissibilità costituzionale in astratto di un passaggio di un determinato settore dalla mano privata alla mano pubblica, ma delle modalità con cui tale passaggio concretamente avviene, perché è proprio a questo proposito che possono verificarsi, come paventato dalla Corte costituzionale, scelte arbitrarie tali da sacrificare le opzioni di fondo dell'iniziativa economica privata.

Una disciplina di carattere generale come il codice dei contratti pubblici esemplifica molto bene quanto appena detto. Secondo l'art. 192, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, le stazioni appaltanti debbono dare conto, nella motivazione dei provvedimenti di affidamento *in house*, «delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta». A questo occorre aggiungere che secondo i commi 1 e 2 dell'art. 4 del testo unico delle società partecipate, approvato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, l'intervento pubblico è condizionato al rispetto di criteri di «stretta necessità per il perseguimento delle finalità istituzionali

dell'ente», nonché limitato ai soli tipi di attività economiche elencati nell'art. 4, c. 2.

La disciplina sulla internalizzazione dei servizi di pulizia non ha esplicitato affatto le ragioni per le quali, a partire dal 2020, «le istituzioni scolastiche ed educative statali svolgono i servizi di pulizia e ausiliari unicamente mediante ricorso a personale dipendente appartenente al profilo dei collaboratori scolastici».

Tale silenzio equivale a violare l'obbligo di dimostrare la ragionevolezza della scelta di internalizzare o pubblicizzare un certo servizio, che oltre a trovare fondamento testuale in normative generali quali il codice dei contratti e il testo unico delle società partecipate, discende soprattutto dalla necessità, chiaramente richiesta dalla Corte costituzionale, di scongiurare il rischio di sacrificare «le opzioni di fondo dei privati», e ciò, se ne può desumere, indipendentemente dal carattere espropriativo della scelta stessa.

La motivazione della scelta di internalizzare il servizio appare tanto più necessaria se si tiene conto del mancato decollo in Italia delle procedure di definizione dei criteri di valutazione delle *performance*, diffuse in altri Paesi europei da almeno trenta anni al fine di riorganizzare il sistema di erogazione dei servizi seguendo principi di economicità ed efficienza, per rispondere ad esigenze di contenimento della spesa a fronte di congiunture economiche in contrazione, rispetto alla lunga fase di espansione degli interventi pubblici avvenuta nel trentennio precedente. L'introduzione e i relativi criteri di regolazione dei dispositivi di autorizzazione, accreditamento e vigilanza di strutture e servizi, sia a gestione pubblica che privata, e la definizione dei requisiti di qualità per la gestione dei servizi e per l'erogazione delle prestazioni, quali stabiliti dalla legge quadro sull'assistenza (l. 8 novembre 2000, n. 328), sono rimasti molto spesso sulla carta.

Non a caso, le conseguenze dell'esternalizzazione del servizio di pulizie non hanno trovato riscontri oggettivi, ma solo una serie di dati grezzi privi di agganci certi. Né vi è alcuna prova che il ritorno al settore pubblico garantirà l'efficienza e l'economicità dei servizi di pulizie, secondo quanto richiesto dal principio di buon andamento delle pubbliche amministrazioni sancito dall'art. 97, c. 2, Cost.

L'internalizzazione non sarà stabilizzazione del posto di lavoro, che presuppone il medesimo datore di lavoro, ma certamente si configura, per come si è concretamente manifestata nella fattispecie, quale assorbimento di lavoratori precari. Questo è, ad un tempo, il vero oggetto e l'obiettivo della disciplina, che appare tutto interno alla pubblica amministrazione. Per il resto, cioè per quanto riguarda la qualità delle prestazioni rese agli utenti, le capacità organizzative e professionali dei dipendenti, e la stessa economicità

pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia

della gestione pubblica, la scelta di internalizzare i servizi di pulizia non presenta ragioni a favore, che comunque non sono state addotte.

Le ricadute negative per le imprese aggiudicatrici sono fuori discussione, fino a configurare una violazione della libertà di iniziativa economica privata. Per questi aspetti, comunque, un'indagine sui possibili vizi di legittimità costituzionale della disciplina esaminata fa venire a galla la mancata soluzione di problemi di più ampia portata, che per giunta vengono da essa ulteriormente aggravati.

Abstract

In a series of situations, the privatisation of public services is followed by a "ripublication" of such service. The writing examines the case of the maid services in the schools, and of the related consequences in terms of efficiency of the services for citizens.

COMMENTI

FEDERICO SPANICCIATI

IL “DIFFERENZIALE” SPORTIVO: UNA CATEGORIA SPECIALE DI BENI? NOTA A SENTENZA TAR CALABRIA, SEZ. I, N. 1312/2022

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. L'impianto sportivo è un bene speciale? – 3. Affidare un impianto sportivo è una procedura speciale? – 4. La sentenza. – 5. Conclusioni.

1. Il fatto

Il giudizio *de quo* riguarda una richiesta di risarcimento danno proposta da una società sportiva contro il comune di Rende, derivante dal particolare rapporto instauratosi tra i due soggetti in merito alla ristrutturazione e affidamento di uno stadio.

Il Rende calcio, infatti, nel 2016 ottiene la concessione per l'uso e la gestione di uno stadio di proprietà del comune, di durata novennale, gravando sulla società sportiva l'obbligo di manutenzione ordinaria dell'impianto e la riqualificazione di alcune parti, restando in capo al comune la manutenzione straordinaria. Per la stagione sportiva 2017/2018 era però emersa la situazione di inerzia del comune, che non risultava aver eseguito i lavori di manutenzione straordinaria, costringendo la società sportiva, al fine di potersi iscrivere al campionato, ad eseguire in proprio anche questa seconda tipologia di lavori. Nel 2019, tuttavia, in occasione di un intervento di riassetto viario, il comune di Rende interviene per inibire alla società sportiva l'utilizzo di un'area dell'impianto, chiedendo a questa di trovare gli accorgimenti tecnici per poter installare comunque il cantiere senza sospendere la propria attività. La società sportiva, non avendo i mezzi tecnici per poter elaborare tale proposta, diffidava il comune dal proseguire i lavori, senza successo.

Con delibera consiliare n. 24 dell'8 maggio 2019, consequenziale alla proposta progettuale formulata dalla ricorrente e finalizzata a ristrutturazione, ampliamento e messa a norma dello stadio, il comune di Rende, secondo la prospettazione ricorsuale: dava atto che la Lega Pro aveva già sollecitato la messa a norma dello stadio al fine dell'iscrizione al campionato di com-

petenza del Rende Calcio per la stagione sportiva 2019/2020, pena l'esclusione dal campionato della società sportiva; ravvisava l'urgenza di procedere, sul presupposto che il Rende Calcio «costituisce una importante realtà per la città in termini di visibilità nazionale e benefici economici sul territorio» e con la dichiarata consapevolezza del rischio che la medesima società potesse richiedere il risarcimento dei danni subiti; acclarava contestualmente di pubblico interesse la proposta progettuale, con la correlata concessione alla medesima società del diritto di superficie dell'area su cui insiste lo stadio, ai fini della ristrutturazione, ampliamento e messa a norma dell'impianto sportivo.

A seguito di presentazione da parte della società sportiva del progetto e di tutti gli altri atti connessi, il comune di Rende sollevava tuttavia una serie di contestazioni sul contenuto del progetto e su pretese "difformità".

La ricorrente, quindi, diffidava l'ente comunale a pronunciarsi sull'intento di procedere o meno secondo affidamento diretto in favore della medesima società, già titolata ad essere concessionaria, oppure a procedere con sequenza ad evidenza pubblica, in applicazione della disciplina del codice dei contratti pubblici riferita al c.d. *project financing*. Invece, il comune rispondeva chiedendo di integrare l'originaria proposta progettuale precisando che «anche dopo la presentazione della proposta integrata secondo quanto richiesto con la presente, l'Amministrazione conserva, comunque, il diritto di richiedere al proponente ulteriori modifiche al progetto di fattibilità, ex art. 183, comma 15, del Codice dei Contratti Pubblici, e che tale procedura comunque avrebbe richiesto ulteriori atti di assenso successivi, che si sarebbero anche potuti non verificare». Nell'opinione della ricorrente, invece, la deliberazione del consiglio comunale n. 24 dell'8 maggio 2019 faceva sorgere in favore del Rende Calcio un diritto di superficie ed una dichiarazione di pubblico interesse della relativa proposta, tale da sancire la sussistenza di una concessione il cui *an* sarebbe stato già definito, rimanendo solo il "quando" da determinare. Tuttavia, sempre ad avviso della ricorrente, poteva al più prefigurarsi una procedura di gara in cui il Rende Calcio, già meritevole del diritto di opzione, avrebbe potuto concorrere. Al contrario, secondo la ricorrente, si sarebbe verificato un comportamento amministrativo scorretto, in cui l'amministrazione comunale avrebbe assunto comportamenti dilatori e contraddittori tesi a negare la dichiarazione di pubblico interesse precedentemente emessa.

Il fatto, dunque, verte su quali siano i poteri di un ente locale nel valutare la proposta di una società sportiva circa i necessari lavori di manutenzione straordinaria sull'impianto pubblico.

Per ricostruire il quadro legale in cui ci si muove, è necessario analizzare la normativa riguardante gli impianti sportivi sotto tre diverse angola-

il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni?

zioni: l’impianto sportivo come proprietà speciale, la gestione dell’impianto sportivo come tipologia di gestione speciale e infine l’impianto sportivo come oggetto di *project financing* o di altre tipologie di intervento del privato finalizzate ad effettuare lavori di costruzione o manutenzione¹.

2. L’impianto sportivo è un bene speciale?

Nella sentenza in oggetto non si approfondisce il tema, considerato pacifico, se gli impianti sportivi siano considerati beni sottoposti ad un regime proprietario speciale, ovvero se l’ente locale, nel gestirli, li possa qualificare come un patrimonio generico. È però necessario proprio partire da qui per identificare la peculiare natura di questi beni immobili, in grado di differenziarli dagli altri.

Per poter, anzitutto, parlare di uno specifico regime giuridico riguardante la proprietà degli impianti sportivi si deve poter separare tale *species* di bene dal *genus* delle proprietà immobiliari, categoria al quale il bene appartiene, eppure differenziandosene. Non desta particolare difficoltà identificare cosa si intende per impianto sportivo: il termine indica qualsiasi tipologia di edificio o area attrezzata, in qualche modo, per ospitare la pratica sportiva. È più complesso, semmai, identificare cosa si intende per attività sportiva in senso tecnico, differenziandola da altre tipologie di pratiche che possono essere ludico-ricreative, ma non sportive in senso stretto. Per il nostro ordinamento è certamente pacifico che per sport non si intendono solo le pratiche agonistiche o preordinate a partecipare a competizioni ufficiali, tuttavia non è chiaro dove si collochi il confine tra sport e altre pratiche. Può aiutare certamente la lista delle pratiche riconosciute come sportive²

¹ In proposito si vuole chiarire come il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni in ambito sportivo sia una materia ampiamente trattata e dibattuta, di cui, quindi, non si darà conto, limitandosi a rinviare a: F. Cardarelli, *Ordinamento sportivo e potestà normativa regionale concorrente*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, 3707 ss.; S. Marzot, *La ripartizione delle competenze in materia di pianificazione territoriale degli impianti sportivi con particolare riferimento a quelli comunali*, in *Diritto dello sport*, 2008, 61 ss.; F. Blando, *Evoluzione e prospettive del rapporto tra Stato, Regioni e Coni in materia di sport*, in *Ist. fed.*, 2019, 21 ss.

² Si v. «Elenco delle discipline sportive ammissibili per l’iscrizione al Registro delle Associazioni e Società Sportive Dilettantistiche», così affronta la questione il CONI: «La “lista degli sport” è uno strumento metodologico molto importante nel campo delle statistiche sulle attività sportive praticate. Infatti, al concetto di “sport” o di “pratica sportiva” sono collegate tante attività diverse, variabili nel tempo e nello spazio, chiamate con nomi dal significato spesso vago: è necessario un trattamento che produca sintesi significative a vari livelli. La varietà delle attività sportive praticate non riguarda tanto i regolamenti per le competizioni

dal Comitato olimpico nazionale (CONI)³, ma se tale lista si può considerare sufficiente per indicare ciò che certamente è uno sport, non lo è per escludere dalla categoria pratiche in fase di emersione non ancora qualificate esplicitamente dal CONI. In tal senso si deve pur sempre considerare che tale elenco ricognitivo non ha un valore generale per l'ordinamento e non gli si può riconoscere un carattere costitutivo o di accertamento amministrativo valido ad ogni altra finalità giuridica. In materia potrebbero aiutare anche le definizioni date dal recente d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, che definisce all'art. 2: «f) attività fisica o attività motoria: qualunque movimento esercitato dal sistema muscolo-scheletrico che si traduce in un dispendio energetico superiore a quello richiesto in condizioni di riposo; [] nn) sport: qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli». Tali definizioni, si deve però notare, sono talmente generali e vaste da non dirimere del tutto il dubbio su cosa si possa considerare sport ai fini di legge: se queste nozioni, infatti, assicurano di poter qualificare come sport tutte quelle pratiche generalmente riconosciute, potrebbero generare dubbi circa le pratiche di recente emersione e di contenuto fisico dubbio. Infatti, si deve notare che la nozione di sport rimanda, quale oggetto, alla nozione di attività motoria, che è in grado di abbracciare ogni tipo di attività umana diversa dal riposo, connotata da ulteriori caratteristiche teleologiche che hanno comunque un contenuto larghissimo e di cui l'identificazione in concreto sembra essere massimamente discutibile e discrezionale⁴.

internazionali o nazionali, che pure si evolvono continuamente, quanto le azioni personali di ogni cittadino. [] Nel caso della pratica sportiva i dati provengono essenzialmente da due fonti: il Monitoraggio Coni e l'indagine Multiscopo Istat». Si v. I. Marani Toro, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, Giuffrè, 1977, 218-229; G. Napolitano, *L'adeguamento del regime giuridico del Coni e delle federazioni sportive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 353 ss.

³ Circa la natura del CONI, si consideri l'art. 1 dello statuto di tale ente: «Il Comitato Olimpico Nazionale Italiano, di seguito denominato "CONI", è la Confederazione delle Federazioni sportive nazionali (FSN) e delle Discipline sportive associate (DSA). 2: Il CONI, regolato dal D.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, e successive modificazioni ed integrazioni, e dalla Carta Olimpica, è autorità di disciplina, regolazione e gestione delle attività sportive, intese come elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale».

⁴ Se lo sport è una attività che richiede un qualsiasi movimento scheletrico-muscolare che generi un dispendio di energia superiore allo stato di riposo e che ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni, si potrebbe affermare che praticamente

il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni?

Comunque, ciò che è certo è che la nozione di impianto sportivo riguarda ogni bene immobile o complesso di beni che siano preordinati a svolgere una pratica ritenuta sportiva, o perché comunemente ritenuta tale e così qualificata dal CONI e dall’ordinamento sportivo, ovvero perché riconosciuta, nel singolo caso, come dotata di tutte quelle caratteristiche proprie di uno sport⁵. Una definizione generale di “impianto sportivo” si è provata comunque a dare con l’art. 2, decreto del Ministro dell’interno 18 marzo 1996, «Norme di sicurezza per la costruzione e l’esercizio degli impianti sportivi», secondo il quale è «impianto sportivo» l’«insieme di uno o più spazi di attività sportiva dello stesso tipo o di tipo diverso, che hanno in comune i relativi spazi e servizi accessori, preposto allo svolgimento di manifestazioni sportive», comprendendo a tal fine «lo spazio o gli spazi di attività sportiva»; «la zona spettatori»; «eventuali spazi e servizi accessori»; «eventuali spazi e servizi di supporto»⁶. Sulla questione, infine, sembra possa considerarsi conclusiva la definizione data dall’art. 2, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38: «d) impianto sportivo: la struttura, all’aperto o al chiuso, preposta allo svolgimento di manifestazioni sportive, comprensiva di uno o più spazi di attività sportiva dello stesso tipo o di tipo diverso, nonché di eventuali zone spettatori, servizi accessori e di supporto»⁷.

Definito così un impianto sportivo, la proprietà di tale tipologia immobiliare può essere pubblica o privata, non esistendo nel diritto positivo limitazioni in tal senso, al contrario, ad esempio, dei beni inseriti nel demanio necessario, di cui all’art. 822 c.c. Dire che un impianto può essere pubblico o privato, tuttavia, non esaurisce l’analisi sul regime proprietario. Esclusa infatti la configurabilità di una proprietà demaniale, che costituiscono un *numerus clausus*, si pone la scelta fra collocare tali beni nell’ambito della proprietà indisponibile ovvero proprietà meramente patrimoniale, scelta che sembra dover cadere sulla prima possibilità. Per gli impianti sportivi minori esistono in tal senso anche alcune specifiche disposizioni legislative che suffragano la conclusione. Vi è anzitutto una remota previsione legislativa statale in materia urbanistica e di finanza locale, il cui contenuto sostanziale è stato

ogni pratica sociale è qualificabile come sport, fosse anche prendere l’aperitivo al bar tutti i giovedì sera.

⁵ L’art. 2, c. 1, della Carta europea dello sport, approvata dal Consiglio d’Europa del 1992, afferma che: «Si intende per “sport” qualsiasi forma di attività fisica che, attraverso una partecipazione organizzata o non, abbia per obiettivo l’espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l’ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli».

⁶ V. anche il d.m. 6 giugno 2005.

⁷ Definizione replicata anche dal connesso dall’art. 2, d.lgs. n. 36/2021.

poi abbondantemente ripreso dalle legislazioni regionali e, da ultimo, dallo stesso testo unico in materia edilizia, che autorizzava i comuni a contrarre mutui per l'acquisizione di aree su cui installare opere di urbanizzazione primaria e secondaria e che includeva espressamente fra le seconde gli «impianti sportivi di quartiere»⁸. Se la specificazione “di quartiere” è stata nella prassi interpretata con una certa flessibilità, dall'esplicito inserimento degli impianti di sportivi fra le opere di urbanizzazione secondaria discende la loro necessaria destinazione a soddisfare interessi generali, la loro conseguente annoverabilità fra i beni «destinati a un pubblico servizio» e, perciò, fra i beni patrimoniali indisponibili di cui all'art. 826 c.c.⁹. Con l'art. 6, d.l. 28 febbraio 1983, n. 55, poi, l'equiparazione di almeno alcuni degli impianti sportivi degli enti pubblici locali a strutture dedicate all'erogazione di un servizio pubblico è stata formalmente e definitivamente sancita dall'ordinamento. Alla medesima soluzione finale si è pervenuti da parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁰ attraverso un diverso argomento, non incentrato sull'intermediazione della legislazione urbanistica o di quella sulla finanza locale, bensì partendo dalla premessa che sia da qualificare in termini di servizio pubblico l'insieme delle utilità fornite alla collettività da un impianto sportivo di proprietà di un ente pubblico¹¹. Di conseguenza, è oggi largamente condivisa, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, la qualificazione degli impianti sportivi di proprietà degli enti locali come «servizio pubblico locale, ai sensi dell'art. 112 del d. lgs. n. 267/2000, per cui l'utilizzo del patrimonio si fonda con la promozione dello sport che, unitamente all'effetto

⁸ Art. 16, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e art. 4, l. 29 settembre 1964, n. 847.

⁹ D'altra parte, già l'art. 1, l. 21 giugno 1928, n. 1580, e l'art. 1 del r.d.l. 2 febbraio 1939, n. 302, prevedevano che l'approvazione del progetto di un impianto sportivo ne implicasse la dichiarazione di pubblica utilità. Si veda anche la sentenza 14 gennaio 1976, n. 57, della Corte costituzionale.

¹⁰ F. Bassi, *Natura giuridica degli impianti sportivi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, Milano, Giuffrè, 1994, 273 e ss.; Cass., sez. un., 2 marzo 1989, n. 1161; Cass., sez. un., n. 10199/1994; Cass. sez. un., 13 novembre 1997, n. 11219; Cass., sez. un., sentenza 6 agosto 1998, n. 7710; Cass., sez. un., 23 luglio 2001, n. 10013. Si vedano anche TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 960/1998, Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2002, n. 5671, e Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4265; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 960/1998, e Cons. St., sez. V, n. 5671/2002.

¹¹ Si v. Cons. di Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1064: «Gli impianti sportivi di proprietà comunale, quali ad esempio la piscina comunale, appartengono al patrimonio indisponibile del Comune, ai sensi dell'art. 826, ult. comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive, sicché, qualora tali beni siano dati in concessione a privati, restano devolute al giudice amministrativo le controversie sul rapporto concessorio, inclusa quella sull'inadempimento degli obblighi concessori e la decadenza del concessionario». Ripreso quasi esattamente, da ultimo, da TAR Campania, Napoli, sez. II, 14 settembre 2022, n. 5703.

il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni?

socializzante ed aggregativo, assume un ruolo di strumento di miglioramento della qualità della vita a beneficio non solo per la salute dei cittadini, ma anche per la vitalità sociale della comunità (culturale, turistico, di immagine del territorio etc.)¹²».

Il suddetto inquadramento degli impianti sportivi degli enti locali come beni destinati a un pubblico servizio, trovava riscontro anche nell’art. 90, c. 24, l. 27 dicembre 2002, n. 289, ove era prescritto che il loro uso fosse «aperto a tutti i cittadini” e che comunque debba “essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive»¹³.

Dunque, tali beni, pur rientrando nella categoria dei beni immobili, quando sono preordinati all’esercizio di una pratica sportiva, così qualificata dal CONI o comunque valutata discrezionalmente come tale dalle amministrazioni competenti, sono nei fatti sottoposti al regime speciale dei beni del patrimonio indisponibile destinati ad esercitare un pubblico servizio. Quando, invece, tali beni sono di proprietà privata non sembra che a questi si applichi un regime giuridico speciale della proprietà, ma che, al più, possano essere diversificati dagli altri beni immobili per singoli aspetti giuridici, ad esempio di diritto urbanistico o fiscale, o per ciò che concerne l’esercizio dell’attività sportiva al loro interno, al pari di qualsiasi attività sottoposta ad una conformazione giuridica di settore.

Tale regime speciale degli impianti sportivi pubblici non può che riflettersi nel modo in cui tali beni sono gestiti, o dati in gestione, dalle pubbliche amministrazioni.

3. Affidare un impianto sportivo è una procedura speciale?

L’espressione “gestione di un impianto” indica l’attività di amministrare il funzionamento di una struttura e l’erogazione del servizio sportivo che in essa viene svolto.

Come anticipato, questa gestione può riguardare impianti pubblici o privati, ma nel secondo caso, si deve subito sottolineare, non si rilevano

¹² Cons. St., sez.V, 28 gennaio 2021, n. 858 e 18 agosto 2021, n. 5915. Si v. anche Cons. St., 2 maggio 2013, n. 2385: «Si tratta di beni su cui insiste un vincolo funzionale, coerente con la loro vocazione naturale ad essere impiegati in favore della collettività, per attività di interesse generale e non vi è dubbio che la conduzione degli impianti sportivi sottenda a tale tipologia di attività».

¹³ Previsione oggi ripresa dall’art. 6, d.lgs. n. 38/2021: «1. L’uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali è aperto a tutti i cittadini e deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive».

caratteristiche rilevanti dal punto di vista amministrativistico rispetto la gestione di una qualsiasi altra attività economica.

Se un bene, invece, è di proprietà pubblica, anzitutto, la sua gestione concreta può essere assicurata direttamente dall'ente locale con le proprie strutture organizzative o, più spesso, avvalendosi in house di una società integralmente posseduta e a ciò deputata¹⁴.

Quando ciò non avvenga, l'ente locale è tenuto ad avvalersi di un soggetto terzo individuato mediante una procedura competitiva. Ci si può domandare se tale procedura abbia dei caratteri di specialità, questione rapidamente risolta dal d.lgs., n. 38/2021, che all'art. 6 stabilisce: «2. Nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari. 3. Gli affidamenti di cui al comma 2 sono disposti nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e della normativa euro-unitaria vigente»¹⁵.

Circa tale tipologia di affidamento, la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'affidamento in gestione di impianto sportivo rientri nell'ambito della concessione di servizio pubblico e non di beni¹⁶, ed è imposto l'esperi-

¹⁴ *Ex multis* si vedano: D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003; E. Michetti, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, Giuffrè, 2011; M.G. Roversi Monaco, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1371 ss.; R. Cavallo Perin, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2014, 23 ss.; M.A. Sandulli e F. Aperia Bella, *Le evoluzioni dell'in house providing*, Roma, Treccani, Libro dell'anno del Diritto 2016, 2016.

¹⁵ Ciò ricalca il titolo preferenziale che doveva essere riconosciuto a favore di società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, in base alla già citata l. n. 289/2002, art. 90, c. 25, abrogato proprio dalla disposizione del 2021.

¹⁶ «L'affidamento di un impianto sportivo, per la centralità del momento della “gestione” (che prefigura come mero strumento l'affidamento del bene di proprietà pubblica), assume i caratteri tipici della concessione di servizio pubblico» (in tal senso, Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 858). Così, Cons. St., 14 marzo 2022, n. 1784. Si v. anche delibera ANAC 14 dicembre 2016, n. 1300: «La gestione di impianti sportivi con rilevanza economica, qualificabile quale “concessione di servizi” ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice, deve essere affidata nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 164 e seguenti del Codice stesso, con applicazione delle parti I e II del Codice stesso (per quanto compatibili). La gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, sottratta alla disciplina delle concessioni di

il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni?

mento di una procedura di evidenza pubblica per l’individuazione del concessionario privato solo se «affidamento potenzialmente remunerativo», per la possibilità di coprire i costi di gestione mediante il conseguimento di un corrispettivo economico nel mercato. Ciò ricalca la tradizionale distinzione, rilevante per l’applicazione delle norme sui contratti pubblici, tra “servizi economici” e “servizi non economici” di interesse generale. In particolare, secondo quanto ricostruito dall’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e dalla successiva giurisprudenza amministrativa¹⁷, la distinzione di cui all’art. 164 del codice dei contratti pubblici fra servizi «economici» e «non economici» va letta alla stregua della fonti eurocomunitarie ed è incentrata sul criterio economico della remuneratività, intesa in termini di redditività anche solo potenziale, cioè di possibilità di coprire i costi di gestione attraverso il conseguimento di un «corrispettivo economico nel mercato»¹⁸.

Nel caso della gestione un impianto sportivo, la redditività deve essere valutata, non solo in ragione della tipologia o caratteristica merceologica del servizio, ma caso per caso con riferimento alla soluzione organizzativa prescelta dall’ente locale per soddisfare gli interessi della collettività, ed anche in considerazione delle specifiche modalità di gestione, dei relativi costi di manutenzione, della struttura tariffaria, libera o imposta, per l’utenza, della disciplina delle quote sociali, della praticabilità di attività accessorie e di altri dettagli ulteriori.

Emerge, dunque, che se il regime della proprietà degli impianti sportivi pubblici è connotato da alcune peculiarità, il regime dell’affidamento in gestione è invece rimesso alla normativa generale del codice dei contratti pubblici, senza rilevanti differenze.

Tale ricostruzione, tuttavia, cambia nel caso in cui non si tratti di gestione, ma di costruzione e ristrutturazione straordinaria degli impianti sportivi¹⁹. In questo caso è necessario richiamare anche la distinzione tra

servizi (art. 164, comma 3), deve essere ricondotta nella categoria degli “appalti di servizi”, da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV».

¹⁷ Cons. St., sez.V, 18 agosto 2021, n. 5915 e 14 marzo 2022 n. 1748.

¹⁸ Il tema è molto noto e molto trattato, per cui non si approfondirà in questa sede. Si vedano, *ex multis*: M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 41 ss.; R. Ferrara, F. Manganaro e A. Romano Tassone, *Erogazione dei servizi di rilevanza economica e modelli di gestione*, in Aa.Vv., *Codice delle Cittadinanze*, Milano, Milano, 2006; M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici: concessioni di lavori servizi e partenariati precontenzioso e contenzioso*, V; Milano, Giuffrè, 2019; H. Bonura, *La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 514 ss.

¹⁹ F. Spanicciati, *L’edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla cd. Legge sugli stadi*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, n. 1, 73-98; V.G.

impianti pubblici e impianti privati, concentrandosi però, in questo caso, su quelli privati, dato che la costruzione o manutenzione di quelli pubblici rientrerebbe ordinariamente nel codice dei contratti pubblici.

Circa gli impianti privati, già nel 2013 si era rilevato come in Italia fosse particolarmente complessa l'edificazione di impianti sportivi privati di grande dimensione, con ciò perdendo grandi investimenti e possibilità di sviluppo per opere che nessun ente pubblico sarebbe stato in grado di sostenere. Per ovviare a tale problematica si era introdotta una normativa speciale, la c.d. legge sugli stadi, in realtà consistente in appena due commi inseriti nella l. 27 dicembre 2013, n. 147.

Nell'intenzione del legislatore il contenuto di queste norme doveva consentire l'istituzione di un procedimento di finanza di progetto semplificato per il rinnovamento degli impianti di medie e grandi dimensioni, con una concentrazione degli adempimenti autorizzativi in sede di specifica conferenza dei servizi e con delle relative contrazioni dei termini procedurali per approvare gli interventi e i relativi strumenti urbanistici. La normativa speciale ha però dimostrato fin da subito ampi margini di disfunzionalità, al punto da non potersi citare casi di procedimenti speciali applicativi di tali norme completati positivamente. Ciò ha condotto a due correttivi, nel 2017 e nel 2020²⁰, ma nonostante tali interventi l'impianto normativo è rimasto inidoneo a superare quegli ostacoli di natura politica che nella prassi avevano portato alla mortalità delle principali iniziative aventi ad oggetto la rivisitazione dei principali stadi di calcio. In quest'ottica con la legge delega n. 86/2019, si è incaricato il governo di adottare un apposito decreto legislativo al fine di riordinare «le norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi nonché della disciplina relativa alla costruzione di nuovi impianti, alla ristrutturazione e al ripristino di quelli già esistenti, compresi quelli scolastici». Il d.lgs. n. 38/2021 ha dunque sostituito le norme precedenti, prevedendo ampie misure di concentrazione, accelerazione e semplificazione, con la previsione di un procedimento semplificato e con tempi ridotti per la valutazione delle proposte di intervento per la costruzione e/o l'ammodernamento degli impianti. La legge prevede che possono presentare progetti i soggetti privati che agiscono "d'intesa" con le associazioni e società sportive, oppure gli stessi sodalizi sportivi. Tali progetti devono

Febbo, *La nuova disciplina legislativa in tema di costruzione e restyling degli impianti sportivi*, consultabile all'indirizzo internet www.filodiritto.it, 27 febbraio 2014, e E. Morlino, *Il nuovo project financing per gli impianti sportivi*, in questa *Rivista*, 2013, n. 3.

²⁰ Si v. c. 1, 2, 2-bis, 3, 4, 5, 5-bis, 5-ter dell'art. 62, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con modific. dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, e l'art. 55-bis, l. n. 120/2020.

il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni?

contenere un documento di fattibilità ed un piano economico-finanziario che individui tra più soluzioni quella rispondente maggiormente al benessere della comunità secondo una analisi costi-benefici, nonché la previsione di eventuali contributi pubblici o di altri elementi quali, ad esempio, la possibilità di costruire immobili funzionali o complementari all’impianto pur non avendo destinazione d’uso sportiva, l’attribuzione di un diritto di esclusiva dell’utilizzazione per finalità commerciali delle aree limitrofe all’impianto in concomitanza con lo svolgimento delle competizioni ufficiali. Il procedimento amministrativo previsto prevede la convocazione e svolgimento di una conferenza di servizi preventiva con termini molto ridotti, che deve concludersi entro 60 giorni dall’istanza, seguita dalla presentazione del progetto definitivo da parte del soggetto proponente e dalla convocazione di una conferenza dei servizi decisoria, da svolgersi in forma semplificata ed in modalità asincrona. All’esito di questa, il verbale conclusivo di approvazione del progetto, pubblicato sul sito del comune, assume valore di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell’opera. Invero, va notato, tale procedura è molto simile a quella che era prevista nella normativa precedente, solo trovandosi estesa a tutti i tipi di impianto. Per ciò che riguarda i grandi impianti il problema che aveva portato al fallimento della vecchia procedura era la mancanza di coordinamento tra questa procedura speciale e i restanti atti d’assenso comunque necessari, in particolare quelli di tipo urbanistico, limitandosi ad introdurre un contingentamento dei tempi alle sole conferenze dei servizi, soggetti che svolgevano valutazioni perlopiù di tipo tecnico, senza poter vincolare i decisori politici che, successivamente, avrebbero dovuto recepire i verbali di tali conferenze sottoforma di varianti urbanistiche o altri atti di assenso.

Il risultato è che oggi ci si trova in una situazione in cui gli impianti sportivi privati possono essere costruiti o ristrutturati in base ad un compendio normativo speciale, mentre quelli pubblici lo sono in base alla normativa generale del codice dei contratti pubblici, in particolare tramite lo strumento del *project financing*.

La sede non è adatta ad offrire l’ennesima ricostruzione sullo strumento del *project financing*, ormai ampiamente noto, tuttavia si possono offrire delle riflessioni su questo, ciò tanto più che nella sentenza in analisi si tratta proprio di un *project financing* per la realizzazione di uno stadio²¹.

²¹ Non si offre una analisi dello strumento, essendo già amplissima in dottrina. Si v. tra gli altri G.L. Pietrantonio, *Il project financing pubblico quale strumento metodologico per l’edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive*, in *Ist. fed.*, 2021, 839 ss.; E. Picozza, *La finanza di progetto nel sistema dell’attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. St.*, 2003, 1, p.

Quel che si deve notare, in via generale, è che nel *project financing* il privato sembra avere una posizione forte, quale partner, quasi paritetico, della pubblica amministrazione. A tutelare questa posizione del privato rileva anche il principio del legittimo affidamento, che, apparentemente, dovrebbe garantire al proponente del *project financing* una posizione privilegiata circa l'effettivo affidamento della realizzazione dell'opera. Si avrebbe, così, una situazione in cui il privato, una volta ritenuta la sua proposta di pubblico interesse, diventa un partner della pubblica amministrazione, che per conto di questa sviluppa l'infrastruttura ed eventualmente la gestisce.

È noto che la procedura di *project financing* individua due serie procedurali strutturalmente autonome, ma interdipendenti sotto il profilo funzionale. La prima fase è di selezione del progetto di pubblico interesse, mentre la seconda fase riguarda lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità²². La giurisprudenza in materia di progetto di finanza ad iniziativa privata, in base alla normativa di settore, ritiene che la prima fase sia «pre-procedimentale», funzionale a valutare la fattibilità di una data opera e il relativo interesse pubblico a realizzarla, a fronte della quale il privato promotore vanta mere aspettative di fatto, rimanendo a carico di quest'ultimo il rischio che la proposta non vada a buon fine²³.

Pertanto, stato affermato che quand'anche fosse stato non solo individuato il promotore ma anche ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato, l'Amministrazione non rimane vincolata a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito e non sindacabili in sede giurisdizionale se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione, ovvero non procedere affatto²⁴.

Pertanto, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato il promotore privato, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione e la valutazione amministrativa della perdu-

103 e ss.; D. Siclari, *Il project financing nel Codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2019; V. Montani, *Il project financing: inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, Giappichelli, 2018.

²² Cons. St., sez.V, 10 febbraio 2020, n. 1005.

²³ Il Consiglio di Stato ha chiarito che la dichiarazione di pubblico interesse della proposta non obbliga affatto l'amministrazione né ad approvare il progetto né ad indire la gara per l'affidamento della relativa concessione. Si v. Cons. St., 13 marzo 2017, n. 1139.

²⁴ V. Cons. St., sez.V, 23 giugno 2020, n. 4015, e Cons. St., sez.V, 4 febbraio 2019, n. 820.

il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni?

rante attualità dell’interesse pubblico alla realizzazione dell’opera continua ad essere insindacabile nel merito.

Ciò che emerge è dunque come pubblico e privato non siano affatto partner paritetici: il privato ha un ruolo che rimane sempre subordinato e sussidiario a quello dell’attore pubblico, anche quando questo ha già compiuto delle scelte che affermano l’interesse per l’opera. Il pubblico, infatti, può sempre cambiare idea, effettuando una nuova valutazione dell’interesse pubblico o introducendo nuovi elementi in grado di modificare la scelta iniziale, rispetto ai quali il privato non ha alcuna reale capacità di intervento o interlocuzione. In tal senso il legittimo affidamento si riduce ad un principio procedimentale, che assicura, al massimo, solamente che il privato subisca tale scelta all’esito di un corretto procedimento e sulla base di una motivazione sufficientemente ragionevole.

E proprio tale posizione asimmetrica tra pubblico e privato si pone alla base della sentenza in oggetto.

4. La sentenza

Il TAR Calabria, al netto delle questioni di giurisdizione che non rilevano per la nostra analisi, deve valutare se la società privata sia stata davvero lesa dall’inerzia dell’ente locale, avendo una posizione giuridica qualificata, ovvero se il comune aveva diritto a non compiere alcun tipo di intervento, esponendo i privati alla necessità di utilizzare altri impianti.

Il giudice anzitutto ribadisce un concetto ormai pacifico: «secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell’opera, la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell’interesse pubblico alla realizzazione dell’opera continua ad essere immanente ed insindacabile nel merito (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 820). Infatti la disciplina del project financing si contraddistingue in quanto l’iniziativa non è assunta dall’Amministrazione, ma dal privato. Pertanto, anche una volta che la proposta di quest’ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, il promotore non acquisisce alcun diritto pieno all’indizione della procedura, ma una mera aspettativa, condizionata alle valutazioni di esclusiva prerogativa dell’ente pubblico in ordine all’opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta. Detta aspettativa non è quindi giuridicamente tutelabile rispetto alle insindacabili scelte dell’Amministrazione e la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solamente all’interno della gara una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta.

Conseguentemente, anche a ricondurre il provvedimento gravato nell'area nozionale della revoca, risulterebbe infondata la proposta domanda risarcitoria per legittimo affidamento, che non può avere ad oggetto atti ad effetti instabili ed interinali, ma solo atti durevoli, stabilmente attributivi di vantaggi, laddove invece la dichiarazione di pubblico interesse, che per ipotesi fosse intervenuta, del progetto presentato dalla ricorrente non è un atto durevole, ovvero attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, ma meramente ed eventualmente prodromico al successivo affidamento o alla successiva indicazione della gara».

Tale mantenimento in capo all'ente pubblico del potere di valutare la migliore soluzione per la manutenzione e gestione dell'impianto, si estende, ovviamente, anche all'ipotesi di concessione sulla gestione dello stesso, anche ove tale richiesta sia fondata sulla base di un pubblico interesse astrattamente dichiarato e abbia imposto al privato una serie di oneri necessari a presentare la domanda. Sicché: «sulla specifica questione del mancato affidamento della nuova concessione, appare come la stessa ricorrente qualificarsi in termini di possibilità giuridica l'ipotesi che la procedura segua la disciplina di cui all'art. 183 del Codice dei contratti pubblici, e che sussistevano precise condizioni per il perfezionarsi delle diverse ipotesi prefigurate dalle norme applicabili e dalla Delibera consiliare in parola. Ne deriva, sotto questo aspetto, che i due provvedimenti su cui la ricorrente ha chiesto una pronunzia, senza chiederne l'annullamento, non possono essere considerati espressione di comportamenti contrari a buona fede, in assenza di specifiche contestazioni che non si risolvano nella denuncia di illegittimità dell'atto, che, come detto, comunque non sussiste essendo stata applicata la normativa pertinente. Pertanto, nel caso di specie, i richiesti oneri di progettazione, le spese per asseverazione del progetto e per le indagini geologiche, gli oneri sostenuti per l'accatastamento degli immobili, nonché la perdita di chance ed il danno all'immagine non sono in rapporto di causalità con il comportamento del Comune ma attengono al rischio di impresa del proponente di una concessione e dell'esercente di una società sportiva».

Il TAR Calabria, pertanto, non solo conferma la posizione asimmetrica di pubblico e privato in un caso di *project financing*, ma sottolinea anche come l'impianto sportivo, ferma seppur non di precipuo rilievo la sua natura di bene speciale, quando sia proprietà pubblica e debba essere affidato a terzi sia sottoposto all'impianto normativo ordinario sulle concessioni.

5. Conclusioni

Gli impianti sportivi rappresentano oggi una figura piuttosto singolare nel panorama del diritto italiano. Se sono beni privati sono normali proprietà immobiliari, se invece sono beni pubblici sono essenzialmente equiparati a quelli demaniali, seppur con proprie peculiarità. Se, poi, questi sono beni privati si gestiscono come qualsiasi attività produttiva, se invece sono beni pubblici si affidano in gestione come qualsiasi servizio pubblico. Tuttavia, se non si tratta di sola gestione, ma di anche di nuova costruzione o ristrutturazione, in caso in cui questi siano beni privati, o beni pubblici che richiedono la partecipazione all'intervento del privato, godono di previsioni normative del tutto eccentriche all'interno dell'ordinamento. Ciò testimonia come gli impianti sportivi abbiano una particolare rilevanza pubblicistica e come se ne voglia tutelare la funzione ovvero facilitarne lo sviluppo e il mantenimento, sia nel caso in cui siano pubblici che privati. Tuttavia, se da un lato si vuole il più possibile rendere stabile e sicura la posizione del privato, per attrarre l'interesse e le risorse economiche, dall'altro lato tale volontà si scontra con il dato di fondo per cui il soggetto pubblico rimane sempre l'unico titolare a definire in concreto cosa rappresenta l'interesse pubblico, con un potere di ripensamento permanente fino alla stabilizzazione definitiva del rapporto pubblico-privato. Questo dato, unito al fatto che la straordinarietà del bene e di alcune procedure che lo riguardano non impatta sull'ordinarietà di tutte le altre procedure parallele di tipo urbanistico-edilizio, porta ad una situazione di permanente inefficienza del quadro normativo riguardante gli impianti sportivi e di difficoltà concreta nell'intervenire al rinnovo e alla ristrutturazione di tale dotazione infrastrutturale, sia essa pubblica o privata.

Abstract

The analysis of the Regional Administrative Tribunal of Calabria's Judgment no. 1312/2022 allows to deepen the special nature of buildings used as sports facilities. The special regime counts, on the one side, for the building qualification, that is “ordinary” for private owners and “special”, thus under stringent public constraints, for public owners. On the other side, the speciality of the discipline is also evident considering the public contracts sector, hence for the award of public works and maintenance services by the public authority. The judgment, therefore, highlights exactly the atypical and fragmented legal regime to which a sports facility is subjected to.

RECENSIONI

GIACINTO DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

1. Il volume di Giacinto della Cananea introduce una collana alla quale sono destinati i contributi di vari autori a una ricerca sul «nucleo comune» nel diritto amministrativo dei paesi europei. Il volume non è però solo una prima presentazione, ma è soprattutto la sede per riflessioni sulle linee direttrici del diritto amministrativo e sui caratteri di una utile comparazione giuridica in questo settore. Le considerazioni di ordine sostanziale e quelle di metodo si intrecciano in tutta l'esposizione: ciò si spiega con l'esigenza di dar conto degli obiettivi e delle modalità di una ricerca che si discosta, come si vedrà, da tanti luoghi comuni.

In questo contesto gli argomenti sostanziali rivestono un rilievo non solo per i loro contenuti specifici, ma anche per gli spunti che offrono ad una nuova indagine di comparazione nel diritto amministrativo dei paesi europei. I riferimenti nel testo sono molto articolati, ma si coglie sempre agevolmente il filo conduttore, che è rappresentato dalla possibilità di individuare un nucleo «comune» del diritto amministrativo nei paesi europei.

2. Il volume è costituito da sei capitoli.

Nel primo capitolo («Il diritto amministrativo: una visione di lungo periodo», 15 ss.) sono richiamati alcuni studi fondamentali, specie della dottrina francese della seconda metà dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento (Tocqueville, Laferrrière, Aucoc, Hauriou, Duguit), sui caratteri del diritto amministrativo. In questi studi era centrale la ricerca di un nucleo fondante del diritto amministrativo (individuato, per esempio, nella *puissance publique* o nel *service public*); in questo modo emergevano certamente concezioni diverse, ma si coglieva anche un'attenzione precisa per i fattori che sembravano determinare le trasformazioni e i mutamenti nel diritto amministrativo. Emergevano così, *in nuce*, i motivi sui quali si sarebbe concentrata buona parte della dottrina successiva che avrebbe esaminato le linee di tendenza e i fattori di convergenza nei diversi diritti amministrativi nazionali: il peso assegnato a logiche «naturali», intese come espressione di modelli di razionalità adattati all'evoluzione dei sistemi sociali e delle ideologie comuni; il rilievo delle tradizioni e delle ideologie nazionali e i margini per un loro

(parziale) superamento; l'affermazione di esigenze nuove, che inducevano ad accogliere criteri innovatori (si pensi all'attenzione verso modelli aziendali).

Nel secondo capitolo («La comparazione dei diritti amministrativi in Europa», 37 ss.) questi aspetti sono ulteriormente approfonditi, nella prospettiva del confronto fra i diritti amministrativi nei diversi paesi europei. Viene presa in considerazione la nota visione di Dicey che contrapponeva i paesi di diritto amministrativo al sistema anglosassone e viene rilevato non solo come tale visione fosse stata imprecisa, ma anche come l'obiettivo di fondo, rappresentato dall'affermazione di un sistema di garanzie nei confronti delle autorità pubbliche, fosse altrettanto centrale nei due modelli ed anzi sul piano pratico potesse giustificare la specialità del diritto amministrativo e l'elaborazione di un diritto amministrativo anche in Inghilterra. Varie considerazioni sono poi proposte in merito alla prospettiva comparatistica nell'indagine sul diritto amministrativo nell'Ottocento e nel primo Novecento: dalla posizione di quanti negavano sostanzialmente l'utilità di una tale prospettiva (perché si rifugiavano in una concezione specificamente «nazionale» del diritto amministrativo) al riconoscimento di influenze rilevanti che superavano i confini nazionali (si pensi alla fortuna del modello «francese»), anche se si trattava di influenze che fino a tempi recenti erano più spesso riferibili ad ambiti specifici, in particolare alla giustizia amministrativa, che a sistemi complessivi. Oggi le ragioni del confronto fra i diversi diritti amministrativi sono sostenute anche dal riscontro di alcuni fattori comuni a diversi paesi, come il ruolo decisivo della giurisprudenza amministrativa nell'elaborazione dei «principi» e la posizione non secondaria della scienza giuridica, o dall'incidenza di elementi che riducono il peso del limite territoriale, come si verifica nei paesi che aderiscono all'Unione europea. Il diritto amministrativo non è più solo un diritto nazionale, ma è anche il diritto di entità sovranazionali; rispetto a queste entità, la ricerca di principi fondamentali comuni ai diversi paesi diventa essenziale (basti pensare all'Unione europea) e rende più forte i contatti e le contaminazioni di tradizioni diverse.

Nel terzo capitolo («Una ricerca sul nucleo comune dei diritti amministrativi europei», 57 ss.) sono richiamati innanzi tutto alcuni capisaldi dell'indagine comparatistica: attraverso il riferimento a Rodolfo Sacco e a Gino Gorla sono enunciati alcuni criteri generali per uno studio che in particolare consideri insieme l'obiettivo pratico e quello (che sembra essere determinante, secondo l'autore) rappresentato da una esigenza culturale, di arricchimento delle conoscenze. In questo contesto uno spazio importante va assegnato ad alcune tendenze riscontrabili nella comparazione giuridica in ambito privatistico che offrono spunti significativi anche per l'indagine in

ambito amministrativistico: si pensi all'attenzione per il «*law in action*» che a sua volta apre a un'indagine sulle soluzioni che siano accolte concretamente rispetto a problemi comuni. Anche nel diritto amministrativo la comparazione deve essere attenta ai «dati fattuali», e non solo al «dato normativo» o alle enunciazioni di principio. A questi fini sono evidenziati alcuni temi di particolare interesse per la comparazione in ambito amministrativistico, come la centralità del procedimento o l'assetto della responsabilità.

I criteri enunciati nel terzo capitolo sono sviluppati nei due capitoli successivi: il quarto capitolo («La comparazione diacronica: i principi del diritto amministrativo tra Otto e Novecento», 85 ss.) è dedicato principalmente all'indagine in una prospettiva storica, mentre il quinto («La comparazione sincronica: la responsabilità delle pubbliche amministrazioni», 151 ss.) è dedicato all'assetto di alcuni istituti particolarmente emblematici.

L'indagine diacronica prende in considerazione il tema dei «modelli», con particolare riferimento alla giustizia amministrativa dell'Ottocento e del primo Novecento: l'autore pone in evidenza come la loro identificazione presenti in realtà margini molto ampi di opinabilità, anche perché gli ordinamenti nazionali, anche dei paesi di minori dimensioni, non sono mai stati esenti da esigenze e concezioni particolari. In questo contesto l'attenzione viene portata non solo sul tema della tutela nei confronti degli atti amministrativi (l'autore stesso, però, precisa opportunamente che la nozione di atto amministrativo non risulta uniforme e perciò non può essere intesa come il mezzo per introdurre confronti meccanici), ma anche sul tema della responsabilità dell'amministrazione. La responsabilità dell'amministrazione ha matrici diverse (in Francia spiccatamente nel diritto pubblico, in Germania invece soprattutto nel diritto privato, ecc.) e le diversità sono ancora più marcate quando si considera il rapporto fra responsabilità dell'agente e responsabilità dell'amministrazione. Tuttavia emergono anche ragioni comuni, legate all'esigenza di garantire il cittadino da comportamenti arbitrati dei poteri pubblici, con l'espressione di concezioni che sono certamente riconducibili all'ideale dello Stato liberale, ma che (si pensi, per esempio, ad Hauriou) testimoniano sensibilità anche di ordine etico.

L'indagine sincronica conferma l'esigenza di un'indagine concentrata su alcuni ambiti nodali. Fra essi in modo particolare viene rilevata l'importanza della responsabilità dell'amministrazione. L'importanza di questo tema emerge dall'esigenza di considerare la «patologia» dell'attività amministrativa, per ricostruire in termini di maggiore concretezza gli equilibri interni a ciascun diritto amministrativo. Rispetto alla responsabilità è comune il confronto con alcune concezioni di fondo, come quella rappresentata dalla configurabilità di una «responsabilità di diritto pubblico» che sfuggirebbe

ampiamente ai principi del diritto comune (e che ancora una volta riporta ai temi caldi del dibattito sulla visione di Dicey) e quella ancorata invece al diritto privato (peraltro a sua volta tutt'altro che omogeneo negli ordinamenti europei). L'autore, pur rappresentando con cura queste posizioni, dimostra però di preferire una differente prospettiva d'indagine, incentrata sullo spazio di responsabilità riconosciuto concretamente all'amministrazione nei diversi ordinamenti. In questa prospettiva, infatti, è possibile valutare la reale pregnanza dei modelli civilistici e la tendenza a riconoscere margini di specialità alla responsabilità dell'amministrazione (come d'altra parte mi sembra che traspaia anche nella più recente esperienza italiana). Ulteriori considerazioni sono proposte rispetto ad altri profili nodali per ricostruire un «giusto rapporto» con l'amministrazione: la c.d. giustizia procedurale (con l'esigenza di consentire al cittadino di esprimersi prima di provvedimenti, come quelli disciplinari, che possano colpirlo in modo grave), l'assetto dei poteri cautelari dell'amministrazione, le garanzie rispetto ai poteri di polizia.

Nel capitolo finale («Una visione d'insieme», 209 ss.) sono proposte alcune prime conclusioni, destinate evidentemente ad orientare la lettura dei contributi che saranno pubblicati nella stessa collana o comunque ad alimentare il confronto con le posizioni che emergeranno in questi contributi. Le conclusioni attengono all'esigenza di una considerazione ampia del diritto amministrativo, aperta alla dimensione dell'esperienza giuridica, e non solo alle norme: in questa prospettiva anche il riferimento alla giurisprudenza può essere solo parziale e la stessa espressione ricorrente, di una giurisprudenza amministrativa «pretoria», appare ingannevole, perché finisce con l'ignorare l'importanza del dato culturale, rappresentato sia dalla scienza giuridica sia, in modo più capillare, dall'affermazione di valori comuni. Queste considerazioni, ovviamente, sono importanti anche per capire come siano elaborati i «principi generali condivisi» su cui si fonda l'ordinamento eurocentrico.

Ai fini dell'indagine comparatistica, secondo l'autore emergono soprattutto tre scenari di rilievo, rappresentati rispettivamente dal consolidamento del diritto amministrativo in una logica che richiama l'importanza della «natura delle cose», già cara ai filosofi illuministi, dalla diffusione di certi modelli, talvolta senza apparenti ragioni di ordine politico (si pensi alla recezione del modello austriaco nei paesi dell'est europeo, proseguita anche dopo la seconda guerra mondiale), dall'adesione a ordini sovranazionali. Questi scenari non conducono però l'autore a prospettare l'avvio di un diritto comune europeo: la realtà è più articolata e induce piuttosto a rilevare una convergenza che si esprime mantenendo comunque ragioni di diversità.

3. Il volume è ricchissimo di riferimenti a ordinamenti e culture giuridiche diverse: nel proporre un nuovo modello di ricerca comparatistica nel diritto amministrativo, ancorata ai «dati fattuali» più che alle enunciazioni dei principi o alle specificità normative, l'autore dimostra di prestare attenzione non solo alle tradizioni più studiate (Italia, Francia, Germania, Spagna, Inghilterra), ma anche a tradizioni meno note e ciò nonostante non meno interessanti delle prime (Belgio, Svizzera, Austria, paesi dell'Est), con ampi sguardi anche ad esperienze extraeuropee (in primo luogo, agli Stati Uniti d'America). Si coglie con chiarezza l'interesse a verificare sul campo le soluzioni proposte rispetto a problemi nodali o comunque qualificanti (la responsabilità dell'amministrazione; la giustizia «procedurale»; le garanzie rispetto a interventi particolarmente qualificanti sul versante pubblicistico, come le misure di polizia), dando meno spazio invece a profili più paludati, ma in realtà meno significativi (si pensi alla nozione di atto amministrativo, o all'assetto giurisdizionale) che spesso finiscono col rispecchiare soprattutto un confronto svolto sulla base dell'ideologia di un singolo ordinamento. Infatti rispetto alle soluzioni concrete, più ancor che rispetto al confronto sulle tesi dogmatiche o di principio, si misura la realtà del modo di essere dell'amministrazione nei diversi ordinamenti e l'effettività della loro pretesa convergenza.

In questo senso il volume in rassegna costituisce una sorta di «manifesto» ideologico e metodologico per l'intera ricerca avviata da Giacinto della Cananea. È un volume che ha precedenti illustri: oltre alle indagini nel settore privatistico di Schlesinger o in Italia di Gino Gorla, più volte richiamate dall'autore, proprio con riferimento all'esperienza francese emerge l'importanza di alcuni studi «paralleli», come quelli giustamente famosi di Cornu e di Chapus sulla responsabilità dell'amministrazione, che partendo da assunti molto diversi avevano però riscontrato e dimostrato soluzioni in buona parte condivise. Tuttavia in generale un confronto ad ampio raggio sulle «soluzioni» rappresenta un obiettivo almeno in parte inedito per il diritto amministrativo, soprattutto se per «soluzioni» non si intendono solo quelle delle massime giurisprudenziali, ma si intendono quelle riscontrabili più ampiamente in un'esperienza giuridica di cui sono componenti anche la cultura complessiva di un Paese, la prassi, la dottrina. Tutto ciò consente, fra l'altro, di rilevare anche l'importanza di giudizi di valore che – al di là di ogni tradizione e diversità nazionale – rappresentano l'intelaiatura di qualsiasi ragionamento di fondo nel diritto pubblico.

Nello stesso tempo l'autore dimostra di aver piena consapevolezza del fatto che la comparazione non ha come traguardo finale un confronto fra modelli e soluzioni, diretto a individuare profili di omogeneità o di diversi-

tà, ma è anche e soprattutto ricerca delle «ragioni» che determinano questi profili (l'insegnamento di Tocqueville è ricorrente nell'intero volume). In questo senso è pacifica ed assolutamente evidente la prospettiva «culturale» dell'indagine, sottolineata fin dall'inizio da Giacinto della Cananea. Nello stesso tempo, a mio parere, proprio da una ricerca delle «ragioni» l'indagine comparatistica evidenzia anche il suo valore «pratico», come strumento utile per comprendere meglio il diritto nazionale. Infatti aiuta a cogliere criticamente le condizioni specifiche di un modello o di una soluzione e consente di valutarne più responsabilmente la solidità o la debolezza. Da questo punto di vista anche l'alternativa fra una prospettiva «pratica» o una prospettiva di arricchimento della conoscenza, nella comparazione giuridica, finisce col risultare più di facciata, che di sostanza, come d'altra parte emerge proprio dal confronto fra le posizioni differenti di Sacco e di Gorla (cfr. L. Moccia, *Riflessioni su comparazione e diritto: un "dialogo a distanza" con e tra Gino Gorla e Rodolfo Sacco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 4, 1085 ss.). Ma dalla lettura complessiva del volume emerge con chiarezza che anche con questa considerazione l'indagine di Giacinto della Cananea risulti pienamente concorde.

Aldo Travi

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARTA ALBERTINI è dottoressa in Giurisprudenza e lavora per l'area legale e urbanistica presso Confindustria Vicenza

FRANCESCO DALLA BALLA è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

MARIA GIUSTI è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi della Tuscia e post-doctoral visiting fellow alla Scuola di Legge di Sciences Po di Parigi

LAURA MACCARRONE è Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l'Università di Catania.

ALESSANDRA MATTOSCIO è Dottoranda in Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

LEONARDO PARONA è Ricercatore a tempo determinato di Diritto amministrativo (Rtd-b) presso l'Università di Roma Tre

CESARE PINELLI è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Roma "La Sapienza"

ALDO SANDULLI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

FEDERICO SPANICCIATI è Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tre

FRANCESCO TOMASICCHIO è Dottorando in Diritto privato comparato presso l'Università di Roma "La Sapienza"

ALDO TRAVI già Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore

MUNUS
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI
INDICE ANNUALE 2022

Editoriali

- MASSIMILIANO ATELLI, *PNRR, scelte pubbliche e cultura del risultato* n. 1, V-X
- LORENZO SALTARI, *A che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in Italia?* n. 2, V-XIV
- ALDO SANDULLI, *La crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale* n. 3, V-XIII

Saggi

- FRANCESCO DALLA BALLA, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica*

n. 3, pp. 571-608

La riforma delle TLC stimola la condivisione e la razionalizzazione delle torri, con nuovi poteri in capo all'AGCOM. In proposito, la riscossione di COSAP, TOSAP e canone unico patrimoniale è stata minata da gravi incertezze applicative. Rimane alquanto controversa, inoltre, l'applicazione del nuovo comma 831-bis. L'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003 trasforma radicalmente il settore, vietando alle *tower companies* di ricavare profitti con la locazione degli impianti costruiti sul sedime pubblico. Numerosi sono gli interrogativi legati al rinnovo delle concessioni esistenti, anche perché agli operatori è vietato competere per l'acapparramento del suolo pubblico mediante concorrenza sul prezzo.

MARCO DUGATO, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

n. 1, pp. 1-16

Il (PNRR) di risposta alla pandemia non costituisce uno strumento di gestione di finanziamenti europei o un progetto di spesa, ma si presenta piuttosto come un complesso atto di pianificazione strategica ed economica, che non solo individua obiettivi da conseguire, lacune da colmare, carenze da correggere, ma anche delinea un percorso di azione pubblica per costruire un modello di governo dello sviluppo economico e sociale. Lo Stato torna ad essere tale e riconquista il campo ad esso proprio in un ordinamento fondato sulle autonomie territoriali.

La programmazione del PNRR e la pianificazione economica hanno come obiettivo ultimo la lotta alla diseguaglianza, intesa come ostacolo all'omogeneo sviluppo economico del Paese: coesione, inclusione, innovazione e sostenibilità costituiscono dunque il percorso più efficace per la riduzione della diseguaglianza.

In questa cornice, il servizio pubblico locale diviene lo strumento fondamentale per correggere disfunzioni, fragilità e disuguaglianze, con l'effetto che l'azione amministrativa – sulla cui disciplina gli apparati governativi hanno influenza crescente – sarà sempre più considerata in relazione al risultato. Il che probabilmente determinerà anche un diverso approccio da parte della Corte dei conti e del giudice amministrativo nel sindacato dell'operato delle amministrazioni pubbliche.

KLAUDIA KURCANI, *La gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo Stato?*

n. 2, pp. 323-351

Il lavoro, partendo da un inquadramento generale delle infrastrutture autostradali, esamina le forme di gestione della rete autostradale, rilevando che la concessione si afferma come strumento di gestione delle autostrade.

L'amministrazione può così decidere di esternalizzare o internalizzare la gestione della rete autostradale. In caso di esternalizzazione, la gara pubblica si attesta come regola generale, ponendosi però al crocevia tra profili strategici e problemi applicativi. Quanto alla gestione *in house*, questa presenta alcuni nodi problematici che rischiano di relegarla a ipotesi residuale. In questo panorama, un ruolo fondamentale viene svolto dallo Stato, la cui presenza appare ad ogni modo fondamentale per la gestione della rete autostradale.

ALESSANDRA MATTOSCO, *I servizi pubblici on line*

n. 3, pp. 609-635

Le potenzialità offerte dalla *data economy* sono molteplici e si intende osserverne i principali risvolti nell'erogazione dei nuovi servizi *on line*. Questi rappresentano una peculiare modalità operativa, attraverso l'applicazione di tecnologie informatiche, di erogazione del servizio in sé, che si realizza su un'interazione a quattro livelli tra amministrazione e cittadini-utenti. L'analisi delle varie fasi è imprescindibile per comprendere la capacità dei servizi *on line* di tradurre la circolazione di ampi flussi di dati in maggiore efficienza e sostegno all'economia europea, oltre che in una migliore qualità di fruizione per gli utenti. Tre sono le prospettive di indagine. L'adeguamento agli standard europei di digitalizzazione entro il 2030, per favorire anche un'effettiva realizzazione del mercato interno. L'elemento della partecipazione attiva dell'utente per l'ottenimento della prestazione, che ridisegna il rapporto Stato-cittadini. Infine, la pandemia quale spinta acceleratoria per il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, pilastro fondamentale del PNRR. Queste riflessioni sono l'occasione per comprendere la capacità dello Stato di essere il più grande collettore e gestore di dati.

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà di impresa*

n. 2, pp. 353-389

Indagate le principali misure previste dal PNRR e dall'Allegato al Piano in materia di concorrenza, anche alla luce della legge annuale sulla concorrenza 2021 di recente entrata in vigore, l'Autore riflette sulle eventuali ricadute delle disposizioni relative all'*in house providing* sull'assetto ordinamentale attuale, concentrandosi sul dibattito che ha riguardato l'obbligo di motivazione. Nella seconda parte, il ragionamento sul principio di concorrenza si sposta nel contesto delle concessioni di servizi affidate senza gara e la concorrenza viene analizzata nel suo rapporto, per certi versi inedito, con la libertà d'impresa, anche alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 218 del 23 novembre 2021.

SARA VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*

n. 2, pp. 293-322

Collocandosi nell'ambito del più ampio tema inerente alla interpretazione dottrinale della definizione di servizio pubblico, il saggio si propone di conciliare la politicità del regime del servizio pubblico con la libertà di iniziativa economica privata, a partire da una riflessione sul significato della privata e del regime di esclusiva, per tradizione considerati immanenti al servizio pubblico.

Per questa via, il contributo intende quindi dimostrare la possibile coesistenza tra metodi diversi – quello del servizio pubblico e quello dell’attività economica di interesse generale – che presentano logiche proprie ma non necessariamente antagoniste, bensì conciliabili e sinergiche.

Articoli

JACOPO BERCELLI, *Il sistema autostradale tra istanza autonomista, modello in house e regolazione indipendente*

n. 1, pp. 17-40

Il presente contributo si pone l’obiettivo di analizzare come nel settore autostradale l’espressa previsione della società *in house* come modalità di gestione ordinaria possa valorizzare la presenza e il ruolo di società controllate da regioni ed enti locali. Questo processo di graduale ma significativa valorizzazione del ruolo delle autonomie territoriali nella gestione dei servizi autostradali tramite società *in house* può trovare peraltro sostegno anche nel crescente ruolo di regolazione delle concessioni autostradali svolto da Art. Alle regioni e agli enti locali viene così attribuito un ruolo centrale nella gestione diretta dei servizi autostradali e, in questo modo, viene lasciato spazio alle loro esigenze di sviluppo e di competizione economica, conformemente ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione di cui all’art. 118, c. 1 Cost.

GIAN FRANCO CARTEI, *Note critiche a margine di un disegno di legge in materia di rigenerazione urbana*

n. 1, pp. 133-157

La rigenerazione urbana è un’espressione contenuta nel Piano nazionale di ripresa e resilienza e in un disegno di legge in corso di approvazione al Senato. Il tema è molto controverso perché il diritto urbanistico in Italia soffre molto dell’assenza di una disciplina aggiornata a livello nazionale. Il disegno di legge ha molti contenuti e i più importanti sono oggetto di analisi e critica. La parte finale del saggio si concentra sul futuro della legge urbanistica e sui suoi cambiamenti alla luce della rigenerazione urbana.

GIULIA CUSENZA, *I modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali. Il caso dell’amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia*

n. 2, pp. 391-423

La presente analisi approfondisce il fenomeno della gestione diretta del rischio assicurativo da parte delle amministrazioni sanitarie, vagliandone benefici e potenziali criticità. Nel corso dell’articolo si procede con un esame detta-

gliato del modello organizzativo di “gestione centralizzata della copertura della responsabilità RCT/RCO” adottato dell’amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia. L’indagine ha il precipuo l’obiettivo di analizzare le caratteristiche distintive della gestione diretta del rischio e valutare l’entità dei risultati in concreto conseguiti. L’obiettivo finale è quello di comprendere se il modello di gestione diretta, laddove adeguatamente ideato ed attuato, in particolare attraverso il sostegno delle nuove tecnologie ed una corretta raccolta, elaborazione e gestione dei flussi di dati, possa tradursi in uno strumento concretamente capace di accrescere l’efficienza dell’azione dell’amministrazione sanitaria.

VALENTINA GIOMI, *Dimensione unitaria dell’interesse finanziario europeo e frammentazione delle tutele. Gli (auspicabili) spazi del giudice contabile nel rafforzamento della protezione di un bene giuridico comune*

n. 2, pp. 425-474

Il lavoro indaga il tema del finanziamento nazionale mediante i fondi europei a gestione diretta, soffermandosi sull’analisi del meccanismo di tutela previsto per la protezione dei medesimi. In particolare è messa in luce la problematica questione della frammentazione delle tutele e dello scarso rilievo attribuito agli strumenti nazionali di giustizia contabile nell’operazione di protezione dell’interesse finanziario europeo. Si sostiene che l’acquisito rilievo giuridico dell’interesse finanziario europeo comporti la predisposizione di un sistema di tutele complesso e articolato anche su base nazionale. In particolare, si ritiene che debba essere rivalutata la competenza giurisdizionale della Corte dei conti nazionale, perché si reputa che questo speciale giudice delle finanze pubbliche sia il soggetto più adeguato a fornire una idonea e specifica protezione ad un bene giuridico comune, in quanto appositamente costruito per proteggere gli interessi finanziari pubblici. L’auspicio è che possa presto riconoscersi una estensione della giurisdizione contabile su tale ambito, così da assicurare anche per i fondi pubblici a gestione afferenti al bilancio comune UE una garanzia completa, attraverso un sistema processuale specifico, rinnovato e flessibile.

MARIA GIUSTI, *La Corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d’autore delle piattaforme di condivisione di contenuti online*

n. 3, pp. 637-666

Il contributo esamina l’art. 17 della Direttiva c.d. copyright, che introduce una limitazione al diritto alla libertà di espressione e di informazione online per salvaguardare gli interessi dei titolari dei diritti d’autore danneggiati dalla “libertà” del web. L’autore analizza le novità introdotte dall’art. 17, l’azione di annullamento che la Polonia ha presentato contro le nuove previsioni e la successiva sentenza della Corte di giustizia, dopo la quale diverse questioni continuano

ad apparire problematiche. Infine, l'autore analizza i temi di maggior interesse intercettati dalla sentenza. Includono il bilanciamento fra diritti fondamentali confliggenti, la responsabilizzazione delle piattaforme digitali e l'uso degli algoritmi, e aprono molteplici domande di natura sia pratica che teorica sui rapporti tra autorità pubbliche, operatori digitali e consumatori europei.

LUCA GOLISANO, *Il PNRR e lo Sviluppo sostenibile nel governo del territorio*

n. 1, pp. 159-204

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, facendo seguito alle politiche degli ultimi decenni, individua nell'edilizia il principale volano per la ripresa dell'economia nazionale. Ad ogni modo, tenuto conto che il Piano dovrebbe altresì promuovere la transizione ecologica del paese, è necessario verificare se le misure di semplificazione e le riforme ivi previste siano coerenti con la dichiarata volontà di perseguire il principio dello sviluppo sostenibile. A tal fine, questo contributo si soffermerà, dapprima, sulle possibili accezioni della sostenibilità nella materia del governo del territorio e sugli strumenti oggi a disposizione per garantire un equo uso del territorio. In seguito, saranno analizzate le misure previste nel Piano, ivi compresi il Superbonus, le misure di reingegnerizzazione dei procedimenti edilizi e l'impegno del Governo per l'adozione di una nuova legge urbanistica.

LAURA MACCARONE, *Enti territoriali e PNRR*

n. 3, pp. 667-693

Le emergenze degli ultimi decenni hanno compromesso la piena attuazione del disegno autonomistico voluto dalla riforma del titolo V della Costituzione. Le esigenze unitarie hanno agito in direzione centripeta, con un accentramento dei momenti decisionali ed una disciplina delle funzioni amministrative conferite caratterizzata da vincoli e poteri sostitutivi. La legislazione di attuazione del PNRR, in relazione al coinvolgimento degli enti territoriali, e nell'intento di non disattendere la "tabella di marcia", prevede un ampio potere di sostituzione statale, di dubbia legittimità costituzionale, volto a scongiurare il rischio che le inadempienze delle amministrazioni locali possano compromettere il raggiungimento degli obiettivi, intermedi e finali, previsti dal Piano. L'inadeguatezza degli enti territoriali, particolarmente in alcune realtà del Paese, sta mettendo in luce la centralità della riforma della pubblica amministrazione quale presupposto per un effettivo esercizio dell'autonomia. L'intervento sostitutivo, infatti, oltre a non garantire soluzioni efficienti, può legittimarsi in via eccezionale, non potendo costituire, in un sistema autonomistico, un normale rimedio alla inadeguatezza delle amministrazioni locali.

FEDERICA MARCONI, *Golden power e geopolitica della protezione: primi orientamenti giurisprudenziali e futuri scenari*

n. 2, pp. 537-570

Il presente contributo intende soffermarsi sul tema del ciclico ritorno dell'intervento pubblico nell'economia, tanto più in tempi di crisi, assumendo quale punto privilegiato di osservazione la disciplina del *golden power*, ossia dei poteri speciali che lo Stato può esercitare a tutela di *assets* strategici contro acquisizioni predatorie. Prendendo le mosse da due recenti sentenze del TAR Lazio sul tema, cerca di ricostruirne i principi fondanti alla luce del complesso delle decisioni del giudice amministrativo – più volte chiamato a sindacare sulle scelte compiute dal governo – con particolare attenzione alle criticità connesse ai profili procedurali e alla natura delle decisioni assunte. A valle di ciò, l'attenzione si concentra su potenziali e futuri sviluppi, a partire dalle misure nazionali ed europee adottate a fronte del perdurare del conflitto russo-ucraino.

ALESSIO MARTINI, *Sulla rilevanza giuridica delle attività funebri tra vecchie esigenze e nuove prospettive*

n. 2, pp. 475-508

Il presente contributo intende sistematizzare le attività funebri all'interno dell'ordinamento italiano facendone emergere i principali tratti giuridicamente rilevanti e verificando se essi siano tali da sussumere le attività oggetto dell'indagine nell'alveo nella categoria dei servizi pubblici e dei servizi pubblici locali. A tal fine, l'analisi condotta tiene conto delle principali impostazioni dottrinali in materia nonché delle tendenze normative registrate nel settore funerario, sia in una prospettiva *de iure condito* che *de iure condendo*.

PAOLO MICHARA, *Religione, urbanistica e terzo settore. Destinazioni d'uso in deroga, attività consentite e rigenerazione urbana nell'ermeneutica dell'art. 71, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (codice del terzo settore)*

n. 1, pp. 215-253

È facile, nella realtà, imbattersi in capannoni industriali dismessi riadattati da parte di comunità di stranieri organizzati in associazioni di promozione sociale. Ciò al fine di svolgere attività di vario genere: assistenza e integrazione sociale, ricreazione, conferenze e dibattiti, scuole di lingua, preghiera collettiva.

Si tratta di iniziative di riuso (*recycle*) che, sotto il profilo giuridico normativo, possono interessare svariate discipline giuridiche. Fra le tante: diritto del terzo settore, urbanistica, diritto costituzionale.

Quando le iniziative sono effettuate da comunità islamiche, e le sedi vengono utilizzate anche per la preghiera, accade altresì che, in base alla ben nota

sindrome *nimby*, il tutto sfoci in problematici contenziosi nei quali entrano in conflitto le discipline sopra citate.

Lo scritto analizza quindi i fenomeni in questione cercando di restringere il campo agli aspetti più propriamente di diritto amministrativo. Il tutto, in particolare, viene letto e interpretato attraverso il prisma dell'art 71 del Codice del terzo settore (D.Lgs. 117/2017) e delle deroghe (per esempio alla disciplina sulle destinazioni d'uso) ivi previste. È altresì commentato criticamente un complesso Parere ministeriale che affronta la tematica in questione.

Lo scritto evidenzia quindi come sussistano nessi e correlazioni significative, per quanto riguarda le iniziative - in ambito urbano ed edilizio - degli enti del terzo settore di tendenza, tra rigenerazione, urbanistica, religione.

FRANCESCO MIDIRI, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente*
n. 2, pp. 509-535

Lo studio analizza le indicazioni della più recente giurisprudenza amministrativa, in gran parte condizionata dall'emergenza COVID, e considera come esse abbiano progressivamente delineato una figura del diritto all'istruzione innovativa e multiforme, legata più alle modalità di attuazione dei principi del servizio scolastico pubblico che ai contenuti didattici da trasmettere e, comunque, strumentale alla più piena realizzazione delle finalità costituzionali dell'istruzione.

GIOVANNI MULAZZANI, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*

n. 1, pp. 41-87

Nel processo di riforme amministrative la Cassa depositi e prestiti S.p.a. (CDP) è venuta ad assumere un ruolo paradigmatico delle diverse fasi della storia economica del nostro Paese, descrittivo del perimetro mobile e sempre più sfumato del rapporto tra lo Stato ed il mercato, sempre meno dicotomico e sempre più integrato. La CDP, società a controllo pubblico necessario con plurimi profili di specialità sotto il profilo giuridico, inquadrata quale "market unit" posta al di fuori del perimetro del bilancio pubblico statale da cassa semi-pubblica custode del risparmio postale ed erogatrice dei mutui per gli enti locali, negli ultimi decenni è divenuta una vera e propria *holding* di partecipazioni pubbliche, nonché uno strumento efficace di politica economica e industriale. La CDP, riveste, peraltro, la qualifica di Istituto (o Banca) nazionale di promozione (INP) ed in virtù di tale qualifica è formalmente sottratta alla generale disciplina in materia bancaria, in quanto inquadrato quale ente creditizio non bancario, sottoposto alla disciplina concernente gli intermediari finanziari. La CDP ha così sviluppato una vocazione poliedrica di soggetto non soltanto finanziatore e garante

bensì anche di azionista e di investitore istituzionale, ampliando notevolmente il proprio ambito operativo agendo, talvolta, anche ai limiti del proprio perimetro statutario. Quest'ultimo profilo ha evidenziato alcune possibili criticità in ordine al profilo, al contempo nitido e ibrido, della Cassa che, da un lato opera secondo le regole di mercato e dall'altro persegue finalità d'interesse pubblico. Da più parti si è segnalata l'opportunità per la Cassa di valutare se continuare a mantenere un profilo operativo così composito e generalista, oppure specializzarsi e scegliere quale profilo operativo sviluppare maggiormente, come nei fatti sta già avvenendo con un cambio di registro evidente che ha determinato l'assunzione di un profilo, nell'ultimo periodo, sempre più coerente con la sua *mission* istituzionale.

LEONARDO PARONA, MARTA ALBERTINI, *Revisione prezzi e compensazioni: questioni a margine dei recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici*

n. 3, pp. 695-720

Il contributo analizza gli interventi normativi introdotti nell'ultimo biennio per fronteggiare alcune delle criticità che hanno investito la contrattazione pubblica. Tali interventi interessano profili differenti della disciplina della fase di esecuzione dei contratti pubblici: derogando temporaneamente ad alcune norme del vigente codice; introducendo meccanismi compensativi; modificando in più punti l'istituto della revisione dei prezzi. Il quadro normativo che ne risulta si contraddistingue per un complessivo rafforzamento dei caratteri di specialità del regime della fase di esecuzione, imponendo alcune sfide in punto di raccordo con la disciplina ordinaria (anche in vista dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici).

LUIGI PREVITI, *Smart city, mobilità, energia: nuove prospettive di sviluppo urbano al tempo della transizione*

n. 1, pp. 89-132

Le sfide della transizione digitale ed ecologica richiedono risposte e strategie che coinvolgano tutti i livelli di governo. Il lavoro si propone di analizzare come i processi e le misure legate al paradigma della *smart city* possano contribuire al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile e digitalizzazione che attualmente interessano l'area urbana. In particolare, dopo aver richiamato il quadro normativo multilivello in tema di *smart city*, l'indagine evidenzia i benefici e i rischi derivanti dalla concreta attuazione del suddetto modello nei settori della mobilità e dell'energia, ricordando anche alcune importanti iniziative recentemente intraprese nel nostro ordinamento.

FRANCESCO TOMASICCHIO, *L'avvento delle comunità energetiche. Quale prospettiva per l'Italia e l'Europa?*

n. 3, pp. 721-772

In questo lavoro si cerca di evidenziare l'importanza dell'approvazione, da parte dell'Unione Europea, di alcune misure in materia di sostenibilità, in particolare l'istituzione di apposite comunità energetiche. La ragione principale di questo intervento risiede nel tentativo di incentivare il più possibile il consumo e la produzione di energia da fonti rinnovabili, al fine di raggiungere gli obiettivi che il legislatore europeo si è posto: la riduzione delle emissioni di gas serra e, in ultima analisi, la neutralità climatica entro il 2050. Risulta fondamentale indagare sulla natura giuridica di questi nuovi attori, sul ruolo del potere pubblico e dello Stato nella promozione dell'energia sostenibile e, al contempo, sulla persistente influenza dei canoni della concorrenza e del libero mercato, capisaldi della politica energetica europea.

DARIO ZANELLI, *Scenari evolutivi di un possibile "mercato unico" dei diritti edificatori tra diversi comuni*

n. 1, pp. 255-282

Il presente contributo è il frutto di una ricerca approfondita su un tema di notevole interesse per gli interpreti, ossia quello dei "diritti edificatori", con un taglio per certi aspetti interdisciplinare, che coinvolge altresì profili relativi alla natura giuridica degli stessi, ancora oggetto di dibattiti in dottrina e giurisprudenza. Si tratta, in particolare, di una riflessione sulla possibilità di immaginare una sorta di "mercato" dei diritti edificatori che sia funzionale al governo del territorio nell'ambito dell'esperienza perequativa, anche in un'ottica di rigenerazione urbana e limitazione del consumo di suolo.

Opinioni

CESARE PINELLI, *Pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia nelle scuole*

n. 3, pp. 773-783

In una serie di casi, la privatizzazione dei servizi pubblici è stata seguita da una "ripubblicizzazione" del servizio stesso. Lo scritto si propone di esaminare il caso dei servizi di pulizia nelle scuole, e delle implicazioni che ne derivano in termini di efficienza del servizio reso per i cittadini.

GIULIANO TAGLIANETTI, *Il pagamento diretto della stazione appaltante al subappaltatore: obbligo o facoltà?*

n. 1, pp. 283-291

L'obiettivo della presente indagine è verificare se nel settore dei contratti pubblici il credito dei subappaltatori possa essere azionato direttamente nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici per conseguire quanto è loro dovuto in conseguenza delle prestazioni eseguite.

In altre parole, si intende comprendere se in base all'attuale normativa, contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, sia prospettabile la proponibilità di un'azione diretta del subappaltatore nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Commenti

FEDERICO SPANICCIATI, *Il "differenziale" sportivo: una categoria speciale di beni? (Nota a sentenza TAR Calabria, sez. I, sent. n. 1312/2022)*

n. 3, pp. 785-799

L'analisi della sentenza del TAR Calabria, sez. I, n. 1312/2022, consente di approfondire la natura speciale degli immobili adibiti ad impianto sportivo. Specialità che ne connota sia la qualificazione immobiliare, tendente all'ordinario ove di proprietà privata e sottoposta ad ampi vincoli pubblicistici ove di proprietà di una amministrazione, sia l'eventuale affidamento di costruzione o manutenzione da parte di un ente pubblico, specialità che però non si trasmette alle procedure di mero affidamento. La sentenza, dunque, consente di chiarire il regime giuridico atipico e frammentario a cui è sottoposto un impianto sportivo.

Recensioni

ALDO TRAVI, *Giacinto della Cananea, "Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione"*

n. 3, pp. 801-806

RAPPORTO ANNATA 2022

Contributi ricevuti e percentuale di quelli pubblicati e di quelli scartati. Elenco dei referees.

Tutti i contributi proposti nel 2022 per la pubblicazione nella *Rivista* sono stati sottoposti ad una prima valutazione da parte della Direzione e del Comitato direttivo. A seguire, gli articoli approvati sono stati sottoposti a referaggio anonimo. Solo gli editoriali e alcuni commenti sono stati pubblicati all'esito della sola valutazione positiva da parte della Direzione e del Comitato direttivo.

Nella tabella che segue sono riportati i dati relativi ai contributi ricevuti nel 2022 e delle valutazioni riguardanti i numeri pubblicati nell'annata.

Contributi ricevuti nel 2022	28
Contributi respinti dalla direzione della rivista	3
Editoriali e commenti non referati	5
Contributi referati	23
Contributi respinti all'esito del referaggio	1
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio senza modifiche	7
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio con integrazioni e modifiche	15

Munus ringrazia i referees che nel 2022 hanno collaborato con la rivista

Giulia Avanzini, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Pavia

Andrea Averardi, associato di Diritto amministrativo Scuola IMT Altì Studi di Lucca

Antonio Bartolini, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Perugia

Auretta Benedetti, associato di Diritto amministrativo dell'Università Bicocca di Milano

Vinicio Brigante, ricercatore di Diritto amministrativo dell'Università Federico II di Napoli

Elena Buoso, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Padova

Gherardo Carullo, associato di Diritto amministrativo dell'Università La Statale di Milano

Edoardo Caruso, ricercatore di Diritto amministrativo dell'Università di Ferrara

Edoardo Chiti, ordinario di Diritto amministrativo Scuola Superiore Sant'Anna di
Pisa

Monica Cocconi, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Parma

Fulvio Costantino, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Macerata

Andrea Crismani, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Trieste

Marina D'Orsogna, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Teramo

Monica Delsignore, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università Bicocca di
Milano

Chiara Feliziani, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Macerata

Francesco Gaspari, associato di Diritto amministrativo dell'Università Marconi di
Roma

Annalaura Giannelli, associato di Diritto amministrativo dell'Università Magna
Graecia di Catanzaro

Annalisa Giusti, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Perugia

Fabio Guella, associato di Diritto costituzionale dell'Università di Trento

Angelo Lalli, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università La Sapienza di
Roma

Barbara Marchetti, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Trento

Barbara Neri, dottore di ricerca in Diritto amministrativo

Angelo G. Orofino, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università LUM
Giuseppe Degennaro

Micaela Passalacqua, ordinario di Diritto dell'economia dell'Università di Pisa

Silvia Pellizzari, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Trento

Simone Penasa, associato di Diritto pubblico comparato dell'Università di Trento

Giovanna Pizzanelli, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Pisa

Giacomo Santi, ricercatore di Diritto amministrativo dell'Università di Bologna

Elisa Scotti, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Macerata

Claudia Tubertini, associato di Diritto amministrativo dell'Università di Bologna

Stefano Villamena, ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Macerata

Finito di stampare nel mese di aprile 2023
dalla *Grafica elettronica* – Napoli