

Editoriale

ALDO SANDULLI, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*.....v

Saggi

LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

ANGELO LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*..... 243

GABRIELE TORELLI, *Regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali* 281

SIMONE TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali* 303

Articoli

ENRICO CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. Riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione* 319

FIRENZO LIGUORI, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti* 349

FRANCESCO LIGUORI, *Efficacia diretta e primato europeo: condizioni, effetti e limiti di operatività nel settore delle concessioni demaniali marittime*..... 387

CAMILLA RAMOTTI, *Il ruolo dell'OMS nella governance della salute alla prova delle emergenze sanitarie: un'occasione persa?* 417

FEDERICO VALENTINI, *La sanità digitale tra regolazione, organizzazione amministrativa e azione terapeutica* 449

ELISA VALERIANI, *La risposta digitale al conflitto tra tutela e valorizzazione del patrimonio culturale: il caso dei non fungible tokens*..... 487

DARIO ZANELLI, *La cittadinanza digitale tra diritti e doveri. Quale spazio nell'ordinamento per il servizio pubblico digitale?* 523

Opinioni

CHIARA DI PIETRO, *La casa come primo luogo di cura: Next step – la decentralizzazione degli studi clinici* 569

Recensioni

BRUNO CAROTTI, *Recensione a D. GALLO, Public Services and EU Competition Law. The social market economy in action*, Abingdon, Routledge, 2022 569

NOTIZIE SUGLI AUTORI 597

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 2/2023
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/2_2023

Editorial

ALDO SANDULLI, *The new coordinates of public intervention in the economy* v

Essays

THE NEW LEGISLATION ON LOCAL PUBLIC SERVICES

ANGELO LALLI, *In house providing: a still controversial institution in the national sphere*..... 243
GABRIELE TORELLI, *User protection rules for local public services* 281
SIMONE TORRICELLI, *The contract for the provision of services in the new legislation on local public services*..... 303

Articles

ENRICO CARLONI, *Changes in perspective. Whistleblowing reform and anti-corruption transformations*..... 319
FIORENZO LIGUORI, *From indisputable technical discretion to substitutable technical assessments. Study on judicial review of the acts of independent authorities*..... 349
FRANCESCO LIGUORI, *Direct effect and primacy of EU Law: conditions, effects and limits of operation in the sector of state maritime concessions*..... 387
CAMILLA RAMOTTI, *WHO'S role in health governance under the test of health emergencies: a missed opportunity?* 417
FEDERICO VALENTINI, *Digital health between regulation, administrative organisation and therapeutic action* 449

ELISA VALERIANI, *The digital response to the conflict between protection and enhancement of cultural heritage: the case of non-fungible tokens* 487

DARIO ZANELLI, *Digital citizenship between rights and duties. What space in the legal system for digital public service?* 523

Opinions

CHIARA DI PIETRO, *The home as the first place of care: Next step - the decentralization of clinical trials* 569

Reviews

BRUNO CAROTTI, *Review of D. Gallo, Public Services and EU Competition Law. The social market economy in action, Abingdon, Routledge, 2022.* 589

LIST OF CONTRIBUTORS 597

EDITORIALE

ALDO SANDULLI

LE NUOVE COORDINATE DELL'INTERVENTO PUBBLICO IN ECONOMIA*

1. L'intervento incisivo dello Stato in economia è generalmente collegato a periodi di significativa trasformazione, spesso accompagnati da gravi crisi. L'epoca storica contemporanea non fa eccezione.

Stiamo attraversando una stagione di radicale cambiamento strutturale (di *Strukturwandel*, come è stata definita in un recente volume di Armin von Bogdandy) sul piano dell'innovazione tecnologica, del mutamento geopolitico, dello sviluppo sostenibile e del cambiamento climatico, dell'accentuato squilibrio demografico. È un quindicennio di *polycrisis*, come è stato definito da Adam Tooze al *World Economic Forum* e poi ribadito nel *Global Risk Report* del 2023, e cioè di diverse crisi e gravi emergenze, che si susseguono senza soluzione di continuità. Questi grandi rivolgimenti hanno enormemente accentuato i margini di rischio e di incertezza, per cui l'operatore economico oggi ha molta più difficoltà di qualche anno fa a prevedere se un evento futuro si verificherà e, anzi, spesso è nelle condizioni di non poter calcolare il verificarsi di tale evento.

Il permanente stato di emergenza e il significativo accrescimento dei rischi e dell'incertezza ha prodotto necessariamente una nuova stagione dell'intervento pubblico in economia, per cui, alla lunga stagione, circa un ventennio, della regolazione economica volta a livellare il campo di gioco, si è affiancata una nuova stagione di intervento pubblico economico-finanziario. Si tratta, però, di un intervento in economia realizzato con coordinate diverse rispetto a quelle che hanno connotato le precedenti stagioni pubbli-

* 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).

Si tratta della versione rielaborata della relazione al VI Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica, su “Le politiche pubbliche per gli investimenti tra rischio e incertezza”, Aula Baratto, Ca' Foscari, Dorsoduro 3246, Venezia.

cistiche, anche perché esse sono dettate per lo più dalla stringente influenza del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali (per cui in questo scritto si guarda alla governance economica dal prisma del diritto UE).

Il mutamento di ruolo dello Stato in economia, infatti, ha conosciuto, volendo semplificare, due fasi principali. La prima si è accentuata a seguito della crisi economico-finanziaria globale, tra la fine del primo decennio e l'avvio del secondo decennio del nuovo secolo. La seconda si è avuta con la crisi pandemica, che possiamo definire come la cesura epocale, lo spartiacque che verrà ricordato per aver segnato l'avvio di una nuova età (allo stesso modo in cui, nel Novecento, sono ricordati l'attentato all'arciduca Francesco Ferdinando, la caduta di Wall Street, le due guerre mondiali e le riforme economico-finanziarie reaganiane e thatcheriane degli anni Ottanta e, nel nuovo secolo, il crollo delle Twin Towers).

2. La prima fase è stata caratterizzata da un processo di graduale accentuazione delle forme di regolazione pubblica del mercato. Ci si è resi conto della necessità di un intervento dello Stato (promotore, investitore, finanziatore, salvatore, doganiere, per sintetizzare le formule utilizzate a indicare le politiche pubbliche di rilancio degli investimenti e dei sistemi produttivi privati), soprattutto nei settori dell'innovazione tecnologica e della dotazione di infrastrutture. È già in questo periodo che si è nuovamente sentito il bisogno di un ritorno delle locuzioni "politica industriale" e "programmazione economica", delle quali si era quasi persa traccia nel ventennio neoliberista.

Nell'ordinamento europeo, il principale freno all'espansione dell'intervento pubblico in economia è stato determinato dalle rigide regole di austerità contenute nel Patto di stabilità e negli interventi economico-finanziari che hanno valorizzato il metodo intergovernativo (Fiscal Compact, Six Packs, MES, ecc.), intervenuti a seguito del crollo di Lehman Brothers, poco più di quindici anni fa (il 15 settembre 2008).

Quest'ultimo quindicennio, che segna il ritorno della programmazione economica e industriale e dell'intervento pubblico in economia, è stato raccontato in più libri di giuristi (tra gli altri, Giuliano Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022), di sociologi (ad esempio, Paolo Gerbaudo, *Controllare e proteggere*, Roma, Nottetempo, 2022), di economisti (tra gli altri, Andrea Boitani, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Roma, Laterza, 2021).

Ma il volume che probabilmente descrive in modo più significativo il percorso di quest'ultimo quindicennio è *The Man Inside. A European Journey Through Two Crises* (Milano, BUP, 2021), di Marco Buti, la cui recente edi-

le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia

zione italiana, intitolata *Jean Monnet aveva ragione? Costruire l'Europa in tempo di crisi* (Milano, BUP, 2022), contiene alcuni aggiornamenti anche alla crisi ucraina. Egli, che attualmente insegna all'Istituto Universitario Europeo, ha vissuto le crisi degli ultimi tre lustri da un angolo visuale particolare, perché è stato Direttore Generale per gli Affari Economici e Finanziari della Commissione Europea e poi Capo di Gabinetto del Commissario europeo per gli Affari Economici, Paolo Gentiloni.

Buti segnala, ad esempio, che alcune tendenze e politiche proseguono per inerzia a essere perseguite, talvolta per lungo tempo, anche dopo averne dimostrato nei fatti l'inefficacia. Questo rilievo pare attagliarsi alla definizione delle nuove regole del Patto di stabilità e crescita, le quali, sulla base delle proposte della Commissione UE, oltre a continuare a contenere dati numerici fissi (per cui i paesi con deficit superiore al 3 per cento del PIL e con debito superiore al 60%, dovranno aggiustare il bilancio dello 0,5 per cento ogni anno), non contemplanò una efficace *golden rule*, di stampo keynesiano, mirante all'esclusione dal computo del deficit degli investimenti strategici. In tal senso, le istituzioni europee e gli Stati membri non stanno facendo tesoro degli errori commessi nel passato.

Si rischierebbe infatti di far perdere smalto agli strumenti di reazione alle crisi dell'ultimo triennio e, in particolare, alle politiche europee e nazionali volte a programmare politiche di investimenti pubblici per la ripresa economica, in particolare per la realizzazione di infrastrutture digitali e fisiche.

3. La seconda età dell'intervento dello Stato in economia è contrassegnata dalla forte reazione delle istituzioni europee alla crisi pandemica, in particolare attraverso il NGEU. Tale età si è sviluppata, come detto, con caratteri del tutto peculiari non soltanto rispetto a quelle degli anni Trenta e Cinquanta del Novecento, ma anche ai modi del secondo decennio degli anni Duemila e, quindi, di appena qualche anno fa.

Ci si intende fermare, in particolare, su quattro nodi principali.

Il punto logico di partenza non può che essere il NGEU, il quale ha inaugurato un nuovo metodo nell'intervento pubblico per investimenti e ha reintrodotta, per strade diverse rispetto al passato, alla programmazione e pianificazione economica.

Il secondo nodo, su cui ci si limita a brevi accenni, è quello della crescente finanziarizzazione delle modalità di attuazione delle politiche pubbliche, per cui le esigenze finanziarie hanno assunto un ruolo finalistico, fortemente condizionante per le politiche per gli investimenti, che si affianca alla tradizionale funzionalizzazione degli interessi pubblici e privati.

Il terzo nodo è quello del necessario passaggio dall'emergenza permanente all'esigenza di introiettare le emergenze per il tramite di idonee forme di monitoraggio e di anticipazione.

Il quarto nodo è quello della rilevanza crescente che sta acquisendo, nelle politiche pubbliche per gli investimenti, il concetto di sicurezza economica: locuzione che, sino a poco tempo fa, sarebbe stata considerata un ossimoro, rappresentando una crasi tra due concetti che dovrebbero essere distanti tra loro.

Queste coordinate consentono di delineare più chiaramente la nuova governance economico-finanziaria.

4. Il punto più studiato è certamente quello del cambio di paradigma determinato dal NGEU: misura, però, temporanea e legata al superamento dell'emergenza.

Ma se si allunga lo sguardo verso l'orizzonte, si può forse già andare anche oltre il NGEU. Innanzitutto, il REPowerEU ha riprodotto, seppur con entità molto inferiori, il meccanismo del NGEU, per cui si è quantomeno avviata una serialità di tali strumenti finanziari connotati da condizionalità.

Il tema centrale che si sta profilando va però nella direzione della *fiscal capacity* dell'Unione Europea, che si collega al tema della fornitura di Beni Pubblici Europei. Il citato libro di Marco Buti si sofferma, nella parte finale, su questi temi. Si tratterebbe di ampliare il budget euro-unitario, dotandolo a tempo indeterminato di entrate proprie, di tributi propri, assicurando quindi strutturale idonea capacità fiscale centrale all'Unione. Ciò allo scopo di concentrarsi su tre funzioni: la stabilizzazione ciclica, il sostegno all'attuazione delle riforme strutturali e degli investimenti nazionali, la fornitura di BPE ossia di Beni pubblici Europei, perché ci sono infrastrutture (soprattutto quelle dell'innovazione scientifica e tecnologica) che possono essere realizzate soltanto a livello continentale, attraverso la collaborazione degli Stati europei.

Quanto a questi ultimi, sostiene ancora Buti, l'ideale sarebbe, proprio grazie a un'adeguata *fiscal capacity*, garantire la fornitura di Beni pubblici Europei puri, ossia di beni pubblici forniti in via diretta dall'Unione Europea, anziché di BPE decentralizzati, finanziati e controllati dalle istituzioni europee e realizzati e attuati dagli Stati nazionali. Nell'emergenza pandemica si è realizzata un'ipotesi di BPE puro, attraverso l'acquisto e la fornitura dei vaccini a livello centrale, ma si pensi alle infrastrutture nell'area della *cybersecurity*, ad esempio attraverso forme di difesa satellitare. Al contrario, il NGEU costituisce un esempio di BPE decentralizzato. Quest'ultimo è un meccanismo più utile alla politica nazionale, la quale deve fornire dimostra-

le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia

zione agli elettori nazionali, al popolo, di aver conseguito risultati in termini di finanziamenti ricevuti e di investimenti da realizzare. Ma, in tal modo, si finiscono anche in parte per disperdere gli effetti previsti dalla programmazione centralizzata.

Certamente il tema della *fiscal capacity* dell'Unione resta uno tra i temi di maggiore interesse per gli anni a venire, che impatta fortemente sulle politiche di bilancio.

5. Il tema della capacità fiscale si incrocia, poi, con quello, limitrofo, della finanziarizzazione delle politiche pubbliche, nel senso che l'individuazione delle stesse è sempre più condizionato dal rilievo finalistico che hanno assunto i temi finanziari e soprattutto quelli della finanza pubblica.

Lo si può ricavare plasticamente dalle modifiche costituzionali introdotte alcuni anni fa nella nostra Costituzione agli artt. 81 e 97 Cost., ma è ancora più emblematicamente rappresentato dalla modifica del 2009 della *Grundgesetz*, in particolare con l'inserimento, all'art. 109, terzo comma, della *Schuldenbremse*, ossia la regola del freno all'indebitamento, per cui si rispetta il pareggio di bilancio soltanto «se le entrate da prestiti non superano la soglia dello 0,35 per cento del prodotto interno lordo nominale». E, quindi, un margine di flessibilità estremamente ridotto: ciò fa comprendere come le regole prodotte da altre scienze sociali, se “giuridificate” in modo rigido, rischiano di produrre gravi disfunzioni.

Il tema della finanziarizzazione crescente può essere apprezzato anche dal versante della protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea, che oramai ha assunto carattere pervasivo ed esondante.

Ci si può limitare qui a segnalare la cd. Direttiva PIF, la dir. n. 2017/1371, la quale registra, nel considerando 1, che «La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea riguarda non soltanto la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o che minacci di incidere negativamente sul suo patrimonio e su quello degli Stati membri, nella misura in cui è di interesse per le politiche dell'Unione».

Ma si veda anche la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione sul caso *Lin* (sentenza 24 luglio 2023, C-107/23), per la quale, a talune condizioni, la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea finisce per prevalere sugli standard nazionali di garanzia dei diritti fondamentali. Si sta qui semplificando molto (perché la pronuncia è più complessa), in assenza dello spazio necessario per dettagliare oltre.

6. Conviene indugiare ancora sul NGEU, per la nuova governance economica e il particolare metodo che il piano UE ha introdotto anche nel

nostro ordinamento. Un bel saggio di Nicola Lupo ha ricostruito molto bene i nuovi meccanismi di intervento pubblico in economia e, in particolare, il funzionamento del metodo che, passando soprattutto dalla direttrice Commissione dell'Unione Europea – Presidenza del Consiglio dei ministri, mostra anche che, alla base della nuova stagione di intervento pubblico in economia, il ruolo dello Stato nazionale, se non marginale, sia quantomeno da coprotagonista, perché fondamentale diviene proprio il ruolo delle istituzioni europee, del Consiglio in fase decisionale, ma soprattutto della Commissione in fase di definizione, attuazione e controllo degli obiettivi da perseguire.

Si conoscono ormai i caratteri principali del netto cambio di paradigma rispetto alla precedente governance economica europea, determinatosi con il NGEU: l'Unione ha emesso, per la prima volta, debito comune; ha adottato un piano di finanziamento che prevede non soltanto prestiti, ma anche aiuti a fondo perduto; ha abbracciato il metodo comunitario rispetto a quello intergovernativo; soprattutto, i finanziamenti sono collegati a un meccanismo di condizionalità, correlato al perseguimento di obiettivi strategici molto ampi e a due progetti cardine di trasformazione economica: la trasformazione ecologica e quella digitale.

Dunque, le istituzioni europee e, in particolare, la Commissione finiscono per indirizzare e pianificare *ex ante* lo sviluppo economico nazionale, perché i piani nazionali devono essere approvati dalla Commissione e poi dal Consiglio, e poi per controllare *ex post* il raggiungimento dei vari *targets* e *milestones* fissati nei piani nazionali e dal cui raggiungimento dipende la concreta erogazione delle tranches di finanziamento. Come è noto, questo significa che se non vengono raggiunti gli obiettivi con i modi ed entro i tempi fissati, lo Stato membro non riceve la correlata *tranche* di finanziamento.

Anche per l'Italia, l'intero meccanismo si ripercuote sulle modalità di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), per cui i diversi progetti che compongono il Piano devono essere attuati nei modi e nei tempi concordati con la Commissione europea, la quale poi verifica la corretta esecuzione delle attività programmate.

Ciò implica, da un lato, una potente capacità pianificatoria, una *vision* di tipo predittivo, che sia capace di ideare progetti e investimenti che siano sfidanti di lì a qualche anno.

Dall'altro, però, vi è un impatto consistente anche in ordine ai modi di esecuzione, perché, per le pubbliche amministrazioni, non si tratta semplicemente di concretizzare gli investimenti previsti dal Piano attraverso gare e procedure standard, ma di programmare e realizzare con meticolosa precisione, con tecniche di *project management*, soprattutto nel rispetto delle tem-

le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia

pistiche, le molteplici fasi e i numerosi passaggi che cadenzano la strada tra una *tranche* di finanziamento europeo e quella successiva. Tutto ciò implica l'esigenza di un sistema di monitoraggio costante dei diversi investimenti, un meccanismo di monitoraggio che, per quanto possibile, dovrebbe essere diffuso e convogliato sia all'interno della singola amministrazione sia all'esterno della stessa, per il tramite dell'interoperabilità.

Tale trasformazione del modo di agire delle istituzioni e delle amministrazioni, tale cambiamento nell'organizzazione e nelle procedure, nel passaggio dai processi ai progetti, avviata con il NGEU e con il PNRR, è destinata probabilmente a modificare gradualmente il patrimonio genetico dei soggetti chiamati ad attuare i piani, con la conseguenza di un mutamento delle strutture e delle attività amministrative, al fine di adattarsi ai modelli e alle tecniche del nuovo metodo.

7. Il tema della programmazione e del *project management* si collega strettamente con quello successivo, consistente nel superamento dell'emergenza o, meglio, nella creazione di meccanismi attraverso i quali introiettare le emergenze per mezzo di idonee forme di monitoraggio e di anticipazione.

Viviamo in un'epoca di crisi, si è detto, e la situazione ormai ordinaria è quella di un'emergenza permanente, derivante da inefficienze endogene (ad esempio, la ben nota emergenza rifiuti), ma molto spesso da eventi esogeni (la crisi pandemica, quella energetica). Nei confronti di queste ultime è molto più difficile rinvenire rimedi, soprattutto se non si è operato in precedenza a tal fine.

L'emergenza permanente ci pone di fronte alla necessità di “normalizzare” la stessa. Uno tra i modi più efficaci può consistere nell'introiettare l'emergenza e, cioè, nell'elaborare meccanismi che siano in grado di adattare l'ordinamento al verificarsi di un evento futuro, individuando le diverse possibilità e rinvenendo degli scenari idonei ad affrontare l'eventuale emergenza. Si tratta, quindi, dell'adattamento di sistemi di risk assesment e di pianificazione del rischio, ma anche di governo anticipante, nel senso dell'introduzione di unità di previsione strategica (*strategic foresight*) nelle istituzioni e, in particolare, nelle amministrazioni, proprio con l'obiettivo di anticipare gli eventi e di posizionarsi prima del verificarsi dell'evento, in modo tale da poter affrontare, anche tramite protocolli, le diverse situazioni già ipotizzate.

Ovviamente, un livello adeguato di anticipazione del rischio e di programmazione delle misure da adottare deve accompagnarsi a una percentuale di flessibilità, che non può che essere data dall'adattamento della strategia al caso concreto. Ciò passa attraverso la qualità della dirigenza pubblica e, quindi, dalla duttilità dei vertici politici e dei dirigenti pubblici, in grado di

rispondere all'esigenza di adattamento flessibile. Anche questa è una grossa sfida per il presente e per il futuro: quella sul capitale umano delle pubbliche amministrazioni.

8. Un ultimo punto è quello del graduale passaggio dalla netta separazione tra i temi economico-finanziari e della sicurezza e difesa nazionale al concetto di "sicurezza economica".

Nell'area dove si sovrappongono politiche per investimenti e temi della sicurezza si sta sviluppando una nuova forma di intervento pubblico nell'economia, che è fortemente influenzata dall'assetto geopolitico e dalle decisioni politiche. Ne deriva che le decisioni tecniche di tipo economico-finanziario sono maggiormente condizionate, rispetto al passato, dall'analisi politica e geopolitica.

Il fenomeno più evidente è quello del controllo sugli investimenti esteri diretti, il cd. golden power, area di poteri speciali dell'esecutivo che ha avuto una espansione repentina in tutti i paesi europei, soprattutto a seguito della crisi pandemica e della successiva crisi ucraina. Al Regolamento UE 2019/452, sul controllo sugli investimenti esteri diretti, si accompagna poi il Regolamento sui sussidi esteri (2022/2560).

Si tratta, in questo caso, di un'area di intervento pubblico sugli investimenti che è volta, da un lato, a proteggere il patrimonio strategico industriale nazionale ed europeo (si veda, ad esempio, il recente caso di TIM); ma, dall'altro, anche a sviluppare politiche di investimento e di partnership internazionale miranti alla realizzazione di infrastrutture strategiche nel campo, ad esempio, della protezione dei dati, della cybersecurity, della costellazione satellitare ad uso duale.

Su questo fronte ci si può limitare a citare la Comunicazione congiunta della Commissione Europea al Parlamento Europeo e al Consiglio del 10 marzo 2023, sulla «Strategia spaziale dell'Unione europea per la sicurezza e la difesa», quale forma di attuazione dell'autonomia strategica dell'Unione Europea. Si ipotizza, infatti, l'accesso autonomo allo spazio da parte dell'Unione e lo sviluppo di sistemi e servizi spaziale UE a sostegno della sicurezza e della difesa, ad esempio nel settore dei sistemi di posizionamento, navigazione e misurazione del tempo (PNT) e dell'osservazione della terra.

9. La nuova stagione dell'intervento pubblico in economia è quindi connotata da taluni particolari caratteri:

- a) l'intervento pubblico in economia vede ancora una volta lo Stato in prima fila, ma esso è coprotagonista, assieme all'ordinamento euro-unitario;
- b) al momento, in attesa che si sviluppino BPE puri, il funzionamento

le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia

è, per così dire, a sandwich: gli investimenti pubblici finanziati tramite fondi euro-unitari determinano una programmazione finalizzata al perseguimento di scopi individuati a livello sovranazionale, mentre lo Stato specifica i modi di perseguimento di tali funzioni; la Commissione UE poi verifica e controlla che gli obiettivi siano effettivamente conseguiti entro i tempi;

c) ciò implica la necessità di rigida programmazione dell'attività da perseguire e di monitoraggio costante degli obiettivi, con la Commissione in funzione di monitoraggio e controllo dello Stato e lo Stato in monitoraggio e controllo degli enti locali e degli altri soggetti attuatori; un metodo di attività che ormai è destinato a connotare anche per il futuro le politiche pubbliche degli investimenti;

d) l'introduzione di questo metodo, assieme alle tecniche di pianificazione, di *project management* e di amministrazione anticipante e previsione strategica, potrebbe consentire di introiettare lo stato di emergenza permanente e di contenere il livello di rischio e di incertezza;

e) tali elementi di tipo tecnico-economico devono fare i conti, in alcuni settori, con un elevato livello di politicità, soprattutto a seguito del mutato assetto delle relazioni internazionali e delle trasformazioni geopolitiche in corso; in tali ambiti, si stanno sviluppando regolazioni improntate a finalità di sicurezza economica, attraverso i quali meccanismi di carattere politico e geopolitico si accompagnano ai tradizionali metodi dettati dalla tecnica economico-finanziaria.

IN HOUSE: UN ISTITUTO ANCORA CONTROVERSO IN AMBITO NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini e la fisionomia attuale dell'*in house* nel diritto europeo. – 3. Le alterne vicende dell'*in house* nell'ordinamento interno: l'accezione nazionale del principio di concorrenza e gli oneri motivazionali specifici. – 4. L'*in house* nel d.lgs. di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023. – 5. Conclusioni: le diverse declinazioni del principio di concorrenza, i differenti limiti alle discrezionalità dell'amministrazione e al connesso sindacato del giudice.

1. Premessa

Il legislatore nazionale è intervenuto di recente sull'istituto dell'*in house* con due atti normativi di peculiare rilievo per l'ordinamento giuridico: la disciplina di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, adottata con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e il nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Entrambe gli atti normativi costituiscono attuazione degli impegni assunti dal Paese con il PNRR. Come si mostrerà, in questi due contesti normativi la disciplina dell'*in house* appare, tuttavia, parzialmente diversa: meno restrittiva nel codice dei contratti pubblici del 2023, più severa nella disciplina dei servizi pubblici locali. Ne risulta un quadro normativo nazionale nel quale l'istituto in definitiva è ancora guardato con diffidenza e, nel settore dei servizi pubblici locali, è anzi chiaramente scoraggiato.

Questo esito appare non in contrasto con il diritto europeo che, nel fissare i limiti normativi dell'istituto, consente, come si vedrà, agli ordinamenti nazionali di restringere l'autonomia delle amministrazioni pubbliche nello scegliere la predetta modalità di azione.

Dopo la ricostruzione dell'*in house* nel diritto europeo, necessaria per delineare puntualmente la fattispecie che in virtù del primato di diritto europeo si impone come limite non derogabile per il diritto nazionale, si il-

lustrerà, in sintesi, la più recente evoluzione della disciplina e della giurisprudenza nazionali. Si discuteranno poi le regole contenute nella normativa sui servizi pubblici locali e nel codice dei contratti pubblici del 2023 e, infine, si trarranno alcune conclusioni.

2. Le origini e la fisionomia attuale dell'*in house* nel diritto europeo

L'espressione "*in house*" è utilizzata per la prima volta nel Libro bianco del 1998 in materia di appalti pubblici, nel quale la Commissione europea definiva come "appalti *in house*", quelli «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra pubblica amministrazione centrale e locale o, ancora tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata». La Corte di giustizia dell'Unione europea¹, come noto, ha delineato i termini dell'istituto, muovendo anch'essa dalla nozione di contratto di appalto pubblico, che è il presupposto applicativo delle regole di evidenza pubblica dettate dalle direttive. In presenza di un accordo stipulato, da una parte, da un'amministrazione pubblica e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto e del tutto indipendente da essa, le direttive in materia di contratti pubblici si applicano indiscutibilmente. Solo nel caso in cui l'amministrazione pubblica eserciti sul soggetto con cui il contratto è stipulato: «un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» allora la fattispecie esula dal campo di applicazione delle direttive, perché in realtà non si è in presenza di un vero e proprio contratto di appalto con cui l'amministrazione pubblica acquisisca sul mercato, esterno rispetto ad essa, la prestazione di cui ha bisogno. In tali casi, l'ente affidatario, ancorché dotato di autonoma personalità giuridica, risulta equiparabile a un "ufficio interno" dell'amministrazione affidante, al quale è legato da una relazione organizzativa che può essere considerata una "delega inter-organica". Affinché la fattispecie possa essere sottratta al campo di applicazione delle direttive, inoltre, secondo le indicazioni della Corte di giustizia, il soggetto affidatario deve svolgere la parte prevalente della propria attività in favore della stessa amministrazione pubblica controllante.

Detto in termini più puntuali, l'amministrazione pubblica può non seguire le regole dell'evidenza pubblica dettate dalle direttive europee sugli appalti pubblici solo quando ritenga di non rivolgersi agli operatori sul

¹ C. giust. CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Teckal.

mercato e preferisca, invece, organizzare e realizzare autonomamente – ovvero nel proprio ambito – la prestazione o l’opera di cui ha bisogno. Per le amministrazioni pubbliche, rivolgersi al mercato significa, nel senso specifico ritenuto dalla giurisprudenza europea, stipulare un contratto di appalto con soggetti giuridici che devono essere distinti e separati da esse e che devono operare perseguendo in modo autonomo i propri specifici interessi. Dal punto di vista del diritto europeo, il tema dell’*in house* è quindi costitutivamente connesso con la natura effettiva del rapporto sussistente tra l’amministrazione pubblica affidante e il soggetto incaricato dello svolgimento della prestazione². Ove questo rapporto sia tale per cui, in realtà, il soggetto incaricato è in effetti una mera articolazione interna dell’amministrazione affidante, che non esprime un’autonoma volontà rispetto ad essa, né è portatore di propri interessi realmente distinguibili rispetto a quelli della prima, allora non può parlarsi di un vero e proprio rapporto contrattuale di appalto pubblico. Quest’ultimo va inteso, alla luce delle direttive, come un negozio che regola i rapporti giuridici tra l’amministrazione pubblica e altri soggetti non solo formalmente, ma anche sostanzialmente distinti e indipendenti da essa. Quando, invece, l’amministrazione pubblica si rivolga ad entità che, ancorché formalmente distinte da essa, siano però da essa totalmente governate e non rappresentino un centro autonomo di interessi, allora la fattispecie contratto di appalto pubblico, presupposto applicativo delle direttive, non si realizza proprio e quindi l’affidamento esula dall’ambito di applicazione delle direttive.

È importante sottolineare il nucleo concettuale primario ed essenziale dell’*in house* per comprendere meglio la diversità degli approcci della normativa nazionale.

La giurisprudenza europea, pur elaborando nel tempo ulteriormente la fisionomia dell’istituto, ne ha lasciato intatti tali caratteri essenziali.

Si possono qui sinteticamente ricordare gli arresti che hanno contribuito a specificare, da un lato, la nozione di controllo analogo e, dall’altro, la nozione di attività prevalente.

Sul primo aspetto, si è affermato che: «...la partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo

² Cfr. M. Pizzi, *Affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici, Fonti e Principi, Ambito Programmazione e Progettazione*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 744 ss.

analogo a quello che esercita sui propri servizi»³. Interessante anche il chiarimento ulteriore esposto dalla Corte nell'occasione secondo cui: «...l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza fare appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio di parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»⁴. Ne risulta con limpidezza che la questione del rispetto dell'obiettivo della concorrenza non falsata si pone solo allorché l'amministrazione intercetti, anche solo per il tramite di una partecipazione azionaria minoritaria privata nel capitale della società che per il resto è pubblico, interessi privati per definizione ad essa estranei. Nel qual caso, la fattispecie dell'*in house* è da escludere. Sino a che l'amministrazione opera nel suo ambito – da intendersi in senso effettivo e sostanziale – un problema di rispetto delle regole di concorrenza per il diritto europeo non si pone⁵.

Il controllo analogo poi non è stato escluso per la semplice previsione nello statuto della società diretta affidataria della possibilità di ingresso futuro di capitali privati, perché – afferma la Corte in ragione dell'esigenza di rispettare la certezza del diritto – si deve valutare la situazione della società al momento dell'affidamento in esame, e salvo che la vicenda concreta possa far ritenere l'avvenuta realizzazione di una strategia elusiva volta ed evitare la gara per affidare direttamente ad un soggetto privato un contratto di appalto pubblico, come accadeva nel caso oggetto della pronuncia⁶.

Il legislatore europeo, con le direttive del 2014, supererà in parte questo limite rigido, conservando, tuttavia, l'essenza dell'istituto. In questa sede, è però opportuno richiamarlo perché consente di individuare più nettamente la *ratio* dell'*in house* e quindi la nozione stessa dell'istituto ed il suo rapporto con le regole di non discriminazione e di parità di trattamento che governano l'azione amministrativa nel settore dei contratti pubblici.

³ C. giust. CE, 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49, ciò sul presupposto che: «...il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente», punto 50.

⁴ C. giust. CE, C-26/2003, cit., punto 51.

⁵ In questi termini anche F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 251 ss.

⁶ C. giust. CE, 10 novembre 2005, in C-29-2004, *Commissione c. Repubblica d'Austria*.

Ancora, è importante richiamare anche la pronuncia che, ulteriormente connotando la nozione di controllo analogo, ha stabilito che esso si deve sostanziare nella possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi, che sulle decisioni importanti e che tale pervasivo potere di controllo e di direzione non può essere assicurato soltanto dai poteri conferiti dal diritto comune all'azionista di maggioranza⁷: occorre una disciplina concreta suppletiva che non consenta agli organi di amministrazione della società quell'autonomia che essi normalmente hanno negli ordinamenti delle società di capitali di diritto comune nei confronti dell'azionista di maggioranza (dovendosi prevedere ad esempio, specifici poteri di indirizzo e di veto).

Il controllo analogo è poi configurabile anche se esercitato da più enti pubblici e tramite una *holding*, purché detti enti abbiano il potere concreto di imporre alla società le loro decisioni⁸.

Per quanto concerne l'aspetto dell'attività prevalente, la Corte ha chiarito che il soggetto *in house* deve operare "*principalmente*" a favore dell'ente pubblico controllante e «ogni altra attività deve avere un carattere marginale», senza però definire una soglia numerica⁹. Ancora una volta, la ragione per cui si dà rilievo a tale secondo requisito è che esso serve ad accertare se la società *in house* sia effettivamente dipendente dalla amministrazione controllante. Sul punto la Corte ha osservato, infatti, che un'impresa non è necessariamente dipendente per il mero fatto che le decisioni che la riguardano siano prese dagli enti controllanti, quando la stessa sia comunque in grado di svolgere ancora una parte importante della propria attività presso altri operatori e sono da considerare altri operatori anche altre amministrazioni pubbliche che non abbiano alcun rapporto di controllo su di essa¹⁰.

Particolarmente rilevante ai fini del discorso, è poi la pronuncia nella quale si afferma in modo non equivoco, anche se implicito, che la scelta dell'amministrazione tra affidamento diretto, in presenza dei requisiti dell'*in house*, e affidamento tramite un vero e proprio contratto di appalto pubblico, rivolgendosi quindi agli operatori sul mercato, è una decisione rimessa all'autonoma valutazione dell'amministrazione stessa.

Il caso nasceva da un rinvio del giudice amministrativo italiano volto a domandare se il diritto comunitario, in particolare gli obblighi di trasparen-

⁷ C. giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*.

⁸ C. giust. CE, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbontermo*; 19 aprile 2007 in C-295/05 *Asemfo* e 13 novembre 2008 in C-371/05, *Coditel Babant*.

⁹ C. giust. CE, C-340/04, *Carbontermo* cit., punti 63 e 64.

¹⁰ C. giust. CE, 8 dicembre 2016, in C-553/15, *Undis Servizi*.

za e di libera concorrenza di cui agli artt. 43 Ce, 49 Ce e 86 Ce (versione all'epoca vigente), ostassero a una disciplina nazionale, come quella oggetto della causa principale, ovvero l'art. 113, c. 5 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 che, nella versione vigente, non poneva alcun limite alla libertà, per un ente pubblico, di scegliere tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico, in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto ad una società di cui tale ente detenesse l'intero capitale. La Corte così ha statuito:

«24. Tuttavia, nel settore delle concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 Ce, 43 Ce e 49 Ce, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (sentenza Parking Brixen, cit., punto 62).

25. Una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del D.Lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del D.L. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario.

26. Va precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene»¹¹.

Non sussiste, dunque, un principio di diritto europeo che imponga all'amministrazione di preferire il ricorso al mercato rispetto all'affidamento diretto al soggetto *in house*; ne consegue che questa scelta è libera e, dal punto di vista del diritto europeo, non deve neanche essere assistita da peculiare motivazione¹². In questa lettura, l'*in house* è l'istituto che segna il confine tra l'attività dell'amministrazione interna al suo stesso ordinamento particolare e, dunque, del tutto estranea all'ambito di applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza – che compendiano nel diritto europeo di tale settore il c.d. principio di concorrenza – e l'attività dell'amministrazione che, invece, incide sul mercato al di fuori di essa stessa.

¹¹ C. giust. CE, 6 aprile 2006, in C-410/04, ANAV, punti 24 e 25.

¹² Ricorda ciò C. Contessa, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house in Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2019, 765 ss.

Il rigore nell'interpretazione dei requisiti dell'*in house*, imposto dalla giurisprudenza europea, deve essere correttamente inteso come l'affermazione di un criterio antielusivo delle regole generali ricordate valevoli quando l'amministrazione decida di avvalersi del mercato, nel senso specifico ricordato, ma non anche come espressione del diverso principio di favore di apertura al mercato che limiterebbe la scelta di internalizzare le attività.

L'*in house*, dunque, non tanto costituisce un limite alle regole di concorrenza o meglio alle regole del rispetto della parità di trattamento e di trasparenza nella disciplina dei contratti pubblici; esso piuttosto definisce gli esatti confini entro i quali quelle regole trovano applicazione¹³ e, proprio per tale ragione, quelle regole non possono trovare applicazione rispetto alla decisione dell'amministrazione se internalizzare il servizio oppure no. Questa scelta si situa, nella logica delle norme europee in materia di appalti pubblici per come interpretate dalla Corte, in uno spazio estraneo al loro ambito di applicazione. In sintesi, il diritto europeo si limita a imporre all'amministrazione, che in completa autonomia abbia deciso di rivolgersi al mercato, le regole formali dell'evidenza pubblica da osservare nel momento in cui la stessa si rivolge agli operatori di mercato; ma non vincola in alcun modo lo spazio decisionale a monte di questa scelta.

Ecco anche perché non pare corretto definire l'*in house* come un'eccezione in senso proprio alle regole di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza o – se si vuole – un'eccezione al c.d. principio di concorrenza: l'*in house* è semplicemente al di fuori dell'ambito di applicazione di quelle regole.

A opinare diversamente si origina quell'equivoco, spesso presente a livello nazionale, secondo il quale l'*in house* costituirebbe un'eccezione al c.d. principio di concorrenza che – si finisce per presupporre implicitamente – vincolerebbe l'amministrazione a dover preferire di rivolgersi agli operatori sul mercato rispetto all'internalizzazione nelle sue scelte produttive.

Va, invece ribadito che nessuna norma del diritto europeo, né alcun principio condizionano, limitano o semplicemente orientano la scelta dell'amministrazione nel momento in cui deve decidere se rivolgersi al mercato oppure operare al suo interno.

Questa decisione, per diritto europeo consolidato, è lasciata all'autonomia degli Stati.

Le direttive del 2014 positivizzano l'istituto dell'*in house*, recependo sostanzialmente l'evoluzione giurisprudenziale indicata e riaffermano con

¹³ Così anche M.A. Sandulli, F. Aperio Bella, *Le evoluzioni dell'in house providing*, Libro dell'anno del Diritto, 2016, 233 ss.

nettezza il principio della autonomia degli Stati nella scelta se esternalizzare oppure no, noto anche come principio di libera amministrazione¹⁴.

In particolare, da un lato, viene affermato a chiare lettere che: «La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi.

Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico» (cfr. il considerando 5 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, ove l'affermazione è più stentorea e il correlato art.17; negli stessi termini, si esprimono le altre due direttive sugli appalti settori classici – art. 12 della dir. 2014/24/UE e art. 28 della dir. 2014/25/UE sui settori speciali.

Dall'altro, viene positivizzata la fattispecie dell'*in house*, stabilendosene i caratteri inderogabili: a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e si chiarisce che cosa debba intendersi per controllo analogo, recependo ancora l'evoluzione giurisprudenziale; b) si fissa la soglia numerica dell'80 per cento delle attività che la persona giuridica controllata deve effettuare nello svolgimento dei compiti ad essa affidati a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, elemento mai indicato dalla giurisprudenza; c) si consente, in ciò derogando limitatamente alla regola affermata dalla giurisprudenza, che nella persona giuridica controllata vi possa essere anche una partecipazione di capitali privati diretti, purché la partecipazione non sia tale da permettere al privato un controllo o un potere di veto o da consentirgli l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata e solo qualora la stessa sia ammessa dalle disposizioni legislative nazionali.

La direttiva sulle concessioni 2014/23/UE chiarisce, inoltre, che il principio della libera amministrazione, come positivamente declinato, riguarda anche il settore dei servizi di interesse economico generale.

¹⁴ Così anche M.P. Chiti, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici, Fonti e Principi, Ambito Programmazione e Progettazione*, cit., 305.

Il punto non è irrilevante in quanto aiuta a fugare alcune perplessità che sovente emergono a livello nazionale.

L'art. 106 del Trattato FUE (ex art. 86 del TCE)¹⁵, che come noto stabilisce la disciplina dei servizi di interesse economico generale, non afferma certo un principio di necessaria apertura al mercato dei medesimi servizi da intendersi come obbligo per l'amministrazione pubblica – cui spetta anche per diritto europeo la definizione di che cosa debba essere il servizio di interesse generale – di rivolgersi per la sua concreta realizzazione al di fuori del proprio ambito¹⁶. La disposizione richiamata si limita a imporre alle imprese, pubbliche o private, che svolgono il servizio d'interesse economico generale mediante l'esercizio di attività economica sul mercato di rispettare le regole di concorrenza (ovvero il divieto di intese e di abuso di posizione dominante, di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE) e in materia di aiuti di Stato stabilite dai Trattati¹⁷. La missione d'interesse generale che, del tutto pacificamente, può essere affidata dallo Stato (e quindi dall'amministrazione pubblica) sia a imprese pubbliche, sia a imprese private, senza che su tale decisione il Trattato detti una regola di preferenza¹⁸, deve essere realizzata nel rispetto

¹⁵ Art. 106 TFUE: «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

¹⁶ Così C. Contessa, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, DEI, Roma, a cura di C. Contessa e G. Crocco, 2015, 9: «Né può ritenersi che la tesi della sostanziale prevalenza del principio di concorrenza su quello di libertà di organizzazione rinvenga una conferma nella previsione di cui all'articolo 106, paragrafo 2 del TFUE. Al riguardo ci si limita ad osservare: – che la disposizione in questione risulta limitata al solo settore dei SIEG (ragione per cui è comunque arduo affermarne la riferibilità anche alla materia degli appalti, che rinviene un diverso fondamento giuridico nel Trattato di Roma); – che l'esame dell'articolo 106, cit., a ben vedere, conduce a conclusioni affatto opposte rispetto a quelle qui esaminate. Ed infatti, dalla lettura della disposizione in questione¹⁶ emerge che è l'applicazione delle regole di concorrenza a risultare di fatto subvalente e cedevole rispetto al perseguimento della mission di servizio pubblico, di cui il principio di libera amministrazione costituisce un corollario».

¹⁷ Sulla soggezione delle imprese *in house*, affidatarie di missioni di interesse generale, vedano alle regole di concorrenza e del divieto di aiuti di Stato, si veda Tribunale I grado, sentenza del 24 luglio 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00.

¹⁸ In senso contrario, si veda M.F. Tropea, *Affidamento in house del servizio di trasporto*

delle regole di concorrenza. L'attività dell'impresa, pubblica o privata, una volta che sia affidataria del servizio d'interesse generale, in quanto attività d'impresa nel senso ritenuto dal diritto europeo, deve rispettare le regole di concorrenza e sugli aiuti di Stato. Solo ove si dimostri che il rispetto di quelle regole da parte dell'impresa, pubblica o privata, titolare della missione di interesse generale determini un ostacolo alla realizzazione della missione, allora quelle stesse regole cedono a favore della disciplina speciale in quanto necessaria a garantire il servizio pubblico.

Anche riguardo le modalità di organizzazione dei servizi pubblici, dunque, il Trattato lascia agli Stati e quindi alle amministrazioni pubbliche l'autonomia piena di scegliere se il servizio debba essere realizzato o mediante attività interna alla stessa pubblica amministrazione, eventualmente attraverso una società *in house*, o mediante l'attività di imprese private, da individuare previa competizione aperta¹⁹. Da quella disposizione non è, quindi, deducibile, l'esistenza di un principio di necessaria apertura al mercato dei servizi di interesse economico generale.

La giurisprudenza europea successiva alle direttive del 2014 conferma i tratti inderogabili dell'istituto come definiti nelle direttive e, significativamente, da un lato, proprio perché riafferma la libertà degli Stati di scegliere se esternalizzare o meno certe attività, ad esempio, ha dichiarato non in contrasto con la normativa europea la normativa italiana, sui cui ci si intratterrà a breve, che invece restringeva tale possibilità di scelta, favorendo il ricorso al mercato²⁰; dall'altro lato, ha però anche fermamente ribadito che i tratti qualificanti dell'*in house* restano appannaggio del diritto europeo e non sono disponibili da parte degli Stati che non possono modificarli, né introdurre surrettizie deroghe. In altri termini, non si può a livello nazionale modificare i requisiti essenziali dell'*in house* e, se questi vengono meno nelle concrete fattispecie, durante lo svolgimento dell'attività affidata in via diretta ad un

pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura, in *Nuove autonomie*, 2021, 452.

¹⁹ In tal senso F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, Giappichelli, 2011, 253 ss.

²⁰ La Corte di giustizia, sez. IX, con sentenza del 6 febbraio 2020, in C-89/19 a C-91/19, *Rieco spa*, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296, ha ritenuto che il diritto europeo: «non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»; nello stesso senso, C. giust. UE, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, *Irgita*.

soggetto che al momento dell'affidamento presentava i caratteri dell'*in house*, l'affidamento deve nondimeno cessare²¹.

Infine, per completezza merita un cenno la disciplina europea sul trasporto pubblico locale perché in essa l'istituto dell'*in house* è anche rafforzato. Il reg. Ce n. 1370/2007 che si applica alle sole concessioni di servizio pubblico e non anche ai contratti di appalto pubblico di servizio²², consente un largo ricorso all'*in house* e la più recente giurisprudenza europea ha riaffermato che tale opzione non può essere limitata a livello nazionale: «L'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007... deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni»²³. Quindi nel trasporto pubblico locale, l'*in house* è dal diritto europeo addirittura favorito, imponendosi agli Stati membri di non poterlo contenere o limitare attraverso la previsione di adempimenti procedurali o di preve valutazioni pregiudiziali da manifestare.

²¹ C. giust. UE, sez. IV 12/5/2022 in C-719/20: «La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale».

²² Sul punto c'è il rinvio pregiudiziale del Cons. St., con ordinanza della sez. VI, 7 marzo 2022 n. 1620 volto a interrogare la Corte di giustizia, tra l'altro se il reg. Ce 1370/2007 possa essere applicato anche a un contratto di servizio che si configura come un appalto e non come una concessione.

²³ C. giust., Decima Sezione, sentenza del 24 ottobre 2019, in Causa C-515/18.

3. Le alterne vicende dell'*in house* nell'ordinamento interno: l'accezione nazionale del principio di concorrenza e gli oneri motivazionali specifici

A fronte della nettezza e della tendenziale stabilità nel tempo dell'istituto dell'*in house* nel diritto europeo e del connesso principio di libera amministrazione, nel nostro ordinamento si è assistito negli ultimi tre lustri a politiche legislative ondovaghe: a volte l'affidamento *in house* è stato ritenuto una delle modalità di organizzazione dei servizi o di produzione dei beni ammesse su un piano di equiordinazione con l'*outsourcing*, altre volte, lo si è ritenuto modalità eccezionale rispetto al ricorso agli operatori di mercato e quindi, da limitare.

Dopo un iniziale atteggiamento di apertura nei confronti dell'*in house*, testimoniato dalla modifica dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali TUEL), realizzata con l'art. 14, c. 1, d.l. n. 269/2003, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, che aveva previsto l'affidamento diretto «a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» come alternativa equiparata al ricorso alle imprese, private o pubbliche, da selezionare con gara, prende corpo una tendenza di sfavore che si basa su una lettura particolare del principio di concorrenza.

Quest'ultimo inizia ad essere interpretato in sede amministrativa²⁴ e poi anche dalla giurisprudenza amministrativa²⁵ come espressivo di un vincolo per l'amministrazione a rivolgersi di regola agli operatori economici sul mercato e, solo in via eccezionale, all'*in house*²⁶. È da ricordare che nello stes-

²⁴ Segnala tale aspetto già M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 126 ss.

²⁵ Cons. St., sez.V, ordinanza 22 aprile 2004, n. 2316 ove si legge la significativa proposizione: «Si riscontra un impiego sempre più frequente della detta deroga, e ciò comporta la sottrazione di aree assai ampie di attività economiche all'iniziativa imprenditoriale privata, in contrasto la stessa ragion d'essere dell'Unione Europea»: scegliere l'*in house* significa limitare il principio di concorrenza da intendersi come protezione della libera iniziativa privata sul mercato.

²⁶ Cfr. Cons. St., sez.VI, 3 aprile 2007, n. 1514, che ha addotto a sostegno di tale tesi che «una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del c.d. codice appalti, ma non è stata poi inserita nel testo finale del d.lgs. n. 163/2006, a conferma della volontà del legislatore di non generalizzare il modello dell'*in house* a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di fornitura».

so periodo il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenente il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle dir. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce non presentava una disciplina organica sull'*in house*²⁷.

La peculiare declinazione del principio di concorrenza come espressivo di un obbligo dell'amministrazione di rivolgersi preferenzialmente agli operatori economici sul mercato ha trovato un'esplicita conferma positiva nell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, introdotto dalla l. di conversione 6 agosto 2008, n. 133. La disposizione, innovando il precedente quadro disposto dall'art. 113 del Tuel, affermava nel nostro ordinamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per la prima volta, la regola secondo la quale il conferimento della gestione dei servizi stessi dovesse avvenire, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica; stabiliva poi che soltanto per «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», l'affidamento del servizio sarebbe potuto avvenire, in deroga alla modalità ordinaria, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria e, cioè, mediante l'istituto dell'*in house* che nella disposizione, peraltro, neanche era espressamente richiamato²⁸.

Il legislatore dichiarava esplicitamente che questo nuovo equilibrio tra la regola – ovvero l'obbligo di rivolgersi agli operatori economici sul mercato, selezionando gli affidatari dei servizi pubblici mediante procedure competitive – e l'eccezione – la decisione di internalizzare il servizio mediante l'affidamento diretto a società *in house* – fosse da ricondurre all'applicazione della disciplina comunitaria al fine, tra l'altro, di favorire appunto la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla

²⁷ Esisteva una disciplina del diverso fenomeno dell'affidamento a soggetti collegati all'amministrazione pubblica; l'art. 218, relativo appunto agli appalti aggiudicati ad un'impresa comune avente personalità giuridica o ad un'impresa collegata sui settori speciali, affermava la non applicazione del codice stesso in presenza di una società collegata che appartenesse allo stesso gruppo in senso economico dell'amministrazione aggiudicatrice, su tali aspetti si veda M. Passalacqua, *Il gruppo economico controllato da ente pubblico e il difficile percorso di aggregazione di società di servizi pubblici locali a rete*, in *Amministrazione in cammino*, 16 gennaio 2017, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2017/01/16/>.

²⁸ C. Volpe, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato, e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?* in *Urb. app.*, 2008, 1401 ss. e Id., *La Corte di giustizia continua la rifinitura dell'in house providing. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. app.*, 2010, 38.

gestione di servizi di interesse generale in ambito locale (cfr. c. 1 dell'art. 23-bis cit).

Tale specifica lettura del principio di concorrenza era ulteriormente avvalorata dal fatto che, oltre alle limitazioni segnalate, la disposizione aveva introdotto, altresì, importanti cautele di ordine procedimentale, imponendo che, nei casi in cui l'ente pubblico avesse avuto intenzione di disporre un affidamento *in house*, avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità alla scelta «motivandola in base ad un'analisi del mercato» e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo.

L'Autorità Garante nella propria prassi²⁹ ha inteso il contenuto dell'obbligo motivazionale in modo rigoroso esigendo da parte dell'ente che avesse avuto intenzione di scegliere l'*in house* la dimostrazione di un vero e proprio fallimento del mercato ovvero la dimostrazione positiva che l'ordinario funzionamento del mercato non fosse idoneo a offrire quei servizi che l'ente pubblico dichiarava pubblici.

Con l'adozione poi del regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica – d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, in attuazione del medesimo art. 23-bis citato – il *favor* per il ricorso al mercato si colorava in modo ancora più netto in termini di preferenza per una vera e propria privatizzazione del settore.

Rilevante in tale senso è l'art. 2 del regolamento medesimo che stabiliva un chiaro ordine di preferenze che gli enti locali avrebbero dovuto seguire nella scelta su come organizzare un servizio pubblico: «Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio».

²⁹ Si vedano le Relazioni annuali dal 2008 al 2010.

All'art. 4 del medesimo regolamento, si affermava l'implicita distorsività della concorrenza dell'*in house*; esso era considerato ammissibile solo con riguardo al settore idrico e sempre che l'ente locale fosse stato in grado di dimostrare l'assenza dell'effetto distorsivo nel caso di specie.

Veniva in tal modo positivizzato non solo il principio che l'*in house* era da considerare un'eccezione, ma che esso fosse di regola inefficiente o, comunque, meno efficiente rispetto al ricorso alle imprese sul mercato da selezionare tramite gara; emergeva in tal modo un vero e proprio principio di prevalenza del mercato, inteso come luogo della concorrenza tra imprese private e ritenuto un'istituzione di gran lunga più efficiente per la produzione di beni e servizi, rispetto all'intervento pubblico di internalizzazione e autoproduzione.

L'ente locale, infatti, nel valutare le modalità con cui organizzare il servizio doveva muovere dal presupposto che il mercato nel quale le imprese private concorrono fosse in linea di principio idoneo a produrre tutti i servizi di cui la comunità può aver bisogno; l'intervento pubblico, in questa logica, aveva un evidente carattere sussidiario. Esso inoltre doveva seguire un approccio graduale, esigendosi una puntuale giustificazione per ogni progressiva restrizione del funzionamento del mercato che si fosse voluta stabilire attraverso la regolazione pubblica. Le limitazioni più intense all'operare dei meccanismi di mercato – come l'imposizione di diritti speciali e di esclusive o appunto gli affidamenti *in house* – avrebbero anche potuto essere disposte, ma solo a seguito della verifica, operata alla stregua di rigorose analisi economiche, volta non semplicemente a dare conto della mera ragionevolezza dell'intervento, ma a dimostrare dapprima, puntualmente, l'esistenza di un vero e proprio fallimento del mercato in senso tecnico e, una volta fatto ciò, a individuare il rimedio sotto forma di intervento pubblico – di regolazione o di attività di produzione diretta attraverso appunto l'*in house* – nel rispetto rigoroso del principio di proporzionalità.

In tal modo, si consolidava a livello nazionale l'interpretazione secondo la quale il principio di concorrenza di matrice europea implicasse l'esistenza per l'amministrazione pubblica di un dovere di rivolgersi agli operatori economici sul mercato anche nel settore dei servizi pubblici, in ragione della positivizzata presunzione di maggiore efficienza del mercato concorrenziale rispetto alla opposta soluzione dell'intervento pubblico di internalizzazione.

In realtà, come si è mostrato nel paragrafo che precede, non è vero che il diritto europeo abbia mai contenuto una simile regola, né è sostenibile che l'applicazione del c.d. principio della concorrenza di matrice europea debba necessariamente comportare una regola come quella ricordata, in verità affermata solo a livello nazionale in modo originale.

In effetti, deve essere osservato come spesso il richiamo al c.d. principio di concorrenza, se non adeguatamente circostanziato, rischia di introdurre confusioni semantiche. È stato già efficacemente dimostrato come il riferimento a questo principio in realtà contenga il rimando ad ambiti concettuali diversi tra loro a seconda dei contesti nei quali è collocato, sussistendone diverse accezioni a livello europeo e nazionale³⁰. Nel diritto europeo dei contratti pubblici, il principio di concorrenza in realtà deve essere inteso più propriamente come un'espressione sintetica che richiama i principi della parità di trattamento, di non discriminazione di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza che vincolano la discrezionalità dell'amministrazione quando la stessa abbia già deciso di rivolgersi agli operatori economici sul mercato e, quindi, nel momento in cui la stessa attivi il confronto concorrenziale per individuare il proprio contraente³¹; ma nella prospettiva europea, esso non comporta mai un obbligo per l'amministrazione di rivolgersi necessariamente e sempre agli operatori sul mercato.

È stato anche efficacemente osservato che nelle direttive del 2014 la concorrenza: «diviene uno degli interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, non l'unico e neanche quello in posizione di primazia rispetto agli altri»³² che sono: la tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, la tutela delle piccole e medie imprese e, con peculiare riguardo alla fase esecutiva dei contratti, gli interessi del lavoro e della protezione sociale. Con ciò affermandosene la funzione strumentale e comunque non primaria nel settore della contrattualistica pubblica.

In quel torno di tempo, nel diritto nazionale, invece, si consolidano contenuti originali del principio di concorrenza³³ e lo stesso assume un valore indubbiamente primario.

³⁰ M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 736-752 che individua una pluralità di dimensioni distinte del concetto di concorrenza e con particolare riferimento alla base giuridica delle direttive sui contratti pubblici osserva che esse si fondano: «non già sui principi del Trattato in materia di concorrenza (art. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi direttive espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive. Da questi principi la Direttiva 2014/24/UE fa derivare i principi della parità di trattamento, di non discriminazione di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l'intera disciplina».

³¹ Così puntualmente Cons. St., ad. plen., n. 1/2008.

³² M.P. Chiti, *Principi*, cit., 312 e 313.

³³ Sui contenuti del principio di concorrenza per come declinato a livello nazionale si v. F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 45 ss.

Lo sfavore normativo nazionale nei confronti dell'istituto dell'*in house* in esame subisce una battuta di arresto con il *referendum* abrogativo del 2011 che, pur se presentato dai promotori come principalmente diretto a garantire la pubblicità della gestione del servizio idrico, ha avuto in realtà ad oggetto proprio l'art.23-*bis* ricordato.

Particolare interesse per il tema in esame, è la pronuncia della Corte costituzionale³⁴, adottata in sede di verifica dell'ammissibilità del *referendum*, nella quale si riconobbe in modo significativo che: «le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost.... Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto – come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un “margine di apprezzamento” del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del “verso” delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza».

Dunque, anche nella prospettiva della Corte costituzionale, la disciplina restrittiva dell'*in house*, recata dall'art. 23-*bis*, si poneva come manifestazione di un'interpretazione peculiare del principio di concorrenza, non imposta dal diritto europeo, liberamente percorribile in sede nazionale, perché si tratterebbe di una scelta orientata nel medesimo “verso” della disciplina europea. Quasi a ritenere che, anche se il diritto europeo non imponeva alle amministrazioni di rivolgersi al mercato, nondimeno il farlo a livello

³⁴ C. cost., sentenza 3 novembre 2010, n. 325.

nazionale appariva alla Corte costituzionale coerente con lo spirito della legislazione europea. Si è chiarito come una simile lettura non corrisponda alla realtà del diritto europeo.

Il *referendum* ebbe esito positivo e, quindi, la disciplina posta dall'art. 23-*bis* che costituiva il fondamento normativo espresso dello sfavore nei confronti dell'istituto in esame fu soppressa³⁵.

All'abrogazione seguì, in un breve intervallo di tempo, l'introduzione con l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148 di un'altra disciplina in materia di servizi pubblici locali che riproponeva, tuttavia, la *ratio* dell'abrogato art. 23-*bis*, affermando in sintesi, di nuovo, l'eccezionalità dell'*in house*. La disposizione, come noto, fu oggetto di una pronuncia di annullamento da parte della Corte costituzionale³⁶, perché ritenuta violare il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 della Costituzione. Anche in questa pronuncia la Corte ha confermato che la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che operava una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, si poneva al di là di quanto prescritto dal diritto europeo. Essa non era certo in contrasto con quello, ma poiché vanificava l'esito referendario era incostituzionale.

Si apre, allora, un periodo nel quale a livello nazionale non esiste una specifica disciplina dell'*in house*, ma la legge³⁷ si limita a esigere per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, che l'affidamento del servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito *internet* dell'ente affidante, nella quale si dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, siano definiti i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale e siano indicate le compensazioni economiche se previste. Si giunge così a due atti normativi coevi e fondamentali per l'istituto in esame: il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d'ora in poi anche solo TUSP) e il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici.

Pur se successivi alle direttive europee del 2014, che come visto avevano rafforzato l'*in house* consentendone un'applicazione più ampia, i due

³⁵ Cfr. d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, pubblicato in G.U. n. 167 del 20 luglio 2011, recante «Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica».

³⁶ C. cost., sentenza 17-20 luglio 2012, n. 199.

³⁷ Art. 34, c. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

plessi normativi sono espressione di un atteggiamento di forte sospetto nei confronti delle scelte di internalizzazione.

Il TUSP introduce una disciplina di carattere amministrativo che regola l'attività delle amministrazioni pubbliche con riguardo alla costituzione di società di diritto privato, nonché relativamente all'acquisto, al mantenimento e alla gestione da parte delle amministrazioni stesse di partecipazioni al capitale di società. Nel complesso, l'intervento, che organizza in un sistema più coerente anche molte disposizioni frammentate già vigenti, è animato dall'intento dichiarato di contenere il fenomeno della proliferazione delle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche e soprattutto degli enti locali in società operanti in regime di diritto privato. Emerge dalla relazione Air³⁸ allo schema di d.lgs. che poi è divenuto il testo unico, che la nuova disciplina è orientata a promuovere l'efficienza nella gestione amministrativa, l'eliminazione degli sprechi e una tendenziale riduzione della presenza del pubblico nel mercato a favore dei privati, attraverso una stringente funzionalizzazione dell'intervento diretto dei pubblici poteri rispetto al perseguimento dei propri scopi istituzionali e alla realizzazione di puntuali obiettivi di interesse generale³⁹.

L'art. 4 del TUSP, in coerenza con quegli obiettivi, stabilisce uno stringente vincolo di scopo alla partecipazione dei pubblici poteri nelle società. In particolare, si afferma il principio secondo cui le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento di finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (c. 1). A presidio concreto del predetto vincolo di scopo sono disciplinati strumenti amministrativi di controllo e sono stabiliti anche puntuali obblighi di revisione delle partecipazioni in essere che non lo rispettino. Viene, quindi, imposto agli enti pubblici di dismettere le partecipazioni non rispettose del nuovo quadro.

Vanno letti in questo senso: gli oneri di motivazione analitica imposti all'amministrazione (art. 5 TUSP) che decida di costituire una società o

³⁸ Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, ai sensi dell'art.18 della l. 7 agosto 2015, n. 124, reperibile su <http://documenti.camera.it/>.

³⁹ In tal senso, M. Libertini, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. Cerulli Irelli e M. Libertini, Milano, Hoepli, 2019, 45 ss.

di acquisire una partecipazione sociale, con il connesso obbligo di invio dell'atto deliberativo di costituzione della società, o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 5); il rilievo giuridico dato alle deliberazioni amministrative con cui le amministrazioni pubbliche decidano di costituire o di partecipare a società ovvero di alienare le partecipazioni (artt. 7, 8, 10 del TUSP) che precedono e condizionano gli atti privatistici di esecuzione; l'imposizione di una stabile attività di monitoraggio sull'attuazione del decreto (art. 15 del TUSP); e razionalizzazione periodica (annuale) e revisione straordinaria (entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto) delle partecipazioni quanto alla loro rispondenza alle finalità e categorie poste dal decreto (artt. 20 e 24, del TUSP).

Il decreto ordina la disciplina delle società cui possono partecipare pubbliche amministrazioni in base a distinte tipologie in ragione della misura delle deroghe che sono stabilite al regime ordinario di diritto commerciale. Il TUSP distingue tra società controllate, a cui si applicano la maggior parte delle norme di natura amministrativa e società meramente partecipate, a cui se ne applicano solo alcune riguardanti l'azionista pubblico più che la società in sé.

I tipi di società che emergono sono: la società a controllo pubblico (definita normativamente all'art. 2 TUSP), cui, come detto, si riconnettono la maggior parte delle regole pubblicistiche derogatorie al diritto comune delle società in tema di regole di organizzazione e gestione (art. 6 TUSP), di organi amministrativi e di controllo (art. 11 TUSP), di legittimazione ad attivare il controllo giudiziario sull'amministrazione della società (art. 13 TUSP), di gestione del personale (artt. 19 e 26 TUSP), di obblighi di trasparenza (art. 22 TUSP); la società *in house*, appunto, definita tale in relazione alla natura del controllo esercitato da una o più amministrazioni (art. 2, c. 1, lett. o) TUSP) che deve essere analogo nel senso delineato dallo stesso decreto (art. 2, c. 1, lett. c) e d); art. 16 TUSP); la società mista per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero l'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale (art. 17 TUSP). Infine, sono contemplate le società quotate in mercati regolamentati (articoli: 1, c. 5; 2, c. 1, lett. o); 8, c. 3; 9, c. 9; 18; 26 c. 3, 4 e 5 TUSP) che appaiono accomunate dal principio per cui le disposizioni del decreto sono ad esse applicabili solo se espressamente richiamate, confermandosi così la tendenza legislativa degli ultimi anni a considerare la disciplina delle società pubbliche quotate tendenzialmente coincidente con quella di diritto comune e da questa esaurita.

In questo contesto, la società *in house* come specifico tipo societario riceve una disciplina organica nel nostro ordinamento (art. 16 TUSP), in at-

tuaione del modello ormai positivizzato dal diritto europeo⁴⁰. Sono disciplinati, infatti, i peculiari profili organizzativi e statutari, anche in deroga al diritto comune, per consentire la specifica intensità del controllo analogo che, come notato, non è garantita dai poteri che ordinariamente spettano al socio di maggioranza in base al diritto comune; sono delineate le conseguenze nel caso in cui la società non rispetti il limite dell'80% nell'attività svolta nei confronti delle amministrazioni controllanti. È stata poi affermata la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dagli stessi dipendenti (art. 12 Tusp)⁴¹; si è stabilito poi che le società *in house* in caso di insolvenza restano nondimeno sottoposte alle procedure di liquidazione⁴² (art. 14 Tusp).

Ne deriva, in sintesi, un tipo legale, puntualmente disciplinato, che è attratto quasi integralmente nell'ambito pubblicistico. La società *in house* è equiparata in sostanza agli enti pubblici, fatta eccezione appunto per la riaffermata soggezione alle procedure di liquidazione. È evidente come tale disciplina, da un lato, stabilizzi l'istituto, ma allo stesso tempo, ponga limiti di operatività assai stringenti alle pubbliche amministrazioni che si vogliano servire del tipo, che comporta la gran parte degli oneri gestionali tipici di una gestione amministrativa in senso classico.

In coerenza con quest'orientamento, è anche la coeva disciplina posta dal d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, Codice dei contratti pubblici. Anzi, ai fini che qui interessano, in questo codice dei contratti pubblici emerge in modo più netto lo sfavore nei confronti dell'istituto in esame, stabilendosi una disciplina limitativa della discrezionalità amministrativa proprio riguardo la scelta a monte se addivenire a un affidamento diretto oppure no.

Rileva a tale proposito in particolare l'art. 192⁴³ che non solo riafferma l'obbligo di motivazione qualificata in capo all'ente che avesse intenzione di

⁴⁰ M. Dugato, *La partecipazione pubblica in sede di costituzione e in società già costituite*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Aa.Vv., a cura di C. Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 89 ss.

⁴¹ Valorizza questa disposizione ai fini dell'assimilazione delle società *in house* agli enti pubblici V. Cerulli Irelli, *Società pubbliche e organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, cit. 131.

⁴² Principio riaffermato dalla Corte di cassazione con ordinanza del 16 marzo 2023, n. 7646.

⁴³ Art. 192, c. 2, d.lgs. n.175/2016: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento

decidere l'affidamento diretto, esigendo la dimostrazione sia dell'esistenza di un fallimento di mercato in senso tecnico, sia della convenienza e della congruità dell'offerta in termini di benefici per la collettività derivanti dall'affidamento⁴⁴, ma introduce anche un regime peculiare di pubblicità degli affidamenti *in house*, attribuendo all'ANAC il compito di accertare la legittimità dello stesso affidamento⁴⁵. La giurisprudenza amministrativa⁴⁶ non tardò a qualificare correttamente tale competenza dell'ANAC come espressione di un potere di controllo amministrativo con eventuale esito delegittimante la società cui fosse stata negata l'iscrizione nell'elenco alla conclusione di nuovi affidamenti, potere ritenuto analogo al potere di controllo amministrativo *ex post* disciplinato dall'art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241. La scelta di affidamento diretto a società *in house* diviene per la giurisprudenza amministrativa non un'espressione di piena autonomia discrezionale, ma attività ammissibile nei limiti ristretti previsti dalla legge nazionale e sottoposta a una fase di necessario controllo amministrativo, ancorché successivo, non solo sulla presenza dei requisiti europei dell'*in house*, ma anche sulla congruità e sufficienza della motivazione analitica addotta ampliandosi il sindacato giurisdizionale in modo decisivo.

Si giunge, dunque, per tale via ad affermare, ancora una volta, il principio per cui nel diritto nazionale l'affidamento *in house* è una scelta subottimale⁴⁷, che l'ente pubblico può compiere, ma solo a condizione di dover

agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

⁴⁴ Così per esempio Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023.

⁴⁵ Art. 192, d.lgs. n. 175/2016, c. 1: «E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3».

⁴⁶ Ci si riferisce alla ricostruzione sostenuta dal Consiglio di Stato nel parere del 1 febbraio 2017, n. 282 reso sulla proposta di linee guida dell'ANAC previste dalla stessa norma in esame.

⁴⁷ Come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale che con la sentenza 27 maggio 2020, n. 100 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, c.

elaborare un'adeguata motivazione, che argomenti sia in ordine all'esistenza del fallimento di mercato, sia in ordine alle ragioni di specifica convenienza dell'affidamento per la tutela degli interessi della collettività⁴⁸; e una simile scelta è, inoltre, sottoposta allo stabile controllo amministrativo *ex post* da parte dell'ANAC, con ciò dandosi rilievo giuridico a un'ulteriore ragione di sospetto nei confronti dell'*in house* che è il rischio di creare occasioni di corruzione. Alla presunzione di inefficienza, si aggiunge anche il rischio di corruzione come *ratio* di questa disciplina restrittiva. Tale specifica accezione del principio di concorrenza e la ritenuta esigenza di contrasto alla corruzione hanno condotto a un irrigidimento e ad una formalizzazione a volte esasperata della intera procedura di evidenza pubblica, spesso anche a discapito del risultato⁴⁹.

2, d.lgs. n. 50/2016 ed ha affermato che l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato «risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza» e non si discosta, nella sostanza, da quanto già era imposto dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 e dall'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012, che recavano «una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dalla normativa comunitaria».

⁴⁸ Cfr. in senso conforme Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102 e Cons. St., sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682: «L'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento in house di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento in house, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato "fallimento del mercato" rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, cui la società in house invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento in house (dimostrazione che non è invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento — con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti in house muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese».

⁴⁹ Così F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020.

4. L'in house nel d.lgs. di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023

Il d.l. 23 dicembre 2022, n. 201 adottato in attuazione della delega contenuta nell'art. 8 della l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, si pone dichiaratamente come riforma di sistema dei servizi pubblici locali. L'art. 1 afferma, infatti, che il decreto «stabilisce principi comuni, uniformi ed essenziali» che vincolano anche le Regioni «in quanto costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica»; l'art. 4 stabilisce una norma di raccordo con le legislazioni di settore affermando, per la prima volta nella storia della disciplina di settore, che: «Le disposizioni del presente decreto si applicano a tutti i servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, integrano le normative di settore e, in caso di contrasto, prevalgono su di esse, nel rispetto del diritto dell'Unione Europea e salvo che non siano previste nel presente decreto specifiche norme di salvaguardia e prevalenza della disciplina di settore». Si tratta, pertanto, di una disciplina di principio⁵⁰ che integra i plessi normativi settoriali vigenti ma, è da ritenere, anche quelli futuri.

La *ratio* ispiratrice del decreto fa rivivere la logica pro-mercato che ispirava il superato regolamento del 2010, attuativo dell'art 23-bis. L'intervento di riordino della normativa dei servizi pubblici locali è iscritto nel PNRR tra le riforme abilitanti e la relazione governativa allo schema di d.lgs. significativamente afferma che il riordino della normativa ha «...la finalità di promuovere le dinamiche competitive che possono assicurare la qualità dei servizi pubblici e i risultati delle gestioni, nell'interesse primario dei cittadini e utenti. Emerge, dunque, una sottolineatura di quello che deve essere il punto centrale del servizio pubblico e cioè le prestazioni (di utilità consistenti in servizi) rese al pubblico e dunque alla collettività ed agli individui mediante la promozione di dinamiche competitive»⁵¹. È opzione politica qualificante l'aver voluto affermare una connessione stretta tra i valori sociali perseguiti nella disciplina dei servizi pubblici e la concorrenza.

Né è risultato un testo normativo nel quale l'operare del mercato concorrenziale è considerato un *prius* rispetto all'intervento pubblico, perché

⁵⁰ Si v. G. Scaccia, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici, locali*, a cura di G. Bruzzone, R. Chieppa e A. Moliterni, Milano, Giuffrè, 2023, 54 ss.

⁵¹ Schema di decreto legislativo Atto del Governo: 003 Schema di decreto legislativo recante riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica reperibile su <https://www.camera.it/leg19/682?atto=003&tipoAtto=Atto&idLegislatura=19&tab=2#inizio>.

esso è ritenuto, per definizione, il luogo più efficiente per la produzione dei beni e dei servizi necessari a soddisfare ogni esigenza della collettività, anche quelle oggetto di servizio pubblico.

L'ente pubblico che è titolare della competenza ad assicurare la prestazione del servizio pubblico, nello scegliere tra le diverse modalità organizzative del medesimo deve seguire un ordine di analisi e di valutazione fissato dalla legge in coerenza con la priorità di promuovere le dinamiche competitive.

Testimonia questa impostazione la disciplina dell'istituzione dei servizi locali stabilita dall'art. 10 del d.lgs. n. 210/2022. Dopo aver affermato che gli enti locali sono competenti assicurare la prestazione dei servizi di interesse economico generale ad essi attribuiti dalla legge, si stabilisce anche la possibilità per gli stessi enti locali di istituire nuovi servizi non previsti dalle leggi⁵². A tale fine, l'ente locale deve compiere un'apposita istruttoria, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, sia inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali. La deliberazione di istituzione del servizio deve dare conto degli esiti di quell'istruttoria e può essere sottoposta a consultazione pubblica prima della sua adozione. Dunque *in primis* c'è il mercato nella sua effettività e in virtù della sua efficienza. È dalla obiettiva analisi di questo che si deve muovere. Solo una volta verificato che il servizio istituendo non è offerto attualmente dal mercato – visto principalmente come il luogo di azione dei privati – si può legittimare l'intervento pubblico che può realizzarsi secondo una predefinita gradualità di misure pubbliche, ordinate alla stregua del principio di proporzionalità. Una volta accertato il fallimento del mercato con riguardo allo specifico servizio che si vuole istituire, occorre, infatti, valutare l'idoneità e la sufficienza dell'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restringere in prima battuta il numero di soggetti abilitati a operare sul mercato e, se del caso, definendo anche le eventuali compensazioni economiche (art. 12 d.lgs. n. 210/2022); solo in esito all'accertamento dell'inidoneità o della insufficienza di simili misure, in assenza di soluzioni meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica, si può giungere alla imposizione di diritti di speciali o esclusivi (art. 13 d.lgs. n. 210/2022) che rappresentano un'estrema *ratio*.

⁵² Su tali aspetti, A. Moliterni, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Bruzzone, R. Chieppa e A. Moliterni, Milano, Giuffrè, 2023, 166 ss.

L'ente pubblico, in questo quadro, è considerato il responsabile politico-amministrativo del servizio pubblico cui spettano principalmente poteri di regolazione e controllo, più che di gestione diretta (articoli 6, 7 e 8). Quest'ultima è lasciata preferenzialmente alle imprese sul mercato. Solo quando il gioco della concorrenza tra le imprese sul mercato si dimostri inidoneo o insufficiente a realizzare in modo ottimale il servizio pubblico – e di questo l'ente pubblico deve dare prova – allora si ammette l'intervento pubblico e quindi può legittimarsi anche l'*in house*. Il d.lgs. n. 201/2022 prevede in astratto quattro modalità di gestione del servizio (art.14): l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le regole del codice dei contratti pubblici, indicato come prima opzione; l'affidamento a società mista; l'affidamento a società *in house*, secondo le modalità specifiche sulle quali subito ci intratterremo e limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'art. 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al d.lgs. n. 267/2000.

Se già l'ordine dell'elenco è di per sé un indice di sfavore nei confronti dell'*in house*, la diffidenza nei confronti dell'istituto si manifesta in modo evidente nella disciplina stabilita dagli articoli 14 e 17 del citato decreto. Le disposizioni impongono una valutazione in due passaggi distinti e necessari⁵³. In particolare, l'art.14 esige che ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Inoltre è richiesto che l'ente debba dare conto degli esiti della valutazione prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione dettagliata. Ove poi l'ente si sia deciso ad addivenire a un affidamento diretto a società *in house* gli oneri motivazionali risultano ulteriormente integrati dalla necessità di un'ulteriore specifica confutazione, per gli affidamenti di valore superiore alle soglie di applicazione delle direttive sui contratti pubblici. Occorre, infatti, che l'ente «dia

⁵³ G. Fares e V. Lopilato, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Bruzzone, R. Chieppa e A. Moliterni, Milano, Giuffrè, 2023, 284 ss.

espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, ... i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche ...» (art.17).

Dunque, si afferma un complesso percorso valutativo articolato in due passaggi scanditi dalle norme e che richiede, in sintesi, ancora una volta, la puntuale verifica del fallimento di mercato e della specifica convenienza dell'*in house*, in termini di benefici per collettività che devono essere apprezzati riguardo ai diversi interessi pubblici rilevanti quali: l'entità degli investimenti, la qualità del servizio, i costi dei servizi per gli utenti, l'efficiente gestione della finanza pubblica, la garanzia dell'universalità e della inclusione sociale e la tutela dell'ambiente; deve essere dato conto poi del confronto con le pregresse gestioni *in house*. Inoltre, è posto un obbligo di stabile monitoraggio sugli esiti della gestione del servizio *in house* (art. 30, d.lgs. n. 201/2022) e l'ente locale deve dare conto, nel provvedimento di verifica sull'andamento della gestione richiesto dall'art. 20 del TUSP delle «ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'affidamento del servizio a società *in house*, anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione» (art. 17, d.lgs. n. 201/2022); è stato poi imposto un regime di pubblicità degli affidamenti diretti *in house* dei servizi pubblici locali sul sito dell'ANAC (art. 31, d. lgs. n. 201/2022).

Va segnalata da ultimo la speciale disciplina stabilita per l'*in house* riguardo i trasporti pubblici locali. Si è più sopra messo in evidenza che il diritto europeo in questo settore consente l'autoproduzione e quindi il ricorso all'*in house* con regole ancora più permissive. La disciplina stabilita dall'art. 34, d.lgs. n. 201/2022, che pure mostra di tenere in conto la specificità del settore, nondimeno non pare esente da rischi di incompatibilità con il diritto europeo dove in particolare riafferma espressamente l'applicabilità dell'art.14, commi 2 e 3 e dell'art. 17 e cioè le disposizioni che impongono gli obblighi di motivazione aggravata, secondo lo schema a due passaggi illustrato, e l'obbligo di pubblicazione della relazione nella quale l'ente prospetta l'affidamento *in house* prima di procedere al medesimo; vincolo questo che pare in distonia con l'ampia libertà già riconosciuta sul punto dalla Corte di giustizia⁵⁴.

⁵⁴ C. giust. UE, sez. X, sentenza del 24 ottobre 2019, cit.

Nonostante il richiamo al principio di autonomia dell'ente locale nell'organizzazione dei servizi (art. 13, d.lgs. n. 201/2022), dal complesso delle illustrate puntuali regole che circoscrivono la discrezionalità nella scelta dell'*in house* sembra prevalere piuttosto un atteggiamento di particolare sospetto nei confronti di questa modalità di organizzazione dei servizi pubblici.

A fronte di questo cristallino disegno che relega ancora una volta l'*in house* nel limitato ambito di una modalità di azione amministrativa sostanzialmente eccezionale, si pone il parzialmente diverso quadro normativo proprio del nuovo codice dei contratti pubblici del 2023.

In questo caso, il legislatore nazionale è stato mosso dal diverso intento di porre l'*in house* su un piano di equiordinazione rispetto al ricorso al mercato: segno evidente di ciò è stata l'abolizione del controllo dell'ANAC previsto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016. Tuttavia, la nuova disciplina dell'istituto nel suo complesso non pare in realtà così nettamente orientata a stabilire l'equiordinazione, come ci si appresta a chiarire.

Il nuovo codice del 2023 è caratterizzato dalla tecnica normativa qualificante di prevedere nel titolo I la positivizzazione dei principi della materia. Senza poter entrare in questa sede nel dettaglio della complessa questione, ci possiamo limitare a rilevare alcuni dati fermi. La relazione al codice⁵⁵ chiarisce che la scelta del legislatore governativo di aver voluto definire i principi della materia dei contratti pubblici risponde all'esigenza di «disciplinare valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme e dotati di una funzione “nomogenetica” rispetto alle singole norme». Sempre secondo la Relazione governativa: «(...) il (...) nuovo codice – nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (...) ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica. In questa direzione, si è voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (...), oppure utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative (...) o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti ‘diritto vivente’ (...) Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica)

⁵⁵ Relazione del Consiglio di Stato sullo «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici», 7 dicembre 2022, in www.giustizia-amministrativa.it, 12 ss.

in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge – soprattutto un codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla».

Va ricordato che non è la prima volta che il legislatore nazionale acceda all'idea di indicare i principi della materia dei contratti pubblici⁵⁶. Si deve convenire però con chi ritiene⁵⁷ che nel codice del 2023 si sia fatto uno sforzo tecnicamente più compiuto in tale senso rispetto al passato⁵⁸. In ragione del contenuto dettagliato delle disposizioni che contengono i principi, questi si candidano effettivamente a porsi come i parametri principali di orientamento dell'interpretazione, di soluzione delle eventuali antinomie e di chiusura del sistema in presenza di eventuali lacune.

In questo contesto, all'art. 7 è disciplinato il principio di auto-organizzazione amministrativa e si afferma che: «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea».

La norma costituisce una novità rispetto al d.lgs. n. 50/2016 e, in sé considerata, letteralmente esprime la regola secondo la quale le pubbliche amministrazioni godono di autonomia nella scelta su come organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi che si può concretizzare indifferentemente attraverso tre modalità tra loro distinte e alternative ovvero: l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione.

Il punto che resta però da chiarire è se le tre modalità siano effettiva-

⁵⁶ Già il codice adottato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e quello successivo di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 infatti prevedevano alcune disposizioni rubricate come principi. Su questa peculiare scelta di politica legislativa si veda M. P. Chiti, *Principi*, cit., 285 e ss.

⁵⁷ Osserva attenta dottrina che: «Vero è che il decreto legislativo n. 50 del 2016 conteneva a propria volta un Titolo I rubricato principi generali e disposizioni comuni (articoli da 1 a 3), ma è anche vero che laddove si vada a esaminare il contenuto concreto di tali articoli, si evince che essi non recavano previsioni qualificabili come genuinamente di principio... I compilatori del nuovo Codice quindi hanno inteso operare una decisa evoluzione rispetto al passato, riconoscendo una decisa centralità rispetto ruolo dei principi generali e attribuendo agli stessi uno statuto di genuina giuridicità (e quindi di piena *justiciability*)» C. Contessa, *Art. 1*, in *Codice dei contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, a cura di C. Contessa e P. del Vecchio, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, 136.

⁵⁸ Non ritiene invece che sotto questo profilo vi sia un cambio di paradigma rispetto al passato, F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme, Dir. e proc. amm.*, 8 giugno 2023 reperibile su <https://www.giustiziainsieme.it/>.

mente, e cioè alla luce del complesso quadro normativo recato dal nuovo codice, poste su un piano di equiordinazione.

A ben vedere paiono esistere indici normativi che depongono per l'affermazione di un rapporto di equiordinazione, ma ve ne sono anche altri che, invece, orientano nel senso di opposto di continuare a far ritenere l'*in house* una modalità eccezionale da dover giustificare rigorosamente.

L'art. 7 in se considerato esprime l'idea che l'*in house* costituisca una modalità organizzativa equipollente rispetto al ricorso al mercato⁵⁹. È vero che il c. 2 disciplina ancora una volta un obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante che voglia affidare un contratto a un soggetto *in house*: tuttavia l'obbligo appare indubbiamente attenuato e semplificato, rispetto a quello imposto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016. La disposizione, infatti, si limita a suggerire quali elementi occorre tenere in considerazione nell'elaborare le motivazioni e così sono rilevanti: i vantaggi per la collettività e le connesse esternalità positive, la congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione; la celerità del procedimento e il razionale impiego di risorse pubbliche.

Per quanto concerne poi i servizi strumentali alle esigenze proprie delle organizzazioni amministrative, la motivazione dell'affidamento diretto *in house* sarà ritenuta sufficiente ove si limiti a illustrare i vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. E per semplificare viepiù l'onere, la legge dispone testualmente che i vantaggi di economicità possono essere dimostrati anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza o con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

Altra novità che orienterebbe nel senso di ritenere l'*in house* una modalità ordinaria di azione della pubblica amministrazione è che viene espressamente ammesso anche per i contratti finalizzati all'acquisizione di beni e non solo di servizi.

È prevista una forma di pubblicità della scelta dell'*in house*, ma senza alcun meccanismo di controllo amministrativo. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla banca dati nazionale dei contratti pubblici, attraverso le piattaforme telematiche di cui all'art. 25 del nuovo codice, anche la comunicazione sugli affidamenti diretti a società *in house* (art. 23 del nuovo codice): è chiaramente una pubblicità con esclusivo valore dichiarativo.

⁵⁹ Cfr. A. Giordano, *Art. 7, in Codice dei contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, cit., 159.

***in house*: un istituto ancora controverso in ambito nazionale**

In definitiva, l'amministrazione pubblica aggiudicatrice resta l'unica responsabile di disporre l'affidamento diretto in presenza delle condizioni generali richiamate espressamente dal nuovo codice. L'affidamento *in house* è, infatti, normativamente definito come: l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'art. 2, c. 1, lett. o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'art. 12, paragrafi 1, 2 e 3, della dir. 24/2014/Ue e dall'art. 17, paragrafi 1, 2 e 3 della dir. 23/2014/Ue, nonché, per i settori speciali, dall'art. 28, paragrafi 1, 2 e 3, della dir. 24/2014/Ue (allegato I.1, art. 3).

Dal che deriva, quindi, che, se l'amministrazione vuole affidare direttamente un contratto a una società, quest'ultima deve rispettare sia i requisiti stabiliti dal d.lgs. n. 175/2016 (TUSP), sia i classici requisiti e le condizioni dell'*in house* come positivizzati dalle direttive europee 23 e 24 del 2014 e recepiti nel nuovo codice.

Non vi è, dunque, l'obbligo di porre in essere specifiche analisi economiche volte a dimostrare il fallimento di mercato. Occorre, infatti, approntare una motivazione che, come è per regola generale stabilita dall'art. 3 della l. n. 241/1990, deve dare conto dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. L'art. 7 del nuovo codice non fa altro che specificare quali possono essere i presupposti di fatto da tenere in considerazione nella situazione specifica e cioè la sussistenza dei requisiti di legge che consentono l'*in house*. Si tratta, in sintesi, di illustrare le ragioni che sono alla base della scelta discrezionale di avvalersi di un istituto previsto dall'ordinamento che non sembrerebbe però più considerato come eccezionale.

Il problema interpretativo sorge però nel momento in cui si legge l'art. 7 nel contesto più ampio della trama degli altri principi codificati, operazione del resto necessitata proprio in ragione dei vincoli imposti all'interprete dal titolo I sui principi e sopra illustrati.

Si pone, in altri termini, la questione pregiudiziale di stabilire come questo nuovo principio debba essere interpretato, tenendo conto del fatto che lo stesso si inserisce nel contesto degli altri principi. Primario criterio ermeneutico è dettato dall'art. 4 del nuovo codice che stabilisce che «Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3». Queste ultime disposizioni esprimono a loro volta i principi del risultato (art.1), della fiducia (art.2) e dell'accesso al mercato (art. 3).

Pertanto, dalla lettera del nuovo codice deriva che le norme recate dai

primi tre articoli hanno un valore primario e condizionante l'interpretazione di tutte le altre disposizioni del codice.

Chiarissima in merito la relazione sullo schema definitivo di codice dei contratti pubblici⁶⁰: «La disposizione in esame evidenzia la natura fondante dei primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici».

Applicando tali coordinate ermeneutiche, ne deriva che l'art. 7, che esprime nel significato chiarito il principio auto-organizzazione amministrativa, deve essere letto alla luce dei primi tre articoli che ne contribuiscono a specificare il significato.

Pertanto, il principio di autoorganizzazione deve essere compreso tenendo conto dell'art. 3 che afferma il diverso principio, ma questo però fondante e condizionante, dell'accesso al mercato in questi termini: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità». Chiarisce significativamente la relazione allo schema ricordata: «Il principio in questione risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici.

Il principio dell'accesso al mercato rappresenta a sua volta un risultato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire attraverso la funzionalizzazione dei principi più generali richiamati».

Così inteso il principio di accesso al mercato, che si denota puntualmente come obbligo per l'amministrazione pubblica di favorire e ampliare l'area del mercato, consentendo agli operatori – implicitamente, ma senza equivoco, le imprese private – il più largo accesso alle commesse pubbliche, non può che indurre una lettura restrittiva dell'istituto dell'*in house*. Come chiarisce la relazione ricordata, conservare e implementare il mercato concorrenziale non può che significare necessariamente fare in modo che un

⁶⁰ Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, cit., 16.

mercato possa esserci e possa essere il più esteso possibile; tale obiettivo è per definizione frustrato quando l'amministrazione scelga di optare per il ricorso alle internazionalizzazioni tramite l'*in house*.

Aver conferito al principio dell'accesso al mercato un'autonoma collocazione, averlo letteralmente distinto dallo stesso principio della concorrenza, che anzi assume nel nuovo codice una più decisa connotazione strumentale rispetto al principio-fine del risultato⁶¹, aver attribuito al principio dell'accesso al mercato – e non al principio di concorrenza – il rango di principio fondante della materia comporta, a nostro parere, la necessità di una lettura restrittiva del pure affermato principio di autorganizzazione amministrativa stabilito dall'art.7, disposizione che quel rango primario non ha e che perciò trova nel poziore principio dell'accesso al mercato una delimitazione di significato determinante.

Da ciò discende che la discrezionalità della stazione appaltante, che non apparirebbe condizionata dall'art. 7 in sé, è, invece, positivamente orientata dall'art. 3. La scelta a monte se accedere al mercato e cioè se contribuire a implementare il mercato espandendo le occasioni di concorrenza tra operatori privati oppure operare in autoproduzione – e quindi sottrarre con ciò, per definizione, spazi di azione agli operatori economici – non è a bene vedere una scelta del tutto neutra per il nuovo quadro normativo: la stazione appaltante dovendo, infatti, primariamente dare attuazione al principio dell'accesso al mercato e quindi, come anche incisivamente affermato dalla relazione al codice, garantire agli operatori economici il più ampio accesso alle procedure ad evidenza pubblica, dovrà sempre, quanto meno, motivare adeguatamente la scelta che si pone in inevitabile conflitto con un principio fondante della materia.

In termini concreti, questa interpretazione riduttiva del principio di autodeterminazione sembra possa comportare quantomeno meno un rafforzamento dell'onere di motivazione. Se l'art. 7 richiamato lo ha semplificato non richiamando più l'esigenza di dimostrare il fallimento di mercato, l'art. 3, tuttavia, chiede di prendere posizione sul perché nel caso di specie si possa adottare una scelta in contrasto con l'obbligo di accesso al mercato. Inoltre, l'art. 3 comporterà, per conseguenza, un potenziamento dell'intensità del sindacato giurisdizionale sulla stessa motivazione di addivenire

⁶¹ Su tali aspetti C. Contessa, *Art. 1*, in *Codice dei contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, cit., 138 e 139 osserva che il nuovo Codice nel riconoscere un ruolo primario al principio del risultato, si è evitato di riconoscere al principio di concorrenza il valore assorbente e totalizzate che lo stesso aveva nella precedente legislazione, sottolineandosi la sua valenza strumentale.

all'affidamento *in house*: scelta che, come noto, può essere sindacata da tutti gli interessati e principalmente dalle imprese che avrebbero titolo a fornire all'amministrazione pubblica quei beni, quei servizi e quei lavori che la stessa ritiene di autoprodurre, sottraendoli al mercato⁶².

Nonostante l'art. 7 abbia semplificato gli oneri motivazionali, nonostante sia stato abolito il meccanismo di controllo amministrativo *ex post* previsto dall'art. 192 del d. lgs. n. 50/2016, la primazia attribuita allo specifico principio di accesso al mercato – che è stato tenuto distinto dal principio di concorrenza – nei confronti del principio di autodeterminazione amministrativa sembra orientare ancora verso una lettura restrittiva dell'istituto dell'*in house*: pertanto, la scelta a monte sul se rivolgersi al mercato oppure ripiegare sull'autoproduzione si pone, ancora una volta, come un'opzione tra una via considerata dall'ordinamento primaria – l'accesso al mercato – e una secondaria, l'autoproduzione. Spetterà alla giurisprudenza chiarire, in ultima analisi, il rapporto effettivo tra l'art. 3 e l'art. 7 del nuovo codice, ma la ricostruzione illustrata appare una lettura aderente al nuovo testo normativo.

Non è detto che un simile effetto di mitigazione e, in definitiva, di contenimento del principio di autodeterminazione che nella relazione al codice si è dichiarato di voler rafforzare, sia stato pienamente voluto dai codificatori. Nondimeno, come noto, le proposizioni linguistiche normative si distaccano dai loro autori storici – e dalle loro concrete intenzioni – ed esprimono significati oggettivi che l'interprete è tenuto a ricostruire sulla base del complesso delle disposizioni pertinenti nel quale le stesse si collocano. Nella specie è la stessa disciplina dei principi primari del nuovo codice a far propendere per una simile lettura.

⁶² Il nuovo Codice dei contratti pubblici all'art. 209 integrando il codice del processo amministrativo stabilisce una disciplina puntuale per sollevare tali contestazioni. Si dispone che dalla determinazione di procedere all'affidamento *in house* al soggetto partecipato o controllato decorre il termine di 30 giorni per gli interessati che vogliono contestarla in giudizio. Per la decorrenza del termine, l'avviso deve contenere la motivazione dell'atto di aggiudicazione e della scelta di affidare il contratto senza pubblicazione del bando e l'indicazione del sito dove sono visionabili gli atti e i documenti presupposti. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi indicate, il ricorso può essere proposto non oltre sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto comunicata ai sensi del codice dei contratti pubblici. Alla contestazione dell'affidamento diretto si applica, dunque, il rito speciale disciplinato dall'art. 120 c.p.a. nella versione modificata dal nuovo codice dei contratti pubblici.

5. Conclusioni: le diverse declinazioni del principio di concorrenza, i differenti limiti alle discrezionalità dell'amministrazione e al connesso sindacato del giudice

Nei due recenti interventi in materia di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali del 2022 e sui contratti pubblici del 2023, il legislatore nazionale è intervenuto di nuovo stabilendo una puntuale disciplina della scelta discrezionale se addivenire all'autoproduzione, mediante l'affidamento diretto *in house* o se rivolgersi agli operatori economici sul mercato, sollecitando l'attivazione della concorrenza tra gli stessi.

Questa scelta è dal diritto europeo lasciata libera per gli ordinamenti nazionali, che possono anche condizionarla e restringerla nel senso di limitare la discrezionalità delle amministrazioni pubbliche. È la via percorsa dal nostro legislatore più recente: in modo rigoroso e cristallino nel d.lgs. di riordino dei servizi pubblici locali e, in modo più ambiguo, nel nuovo codice dei contratti pubblici. I due plessi normativi, infatti, pongono regole di dettaglio diverse, ma in ogni caso in entrambi la scelta dell'autoproduzione appare un'opzione secondaria.

Nella disciplina di riordino dei servizi pubblici locali, lo sfavore per l'*in house* discende dalla riaffermazione del principio della concorrenza letto nell'accezione nazionale che lo intende anche come espressivo di un vincolo per l'amministrazione a sostenere e ampliare l'area del mercato ove si svolge la competizione tra imprese private; nel nuovo codice dei contratti, il principio di concorrenza perde quella connotazione nazionale specifica, aderendo ai significati che esso esprime nel diritto europeo (quindi locuzione sintetica che indica l'esigenza della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza da applicare quando l'amministrazione si rivolge al mercato), ma viene affiancato e condizionato dal distinto principio dell'accesso al mercato, come visto, ascritto letteralmente al novero dei principi primari di settore e, a nostro parere, pertanto idoneo a limitare il principio di autodeterminazione al quale si è riconosciuto un valore formale inferiore.

Tale esito, che appare comunque ammissibile per il diritto europeo, restituisce tuttavia un'immagine alquanto disorganica a livello nazionale. Esso è il frutto di un non risolto contrasto esistente nel Paese sui vantaggi effettivi dell'istituto.

Da un lato, si registra una prassi amministrativa e politica molto diffusa, sia nel settore dei servizi pubblici locali, ma anche a livello dell'amministrazione nazionale centrale per servizi di varia natura, che ancora considera la scelta dell'*in house* preferenziale e, si badi, tale soluzione incontra favori *bipartisan*. Testimonianza di ciò sono il numero e l'importanza degli affida-

menti diretti tutt'ora esistenti⁶³, nonostante la politica legislativa nazionale sopra illustrata.

Dall'altro lato, vi sono le indicazioni provenienti da autorità come l'Anti-trust⁶⁴ e l'ANAC⁶⁵, alla stregua della rispettiva *expertise* tecnica, e gli orientamenti prevalenti dalle magistrature amministrative come il Consiglio di Stato⁶⁶ e la

⁶³ Si veda l'analisi contenuta nel Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche, elaborato a cura della Direzione VII Valorizzazione del patrimonio pubblico del MEF, nel dicembre 2022. Che dà conto della vastità del fenomeno. Il Rapporto può essere scaricato dal sito Internet del Dipartimento del Tesoro <http://www.dt.mef.gov.it/>.

⁶⁴ È lunga e coerente la tradizione dell'Antitrust a favore di una lettura riduttiva dell'*in house*. Per citare solo i documenti più recenti e rilevanti, si vedano la segnalazione AS1893 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2023; A S1736 – parere all'ANAC sullo Schema di linee guida sugli oneri motivazionali nei casi di affidamento in house, 2021.

⁶⁵ È sufficiente consultare lo schema di linee guida elaborato dall'ANAC, reperibile sul sito <https://www.anticorruzione.it/>, in attuazione dell'art. 192 d.lgs. n. 50/2016, il 14 settembre 2021 ovvero poco prima dell'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici e, per tale ragione, bloccato in sede di parere dal Consiglio di Stato n. 1614/2021 del 7 ottobre 2021, In quel testo, si stabiliva una disciplina che circoscriveva l'*in house* nell'ambito di un'eccezione; non stupisce quindi che l'ANAC abbia sollevato perplessità nei confronti della intenzione dei codificatori del 2023 di abolire il controllo amministrativo sui requisiti dell'*in house* cfr. Osservazioni di ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19: «Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici» (art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78).

⁶⁶ Tra le molte, ad esempio si veda Cons. St. V, 6 maggio 2022, n. 3562: «la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è univoca nel richiedere:

- per un verso, una valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, di modo che ciascuno di essi deve sussistere per supportare l'affidamento in house, compreso quello di economicità della gestione; è infatti imposto all'amministrazione di dare conto, attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'*in house providing*, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di “universalità e socialità” del servizio, nonché di “efficienza” e di “qualità” del servizio, oltreché di “ottimale impiego delle risorse pubbliche”), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro;

- per altro verso, il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi (cfr. Cons. Stato, 27 agosto 2021, n. 6062, in specie laddove si osserva che “deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur se per ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano

Corte dei conti⁶⁷ che, in adesione al dettato normativo, invece, continuano a considerare questa scelta come subottimale perché ritenuta meno efficiente, meno idonea a contrastare la corruzione e a contenere la spesa pubblica improduttiva e in contrasto con la richiamata accezione del principio di concorrenza come obbligo di favorire l'accesso al mercato.

Il legislatore nazionale in questi due ultimi atti normativi di grande rilievo non sembra essere riuscito a operare una sintesi organica: essi pur essendo coevi, sembrano espressione di indirizzi politici diversi. D'altro canto, a ulteriore conferma dell'ambivalenza degli orientamenti legislativi recenti, si deve osservare che lo strumento dell'*in house* è stato considerato un utile supporto tecnico-operativo per le amministrazioni pubbliche per agevolare l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027⁶⁸. In tal modo, anche il legislatore che ha definito il quadro normativo all'interno del quale il PNRR si svolge ha ritenuto, si potrebbe dire inaspettatamente, l'*in house* un mezzo virtuoso, idoneo a consentire un'a-

carattere equiordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza (o errata valutazione) di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione in house, debba automaticamente cadere la scelta complessiva»; nello stesso senso, Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021 n. 2102 e sez. III, n. 1564 del 3 marzo 2020.

⁶⁷ Cfr. Corte dei Conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, Relazione 2021, deliberazione n. 15/sezaut/2021/frg; e significativamente il parere emesso da Sez. reg. controllo Lazio n. 59/2023/PASP, del 30 marzo 2023, in relazione alla decisione del Comune di Roma di aumentare la partecipazione indiretta in una società mista cui sono affidati numerosi servizi global. Gli scopi dell'operazione erano la costituzione del controllo analogo su Roma Multiservizi s.p.a. e il conseguente affidamento diretto del servizio scolastico integrato. Nella delibera si legge: «Per contro, il ricorso all'intermediazione di una società in house per l'autoproduzione e l'erogazione di beni e servizi, anche strumentali, resta circondato da un chiaro sfavore ordinamentale, come risulta dall'art. 4, comma 4, del Tusp e dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 (richiamato, a sua volta, dall'art. 16, comma 7, Tusp), norme che dispongono limiti precisi alla costituzione e affidamento diretto di beni e servizi a tali soggetti. Tale approccio resta confermato dall'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022, il quale ha ribadito che gli "enti locali e gli altri competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società in house, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al d.lgs. n. 175 del 2016».

⁶⁸ Così dispone l'art. 10 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 31 maggio 2021, n. 129, recante appunto «Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», reperibile sul sito istituzionale.

zione amministrativa più snella e rapida di quella che riescono a svolgere le organizzazioni amministrative pubbliche tradizionali.

Si conferma, pertanto, la realtà di un istituto ancora controverso nel nostro Paese.

Abstract

The paper examines the institution of the in-house providing following the adoption of two recent legislative interventions. The analysis highlights the partial differences in the regulation of the in-house in the two legal disciplines. The paper begins with the presentation of the in-house in European law, illustrating the most recent evolution of national legislation and jurisprudence. It then focuses on the new rules contained, on the one hand, in the recent legislation on local public services and, on the other hand, in the Public Contracts Code adopted in 2023. In conclusion, it reflects on the different declinations of the principle of competition and the limits on administrative discretion and the consequent judicial review.

REGOLE A TUTELA DELL'UTENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO 1. Un inquadramento del tema. – 2. La regolazione del servizio tramite la separazione delle funzioni e la disciplina dell'incompatibilità e dell'inconferibilità. – 3. La tutela dell'utenza nell'istituzione del servizio pubblico locale. – 4. La regolazione del pubblico servizio a tutela dell'utenza: profili economico-contrattuali. – 4.1. Il contratto di servizio. – 4.2. La carta dei servizi. – 4.3. Le tariffe e i criteri di definizione. – 4.4. Le vicende del rapporto contrattuale. – 4.5. Vigilanza, controllo, trasparenza. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Un inquadramento del tema

Il contributo intende approfondire la regolazione dei servizi pubblici locali, così come disciplinati dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica»¹, denominato anche «Testo unico di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» (d'ora in avanti TUSPL), in funzione della tutela degli utenti finali. Dalla lettura del testo, accanto alle numerose disposizioni più specificamente rivolte alle forme gestorie e alla disciplina delle reti², emergono diverse norme che delineano un quadro normativo per la salvaguardia dei beneficiari del servizio e dei relativi diritti.

Il tema non è certamente nuovo, considerando l'ampio dibattito dottrinale sia sul versante della regolazione generale della materia³, soprattutto

¹ Con la specificazione che il d.lgs. n. 201/2022 è stato adottato in attuazione della legge delega contenuta nell'art. 8, l. 5 agosto 2022, n. 118.

² Si v., in particolare, le disposizioni di cui al titolo III, capo II e al titolo IV.

³ La letteratura sui servizi pubblici locali è notoriamente copiosa. Tra i contributi più recenti, si v. M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir., I Tematici*, III. *Le funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, 1095; S. Valaguzza, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti. Anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici sociali*, in questa *Rivista*, 2022, 293 ss.).

in ragione delle note difficoltà, se non vere e proprie inquietudini, che ne hanno caratterizzato l'evoluzione normativa⁴, sia sul versante delle regole poste a tutela dell'utenza in questa sede attenzionato, del quale alcuni studiosi si erano già occupati⁵. Tuttavia, l'opportunità di un nuovo approfondimento in quest'ultima direzione pare utile perché il d.lgs. n. 201/2022 costituisce una normativa organica molto attesa⁶, il che giustifica delle riflessioni sulle modalità in cui la regolazione del servizio possa incidere sulle forme di tutela dell'utenza.

Peraltro, l'importanza di garantire i diritti degli utenti è ancor più significativa a fronte del fatto che il TUSPL si rivolge ai servizi locali di rilevanza economica⁷ – né potrebbe essere altrimenti in forza della pronuncia della

In precedenza, tra gli studi più significativi, senza pretese di completezza, M. Cammelli, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 55 ss.; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 123 ss.; Id., *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 21 ss.; G.F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss.

Per gli studi monografici sul tema, G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici locali*, Napoli, Jovene, 1993.

⁴ Non è questa la sede per ripercorrere il quadro normativo che, anno dopo anno, si è sovrapposto in tema di servizi pubblici locali, a partire dalla l. 8 giugno 1990, n. 142, giungendo al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, passando per il noto referendum abrogativo del 2011 e per la successiva pronuncia della Corte cost. 20 luglio 2012, n. 199. Per un approfondimento, si v. M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, in questa *Rivista*, 2012, 522 ss.; Id., *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in questa *Rivista*, 2013, 439 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2012, 27 ss.; T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'"instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in questa *Rivista*, 2012, 471 ss.; J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 155 ss.

⁵ M. Ramajoli, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss.; S. Spuntarelli, *La legge regionale lombarda in tema di servizi tra piani, liberalizzazioni e tutela degli utenti*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 383 ss.; sullo specifico versante delle prestazioni sanitarie, R. Ferrara, *Professioni mediche e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti: appunti*, in *Sanità pubblica*, 1999, 1077 ss.; su un versante più specificamente processuale, V. Molaschi, *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, 619 ss.

⁶ Ne segnalava già l'esigenza, all'indomani della riforma Madia (sulla quale si v. *infra*), G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e demunicipalizzazione*, in questa *Rivista*, 2016, n. 1, V ss.

⁷ È bene precisare, inoltre, che il d.lgs. n. 201/2022, all'art. 2, c. 1, lett. c), risolve in modo definitivo le incertezze in merito all'uniformità della nozione tra servizio pubblico locale e servizio di interesse economico generale (di derivazione europea), sancendone la

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

Corte costituzionale 13 luglio 2004, n. 272, che ha riconosciuto una più estesa potestà legislativa alle regioni per i servizi che ne sono privi⁸ – il cui costo ricade direttamente sui fruitori della prestazione. Questo aspetto non è affatto secondario: il pagamento diretto del servizio da parte degli utenti tramite apposite tariffe rappresenta una peculiarità del d.lgs. n. 201/2022⁹, perché è proprio l'assunzione del costo da parte del beneficiario – e non dell'ente affidante – che connota sul piano ontologico la concessione di servizio pubblico locale, impedendo che essa si trasformi in qualcos'altro, e segnatamente in un appalto pubblico di servizi, con l'applicazione della distinta normativa del codice dei contratti pubblici¹⁰. Non a caso, l'art. 15 del TUSPL ritiene preferibile, ove possibile in base alle sue caratteristiche, l'affidamento del servizio tramite concessione e non tramite appalto, di fatto richiedendo che la prestazione sia “sostenibile” sul mercato. La norma rappresenta una significativa novità del d.lgs. n. 201/2022 e, soprattutto, dimostra l'intenzione del legislatore di adeguarsi al considerando n. 18 dir. 2014/23/UE¹¹, il quale definisce la concessione di servizi come lo strumento che «implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare

sinonimia, definendoli come «servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità».

⁸ G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27 ss.

⁹ L'art. 2, c. 1, lett. h): definisce le tariffe come «i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte».

¹⁰ Si ricorda, infatti, che il criterio discrezionale tra le *species* contrattuali dell'appalto e della concessione si fonda sul concetto di «traslazione del rischio operativo» ex art. 177, d.lgs. n. 36/2023 e, più in generale, sulla natura “trilaterale” del rapporto (per maggiori approfondimenti *infra*). In merito al problema della confusione definitoria tra concessioni di servizio pubblico e appalto pubblico di servizi, questo è già emerso in passato quando il giudice amministrativo, proprio in forza delle diverse modalità di pagamento della prestazione, giungeva alla paradossale conclusione – solo per fare un esempio concreto – che il servizio di raccolta rifiuti fosse un appalto pubblico di servizi e, di contraltare, il servizio di illuminazione votiva dei cimiteri fosse una concessione di pubblico servizio, di fatto confondendo la *ratio* e la natura dell'uno e dell'altro a causa delle modalità di pagamento della prestazione. Per una lettura più dettagliata, e sulle criticità legate alla “volgarizzazione del concetto di “servizio pubblico” e alla confusione tra questo e l'appalto di servizi, rispettivamente, M. Cammelli, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, Cedam, 1998, 40 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*; in tema anche G. Torelli, *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 701 ss.

¹¹ Ancor prima, si v. l'art. 1.1.2. del Libro verde della Commissione europea (2004).

gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali».

Tanto premesso, è bene a questo punto esaminare le norme che meglio caratterizzano il rapporto tra regolazione del servizio e tutela dell'utenza, premettendo che, oltre al tradizionale richiamo al contratto di servizi e alle carte di servizi (di cui *infra*), il d.lgs. n. 201/2022 si lascia apprezzare per avere individuato ulteriori strumenti a garanzia della qualità delle prestazioni erogate e, dunque, a salvaguardia delle esigenze della collettività.

2. La regolazione del servizio tramite la separazione delle funzioni e la disciplina dell'incompatibilità e dell'inconferibilità

In tema di tutela dell'utenza tramite la regolazione dei servizi pubblici locali, un aspetto di indubbio interesse del TUSPL è, da un lato, quello della separazione tra le funzioni di regolazione e gestione e, dall'altro, quello della disciplina dell'incompatibilità e inconferibilità: profili che, come si vedrà nel prosieguo, sono tra loro strettamente connessi¹².

La separazione tra regolazione e gestione del servizio non è questione nuova¹³ ed, anzi, è primariamente dovuta alla necessità di adeguare il quadro normativo nazionale sui servizi pubblici alle richieste europee di natura concorrenziale¹⁴; ciò non toglie, però, che la distinzione tra le funzioni in

¹² È quanto evidenzia, M. Dugato, *Art. 6*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Chieppa, G. Bruzzone e A. Moliterni, Milano, Giuffrè, 2023, 127 ss., il quale sostiene che il regime dell'incompatibilità e dell'inconferibilità costituiscono, più che uno strumento di attuazione del principio di separazione, la sua stessa essenza e la sua rappresentazione. Lo stretto collegamento tra regolazione-gestione e incompatibilità-inconferibilità emergeva già dall'art. 8, d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

¹³ In attuazione delle richieste europee, già l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, di riforma dei servizi pubblici locali, sanciva il principio di separazione tra proprietà e regolazione delle reti, da un lato, ed erogazione del servizio, dall'altro. In seguito, la previsione fu confermata dall'art. 23-*bis*, c. 10, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, entrambi convertiti in legge. Per alcuni approfondimenti in letteratura, cfr. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2581 ss., spec. 2592 ss.; L.R. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, 575 ss.

¹⁴ Uno degli atti europei più importanti in tal senso è stata la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea (Atto di messa in mora 8 novembre 2000). In letteratura, sul principio di separazione tra regolazione e gestione, con un approccio organico al "cuore" del problema ed un ampio richiamo al quadro giuridico europeo, S. Del Gatto, *I servizi pubblici*, in *La nuova Costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2021, 170 ss.; R. Garofoli, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione alla regolazione dei servizi pubblici*,

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

oggetto determini significativi riflessi anche sul versante della tutela dell'utenza, poiché la salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato è funzionale non solo a consentirvi l'accesso agli operatori economici, ma anche a garantire una maggiore offerta e qualità dei servizi a favore degli utenti¹⁵, con l'obiettivo finale di evitare una qualsiasi situazione di monopolio¹⁶.

Ancora, va ricordato che l'art. 19, c. 1, lett. l), l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. «Riforma Madia»), aveva già ribadito la centralità del principio di separazione tra regolazione e gestione, da attuare anche per mezzo della disciplina dell'incompatibilità e dell'inconferibilità, richiedendo «una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi, anche attraverso la modifica della disciplina sulle incompatibilità o sull'inconferibilità di incarichi o cariche»¹⁷. Poco importa che l'art. 19, c. 1, lett. l), invero assieme ad altre disposizioni dello stesso articolo, sia stato dichiarato incostituzionale dalla nota sentenza 25 novembre 2016, n. 251: infatti, la Consulta non sancì “nel merito” l'illegittimità costituzionale della norma, limitandosi a censurare la procedura seguita dal legislatore delegato, il quale avrebbe dovuto prevedere che l'adozione dei decreti legislativi attuativi della riforma Madia avvenisse previa intesa con le regioni in sede

in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 158 ss.; R. Arrigoni, *Regolazione e gestione nelle “public utilities”: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 87 ss.; più di recente, a conferma della ultra-vigenza del principio di separazione regolazione-gestione, G. Sirianni, *Funzioni di regolazione, funzioni di gestione e incompatibilità secondo il d.P.R. n. 168/2010*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 787 ss.

¹⁵ Così anche B.G. Mattarella, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Parte generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 729 ss.

¹⁶ Sul tema della riduzione del monopolio la letteratura è estremamente vasta. Tra i tanti, senza pretese di completezza, S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378 ss.; G. della Cananea, *Privatizzazioni senza autorità di regolazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 490 ss.; L. Ammannati, *La privatizzazione in Italia: alla ricerca di un progetto*, in *La privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, a cura di L. Ammannati, Milano, Giuffrè, 1995, 5 ss.; V. Parisio, *Servizi pubblici, e monopoli*, in *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, a cura di E. Picozza, Rimini, Maggioli, 1996; tema, quello del monopolio, affrontato, seppur in modo tangente, anche da D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1999, 141 ss.

¹⁷ Per un commento generale alla riforma Madia, B.G. Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.; E. Follieri, *La riforma della pubblica amministrazione nella L. 7.8.2015 n. 124 ed il ruolo della dottrina*, in *www.giustamm.it*, 2015. Con particolare riguardo alla delega per la disciplina dei servizi pubblici locali, H. Bonura e G. Fonderico, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 651 ss.; F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 14.

di Conferenza unificata e non, come invece stabilito, a seguito di un mero parere¹⁸.

Piuttosto, è importante evidenziare il fatto che il legislatore aveva già percepito con la riforma Madia l'opportunità di disegnare una riforma organica dei servizi pubblici locali attuando il principio di separazione tra le funzioni di regolazione e di gestione tramite la disciplina della incompatibilità e inconfiribilità di incarichi professionali, assunti a veri e propri principi e criteri direttivi della materia; tanto è vero che, in esecuzione dell'art. 19, l. n. 124/2015, fu esperito un tentativo di disciplina organica dei servizi pubblici locali attraverso una bozza di decreto legislativo, mai entrato in vigore, il quale appunto regolava i summenzionati temi in tre norme distinte¹⁹.

Oggi, diversamente, il d.lgs. n. 201/2022 sintetizza all'interno del solo art. 6 i seguenti profili: il principio di separazione tra funzioni di regolazione, di indirizzo e controllo, e le funzioni di gestione; il regime delle incompatibilità e delle inconfiribilità a presidio di tale principio; la disciplina dei divieti e delle inconfiribilità.

Fatte queste precisazioni, si può ora muovere verso l'analisi dell'art. 6, specificando come i c. 1 e 2 si focalizzano sulla separazione delle funzioni, mentre quelli successivi sul regime di incompatibilità e inconfiribilità.

Il c. 1 conferma la regola dell'esercizio separato della regolazione (oltre che di indirizzo e controllo) e della gestione dei servizi pubblici a rete, mentre il c. 2 segnala che, al fine di garantire la separazione, gli enti di governo dell'ambito o le autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio²⁰. Con riguardo al c. 1, sorge un primo dubbio interpretativo: cioè, se il principio di separazione tra regolazione e gestione valga solo per i servizi a rete – come

¹⁸ La sentenza ha suscitato un fervente dibattito in dottrina, spesso condito da aspre critiche in virtù di un ragionamento talvolta ritenuto apodittico. Tra i commenti più significativi alla pronuncia, A. Sandulli, *Le regioni nel procedimento legislativo statale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in questa *Rivista*, 2017, 191 ss.; S. Battini, *Riforme amministrative e Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2016, n. 3, V ss.; A. Poggi, *Corte costituzionale e principio di "lealtà" nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni*, in *www.federalismi.it*, 2017, n. 19; R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 3;

¹⁹ Per una lettura dello schema di decreto legislativo del 2016, come detto mai adottato, ed in particolare delle norme di riferimento, ossia gli artt. 18, 19 e 20, si rinvia alla seguente pagina web del Ministero per la pubblica amministrazione: <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-03-2016/dlgs-servizi-pubblici-locali>.

²⁰ Con la specificazione, nell'ultimo periodo del c. 2, che «Non si considerano partecipate indirettamente le società formate o partecipate dagli enti locali ricompresi nell'ambito».

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

sembrerebbe dal tenore letterale della norma²¹ – o se al contrario valga per qualsiasi servizio pubblico locale di rilevanza economica. In realtà, alcuni studiosi osservano, ed il loro pensiero è condiviso in questa sede, che il principio di separazione tra regolazione e gestione non sarebbe confinato nell'ambito dei servizi “a rete”: ciò non solo perché l'art. 8, c. 1, lett. c), della legge delega (l. 5 agosto 2022, n. 118) non discrimina tra servizi a rete e non a rete, ma soprattutto perché l'art. 6, c. 3, d.lgs. n. 201/2022²², prevede un obbligo di distinzione tra le strutture dell'ente locale incaricate della regolazione e quelle a qualunque titolo coinvolte nella gestione, senza differenziare tra le tipologie di servizi²³. In altre parole, il principio di separazione delle funzioni è necessario per assicurare una soddisfacente qualità e universalità delle prestazioni e rappresenta un principio ordinatore del sistema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²⁴.

Soffermandosi sul già menzionato art. 6, c. 3, questo considera il principio di separazione tra regolazione e gestione per tutte le tipologie di servizi sul piano dell'incompatibilità, da intendersi come “conflitto funzionale”: la norma pretende che, qualora gli enti locali titolari ai quali spetta la regolazione assumano altresì la gestione direttamente o per mezzo di soggetto partecipato, è fatto obbligo di individuare apposite strutture, servizi, uffici ed unità organizzative, oltre che dirigenti e dipendenti, preposti alla regolazione e, allo stesso tempo, individuare distinte strutture e personale da adibire alla gestione ed all'affidamento del servizio, con evidenti riflessi sul livello organizzativo. In breve, il d.lgs. n. 201/2022 affronta il tema delle incompatibilità strutturandolo (anche) sui profili regolatori ed organizzativi.

Con riguardo al regime delle inconfiribilità, l'art. 6, c. 4, d.lgs. n. 201/2022, definisce un sistema di carattere preventivo²⁵ appositamente rivolto ai servizi pubblici locali, funzionale a garantire l'efficienza e la trasparenza del sistema costruito sul principio di separazione tra le funzioni, e che si aggiunge al più generale quadro normativo di cui al d.lgs. 8 aprile 2013,

²¹ Infatti, l'art. 6, c. 1, recita: «[...] a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente».

²² Disposizione applicabile a tutti i servizi, non solo a quelli a rete.

²³ M. Dugato, *Art. 6*, cit., 131-132.

²⁴ *Id.*, *op. cit.*, 132, ricorda che, semmai, le previsioni del TUSPL sono diverse con riguardo ai servizi a rete e non a rete, ma limitatamente alle modalità con cui rendere effettiva la separazione. Ad esempio, con riferimento ai servizi a rete, la separazione implica l'alterità tra enti di regolazione e soggetti gestori e, con riferimento ai servizi non a rete, implica la netta distinzione tra le strutture dell'ente locale a cui vengono ricondotte le diverse funzioni.

²⁵ M. Calcagnile, *Inconfiribilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna, BUP, 2017.

n. 39²⁶. Il legislatore ha dunque inteso questi due sistemi come strettamente correlati, aventi i medesimi obiettivi, e l'uno a presidio dell'altro. Nel dettaglio, l'art. 6, c. 4, è il fulcro del regime dell'inconferibilità e dispone che non possono essere conferiti incarichi professionali, di amministrazione o di controllo societario, né incarichi inerenti alla gestione del servizio a coloro che abbiano svolto un ruolo di indirizzo politico e/o dirigenziale e/o di responsabilità d'ufficio nell'ente competente all'organizzazione del servizio o alla sua regolazione, vigilanza o controllo, ovvero in qualsiasi altro organismo che espleti le funzioni di stazione appaltante²⁷, nonché a coloro che siano stati consulenti per l'organizzazione o regolazione del servizio²⁸; con la specificazione che in ognuna delle ipotesi elencate le inconferibilità si intendono cessate decorso un anno dalla cessazione dell'incarico (art. 6, c. 5).

In un quadro normativo così definito, l'utenza viene tutelata nel senso che il conflitto di interessi "personale" di un soggetto che ha partecipato sul piano politico, o dirigenziale, o di direzione di un ufficio alla regolazione o controllo del servizio, anche come consulente professionale esterno, è trattato alla stregua di un conflitto "di funzione", con l'obiettivo di garantire in concreto la separazione delle funzioni regolatorie e gestorie e non con lo scopo di garantire la legalità e la prevenzione dei fenomeni corruttivi, finalità che invece è propria del d.lgs. n. 39/2013²⁹. A testimonianza del fatto che il regime di inconferibilità di incarichi dei servizi pubblici locali di cui all'art. 6, c. 4, d.lgs. n. 201/2022, e quello generale di cui al d.lgs. n. 39/2013, non sono in contraddizione e l'uno non sostituisce l'altro³⁰.

²⁶ Sulla normativa generale in tema di inconferibilità di cui al d.lgs. n. 39/2013, tra i tanti, F. Merloni, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss.; A. Contieri, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *www.giustamm.it*, 2020, n. 2, 137 ss.; G. Sirianni, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, *ivi*, 816 ss.; all'interno di un recente contesto monografico, si v. E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, il Mulino, 2023, spec. cap. V. In ultimo, per un resoconto a dieci anni dall'entrata in vigore della l. 6 novembre 2012, n. 190, A. Lalli, *I conflitti di interesse: tendenze e problemi aperti*, in *Ist. fed.*, 2022, n. 3, num. spec., 515 ss.

²⁷ L'art. 6, c. 4, estenderebbe dunque il regime dell'inconferibilità anche ai casi in cui l'ente locale abbia assunto la gestione diretta del servizio; cioè, l'amministrazione non potrebbe trasferire soggetti da strutture competenti per la regolazione a strutture interne con competenze gestorie.

²⁸ Il richiamo alla consulenza per la regolazione e/o gestione del servizio dovrebbe intendersi tanto come consulenza tecnica quanto giuridica.

²⁹ M. Dugato, *Art. 6*, cit., par. 3.

³⁰ In ultimo, e solo per completezza rispetto a quanto osservato, si segnala che la tutela dell'utenza tramite il regime dell'inconferibilità è definita anche attraverso l'art. 6, c. 7. La norma si rivolge ai componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione del

3. La tutela dell'utenza nell'istituzione del servizio pubblico locale

La tutela dell'utenza è garantita anche nell'ipotesi di istituzione di nuovi servizi pubblici locali. L'art. 10, d.lgs. n. 201/2022, non solo richiede agli enti locali di assicurare le prestazioni inerenti ai servizi attribuiti ai sensi di legge (c. 1), eventualmente anche favorendo l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati e delle imprese nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale (c. 2)³¹, ma consente anche di creare ulteriori servizi ritenuti necessari per il soddisfacimento delle esigenze delle comunità locali (c. 3).

La decisione di istituire un nuovo servizio è frutto di una valutazione dell'ente locale stabilita a seguito di apposita istruttoria, che deve mettere in evidenza come la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, nella prospettiva sussidiaria, non sia idonea a garantire tutti i bisogni riscontrati dei cittadini (c. 4). In altre parole, l'ente locale è responsabilizzato nella scelta politica di costituire un nuovo servizio al solo fine di tutelare gli utenti di una prestazione ritenuta insoddisfacente a fronte di quello che viene tradizionalmente indicato nel settore in oggetto come “fallimento del mercato”³², al quale si aggiunge l'inadeguatezza del sistema basato sull'intervento sussidiario dei cittadini³³.

servizio, specificando che si continuano ad applicare loro disposizioni del d.lgs. n. 39/2013, quelle dell'art. 6-bis, l. n. 241/1990, e quelle in materia di contratti pubblici; poiché l'art. 6, c. 4, lett. b), richiama i compiti delle stazioni appaltanti di natura sostanzialmente regolatoria, si dovrebbe concludere che ai componenti delle commissioni si applicano tutti i divieti previsti dall'art. 6, c. 4. Cfr. in tal senso M. Dugato, *Art. 6, cit.*, 136 ss.

³¹ Benché il TULPS non dica nulla in proposito, pare evidente che il richiamo all'autonomia iniziativa dei cittadini debba coordinarsi con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (codice del Terzo settore), come desumibile per *analogia iuris* sia dalla sentenza C. cost. 26 giugno 2020, n. 131, la quale ha ribadito l'importanza di riconoscere la coesistenza di due diversi modelli organizzativi – competitivi e sociali – per l'affidamento dei servizi (modelli che si muovono su binari paralleli e perciò non sono in reciproca contraddizione) sia dall'art. 6 del codice dei contratti pubblici, che sulla scia della sentenza della Consulta conferma come il quadro normativo concorrenziale e sociale siano alternativi. Sono state così risolte significative criticità interpretative tra la normativa concorrenziale di derivazione europea e quella solidaristica interna su cui la dottrina si era soffermata: per tutti, A. Albanese, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in questa *Rivista*, 2019, 139 ss.

³² Per tutti, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2581.

³³ La letteratura sulla “cittadinanza attiva” e sussidiarietà, che si ricollega anche al noto tema dei “beni comuni” è molto vasta. Senza pretese di completezza, con riguardo al primo

A ben vedere, l'istituzione *ex novo* del servizio pubblico costituisce una sorta di *extrema ratio* per l'ente locale: ciò è vero non tanto nel caso in cui l'istruttoria *ex art. 10, c. 4*, dia esito negativo (proprio perché non occorre creare nuovi servizi pubblici) quanto nel caso in cui dia esito positivo (occorre istituirli). Nella prima ipotesi, ai sensi dell'art. 11, l'ente locale può limitarsi a promuovere iniziative per assicurare un adeguato soddisfacimento dei bisogni degli utenti, consistenti nel riconoscimento a loro favore di vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni per la fruizione del servizio, a condizione che siano rispettati i principi di parità di trattamento, non discriminazione e della disciplina europea sugli aiuti di Stato³⁴. Diversamente, qualora l'istruttoria dia esito positivo, ai sensi dell'art. 12, l'ente locale dovrebbe preliminarmente verificare se le esigenze degli utenti possano essere assicurate – anziché attraverso l'istituzione di un nuovo SPL – mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato, eventualmente indicando le compensazioni economiche.

Quest'ultimo profilo merita un approfondimento, perché “tradisce” un approccio imperativo dell'ente locale, che ha appunto il potere di *imporre* al gestore del servizio una prestazione diversa da quella concordata, di fatto sancendo una modifica unilaterale del contratto; previsione, questa, che con ogni probabilità si inserisce nel più ampio *genus* della regolazione e confor-

aspetto, strettamente legato al tema della rigenerazione urbana, Aa.Vv., *Agenda Re-cycle. Proposte per reinventare la città*, a cura di E. Fontanari e G. Piperata, Bologna, il Mulino, 2017; Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani: contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio e F. Giglioli, Bologna, il Mulino, 2017; E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, *ivi*, 15 ss.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; P. Chirulli e C. Iaione, *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, Jovene, 2018; C. Iaione, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, *ivi*, 17 ss.; P. Chirulli, *Sussidiarietà e collaborazione «amministrata» nei beni comuni urbani*, *ivi*, 55 ss.; A. Giusti, *I beni comuni e la rigenerazione urbana*, *ivi*. Con riguardo ai beni comuni, F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.; S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 495 ss.; Id., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2013; V. Cerulli Irelli, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Dir. soc.*, 2016, 529 ss.; E. Boscolo, *Beni pubblici, beni privati, beni comuni*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 341 ss.; Aa.Vv., *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, a cura di M. Bombardelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 37 ss.; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *costituzionalismo.it*, 2017, 81 ss.

³⁴ Seppur non richiamato, pare centrale anche l'art. 12 l. n. 241/90, relativo all'attribuzione di vantaggi economici a privati da subordinare alla predeterminazione dei criteri e delle modalità di erogazione.

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

mazione pubblicistica *lato sensu* dell'attività d'impresa, secondo il modello di cui all'art. 41, c. 3, Cost. Quale che sia la *ratio* della disposizione, un effetto pare comunque chiaro: difficilmente il gestore potrebbe lamentare l'illiceità di un simile comportamento, stante la previsione legislativa sull'imposizione degli obblighi di servizio pubblico.

Maggiori incertezze sussistono, invece, nel caso di eventuale dissenso dell'operatore economico ad adeguarsi alla modifica unilaterale del sinallagma, perché l'art. 12 non specifica se il suo rifiuto costituisca un motivo di recesso dal contratto a favore dell'ente locale ovvero un motivo di risoluzione per inadempimento. È comunque opportuno che nel contratto in origine stipulato tra amministrazione e gestore siano previste delle clausole per la regolazione di queste eventualità.

In base a tutto quanto osservato, un dato emerge in modo nitido: l'istituzione di un nuovo servizio pubblico locale di rilevanza economica viene stabilita solo a fronte di pregresse valutazioni sull'insoddisfazione delle altre opzioni, senza dimenticare che qualsiasi scelta compiuta dall'ente deve essere orientata all'obiettivo finale della protezione dei bisogni dei fruitori del servizio.

Peraltro, l'attenzione nei loro riguardi è ben comprensibile se si ricorda che sono proprio gli utenti del servizio a sostenerne i costi attraverso il pagamento diretto delle tariffe al gestore (par. 1); peculiarità, si è detto, che più di ogni altra caratterizza la concessione di servizio pubblico locale, implicando l'assunzione del c.d. del rischio operativo in capo a chi eroga la prestazione, la cui natura è, del resto, imprenditoriale³⁵. Ma se il costo ricade sugli utenti,

³⁵ La letteratura ha affrontato a lungo anche il tema del rischio operativo quale principale peculiarità della concessione di servizi rispetto agli appalti. Tra i contributi più noti, M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 55 ss.; G. Pericu, *Le concessioni tra pubblico e privato*, in *Negoziazioni pubbliche*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, Milano, Giuffrè, 2013, 7 ss.; A. Travi, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, *ivi*, 10 ss.; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 3 ss.; G.F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, *ivi*, 23 ss. Oggi, il rischio operativo è definito dall'art. 177, c. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 36/2023, in cui si legge «Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto». Inoltre, ulteriori riferimenti possono trarsi indirettamente dall'art. 177, c. 2, per cui: « Si considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non

allora il d.lgs. n. 201/2022 non può ignorare i profili attinenti al rapporto sinallagmatico tra gestore e utenti, con specifica attenzione a quelli relativi al contratto di servizio e alla definizione dei piani tariffari.

4. La regolazione del pubblico servizio a tutela dell'utenza: profili economico-contrattuali

A questo punto, è bene indagare più nel dettaglio le previsioni del d.lgs. n. 201/2022 afferenti alla tutela dell'utenza e dei relativi diritti sul versante economico-contrattuale, esaminando le varie disposizioni del TUSPL rilevanti in tal senso. Saranno dunque considerate sia le norme relative al rapporto tra amministrazione e gestore sia quelle rivolte al rapporto tra gestore ed utenti, ossia le carte di servizi, il piano tariffario, nonché le vicende del rapporto contrattuale e gli strumenti di controllo e vigilanza sulla prestazione offerta. Il minimo comune denominatore del quadro normativo così brevemente riassunto è quello di salvaguardare la parte contrattuale debole – per l'appunto l'utente – attraverso la costituzione di appositi diritti nei confronti del gestore. Non fa eccezione la disposizione inerente al contratto di servizio: sebbene questo sia pensato per regolare il rapporto tra amministrazione affidante e soggetto affidatario del servizio, il suo contenuto si riflette nei confronti degli utenti, i quali beneficiano di quanto ivi stabilito.

4.1. Il contratto di servizio

Il contratto di servizio è lo strumento di regolazione del rapporto tra l'ente affidante ed i soggetti affidatari, ovvero tra l'ente affidante e le società di gestione delle reti, ed è disciplinato dall'art. 24, d.lgs. n. 201/2022³⁶, con la specificazione che, nelle ipotesi di ricorso a procedura ad evidenza pubblica, esso viene redatto sulla base dello schema allegato alla documentazione di gara.

sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

³⁶ Seppur con specifico riferimento al settore idrico, alcuni interessanti spunti di riflessione sui fabbisogni "contrattati" dalla pubblica amministrazione affidante con il gestore possono trarsi dal lavoro di A. Giannelli e S. Vaccari, *I fabbisogni del servizio idrico integrato, le recenti prospettive di regolazione e le possibilità offerte dal nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Il dir. econ.*, 2017, 251 ss.

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

Con riguardo al contenuto del contratto di servizio, la struttura dell'art. 24 si caratterizza per definire nei c. 2 e 3, rispettivamente, una regolazione generale ed una specifica, ma comunque non tipizzata, delle formule contrattuali da inserire.

Il c. 2 prevede che il contratto deve contenere le c.d. «previsioni», ossia disposizioni volte a garantire, per tutta la durata dell'affidamento, l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, nonché l'equilibrio economico-finanziario della gestione³⁷ secondo criteri di efficienza, oltre al progressivo miglioramento dello stato delle infrastrutture e della qualità delle prestazioni erogate³⁸. In forza di quanto osservato nel par. 3 sugli obblighi di servizio pubblico e sulla possibilità di imporne di nuovi ad uno o più operatori *ex art. 12*, qualora l'ente locale proceda in tal senso, bisognerebbe modificare il contratto di servizio per stabilire la nuova tipologia di prestazione. Soluzione, questa, a cui devono accompagnarsi le relative compensazioni economiche, individuate sia ai sensi dello stesso art. 12 sia in base al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del nuovo codice dei contratti pubblici, norma applicabile non solo agli appalti ma anche alle concessioni per la sua natura di principio generale³⁹.

Il c. 3 indica, invece, in una prospettiva più dettagliata, le «clausole» che il contratto di servizio deve contenere. Per il tenore letterale della norma, l'elenco non è tipizzato ma è aperto, poiché il contratto deve stabilire le clausole relative «almeno» ad una serie di profili, quali ad esempio il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio, la durata del rapporto

³⁷ Sull'equilibrio economico-finanziario occorre prestare attenzione alle norme del nuovo codice dei contratti pubblici, la cui applicazione è richiamata dall'art. 27, d.lgs. n. 201/2022, in tema di «vicende del rapporto». Su questo tema si v. *infra*.

³⁸ Dal che può derivare anche una modifica delle tariffe, come desumibile dall'art. 26, *infra*.

³⁹ L'art. 9, d.lgs. n. 36/2023, è norma di principio perché inserita nel libro I, parte I, titolo I del codice, rubricato «Principi generali». Tuttavia, può sorgere qualche dubbio in merito al fatto che questa norma di per sé garantisca al gestore la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali a fronte della imposizione degli obblighi di servizio pubblico. Infatti, l'art. 9 ammette tale rinegoziazione quando la parte svantaggiata non abbia volontariamente assunto il rischio relativo a circostanze imprevedibili e straordinarie, estranee alla normale alea del contratto e all'ordinaria fluttuazione economica del mercato: poiché l'imposizione di obblighi di servizio pubblico è ipotesi espressamente stabilita dall'art. 12, d.lgs. n. 201/2022, non sembra certa la sua riconduzione all'interno delle fluttuazioni imprevedibili e straordinarie del mercato. Posto che sarà interessante valutare come il giudice amministrativo si approccerà al tema, non sembrano sussistere dubbi sul fatto che il gestore abbia diritto alla compensazione economica in forza del disposto di cui all'art. 12, d.lgs. n. 201/2022, come scritto nel testo.

contrattuale, gli obblighi di servizio pubblico, lasciando perciò intendere la possibilità di prevedere ulteriori elementi con cui regolare il rapporto tra ente affidante e soggetto gestore⁴⁰.

4.2. La carta di servizi

Ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 201/2022, la carta di servizi è uno strumento che il gestore dei servizi pubblici di rilevanza economica deve obbligatoriamente redigere ed aggiornare al fine di tutelare i diritti degli utenti dei servizi pubblici garantendone l'universalità, la qualità e l'economicità. L'istituto non costituisce certamente una novità nel settore in oggetto, se solo si considera che lo stesso art. 25 rinvia per la sua disciplina all'art. 2, c. 461, lett. a), l. 24 dicembre 2007, n. 244, per cui la carta di servizi: va redatta e pubblicizzata in conformità alle intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate; reca gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio; definisce le modalità di accesso alle informazioni garantite e a quelle per proporre reclamo e per adire le vie conciliative e giudiziarie; individua le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza⁴¹. L'art. 25, c. 1, d.lgs. n. 201/2022, si limita ad aggiungere

⁴⁰ Per completezza, si riporta l'elenco delle clausole di cui all'art. 24, c. 3: a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; b) la durata del rapporto contrattuale; c) gli obiettivi di efficacia ed efficienza nella prestazione dei servizi, nonché l'obbligo di raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione; d) gli obblighi di servizio pubblico; e) le condizioni economiche del rapporto, incluse le modalità di determinazione delle eventuali compensazioni economiche a copertura degli obblighi di servizio pubblico e di verifica dell'assenza di sovracompensazioni; f) gli strumenti di monitoraggio sul corretto adempimento degli obblighi contrattuali, ivi compreso il mancato raggiungimento dei livelli di qualità; g) gli obblighi di informazione e di rendicontazione nei confronti dell'ente affidante; h) la previsione delle penalità e delle ipotesi di risoluzione del contratto in caso di grave e ripetuta violazione degli obblighi contrattuali o di altri inadempimenti; i) l'obbligo di mettere a disposizione i dati e le informazioni prodromiche alle successive procedure di affidamento; l) le modalità di risoluzione delle controversie con gli utenti; m) le garanzie finanziarie e assicurative; n) la disciplina del recesso e delle conseguenze derivanti da ogni ipotesi di cessazione anticipata dell'affidamento, nonché i criteri per la determinazione degli indennizzi; o) l'obbligo del gestore di rendere disponibili all'ente affidante i dati acquisiti e generati nella fornitura dei servizi agli utenti.

⁴¹ Ancor prima, la carta dei servizi veniva menzionata dal d.P.C.M. 27 gennaio 1994 «Principi sull'erogazione dei servizi pubblici», che ne definiva il contenuto nella parte III dedicata alla tutela degli utenti. Per un commento in letteratura, F. Giglioni, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, 504 ss.

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

rispetto a questo elenco un'ulteriore funzione della carta di servizi, ossia la segnalazione di informazioni relative alla composizione della tariffa. Non può dunque dirsi che vi siano delle sovrapposizioni tra la regolazione del 2022 e quella del 2007, le quali sono anzi complementari.

Tuttavia, i doveri per il gestore del servizio non si limitano alla redazione ed all'aggiornamento della carta, dovendo ottemperare ai sensi dell'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 201/2022, agli obblighi di trasparenza, i quali dunque rappresentano una ulteriore forma di tutela per gli utenti; in specie, il gestore è chiamato a dare adeguata pubblicità, anche attraverso il proprio sito internet, del livello effettivo di qualità dei servizi offerti, del livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento, con il solo limite delle regole sui segreti commerciali e le informazioni confidenziali delle imprese.

4.3. Le tariffe e i criteri di definizione

L'art. 26, c. 1, d.lgs. n. 201/2022, pur facendo salve le competenze delle autorità di regolazione e delle normative di settore, sancisce la disciplina sulla formazione delle tariffe a carico degli utenti, attribuendo agli enti affidanti la competenza del calcolo e dei relativi aggiornamenti⁴², specificando che la determinazione deve avvenire in modo tale da garantire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione complessiva del servizio, senza ignorare gli obiettivi di carattere sociale, di tutela dell'ambiente e di uso efficiente delle risorse. Il legislatore chiede dunque alle amministrazioni di definire il piano tariffario tenendo conto di più aspetti, spesso tra loro in antitesi, tra i quali, da un lato, il guadagno del gestore e, dall'altro, quei profili inerenti alla eco-sostenibilità del servizio e alla sua universalità, al fine di garantirne l'accessibilità alla collettività ad un costo "di mercato".

Nel predisporre simili calcoli, la discrezionalità dell'amministrazione è ampia, ma non illimitata, poiché il c. 2 indica i criteri per la determinazione della tariffa⁴³. C'è però maggior margine di manovra per l'ente affidante

⁴² L'aggiornamento delle tariffe da parte degli enti affidanti è invero disciplinato dal c. 4, il quale richiama il metodo del «price cap», ossia il limite massimo per la variazione di prezzo, sulla base dei parametri ivi elencati. È da segnalare che, a detta dello stesso c. 4, l'aggiornamento deve avere come obiettivo primario il graduale miglioramento della qualità e dell'efficienza dei servizi, non il lucro del gestore, ma sembra palese che i due profili non siano in contraddizione ma siano tra loro sintetizzabili.

⁴³ E cioè: a) correlazione tra costi efficienti e ricavi, previa definizione degli obblighi di servizio pubblico; b) rapporto tra finanziamenti raccolti e capitale investito; c) costi di gestione delle opere; d) adeguatezza della remunerazione del capitale investito.

nell'eventuale configurazione di tariffe agevolate per determinate categorie deboli di utenti in condizione di disagio economico o sociale o diversamente abili e nella relativa compensazione in favore dei gestori. In tal caso, infatti, la discrezionalità dell'amministrazione non insiste solo sull'individuazione in concreto delle agevolazioni, ma anche dei soggetti che ne hanno diritto.

Gli enti affidanti devono poi fissare le modalità di aggiornamento delle tariffe, individuando il limite massimo per la variazione del prezzo in base a vari parametri, quali ad esempio l'inflazione, gli obiettivi di qualità del servizio, etc. (art. 26, c. 4).

4.4. Le vicende del rapporto contrattuale

Consente una analisi più critica rispetto alle tematiche in precedenza esaminate – per le quali l'approccio è stato giocoforza descrittivo vista la struttura nozionistica del dato normativo – l'art. 27, d.lgs. n. 201/2022, relativo alle vicende del rapporto contrattuale. Questo perché la norma in oggetto ricomprende vari istituti, tra i quali le modifiche durante il periodo di efficacia, la cessazione anticipata e la risoluzione del rapporto contrattuale; ma soprattutto perché rinvia per la relativa disciplina al codice dei contratti pubblici, obbligando l'interprete a rivolgere lo studio anche a quest'ultima fonte normativa⁴⁴.

Procedendo con ordine, le modifiche al contratto durante il periodo di efficacia costituiscono un tema delicato in quanto il legislatore limita il ricorso a questa soluzione al fine di non delegittimare la procedura ad evidenza pubblica e il conseguente affidamento ad un determinato gestore: in altre parole, se attuate senza regole, le modifiche al contratto alterano l'esito della gara come già in precedenza rilevato dall'art. 175, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, e oggi dall'art. 189, c. 1, d.lgs. n. 36/2023⁴⁵. In particolare, l'art. 189, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 36/2023, ammette la possibilità di rivedere il contratto in caso di modifiche “non sostanziali”, obbligando dunque a valutare in quali circostanze la modifica risulti tale⁴⁶. Il c. 4 dell'art. 189 offre interessanti spunti al riguardo, sancendo alcuni criteri esemplificativi per determinare il carattere

⁴⁴ In realtà, per la disciplina delle vicende del rapporto contrattuale, l'art. 27 rinvia anche al diritto dell'Unione europea, ma per ragioni di sintesi e di interesse rispetto all'ambito dello studio, ci si soffermerà solo sul profilo del codice dei contratti pubblici.

⁴⁵ Con la specificazione che le due norme presentano una formulazione estremamente simile. Per un commento all'allora vigente art. 175, F. Sciaudone, *Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*, in *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, V, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 125 ss.

⁴⁶ Per completezza, si segnala che l'art. 189, c. 1, consente di applicare ulteriori modi-

“sostanziale” della modifica⁴⁷; ma, soprattutto, desta interesse il primo periodo della norma, secondo cui la modifica è sostanziale se «la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa».

Non che il precedente codice, segnatamente all'art. 175, c. 1, non prevedesse il divieto di alterare la natura generale della concessione; tuttavia, quella norma ricollegava il carattere “sostanziale” della modifica alla “considerevole alterazione” degli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito, rinviando seppur implicitamente all'art. 1325 c.c., e dunque all'accordo, alla causa, all'oggetto e alla forma quando prevista per iscritto a pena di nullità. Diversamente, l'art. 189, c. 4, d.lgs. n. 36/2023, associando esplicitamente il carattere “sostanziale” della modifica al mutamento della «natura della concessione [...] nella sua essenza» suggerisce due considerazioni: la prima è che il legislatore ha probabilmente voluto adeguare il testo del nuovo codice al considerando n. 76, dir. 2014/23/Ue⁴⁸; la seconda sottintende l'intenzione di rimarcare con maggiore decisione la stretta connessione tra il carattere “essenziale” della modifica e il profilo ontologico della concessione, rinvenibile nel fatto che essa rimane comunque uno strumento *off-balance* per le amministrazioni, nel senso che i costi del servizio devono rimanere in larga parte in capo al gestore e non possono traslare in capo all'ente⁴⁹, come ribadito anche dall'art. 177, d.lgs. n. 36/2023. In altre parole, la modifica contrattuale non può (e non deve) influire eccessivamente sulle modalità di retribuzione dell'operatore economico, che deve continuare ad ottenere in massima parte i proventi della sua attività nel mercato per tramite delle tariffe pagate dagli utenti; con l'ulteriore effetto di impedire alle amministrazioni di coprire oltre la giusta misura – da quantificare di volta in volta nella situazione concreta – i costi sostenuti dal concessionario, pena la trasformazione della concessione in un appalto, con violazione del quadro normativo⁵⁰.

fiche al contratto senza indire una nuova procedura ad evidenza pubblica nei casi di cui alle lett. a) b), c), d), per il cui contenuto si rinvia alla lettura del codice.

⁴⁷ Si v. le lett. a), b), c), d) dell'art. 189, c. 4, relative ad esempio all'introduzione di condizioni che avrebbero condotto ad un esito diverso dell'aggiudicazione nonché alla notevole estensione dell'ambito di applicazione della concessione.

⁴⁸ Il considerando pone, infatti, come limite al mutamento delle condizioni contrattuali dovuto a circostanze imprevedibili la natura della concessione, sancendo che «Tale principio non può tuttavia applicarsi qualora una modifica comporti una variazione della natura complessiva della concessione [...]».

⁴⁹ Cfr. A. Travi, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., 13; G.F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, cit., *passim*.

⁵⁰ L'art. 177, c. 6, d.lgs. n. 36/23, ammette l'intervento pubblico di sostegno se l'operazione non raggiunge da sola l'equilibrio economico-finanziario, ma tale intervento deve es-

In definitiva, richiamando la natura della concessione, il nuovo codice dei contratti pubblici richiede che la valutazione sul carattere “sostanziale” della modifica sia primariamente compiuta non in relazione all’alterazione degli elementi essenziali del contratto, e perciò al rapporto tra concedente e concessionario, ma in relazione allo specifico interesse pubblico reso tramite la concessione, e dunque alle esigenze dell’utenza⁵¹, che divengono il baricentro della valutazione.

Con riguardo alla cessazione anticipata del rapporto, bisogna in via preliminare segnalare che, ai sensi dell’art. 19 TUSPL, la durata del servizio è limitata sia per la garanzia della parità di trattamento tra operatori economici sia per scongiurare la nascita di un monopolio, assicurando così all’utenza un servizio migliore nel tempo. Fatte salve le discipline di settore, la durata dell’affidamento – da specificare nel contratto di servizio – è definita dall’ente locale in base ad alcuni criteri indicati dall’art. 19, tra cui il tipo di prestazione richiesta, l’entità e la durata degli investimenti dell’affidatario, e comunque in misura non superiore al periodo necessario al relativo ammortamento. Il d.lgs. n. 201/2022 non predetermina, dunque, la durata, che va calcolata nel caso concreto. Fa eccezione l’eventuale affidamento *in house* di servizi pubblici non a rete, perché l’art. 19, c. 1, secondo periodo, stabilisce che la durata non può essere superiore a cinque anni (salva la possibilità per l’ente affidante di dare conto delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l’ammortamento degli investimenti) per probabili ragioni di tutela della concorrenza per il mercato e l’apertura ad altri operatori.

Anche l’art. 19 richiede che la durata dell’affidamento avvenga in conformità alle regole dei contratti pubblici, il che suggerisce di non ignorare

sere inferiore agli investimenti e ai costi sostenuti dall’operatore per l’esecuzione del servizio; in caso contrario, si applica la disciplina degli appalti. Al contrario, il precedente art. 165, c. 2, d.lgs. n. 165/2016, prevedeva un riconoscimento del prezzo da parte delle amministrazioni a favore dell’operatore sino al quarantanove per cento massimo dell’investimento complessivo, introducendo una «presunzione legale di rischiosità» ritenuta lontana dai principi di carattere sostanzialistico della legislazione europea»: così C. Contessa, *PPPC: modello generale*, in *Concessioni di lavori e servizi, partenariati precontenzioso e contenzioso*, V, cit., 223-224.

⁵¹ Per completezza, si annota che il Ministero dell’economia e delle finanze ha pubblicato nel 2018 e nel 2011 delle linee guida (pressoché identiche sul punto) per procedere alla revisione del contratto specificando in quali ipotesi l’alterazione del piano di equilibrio economico-finanziario è dovuta a cause non imputabili al concessionario (es. introduzione di nuove norme e/o regolamenti, mancato e/o ritardato rilascio di autorizzazioni). Al riguardo, si è pronunciato il Consiglio di Stato con il parere 28 aprile 2020, n. 823, che però non sembra assumere una posizione definitiva con riferimento alla coerenza delle linee guida sulle modifiche contrattuali con l’allora vigente art. 175, c. 7, d.lgs. n. 50/2016.

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

l'art. 178, d.lgs. n. 36/2023, presumibilmente applicabile anche al settore dei servizi pubblici locali. L'art. 178, in coerenza con l'art. 19 del TUSPL, ribadisce che la durata del rapporto è limitata e determinata in funzione dei lavori e dei servizi chiesti al concessionario e, soprattutto, vieta al c. 5 la proroga dei contratti di concessione, salve le ipotesi di cui l'art. 192, c. 1, ossia le ipotesi di revisione del contratto per eventi sopravvenuti straordinari ed imprevedibili non imputabili al concessionario. Si segnala che l'art. 192, c. 1, non specifica un termine di proroga, per cui questa andrebbe calcolata nella «misura necessaria a ricondurre il [contratto] ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto».

Sia poi consentita un'ultima osservazione sull'eventuale cessazione anticipata del contratto. L'art. 19, c. 2, TUSPL ammette un indennizzo a favore del gestore uscente, previsione coerente con l'art. 177, c. 6, d.lgs. n. 36/2023, il quale prevede un possibile indennizzo per il concessionario, specificando che questa eventualità non esclude che il contratto si configuri come una concessione.

Ancora con riferimento alle vicende del rapporto contrattuale, l'art. 27 TUSPL menziona anche la risoluzione, con il conseguente richiamo al codice dei contratti pubblici, e perciò all'art. 190 (rubricato «Risoluzione e recesso»), secondo cui l'ente concedente può dichiarare risolto il contratto se: una modifica sostanziale è necessaria per cui occorre una nuova gara; il concessionario versava, al momento della gara, in una delle cause di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica. Inoltre, il c. 2 dell'art. 190 ricorda che la risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata dagli articoli 1453 ss. c.c., mentre il c. 4 prevede la possibilità di recesso a favore del solo ente concedente per motivi di interesse pubblico, previo indennizzo al concessionario. Infine, l'art. 27, c. 3, TUSPL, specifica che è in ogni caso fatto salvo il potere dell'ente di procedere alla risoluzione anticipata del rapporto in caso di grave inadempimento agli obblighi di servizio pubblico e alle obbligazioni previste dal contratto di servizio.

4.5. Vigilanza, controllo e trasparenza

Lo studio delle regole del TUSPL a tutela dell'utenza richiede in ultimo di esaminare la normativa in tema di vigilanza e di controllo sulla gestione del servizio.

L'art. 28 impone agli enti locali, ferme restando le competenze delle autorità di regolazione, di vigilare sulla prestazione erogata dal gestore attraverso un programma di controlli finalizzato alla verifica del corretto svol-

gimento delle prestazioni affidate e definito in base alla tipologia di attività, all'estensione territoriale di riferimento e all'utenza a cui i servizi sono destinati. Sebbene la redazione del programma di controlli sia onere dell'ente affidante, il gestore del servizio contribuisce alla sua realizzazione, perché il c. 3 dell'art. 28 lo obbliga a fornire all'amministrazione i dati e le informazioni riguardanti l'assolvimento degli obblighi contenuti nel contratto di servizio, sanzionando un eventuale inadempimento con specifiche penali contrattuali. Tuttavia, l'adozione del programma di controlli non pare soggetta ad un vero e proprio obbligo di trasparenza, poiché il c. 4 consente – ma non impone – all'ente affidante di pubblicare i dati e le informazioni di cui sopra, senza però rendere noti segreti commerciali e informazioni confidenziali delle imprese, la cui segretezza prevale dunque sulla conoscibilità indistinta verso terzi.

Un'ulteriore forma di vigilanza è quella delle c.d. «verifiche periodiche» di cui all'art. 30, consistenti in una ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che valuta la qualità del servizio e il rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio in modo analitico. La ricognizione, eseguita tramite apposita relazione, da aggiornare ogni dodici mesi, non è necessariamente svolta dall'ente affidante il servizio; infatti, l'art. 30 impone siffatta verifica agli enti locali in relazione al proprio ambito o bacino del servizio, garantendo così una terzietà del controllo quando il servizio è erogato da operatori economici.

Per quanto concerne gli ambiti di trasparenza in senso stretto, a completamento dell'intera disciplina, l'art. 31 prevede che l'amministrazione affidante pubblichi sul proprio sito istituzionale e comunichi prontamente all'ANAC, che li pubblica a sua volta sul proprio portale telematico, una serie di documenti che descrivono il rapporto tra lo stesso ente e l'affidatario, ossia: la deliberazione di istituzione del servizio; la relazione sulla scelta della modalità di gestione del servizio; la deliberazione che affida il servizio *in house* oltre le soglie europee; la relazione sulla ricognizione periodica; il contratto di servizio.

5. Brevi considerazioni conclusive

Come emerge da quanto sinora osservato, le regole a tutela dell'utenza dei servizi pubblici locali sono numerose, con risvolti eterogenei e molto dettagliate. L'esigenza di costruire una normativa organica a seguito delle ricordate vicissitudini del settore in oggetto era forte e, a nostro modesto avviso, il legislatore ha costruito una disciplina che presenta varie note di merito.

regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali

Semmai, il problema, invero difficilmente risolvibile, rimane sempre quello – là dove si scelga lo strumento della concessione – di far sì che il gestore ottenga in gran parte i ricavi attraverso il pagamento delle tariffe da parte dell'utenza, riducendo al minimo, e dove davvero indispensabile, i contributi pubblici a suo favore, pena il rischio dello snaturamento della concessione in appalto con la conseguente violazione del quadro normativo.

Appare però evidente che per le amministrazioni questo profilo sia di difficile governo, poiché una volta affidato il servizio ad un determinato operatore, diviene estremamente complesso individuare il punto di equilibrio tra il risparmio delle finanze pubbliche e una (di fatto, necessaria) accondiscendenza verso chi eroga il servizio, al fine di contrastare il rischio che questi chieda la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, con la non ottimale prospettiva di lasciare gli utenti senza servizio per un tempo *a priori* non definibile. È probabile che sia questo il motivo per cui né il d.lgs. n. 201/2022 né il d.lgs. n. 36/2023 quantificano un limite massimo di risorse pubbliche da destinare al concessionario, preferendo delegare questo calcolo alla discrezionalità dell'ente affidante, sul quale grava comunque l'obbligo di erogare un contributo pubblico inferiore agli investimenti e ai costi sostenuti dall'operatore per l'esecuzione del servizio⁵².

Con buone probabilità, criticità in questo senso emergeranno e sarà dunque fondamentale un'applicazione congiunta ed armonica delle disposizioni del TUSPL e del codice dei contratti pubblici, soprattutto di quelle relative alle modifiche del contratto in corso di efficacia. Nondimeno, per riflettere in modo più dettagliato sul punto e con maggiore cognizione di causa, bisognerà attendere dei fisiologici conflitti tra affidante e affidatari e le conseguenti pronunce del giudice amministrativo.

Abstract

The study examines the main provisions of Legislative Decree no. 201/2022 (Reorganisation of the discipline of local public services of economic importance) aimed at protecting users. The essay starts with an analysis of the rules on the separation between regulation and management, which aim to avoid monopolies and favour competition, and ends with a presentation of the rules on service contracts and service charters. The opinion on the Legislative decree is generally positive, although some problems remain. The latter mainly concern the need to promote the autonomous income of the service operator through the payment of tariffs by the users and, at the same time, the need to reduce public subsidies as much as possible.

⁵² Si v. il già menzionato art. 177, c. 6, d.lgs. n. 36/2023.

IL CONTRATTO DI SERVIZIO NELLA NUOVA DISCIPLINA
DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI*

SOMMARIO: 1. Il contratto di servizio nel rapporto tra ente e gestori. – 2. Il rilievo del contratto tra *in house providing* ed esternalizzazioni. – 3. I contenuti necessari del contratto di servizio. – 4. La natura giuridica del contratto di servizio. – 5. I vizi autonomi del contratto di servizio. – 6. Per un servizio pubblico locale rinnovato: una riflessione conclusiva.

1. Il contratto di servizio nel rapporto tra ente e gestori

Nel quadro della disciplina organica dei servizi pubblici locali, introdotta dal d.lgs 23 dicembre 2022, n. 201, uno spazio rilevante è dedicato al contratto di servizio che, precedentemente regolato per brandelli, assume in questo nuovo contesto normativo una più compiuta fisionomia.

Il contratto di servizio è, come era, lo strumento che governa la relazione tra l'ente responsabile del servizio pubblico locale¹ e i soggetti che contribuiscono alla sua produzione. Ciò coerentemente con il fatto che il coinvolgimento di soggetti privati nella gestione rende necessaria la definizione mutualmente vincolante delle regole del rapporto, che, in una logica di alterità tra ente responsabile e erogatore della prestazione, trova nel contratto la sua sede più coerente. In questo senso, il contratto di servizio si colloca a valle dei processi di esternalizzazione in atto e ne riflette l'essenza.

Non si tratta, come accennato, di una novità. Il contratto di servizio è stato introdotto già da tempo nell'ordinamento nazionale, prima per definire la relazione dell'ente con l'azienda speciale², poi, in termini più ampi, ma

* Il testo, in una versione parzialmente diversa, è destinato ad essere pubblicato anche in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2023.

¹ Non si considerano qui le varie figure contrattuali, ivi inclusi i contratti di servizio, utilizzati in relazione alla gestione dei servizi pubblici di livello regionale e nazionale.

² Art. 4, c. 5, lett. a), d.l. n. 26/1995.

nel solo settore del trasporto³. Progressivamente il suo impiego è stato generalizzato con la novella dell'art. 113, c. 11, del Testo unico degli enti locali⁴; il contratto di servizio è divenuto così il luogo ed il mezzo della regolamentazione dei rapporti tra i diversi soggetti coinvolti nella fornitura. Peraltro, anche il precedente tentativo di riforma organica dei servizi pubblici locali, che la l. n. 124/2015 affidava ad un decreto legislativo poi mai venuto alla luce, indicava, tra i suoi criteri direttivi, l'utilizzo dei contratti di servizio, prevedendo anzi che potesse esservi "la definizione di contratti di servizio tipo per ciascun servizio pubblico locale di interesse economico generale"⁵.

Il d.lgs. n. 201/2022 dedica al contratto di servizio previsioni organiche ed articolate che ne definiscono lo scheletro, determinando i contenuti minimi che il contratto deve necessariamente possedere. Ciò evidenzia non solo l'importanza che il testo normativo gli riconosce e intende ribadire, ma anche la volontà del legislatore di stabilire direttamente quale sia l'articolazione del contratto e quindi il ruolo che esso deve svolgere nel dimensionamento e nella concretizzazione del servizio pubblico, senza rimettersi interamente per questo all'autonomia degli enti locali responsabili. Ne emerge un "disegno [normativo] chiaro ed efficiente"⁶ nel quale l'autonomia locale può poi dispiegarsi. E il senso di questa scelta legislativa si comprende facilmente, considerando che, predeterminando gli aspetti del servizio che il contratto deve prendere in carico e il rapporto cui esso dà origine, si definiscono le coordinate di fondo che debbono caratterizzare il servizio pubblico locale, facendone emergere forme e contenuti.

Con il d.lgs. n. 201/2022, il legislatore ha anche inteso convogliare globalmente nel contratto di servizio (o, eventualmente, nei contratti di servizio) l'insieme della disciplina del rapporto tra l'ente responsabile e il soggetto o i soggetti privati affidatari. In particolare, ne prevede l'utilizzo non solo per la determinazione delle regole di gestione del servizio e di fornitura della prestazione all'utente⁷, ma, allorquando la produzione presupponga reti, impianti, dotazioni, anche per regolare il loro impiego, stabilendo poi, rispetto ai servizi a rete, che l'autorità di regolamentazione debba adottare

³ Art. 19, d.lgs. n. 422/1997.

⁴ Ad opera dell'art. 35, c. 1, l. n. 448/2001; l'art. 113 del TUEL è stato poi abrogato proprio dal d.lgs. n. 201/2022.

⁵ Art. 19, c. 1, lett. u).

⁶ Così G. Piperata, *Gli spazi mobile dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, a cura di S. Torricelli, Napoli, Esi, 2020, 259.

⁷ Art. 24, c. 1, d.lgs. n. 201/2022.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

degli schemi di contratti-tipo cui il contratto di servizio dovrà conformarsi⁸. D'altra parte, non necessariamente i gestori delle infrastrutture sono sempre e solo quelli chiamati a rendere il servizio all'utente finale; ne segue che il livello di articolazione e complessità delle relazioni contrattuali tra l'ente e i privati coinvolti può cambiare anche in modo significativo⁹. È in questo senso che si può apprezzare la scelta del legislatore di preferire, all'espressione "contratto di servizio pubblico", quella meno pregnante, ma anche più ampia, di "contratto di servizio", capace, appunto per la sua ampiezza, di inglobare e descrivere le differenti fattispecie che possono in concreto presentarsi.

Il contratto di servizio disvela in questo modo una sua doppia attitudine. Esso recepisce le regole definite in sede politica affinché il servizio sia reso con modalità adeguate a soddisfare i bisogni degli utenti; con il contratto quelle regole assumono efficacia esterna, imponendosi al gestore¹⁰ e costituendo diritti in favore dei destinatari delle prestazioni¹¹. Ma il contratto di servizio costituisce altresì lo strumento di gestione dei beni attraverso cui il servizio è reso e, dunque, lo strumento attraverso cui, per un verso, si debbono prendere in conto le esigenze di tutela, di sviluppo infrastrutturale e di innovazione tecnologica del settore, per altro verso, se ne deve governare l'utilizzo (anche in funzione competitiva se è previsto che abbiano accesso alle infrastrutture più soggetti che operino in concorrenza nel mercato a valle).

2. Il rilievo del contratto tra *in house providing* ed esternalizzazioni

Poiché il contratto è uno strumento di composizione tra interessi diversi riconducibili a centri di imputazione differenti, il grado di sostanziale alterità delle parti stipulanti ne condiziona l'essenza. Ciò vale anche per il contratto di servizio, la cui funzione cambia in modo significativo in relazione al diverso contesto nel quale si inserisce: in particolare, cambia a

⁸ Art. 7, c. 2, d.lgs. n. 201/2022.

⁹ Se possono aversi casi in cui un solo contratto avente ad oggetto l'erogazione esaurisce quella regolamentazione, in altri casi il contratto con il gestore può dover regolare sia l'aspetto dell'uso e dello sviluppo delle dotazioni, sia quello della fornitura all'utente finale. In altre ipotesi ancora possono dover intervenire più contratti con i diversi soggetti che hanno in carico i vari segmenti della filiera di produzione.

¹⁰ Sottolinea questo doppio profilo, M. Dugato, *Servizi pubblici locali (voce)*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, a cura di B. Mattarella e M. Ramajoli, Milano, Giuffrè, 2022, 1111.

¹¹ Così D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 415.

seconda che esso sia destinato a regolare rapporti che si creino a seguito di affidamenti diretti a società *in house*, tra soggetti la cui volontà tende a convergere, o che, invece, serva a regolare rapporti tra soggetti portatori di interessi effettivamente in conflitto, quindi tra ente responsabile del servizio e società terze scelte mediante gara.

L'elemento di differenziazione che rileva riguarda l'adattabilità del contratto di servizio: la sua durata, spesso considerevole, rende necessario trovare degli strumenti che consentano di modificare le condizioni di prestazione in funzione del mutare delle esigenze, così da garantire in modo costante la capacità del servizio di soddisfare i bisogni cui esso tende. Sotto questo profilo, le due fattispecie non appaiono omogenee.

Nel caso dell'*in house providing* il contratto di servizio non ha una attitudine reale a stabilizzare le regole del rapporto.

Vi è al riguardo un dato di contesto, che deriva dalla previsione legislativa che limita la durata dell'affidamento *in house* dei servizi non a rete, che non deve superare i cinque anni salvo ragioni che giustifichino una durata maggiore¹²: evidentemente il legislatore, pur timidamente, intende evitare che una scelta che esclude il mercato possa troppo facilmente divenire definitiva e, al di là delle revisioni periodiche, impone che da subito venga concepita e dunque strutturata in un'ottica transitoria.

Più al fondo, poiché è condizione dell'affidamento la garanzia che l'amministrazione possa svolgere sulla società affidataria un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, anche solo per questo il contenuto del contratto deve poter mutare al variare degli orientamenti e delle esigenze che l'amministrazione esprima. Attraverso il controllo analogo, dunque, l'amministrazione è in grado di imporre la modifica consensuale del contratto, che risulta in questo modo sempre esposto a scelte politiche contingenti, in un quadro in cui, mancando una sostanziale contrapposizione, il valore del vincolo contrattuale tende a stemperarsi. Di qui l'opportunità, per evitare eccessi di fluttuazioni o approdi che contraddicono le premesse, che le modifiche contrattuali siano sottoposte alla medesima asseverazione del piano economico-finanziario richiesta in fase di primo affidamento¹³, il che comporta, attraverso un gioco di richiami¹⁴, la necessità di verificare la permanenza delle condizioni che giustificano la formula *in house* anche in un assetto modificato rispetto a quello che l'aveva determinata all'origine.

¹² Art. 19, c. 1, d.lgs. n. 201/2022.

¹³ Art. 27, c. 2, d.lgs. n. 201/2022.

¹⁴ Detto gioco di richiami passa attraverso l'art. 17, c. 4, e il relativo riferimento al c. 2 della stessa norma.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

Ciò che emerge è dunque che, in un contesto in cui il conflitto tra i contraenti è affievolito, la funzione del contratto è, sul versante interno, quello di un atto organizzativo che, rispetto alla comunità, appare rilevante per la trasparenza e la pubblicità che dà alla determinazione delle garanzie del servizio pubblico¹⁵, rispetto ai singoli utenti, quello di un atto volto a radicare diritti esigibili.

Nel caso di affidamento a terzi mediante gara, il contratto di servizio appare invece capace di determinare stabilmente l'assetto del rapporto. L'effettiva alterità tra le parti implica conflittualità tra gli interessi di cui esse sono portatrici: il servizio migliore e più accessibile, per l'una, la massimizzazione del profitto, per l'altra. Il contenuto del contratto di servizio definisce allora l'equilibrio tra due interessi permanentemente divergenti e pone le regole il cui rispetto assicura che la ricerca dell'efficienza non solo non vada a discapito della garanzia degli utenti, ma, al contrario, finisca con l'essere ad essa funzionale: definite e rifluite nel contratto queste regole, non si può confidare nella spontanea disponibilità del gestore ad accettare variazioni che egli non ritenga funzionali. Il problema della adattabilità del servizio passa attraverso l'esercizio di poteri o facoltà legislativamente riconosciute all'amministrazione o che si radichino in previsioni contrattuali e che, salva una adeguata presa in considerazione delle conseguenze economiche che la modifica produce, si impongano alla diversa volontà dell'affidatario.

Ma il rapporto tra l'ente e il gestore è anche irrigidito dalla presenza della procedura competitiva svolta per l'individuazione del contraente. Le condizioni di erogazione del servizio, a cominciare dagli obblighi di servizio pubblico, determinano infatti l'oggetto del contratto, definendo la prestazione da porre a base di gara; lo stesso legislatore richiama questo legame precisando che alla documentazione di gara debba essere allegato uno schema di contratto¹⁶, sulla cui base viene poi stipulato il contratto di servizio con l'aggiudicatario. È vero che ciò che è richiesto, ai fini dell'evidenza pubblica, è solo uno "schema" che poi l'amministrazione potrà completare, ma questo elemento testuale non deve essere enfatizzato. Per garantire una piena e consapevole partecipazione agli operatori interessati, lo schema dovrà contenere tutto quanto serva perché i potenziali partecipanti siano edotti del valore economico della prestazione da rendere e degli altri elementi la cui conoscenza può incidere sulla scelta di partecipare o meno alla gara o sul conte-

¹⁵ Il contratto di servizio deve infatti essere trasmesso "senza indugio" all'ente affidante e ad ANAC, in vista della pubblicazione rispettivamente nel sito istituzionale dell'ente e nel proprio portale telematico, a norma dell'art. 31, c. 2).

¹⁶ Art. 24, c. 1, d.lgs. n. 201/2022.

nuto dell'offerta. Il problema della adattabilità del servizio si raccorda allora a quello legato alla modifica dei contratti pubblici in corso di esecuzione, che, infatti, l'art. 27 espressamente richiama¹⁷, e deve sottostare ai relativi limiti.

3. I contenuti necessari del contratto di servizio

Come anticipato, una delle caratteristiche della disciplina del contratto di servizio si coglie nella scelta del legislatore di definirne anche, in modo dettagliato, il contenuto minimo. Lo fa fissando innanzitutto una cornice di obiettivi che debbono essere perseguiti, i quali, messi in correlazione con l'elencazione degli elementi che debbono necessariamente esservi regolati¹⁸, illustrano in modo plastico l'essenza del servizio pubblico, per come esso emerge dal complesso del testo legislativo.

Le previsioni del contratto debbono essere tali da garantire l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico attraverso una gestione che assicuri l'equilibrio economico-finanziario. Merita di essere sottolineato il fatto che il legislatore impone all'amministrazione di darsi specifico carico di valutare l'idoneità delle previsioni che vi sono inserite ad assicurare quelle garanzie per tutta la durata dell'affidamento, quindi assumendo una prospettiva che non sia soltanto legata al contingente (e, magari, a bisogni politici del momento). E, sempre in questa prospettiva evolutiva, l'idoneità deve essere misurata altresì sulla base dell'esigenza di migliorare progressivamente tanto il sistema infrastrutturale quanto le prestazioni rese, prescrizione, questa, che trova poi la sua specificazione nell'obbligo di definire insieme ai livelli qualitativi da assicurare anche gli obiettivi di miglioramento da soddisfare. Il contratto di servizio, dunque, finisce con il contenere anche un programma politico di innovazione e sviluppo.

Questa disposizione si colloca in continuità con l'obbligo di motivazione che accompagna la decisione sulla istituzione del servizio e sulle modalità di gestione¹⁹. Il contratto di servizio, infatti, si innesta nel processo

¹⁷ La normativa che regola le modifiche risulta applicabile anche nel rapporto tra schema di contratto e contratto stipulato, nel senso che a seguito della aggiudicazione può essere stipulato un contratto diverso dallo schema nei limiti in cui lo consentano gli artt. 120 e 189 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023: così TAR Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228.

¹⁸ Rispettivamente c. 2 e 3 dell'art. 24, d.lgs. n. 201/2022.

¹⁹ Art. 10, d.lgs. n. 201/2022. Sul punto, S.Valaguzza, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Questa Rivista*, 2022, spec. 316.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

decisionale e ne rappresenta il punto terminale: è il contenuto del contratto di servizio che, dovendo tradurre in disposizioni contrattuali il quadro politico-economico sulla cui base sono state fatte le valutazioni *a priori*, finisce con il costituire la cartina di tornasole della coerenza complessiva dell'iter motivazionale e con il validarne gli esiti. Ciò al punto da far ritenere che, seppure non sia formalmente richiesto dalla norma, gli elementi strutturali che connoteranno il contratto di servizio debbano essere noti già al momento in cui l'amministrazione sceglie se istituire il servizio e come gestirlo, pena un difetto di istruttoria e con il rischio, altrimenti, di creare uno iato tra i contenuti del servizio pubblico auspicati e quelli garantiti in concreto.

Quanto agli elementi che il contratto deve necessariamente contemplare e disciplinare²⁰, al di là di alcuni aspetti collaterali, essi possono per approssimazione ricondursi a due macro-tipologie.

In una sua prima componente, il contratto di servizio definisce la geografia del servizio pubblico, indicando gli obblighi di cui l'affidatario deve farsi carico che, per quanto attiene ai servizi resi su richiesta individuale dell'utente²¹, vengono arricchiti dall'indicazione necessaria dei livelli ambientali, qualitativi e quantitativi delle prestazioni da erogare, definiti in termini di livelli specifici e di livelli generali, e dei già richiamati obiettivi di miglioramento²². Specularmente, nel gioco di equilibri tra garanzie da accordare e risorse da impiegare, il legislatore impone una presa in carico del problema della sostenibilità, contrattualizzando l'obbligo di assicurare l'equilibrio economico-finanziario²³ e di indicare le modalità di finanziamento, tra copertura realizzata attraverso le tariffe a carico dell'utenza e finanziamento pubblico²⁴; con specifico riguardo alle tariffe, il contratto deve poi definirne struttura, livelli e modalità di aggiornamento²⁵. Anche questo aspetto rileva in modo decisivo ai fini del dimensionamento delle garanzie, poiché la tariffa determina il livello di accessibilità della prestazione, tenuto conto della qualità che si vuole imporre. È in effetti dalla triangolazione tra qualità, intesa in senso lato, livello delle tariffe e disponibilità pubblica all'impiego di risorse integrative che emerge il servizio nella sua effettiva conformazione, poiché, se un servizio di scarsa qualità genera effetti alla fine discriminatori (chi può fuggire dal servizio pubblico; chi non può si trova costretto a fruire di prestazioni inidonee al soddisfacimento effettivo

²⁰ Art. 24, c. 3, d.lgs. n. 201/2022.

²¹ Art. 24, c. 3, lett. d), d.lgs. n. 201/2022.

²² Art. 24, c. 4, lett. b), d.lgs. n. 201/2022.

²³ Art. 24, c. 3, lett. c), d.lgs. n. 201/2022.

²⁴ Art. 24, c. 3, lett. e), d.lgs. n. 201/2022.

²⁵ Art. 24, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 201/2022.

del bisogno), un servizio di buona qualità implica o può implicare costi che, se non riversati sulla comunità nel suo insieme o se non riversati sull'utenza sulla base dell'effettiva capacità di spesa, genera all'inverso una medesima violazione del principio di eguaglianza (chi può fruisce del servizio; chi non può deve rinunziarvi).

Una seconda componente del contratto riguarda le forme di controllo e tutela. Nella logica di garanzia che deve assistere il servizio pubblico, la responsabilità dell'ente viene riaffermata sottolineando il suo ruolo di supervisione, con una forte accentuazione degli obblighi di informazione, propedeutici alla possibilità di compiere un monitoraggio costante²⁶, secondo modalità che lo stesso contratto deve prevedere²⁷. Tanto per la violazione degli obblighi informativi²⁸, quanto per la violazione degli altri obblighi contrattualmente previsti²⁹, il contratto deve indicare 'penalità' (di cui poi, pur in mancanza di una espressa indicazione normativa, dovrebbe specificare la destinazione), anche, infine, disciplinando le ipotesi di risoluzione del contratto almeno per violazioni che siano gravi e reiterate.

Questi aspetti assumono un significato particolare in conseguenza della imposizione all'ente della predisposizione di un programma di controlli³⁰, che evidenzia un allargamento dell'attenzione legislativa, da sempre molto concentrata sul piano del riconoscimento delle garanzie legate alle regole della erogazione, e che si estende ora anche sulla responsabilità della vigilanza. L'insieme di queste previsioni, in effetti, sottolinea come il profilo del controllo costituisca non solo un elemento imprescindibile, ma anche caratteristico del servizio pubblico a gestione esternalizzata, in questo senso traducendo in via normativa e in modo compiuto una esigenza indistricabilmente legata ai processi di esternalizzazione, che sottraggono al soggetto pubblico la produzione, ma non lo esentano dalla responsabilità per gli esiti delle scelte organizzative compiute. Al controllo dell'ente fa riscontro la previsione di forme di tutela specifiche nei confronti degli utenti, cui debbono essere forniti strumenti di reclamo³¹ da decidere in tempi predeterminati, nonché garanzie di ristoro in caso di violazione dei livelli qualitativi del servizio e delle condizioni generali del contratto³².

Il contenuto necessario del contratto di servizio definisce in questo

²⁶ Art. 24, c. 3, lett. g), d.lgs. n. 201/2022.

²⁷ Art. 24, c. 3, lett. f), d.lgs. n. 201/2022.

²⁸ Art. 28, c. 3, d.lgs. n. 201/2022.

²⁹ Art. 24, c. 3, lett. h), d.lgs. n. 201/2022.

³⁰ Art. 28, c. 2, d.lgs. n. 201/2022.

³¹ Art. 24, c. 4, lett. c), d.lgs. n. 201/2022.

³² Art. 24, c. 4, lett. d), d.lgs. n. 201/2022.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

modo la cornice normativa del servizio pubblico, un livello essenziale di disciplina, strutturata intorno a quattro coordinate che l'ente non può omettere di regolare e che poi dovrà modulare in concreto sulla base delle proprie risorse e delle proprie valutazioni politiche: garanzie del servizio pubblico, garanzie delle risorse pubbliche, controllo e tutela. Nell'esercizio della sua autonomia, ogni ente affidante, poi, potrà integrare il contratto inserendo, nel rispetto del principio di proporzionalità, previsioni e obblighi ulteriori.

L'importanza del contenuto minimo così definito ai fini di una corretta costruzione del servizio pubblico per come voluto dal testo normativo, pone evidentemente il problema di stabilire cosa accada ove il contratto manchi di questi contenuti.

Se è in primo luogo da escludere, visto il dato testuale, che possa trattarsi di norma derogabile («il contratto di servizio contiene clausole relative almeno ai seguenti aspetti»), ciò non vieta però che l'amministrazione possa irrigidire il disposto normativo. Così, per esempio, la previsione che impone la risoluzione almeno nei casi di violazione grave e ripetuta³³, può essere resa più severa quantomeno eliminando il riferimento alla necessità che, per la risoluzione, occorra che la violazione sia reiterata, così da riportare la clausola al disposto dell'art. 1455 c.c. Viceversa, l'omessa disciplina di uno degli aspetti che debbono comporre il contenuto minimo non può che importare una violazione di legge; per identificare il tipo di vizio che da ciò deriva è peraltro opportuno affrontare preliminarmente la questione della natura che si riconosca al contratto di servizio e che finisce con l'incidervi.

4. La natura giuridica del contratto di servizio

C'è da chiedersi quale sia la natura del contratto di servizio e, in particolare, se il nuovo contesto normativo delineato dal d.lgs. n. 201/2022 nel quale esso oggi si inserisce, offra degli elementi ricostruttivi utili.

La questione della natura giuridica del contratto di servizio ha suscitato in dottrina non poche perplessità³⁴. In particolare, le tesi avanzate hanno

³³ Questa dizione normativa non appare peraltro coordinata con quella di cui all'art. 27, c. 3, che parla solo di violazioni gravi.

³⁴ Sul punto, per una attenta e approfondita analisi, A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss. Si rinvia anche a S. Torricelli, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Questa rivista*, 2011, 86 ss.

portato alcuni a considerarlo come un contratto di diritto privato³⁵ altri a ricondurlo al genere degli accordi amministrativi *ex art. 11 l. n. 241/1990*³⁶.

È certamente vero che, nel contratto di servizio, il grado della consensualità è ridotto, perché parte del suo contenuto riflette regole fissate unilateralmente dall'amministrazione e che poi sono recepite nel contratto. Ma non per questo la consensualità è assente. È infatti l'offerta dell'aggiudicatario che definisce alcuni degli elementi essenziali, nei termini e negli spazi che l'amministrazione abbia lasciato ai partecipanti alla gara e che peraltro, almeno rispetto a certe modalità negoziate di aggiudicazione, possono risultare molto ampie. Su altri aspetti contrattuali, invece, i privati non potranno che aderire. Tuttavia, per un verso, questo vale per tutti i contratti pubblici passivi, anche per quelli della cui natura privatistica non si discute, e, per altro verso, la figura del contratto per adesione è figura nota anche nel diritto privato. In questo senso, occorre escludere che il ridotto tasso di consensualità, anche quando presente, sia la conseguenza della posizione di autorità di una delle parti e il sintomo dell'esistenza di un potere amministrativo che con il contratto di servizio verrebbe negoziato secondo lo schema della negoziazione del potere discrezionale: è invece semplicemente l'espressione del modo nel quale il legislatore e, prima ancora, la Costituzione configura e conferma l'autonomia contrattuale delle amministrazioni pubbliche.

È anche certamente vero che il contratto di servizio è impregnato di interessi pubblici. Ma, al di là del fatto che ogni contratto pubblico ha una sua finalizzazione all'interesse pubblico, non è l'esistenza in sé di interessi pubblici che genera il potere, come dimostra il fatto che l'amministrazione agisce perseguendo i suoi fini anche utilizzando strumenti di diritto comune.

Chiedersi se vi è un potere implica chiedersi invece se vi è una norma che lo costituisca e ne conferisca la titolarità all'ente in relazione alla stipula del contratto di servizio. È al riguardo da escludere che l'esistenza di un potere, eventualmente da negoziare, possa essere ricavata di per sé (e salvo quanto poi si preciserà) dalla previsione legislativa che consente all'ammi-

³⁵ M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Casese, parte II, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, 2581 ss.; M. Sebastiani, *Il contratto di servizio*, in *Società pubbliche e servizi locali*, a cura di A. Vigneri e M. Sebastiani, Rimini, Maggioli Editore, 2016, 292), A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, cit.

³⁶ A. Massera e C. Taccola, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di A. Massera, Pisa, Plus, 2004, 271; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2021, 91; A. Romano Tassone, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, 613 ss.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

nistrazione di istituire e organizzare un servizio pubblico. Questo, infatti, ha a che fare, da un lato, con le attribuzioni dell'ente e, dall'altro, con scelte organizzative proprie di ogni tipo di struttura: nel definire il modo in cui una amministrazione sopperisce ai bisogni che ha in cura non esercita necessariamente un potere, ma, con atti la cui natura dipende da scelte di sistema, assolve alle proprie funzioni, attraverso gli strumenti (di diritto comune o di diritto speciale) che l'ordinamento le mette a disposizione. Altro è, insomma, l'esercizio doveroso delle attribuzioni, altro è l'esercizio di un potere amministrativo, che è solo una delle forme di svolgimento delle funzioni. D'altra parte, anche se si volesse ritenere che nella fase di assunzione del servizio e di definizione delle modalità di gestione possa scorgersi un potere, per ciò solo non potrebbe ricavarsi che vi sarebbe allora un potere anche rispetto alla successiva fase in cui l'amministrazione stipula il contratto.

Il d.lgs. n. 201/2022, nel raccordare la disciplina speciale dei servizi pubblici alla disciplina generale della contrattualistica pubblica³⁷, non solo per quanto riguarda la fase prodromica dell'evidenza pubblica, ma anche in relazione a profili di esecuzione, sembra innestarsi coerentemente nel solco di questa ricostruzione privatistica. Sembrano per questo ancora più solidi gli argomenti che portano a ricondurre il contratto di servizio ad un contratto di diritto privato, di regola nella forma della concessione, residualmente nella forma dell'appalto³⁸, seppure poi oggetto della disciplina speciale dell'esecuzione posta dal codice dei contratti pubblici. Ed è in effetti quanto sembra ritenere anche la giurisprudenza, escludendo che il contratto di affidamento del servizio possa esser considerato come un «accordo sostitutivo o quantomeno integrativo di provvedimento concessorio» o come un «atto procedimentale con corredo di poteri annessi»³⁹, per ritenere invece che si tratti di un atto di esercizio di autonomia negoziale, anche in caso di affidamenti a società *in house* e anche qualora si affidino servizi riservati. La soluzione proposta è sì condivisibile, ma appare espressa in modo molto e forse troppo reciso proprio in relazione a queste due ultime fattispecie.

Qualora si sia in presenza di affidamento diretto ad una società *in house*, in effetti, la mancanza di alterità esclude che vi sia un incontro di volontà e accentua il rapporto di strumentalità fino a diluire la contrapposizione delle parti, per cui il contratto di servizio esaurisce la sua funzione in una dimensione organizzativa tutta interna all'apparato amministrativo (soprattutto, ma

³⁷ Come espressamente richiesto dalla legge delega all'art. 8, c. 2, lett. p).

³⁸ Art. 15 d.lgs. n. 201/2022.

³⁹ Nel solco di un orientamento costante, ivi richiamato, si veda Cass., sez. un., 14 marzo 2022, n. 8186.

non solo, ove siano previsti poteri speciali di intervento sull'andamento societario per garantire il controllo analogo). Lo conferma la giurisprudenza europea escludendo che in questo caso la società affidataria sia una entità giuridicamente distinta dall'amministrazione ed esclude parimenti che, tra questa e l'ente affidante, intervenga un contratto, ritenendo invece che l'*in house* descriva una fattispecie in cui l'amministrazione fornisce il servizio con "i propri strumenti"⁴⁰. Questi argomenti inducono in definitiva a ricondurre il fenomeno al potere organizzativo dell'amministrazione e più specificamente a riferire il contratto di servizio ad un processo di macro organizzazione avente ad oggetto l'allocazione di una funzione di natura prestazionale, del quale costituisce l'ultimo anello.

La questione richiede di essere affrontata con maggiore problematicità, per motivi diversi, anche allorché il contratto di servizio riguardi servizi pubblici riservati (non in quanto pubblici, ma in quanto oggetto di riserva). La riserva, infatti, può implicare esercizio di un potere di affidamento di ciò che non appartiene alla libertà imprenditoriale e che, infatti, è tradizionalmente considerato da conferire, secondo l'opinione corrente, mediante provvedimenti traslativi di natura concessoria⁴¹.

In entrambi questi casi, insomma, la ricostruzione privatistica appare dubbia e comunque, per provare a configurare il contratto di servizio come un atto o come un contratto di diritto privato, occorrerebbe quantomeno preliminarmente rivedere la ricostruzione usuale di alcune categorie di fondo del diritto amministrativo.

5. I vizi autonomi del contratto di servizio

Sulla premessa della ordinaria natura privatistica del contratto di servizio si può riprendere il tema dei vizi autonomi di quel contratto, vizi che non derivino cioè dall'annullamento del sotteso atto di affidamento. In questo ultimo caso, infatti, la questione è interamente assorbita dall'applicazione della disciplina *ad hoc* prevista dal codice del processo amministrativo⁴² e non presenta, rispetto al contratto di servizio, alcuna specificità. Il contratto di

⁴⁰ Già CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt-Halle*, p. 48.

⁴¹ N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, cit., parte II, vol.VI, 2314; S. Torricelli, *Le privatizzazioni nella gestione dei servizi pubblici. Dall'unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, Firenze, Florence University Press, 2016, 310

⁴² Artt. 121 ss., d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

servizio può invece essere investito da vizi autonomi, legati al tempo della stipulazione e al suo contenuto.

Sotto il primo profilo, non pone particolari problemi la fattispecie del contratto stipulato in violazione del termine dilatorio posto dalla normativa sui contratti pubblici⁴³: la questione, infatti, può essere ricondotta a quella generale che prescrive l'inefficacia al ricorrere della doppia condizione per cui la violazione abbia impedito al ricorrente di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento⁴⁴. Quale sia lo stato viziante che genera l'inefficacia e come debbano essere interpretati i due requisiti appare nient'affatto semplice da stabilire: rimane il fatto però che, rispetto a ciò, la tipologia del contratto e l'essere quel contratto un «contratto di servizio» non comporta conseguenze particolari.

Diversa l'ipotesi della violazione della previsione per cui il contratto di servizio non preceduto dal previo esperimento di una gara non può essere stipulato prima di sessanta giorni dalla trasmissione ad ANAC della delibera di affidamento alla società *in house*⁴⁵. Rispetto a questa ipotesi, il legislatore non ha disciplinato le conseguenze della violazione, ma proprio il confronto con la fattispecie precedente suggerisce di porre al centro della ricostruzione delle conseguenze del vizio l'effetto sostanziale prodotto. Questo effetto è in particolare legato alla possibilità per ANAC, ove vi siano violazioni, di rendere un parere motivato nel quale indicare i vizi di legittimità riscontrati nel termine di sessanta giorni dalla notizia della violazione e di impugnare gli atti in caso l'amministrazione non si conformi al parere emesso nel termine assegnato⁴⁶. In questa prospettiva, la mancata trasmissione ad ANAC importerà solo la non conoscibilità della violazione con la conseguenza di non far decorrere i termini relativi ai poteri di segnalazione e impugnazione. D'altra parte, è vero che un intervento di ANAC reso tardivo dalla mancata trasmissione tempestiva riduce l'efficacia del potere di segnalazione soprattutto per i limiti che l'amministrazione poi incontra nell'annullamento d'ufficio, ma va considerato che, trattandosi di un affidamento *in house*, l'amministrazione può comunque esercitare sulla società gli stessi poteri che esercita sui propri

⁴³ Art. 18, c. 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁴⁴ Art. 121, c. 1, lett. c, d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁵ Art. 17, d.lgs. n. 201/2022.

⁴⁶ Sono i poteri di cui all'art. 220, c. 2 e 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici. Sono questi poteri esercitabili per violazioni "del codice": tuttavia un affidamento *in house* che venga disposto in assenza delle condizioni prescritte comporta certamente violazione del codice, a seconda dei casi in via diretta o mediata.

servizi, dunque può incidere sulla permanenza di un contratto già stipulato anche semplicemente conformando la volontà societaria.

Un altro diverso vizio autonomo può emergere ove il contratto di servizio non presenti il contenuto minimo. La violazione non è affatto formale. Come si è visto, infatti, il contenuto minimo del contratto di servizio esprime la scelta legislativa circa il modo in cui i servizi pubblici debbono essere governati: non può esservi servizio pubblico se non per effetto dell'interazione tra garanzie sostanziali e garanzie circa il controllo e la tutela, che danno al servizio pubblico una fisionomia compiuta, da assicurare in modo omogeneo in ciascuna parte del territorio.

Se questo è, e se il contratto ha natura privatistica, un'amministrazione che stipuli un contratto che manchi di disciplinare gli aspetti che il legislatore impone siano disciplinati produce un atto affetto da nullità virtuale, ex art. 1418 c.c., per violazione di una norma imperativa che attiene al suo contenuto⁴⁷. La forza del vizio è d'altra parte la migliore garanzia di osservanza della norma: il contratto dovrà essere nuovamente sottoscritto senza che possa essere interesse di alcuna delle parti osteggiare la sua integrazione. Lo stesso potrà accadere ove il contratto non corrisponda allo schema di contratto tipo elaborato dall'autorità di regolamentazione⁴⁸.

6. Per un servizio pubblico locale rinnovato: una riflessione conclusiva

Come si è visto, la nuova disciplina del contratto di servizio va molto oltre la regolamentazione del rapporto tra ente e gestore. È una disciplina sul dover essere del servizio pubblico, con cui il legislatore ha inteso delinearne la struttura necessaria. L'approccio è un approccio funzionalista, che, in un contesto di generalizzate esternalizzazioni, tiene conto che le garanzie, per essere tali, non possono solo essere affermate, ma debbono anche essere assistite da forme speciali di controllo e di tutela⁴⁹ e che la specialità di queste è parte della specialità del servizio pubblico e della specialità dei diritti che il servizio pubblico genera in favore delle persone.

⁴⁷ Alla conclusione della esistenza di una causa di nullità si arriva anche qualora si consideri che il contratto abbia natura pubblicistica, in relazione al difetto di un elemento essenziale (il contenuto), ex art. 21-septies l n. 241/1990, sebbene in questo caso muta il regime giuridico del vizio, attutendone l'impatto (ai sensi dell'art. 31, c. 4, d.lgs. n. 104/2010).

⁴⁸ Ciò per l'emersione di una violazione mediata dell'art. 7, c. 2., d. lgs. n. 201/2022.

⁴⁹ Colmando in questo modo una lacuna che la dottrina ha da tempo rilevato: così F. Giglioni, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 353.

il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali

L'art. 24, d.lgs. n. 201/2022 che al contratto è specificamente dedicato, è una norma in cui confluiscono o su cui si innestano le altre disposizioni del testo normativo, le quali, illuminate dai principi posti dalla Costituzione e che il decreto si dà carico di precisare⁵⁰, proprio nel contratto di servizio trovano l'elemento unificatore e di coordinamento, dando vita, nel loro complesso, a un servizio pubblico potenzialmente rinnovato. L'impatto teorico è rilevante; può non esserlo meno l'impatto pratico, sempre che le amministrazioni locali, che proprio in tema di servizio pubblico hanno mostrato non di rado di resistere alle pressioni legislative per depotenziare il significato degli interventi di riforma che nel tempo si sono susseguiti, avvertano la responsabilità di dare una attuazione coerente con l'ispirazione del riordino della disciplina e con l'indirizzo che da esso si trae.

Abstract

The paper aims at providing an analytical review of the service contract, as regulated, in more comprehensive and articulated terms than in the past, by the Legislative Decree No. 201 of December 23, 2022. More specifically, the contribution focuses on the function of the service contract, highlighting how it changes due to the different context in which the contract is inserted (in-house or outsourcing). The paper then analyzes some of the most relevant legal profiles, including the necessary content of the service contract, its legal nature (between public and private dimensions) and the regulation of its flaws. What is ultimately drawn from the study conducted here is that just as Art. 24, Legislative Decree No. 201/2022, is a provision in which converge all the other provisions of the “reorganization discipline of local public services of economic importance”, in the same way the service contract now presents itself as the unifying and coordinating element of the entire Legislative Decree No. 201/2022.

⁵⁰ Art. 3, d.lgs. n. 201/2022.

ARTICOLI

ENRICO CARLONI

CAMBIAMENTI DI PROSPETTIVA. RIFORMA DEL *WHISTLEBLOWING* E TRASFORMAZIONI DELL'ANTICORRUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Caratteri generali di un istituto: tra “costellazione” e “modello”. – 3. Indicazioni sovranazionali e sollecitazioni europee. – 4. Il *whistleblowing* e il dovere di denuncia del funzionario. – 5. Il percorso di tutela del *whistleblower* nel sistema di anticorruzione italiano. – 6. La riforma del 2023 ed il cambiamento di prospettiva. – 7. Il “nuovo segnalante” dopo la riforma. – 8. L’oggetto e i canali della segnalazione. – 9. Le misure di protezione del segnalante. – 10. Ruolo e funzioni di ANAC. – 11. Considerazioni di sistema.

1. Premessa

Nel quadro degli strumenti e meccanismi di prevenzione della corruzione, riveste una posizione particolare l’istituto della “segnalazione di illeciti” che trova ora la sua disciplina, molto densa e dettagliata, nel d.lgs. n. 24/2023¹. Una riforma, questa, di matrice europea, che nel segnare la fortuna dell’istituto (che giunge ad una disciplina organica ed assume una portata sempre più ampia), ne orienta però le coordinate di sviluppo in termini che a volte appaiono eccentrici rispetto ai caratteri dello stesso sistema di anticorruzione.

Affermatosi nell’alveo delle politiche anticorruzione², il *whistleblowing*

¹ D.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, Attuazione della direttiva (Ue) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Su questa riforma, in termini generali, v. anzitutto l’attenta analisi di G. Cossu, L. Valli, *Il “whistleblowing”: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2023, 155 ss.

² Sul *whistleblowing* come parte del “sistema” di prevenzione della corruzione, cfr. es. R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2019; E. Carloni, *L’anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, Il Mulino, 2023; B. Neri, *Manuale di diritto dell’anticorruzione e della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, spec. 83-87; R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018; M. De Rosa, *La prevenzione della corruzione nella tutela del dipendente che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)*, in

(utilizzando l'espressione anglosassone che definisce questo modello di regolazione) sembra in parte emanciparsi rispetto a questo retaggio in seguito alla nuova disciplina, con effetti che investono la stessa coerenza di alcuni elementi portanti del sistema di prevenzione.

Diversamente poteva dirsi prima delle recenti riforme. Per quanto se ne avvertisse con evidenza il carattere prismatico³, il *whistleblowing* poteva trovare una razionale collocazione, nel sistema di anticorruzione, nel quadro degli istituti volti al rafforzamento dell'integrità pubblica attraverso modifiche allo stato giuridico, e quindi al sistema dei doveri, del funzionario pubblico⁴. Spingevano, in questa direzione, anzitutto elementi testuali e sistematici, quali la stessa collocazione della prima disciplina nel Testo unico sul rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni (d.lgs. n. 165/2001)⁵. Rispetto a quella impostazione, le riforme successive (già quella del 2019⁶) ed in particolare la recente, radicale, revisione dell'istituto, modificano profondamente l'angolazione da cui leggere e interpretare questo meccanismo⁷.

Riflessioni in tema di lotta alla corruzione, a cura di M. Nunziata, Roma, Carocci, 2017, 137 ss.; A. Sitran, *Il 'Whistleblowing' come strumento di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 11-12, 2019, 2, 671 ss.; F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Diritto penale e processo*, n. 8s, 2013, 4-14; *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino, Giappichelli, 2016; *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, a cura di G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi, Acireale, Bonanno, 2011; D.-U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del "whistleblowing" come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2020, 112 ss. In questo senso si v., però, non ultimo lo stesso Piano nazionale anticorruzione, che inquadra la misura tra gli strumenti di prevenzione della corruzione (PNA) (si v. es. il PNA 2013, diffusamente ma spec. 43-44).

³ Si v., in termini complessivi, il ricchissimo volume *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella e S. Zorzetto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

⁴ Si v. in questo senso E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, Il Mulino, 2023, cap. 5.

⁵ La l. 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, ha, come noto, introdotto l'istituto attraverso un nuovo articolo nel corpo del d.lgs. n. 165/2001, l'art. 54-bis (rubricato Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti). Sull'innesto di regole anticorruzione nella disciplina del "pubblico impiego", cfr., in termini generali, G. D'Alessio, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017, 99 ss.

⁶ Il riferimento è qui alla l. 30 novembre 2017, n. 179, Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato. Sinteticamente su questa riforma v. G. Massari, *Il "whistleblowing" all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium iuris*, n. 9, 2018, 981 ss.

⁷ Sulla prospettiva *human rights oriented* vs *government oriented*, cfr. A. Valli, *Whistleblowing, verità e democrazia. Una riflessione*, in *Rivista semestrale di diritto*, n. 1, 2019, 49 ss.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

Che la prospettiva del *whistleblowing* non potesse esaurirsi nell'ambito degli strumenti di prevenzione della corruzione era comunque già evidente: segnali in questa direzione potevano ben rinvenirsi nel nostro ordinamento dove meccanismi di *whistleblowing* al di fuori del perimetro pubblico ed al di là di una logica di prevenzione di *maladministration* si rinvenivano nell'ambito del settore bancario e del settore finanziario⁸ e nel quadro della disciplina posta dal d.lgs. n. 231/2001⁹. Pur con questa consapevolezza, fino alle modifiche recenti, queste disposizioni sembravano segnalare certo la adattabilità del meccanismo ma non ne ponevano in discussione il baricentro, chiaramente collocabile nel quadro dei sistemi di prevenzione della corruzione.

Proprio l'ultima riforma, del 2023, consente di ri-collocare lo strumento, del quale è chiara la portata trasversale e la valenza sistemica, non circoscritta ai fenomeni di corruzione ed all'ambito dei soggetti pubblici, ma posta a presidio di più complessive esigenze di legalità. Con riserva di riprendere queste considerazioni, può sin d'ora osservarsi che, per la sua *ratio* di fondo, per le sue caratteristiche, ma anche per la traiettoria riformatrice che ne ha segnato il rafforzamento, il *whistleblowing* si inserisce ora come un elemento non solo particolare, ma per certi versi eccentrico, nell'impianto delle misure di prevenzione alla luce della (a lungo attesa) riforma attuativa della dir. 2019/1937/UE¹⁰.

2. Caratteri generali di un istituto: tra “costellazione” e “modello”

Attingendo alla ricca esperienza comparata, *in primis* se non essenzialmente di matrice statunitense¹¹, è diffusa la tendenza a vedere nel *whistleblowing* un istituto di carattere generale, sia pure oggetto di regolazioni spe-

⁸ I primi interventi in materia di *whistleblowing* risalgono all'epoca della Comunità Economica Europea e sono stati introdotti al fine di contrastare il riciclaggio dei proventi derivanti dal traffico di stupefacenti (dir. 91/308/Ce). Le banche e gli enti finanziari furono obbligati a identificare i loro clienti e a segnalare alle Autorità competenti le operazioni in tal senso sospette. Si trattava di un *whistleblowing* particolare, vi era un dovere di segnalazione posto a carico di specifici soggetti.

⁹ D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11, l. 29 settembre 2000, n. 300, art. 6, c. 2-*bis* e 2-*ter* (introdotti dalla l. n. 179/2017).

¹⁰ Sul rapporto tra direttiva e disciplina nazionale, cfr. M. Magri, *La direttiva europea sul “whistleblowing” e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3S, 2022, 555 ss.

¹¹ Al di fuori degli Stati Uniti, un importante (e nel complesso ben più recente) riferi-

cifiche, e quindi un “modello” esportabile anche al di fuori del suo bacino naturale¹².

La questione è però non così pacifica già con riferimento al primo aspetto: la presenza nell’ordinamento statunitense di una pluralità di discipline di settore e la corrispondente assenza di una regolazione organica, rendono difficile un inquadramento della figura e dei suoi tratti tipici (variando, nelle diverse ipotesi, perimetro soggettivo e oggettivo, forme di segnalazione e persino le misure di protezione o premiali), tanto che si può parlare più di una costellazione di meccanismi che di un modello¹³. Ancora più controversa la questione della idoneità del “modello” alla sua circolazione ed esportazione, come conferma in Italia la stessa difficoltà nel trovare una trasposizione linguistica che fornisca una definizione efficace e convincente del fenomeno: una banale “questione terminologica”¹⁴, che però tradisce una difficoltà di innesto ed una resistenza culturale¹⁵.

Nei suoi termini generali, il *whistleblower* è comunque una figura “spendibile” anche al di fuori dello stretto perimetro del contrasto della corruzione: si riferisce infatti ad una persona che segnala e rende note informazioni o attività illecite (illegali, non etiche o non corrette) di cui è venuto a conoscenza operando in un’organizzazione pubblica o privata. Come suggerisce già il termine inglese che lo definisce (letteralmente chi “soffia nel fischietto” per avvisare di una violazione cui ha assistito, come fa il poliziotto o anche un arbitro), l’istituto si rivolge a colpire condotte illecite già poste in essere: l’effetto anticorruzione è dunque legato, in termini successivi

mento è l’esperienza britannica, dove il Public Interest Disclosure Act del 1998 fornisce una regolazione completa ed organica.

¹² Sull’impianto (e la complessità) del sistema statunitense di protezione del “segnalante”, si v., tra gli altri, D. Schult, K. Haratyunyan, *Combating corruption: the Development of Whistleblowing Laws in the United States*, cit.; J.O. Shimabukuro, L. Paige Whitaker, *Whistleblowing Protection Under Federal Law: an Overview*, Washington (DC), Congressional Research Service, 2012.

¹³ Sul punto, diffusamente, cfr. M. Magri, *La direttiva europea sul whistleblowing e la sua trasposizione nell’ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, n. 2S, 559, che segnala anche che lo stesso fenomeno si riproduce nei rapporti con gli Stati federati, le cui leggi sul *whistleblowing* “non sono armonizzate o ravvicinate (né dovrebbero esserlo) e non garantiscono, pertanto, un livello di protezione omogeneo”.

¹⁴ Su cui, diffusamente, v. R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, spec. 133-134.

¹⁵ Resta interessante, sul punto, l’approfondimento proposto dall’Accademia della crusca, *Che cosa indica e come si traduce la parola inglese whistleblower?* (2014): <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower/918>. Esemplare, in questa prospettiva e per cogliere il dato culturale italiano, l’esperienza (vissuta in prima persona) raccontata da A. Franzoso, *Il disobbediente*, Milano, Bur, 2021.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

all'efficacia dell'azione di denuncia¹⁶, ed in termini preventivi alla possibile emersione di condotte propedeutiche alla corruzione vera e propria, ma anche all'effetto deterrente derivante dalla possibilità di segnalazioni (e quindi alla presenza di un meccanismo di potenziale “trasparenza dall'interno”¹⁷).

La relativa disciplina, pur nella variabilità delle previsioni, ruota intorno ad un nucleo tipico che consiste nella tutela da provvedimenti ritorsivi (licenziamento, demansionamento, ecc.) e nella garanzia di forme di riservatezza protetta se non di anonimato: si tratta di meccanismi di protezione che l'ordinamento assicura a determinate condizioni ed in specifiche circostanze secondo scelte disciplinate dal diritto positivo. In alcune esperienze a queste tutele si affiancano anche riconoscimenti e benefici economici commisurati al valore della denuncia.

Questi meccanismi vantano una tradizione nel mondo anglosassone ed in particolare negli Stati Uniti dove se ne fa risalire una prima manifestazione addirittura alle leggi contro le frodi nelle commesse pubbliche dell'amministrazione Lincoln (*False Claims Act* del 1863), e dove la materia ha conosciuto una serie di sviluppi ulteriori.

In ambito pubblico, è del 1912 il Lloyd-La Follette Act che assicura il diritto dei dipendenti federali di comunicare con i membri del Congresso e dare loro informazioni, ed è con le riforme del 1978 (*Civil Service Reform Act* ed *Ethics in Government Act*) che si garantisce a livello federale una protezione generale del *whistleblower* “pubblico”, attraverso una serie di clausole, meccanismi e divieti (ulteriormente rafforzati con il *No Fear Act* del 2002¹⁸). In molti ambiti di azione pubblica il *whistleblowing* è d'altra parte disciplinato anche nel quadro dei doveri del funzionario, in particolare come obbligo di denuncia di illeciti¹⁹.

Dal 1989 una disciplina federale, il *Whistleblower Protection Act* del 1989, lo inquadra anzitutto come una forma di libertà di informazione (*freedom of*

¹⁶ Per una lettura dell'istituto essenzialmente sul piano della “repressione” piuttosto che su quello della prevenzione, cfr. M. Magri, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge 179/2017 sarà a breve da riscrivere?*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019, 4.

¹⁷ Sui meccanismi di trasparenza in funzione di integrità/anticorruzione, cfr., tra gli altri, C. Bertot, P.T. Jaeger, J.M. Grimes, *Using ICTs to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies*, in *Government Information Quarterly*, vol. 27, iss. 3, 2010, 264 ss.; E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2019, 497 ss.; A. Cerrillo Martinez, B. Ponti, *The complex relationship between transparency, legitimation and accountability – some evidence from the fight against corruption*, in *Etica pubblica*, n. 2, 2022, 29 ss.

¹⁸ Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation Act of 2002, Public Law 107-174.

¹⁹ Si pensi in questo senso 10 U.S.C. 1034 Military Whistleblower Act.

speech), e fornisce una protezione anche ai dipendenti privati. Questo, con un potenziale cambiamento di prospettiva, che si coglie anche nella riflessione internazionale ed europea sul tema.

Proprio in ambito privato la normativa federale statunitense si mostra d'altra parte particolarmente ricca, ancorché frammentaria. Il Congresso ha definito regole per la protezione dei dipendenti di imprese private in numerosi settori, attraverso non meno di 18 leggi federali²⁰. Tra queste, il Sarbanes-Oxley Act²¹, il Fda Food Safety Modernization Act²², il Dodd-Frank Act²³. Proprio le regolazioni di settore, tra le quali quelle in campo ambientale, hanno contribuito alla fortuna statunitense dell'istituto, ed all'immagine positiva che si collega oramai da decenni all'attività dei *whistleblower*²⁴. La materia è disciplinata inoltre da regole previste nei singoli Stati e a livello federale continua ad essere oggetto di interventi per il rafforzamento dell'efficacia dello strumento²⁵.

3. Indicazioni sovranazionali e sollecitazioni europee

A livello internazionale, le plurime finalità dell'istituto, pur nella evidente sollecitazione alla circolazione di regolazioni di *whistleblowing*, sono confermate dalla convenzione di Merida²⁶, dove queste strategie di regolazione trovano più riferimenti senza che vi sia uno specifico articolo dedicato alla figura.

²⁰ Cfr. J.O. Shimabukuro, L. Paige Whitaker, *Whistleblowing Protection Under Federal Law: an Overview*, cit.

²¹ Public Law 107-204, 2002.

²² Public Law 111-357, 2011.

²³ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Public Law 11-203, 2010.

²⁴ Ralph Nader, cui si tende ad attribuire la stessa genesi del termine (in sostituzione dei termini, chiaramente spregiati, precedentemente in uso: “*Informer*” e “*snitch*”), ha definito il whistleblowing un “ultimo baluardo contro il potere” (R. Nader, K. Blackwell, P. Petkas, *Whistleblowing. The report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, Grossman, 1972, 7; cfr. V.M. Donnini, *Prevenire la corruzione. Strategie, sfide, obiettivi*, Roma, Carocci, 2022, 70).

²⁵ Si v. es. il Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012, Public Law 112-199, che tende in particolare a limitare le pratiche e gli accordi di confidenzialità e riservatezza delle amministrazioni in contrasto con le regole sul whistleblowing.

²⁶ Si v. per l'Italia, la l. 3 agosto 2009, n. 116, Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

Così, nella parte sulla prevenzione della corruzione, la Convenzione ne tratta in primo luogo nel definire i doveri del funzionario pubblico e quindi all'8, c. 4 relativo ai codici di condotta: troviamo qui l'indicazione alla introduzione, da parte degli Stati aderenti, di «misure e sistemi tali da facilitare la segnalazione, da parte dei pubblici ufficiali alle autorità competenti, degli atti di corruzione di cui essi sono venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni».

Si tratta di una previsione che favorisce la tendenza a classificare l'istituto della segnalazione nel quadro dei doveri del funzionario pubblico e quindi a dare specifico risalto a una particolare declinazione di questo meccanismo. L'art. 13 della stessa Convenzione UNCAC, relativo alla “partecipazione della società”, prevede d'altra parte che «i fatti suscettibili di essere considerati costitutivi di un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione possano essere [...] segnalati, anche in forma anonima». Infine, è l'art. 33, nella parte però relativa alla repressione della corruzione, a richiedere «misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati previsti dalla presente Convenzione».

Da segnalare, nella formulazione proposta dalla Convenzione, che il *whistleblowing* può dunque variamente essere interpretato, tanto dalla prospettiva dei doveri del funzionario, quanto da quella del diritto di “ogni persona”. Questa duplice natura dell'istituto è confermata, a livello internazionale (ma regionale) dal Consiglio d'Europa, che nella sua raccomandazione del 2014 vi vede tanto uno strumento di contrasto della corruzione quanto una manifestazione della libertà di espressione²⁷.

A livello europeo, la questione è ripresa da angolazioni diverse, con un approccio convergente dalle diverse istituzioni²⁸ ed in particolare grazie all'azione dell'Unione²⁹, ma si sviluppa anzitutto attraverso discipline setto-

²⁷ Consiglio d'Europa, *Protection of Whistleblowers. Recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, on 30 april 2014, and explanatory memorandum*, 11 («the Council of Europe recognises the value of whistleblowing in deterring and preventing wrongdoing, and in strengthening democratic accountability and transparency. Whistleblowing is a fundamental aspect of freedom of expression and freedom of conscience and is important in the fight against corruption and tackling gross mismanagement in the public and private sectors»).

²⁸ Cfr., ampiamente, H.C.L. Yurttagül, *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union. An Emerging Consensus*, Cham, Springer, 2021.

²⁹ Sull'approccio europeo al tema, cfr. diffusamente U. Turksen, *Whistle-blower protection*

riali che vedono nel *whistleblowing* uno strumento di protezione di interessi rilevanti (in particolare, in funzione di antiriciclaggio bancario già con la dir. 91/308/Ce). Non manca una specifica attenzione al *whistleblowing* pubblico in funzione di anticorruzione, ma la prospettiva assunta nella promozione dell'istituto è più ampia e meno centrata, tanto che nella recente proposta di direttiva anticorruzione si avverte l'esigenza di "meglio orientare" il meccanismo approntato dalla direttiva del 2019 in funzione (anche) di prevenzione della corruzione³⁰.

La dir. 2019/1937/Ue riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione (c.d. direttiva sugli informatori)³¹, si propone di garantire una valida protezione ai *whistleblower* «al fine di rafforzare l'applicazione del diritto dell'Unione nei settori fondamentali» e questo in particolare, ma non solo, «a tutela degli interessi finanziari dell'Unione». Non è questa la sede per valutare il fondamento, invero controverso, della competenza europea in materia, né per interrogarsi sulla portata di questo evidente «esercizio di sovranità»³² da parte dell'Unione: si può solo osservare che accogliendo la portata di queste disposizioni, volte ad una "armonizzazione minima" e quindi all'introduzione di un nucleo di tutele per il segnalante che gli Stati membri possono ampliare ma non restringere, l'ordinamento riconosce protezione anzitutto a garanzia dell'effettività del diritto europeo.

Ed è in ragione di questa direttiva europea, che ha disposto l'introduzione da parte di tutti i paesi membri dell'Unione di «norme minime comuni volte a garantire un elevato livello di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione» (art. 1)³³, che si è assistito alla

in the EU: critical analysis of challenges and future prospects, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella, S. Zorretto, cit., 41 ss.

³⁰ Recita infatti la proposta che «è opportuno rendere applicabile questa direttiva alla denuncia dei reati di cui alla presente proposta e alle persone che li denunciano. Le autorità nazionali competenti dovrebbero inoltre assicurare alle persone che forniscono elementi di prova o collaborano in altro modo alle indagini penali la protezione, il sostegno e l'assistenza necessari nel contesto dei procedimenti penali» (Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2023) 234 final, 5).

³¹ Su cui v. es. J.T. Stappers, *EU Whistleblower Protection Directive: Europe on Whistleblowing*, in *ERA Forum*, n. 22, 2021, 87 ss.

³² Cfr. spec. M. Magri, *La direttiva europea sul whistleblowing*, cit.

³³ Dir. 2019/1937/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

diffusione di regolazioni nazionali volte al riconoscimento del valore dell'azione di questi "informatori"³⁴. Secondo la direttiva, infatti, «nel segnalare violazioni del diritto unionale che ledono il pubblico interesse, tali persone [...] svolgono un ruolo decisivo nella denuncia e nella prevenzione di tali violazioni e nella salvaguardia del benessere della società»³⁵. Un valore che in particolare l'Unione avverte essere forte nei settori degli appalti pubblici, oltre che nei settori finanziari, della tutela della salute e nel campo ambientale e alimentare³⁶.

4. Il *whistleblowing* e i doveri di denuncia del funzionario

Per quanto le indicazioni europee vadano a mutare questo tratto, il *whistleblowing* tende a trovare la sua primaria, ed essenziale, ragione di essere, in ambito italiano, nell'esigenza di proteggere l'integrità e l'imparzialità, ad assicurare il contenimento dei fenomeni di corruzione in ambito pubblico. Seguendo una traiettoria che ha caratterizzato già il diritto internazionale, il *whistleblowing* è stato considerato «come un istituto che contribuisce a conservare o ripristinare l'integrità»³⁷ nelle organizzazioni, ed in questa prospettiva «esso è strumento di *governance*» (è questo il c.d. *government oriented approach*).

È questa la prospettiva accolta dalla Commissione "Garofoli" nel proporre l'introduzione di questo istituto³⁸, e quindi quella scelta dalla l. n. 190/2012 nell'introdurre l'art. 54-bis nel corpo del d.lgs. n. 165/2001. Con, in più, la scelta, evidente in questa collocazione, di interpretare la condotta del segnalante in continuità con i doveri del funzionario pubblico³⁹.

³⁴ Al momento (ottobre 2023), stando ai siti di monitoraggio specializzati (si v. es. la mappatura in www.whistleblowingmonitor.eu/country/), la Direttiva risulta recepita in 25 paesi europei (dunque in tutti, con l'eccezione di Polonia ed Estonia).

³⁵ Così il considerando 1 della dir. 2019/1937/Ue.

³⁶ Si v. i considerando da 6 a 18 della dir. 2019/1937/Ue.

³⁷ Così N. Parisi, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella e S. Zorzetto, cit., 1. Sulle plurime funzioni del segnalante, e quindi sulle diverse prospettive di lettura del suo ruolo, cfr. anche A. Sitzia, S. Rizzato, *Il "lanceur d'alerte", alias "whistleblower", tra lotta alla corruzione, trasparenza e "parresia"*, in *Amministrare*, n. 3, 2018, 399 ss.

³⁸ Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione nella PA, *Rapporto. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*, Roma, 1° ottobre 2012, spec. 77-78.

³⁹ Cfr., al riguardo, già R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministratori*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2009, 53 ss.

Da questo punto di osservazione è facile rilevare che il regime di segnalazione “protetta” si affianca coerentemente, sia pure senza sovrapporsi, al tradizionale obbligo di denuncia del pubblico ufficiale, di cui si occupano gli artt. 331 del codice di procedura penale italiano e 361 e 362 del codice penale: ai sensi dei quali, da un lato, infatti, «i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell’esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia»⁴⁰ e dall’altro è punito «il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all’Autorità giudiziaria [...] un reato di cui ha avuto notizia nell’esercizio o a causa delle sue funzioni»⁴¹.

L’obbligo di denuncia è ripreso e confermato dallo stesso codice di comportamento, che anzi ne amplia la portata, sia pure in una prospettiva di responsabilità disciplinare e di doverosità delle condotte: infatti, «fermo restando l’obbligo di denuncia all’autorità giudiziaria, [il dipendente] segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell’amministrazione di cui sia venuto a conoscenza»⁴².

La disciplina sul *whistleblowing* si inserisce su questo solco ma assume una prospettiva più ampia e, soprattutto, intende fornire garanzie e tutele al “segnalante” (senza, peraltro, sostituire l’obbligo di denuncia in presenza di reati perseguibili d’ufficio⁴³). La questione non si risolve, dunque, tanto nella imposizione di un “dovere”, quanto piuttosto nella predisposizione di una serie di garanzie e tutele che rendano più agevole la segnalazione, con una disciplina che (coerentemente con la logica di prevenzione e di contrasto di *maladministration*), si rivolge ad un insieme di fenomeni di “illecito” ben più ampi di quelli interessati dalle richiamate norme del codice di procedura penale. Qui, la nozione in rilievo era dunque quella di “condotte illecite” (nozione prevista dalla norma e specificata da ANAC

⁴⁰ Si v. art. 331 c.p.p., Denuncia da parte di pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio: ai sensi del c. 1, «salvo quanto stabilito dall’art. 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell’esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito».

⁴¹ Si v. art. 361 c.p., Omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale; cfr. art. 362 c.p., Omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio.

⁴² Art. 9, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell’art. 54, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

⁴³ Già nelle Linee Guida sul *whistleblowing* del 2021, l’ANAC aveva chiarito che «per i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che hanno un obbligo di denuncia, in virtù di quanto previsto dal combinato disposto dell’art. 331 c.p.p. e degli artt. 361 e 362 c.p., la segnalazione di cui all’art. 54-bis indirizzata al RPCT o ad ANAC non sostituisce, laddove ne ricorrano i presupposti, quella all’Autorità giudiziaria».

con le sue Linee guida⁴⁴): ai sensi della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 165 le segnalazioni possono riferirsi non solo a reati ma anche illeciti penali che civili e amministrativi, financo «irregolarità nella gestione o organizzazione dell'attività di un ente nella misura in cui tali irregolarità costituiscono un indizio sintomatico di irregolarità dell'amministrazione a causa del non corretto esercizio delle funzioni pubbliche attribuite».

5. Il percorso di tutela del *whistleblower* nel sistema di anticorruzione italiano

La tutela del segnalante, per quanto recente, ha conosciuto un percorso incrementale ma travagliato.

In Italia, la materia, regolata dalla l. n. 190 con un intervento sul testo del d.lgs. n. 165/2001 (con l'introduzione dell'articolo dedicato all'istituto, il 54-*bis*), già oggetto di un primo ritocco ad opera del decreto n. 90/2014, è stata successivamente rinormata (riformando complessivamente lo stesso art. 54-*bis*) dalla l. n. 179/2017⁴⁵, in un'ottica dell'ampliamento del novero dei segnalanti sottoposti a protezione (a ricomprendere anche il personale di società in controllo pubblico) e dei canali di segnalazione. La legge del 2017 aveva peraltro disciplinato l'istituto anche in campo privato, intervenendo con una modifica ed un innesto nel d.lgs. n. 231/2001⁴⁶.

Questa riforma aveva inteso dare risposta alle evidenti inadeguatezze della prima disciplina, che seppure avesse rappresentato, «soprattutto dal punto di vista culturale, un indiscutibile passo avanti [...] recava con sé non poche debolezze»⁴⁷.

⁴⁴ In materia si sono succedute (in ragione dei cambiamenti normativi) tre Linee guida di ANAC. Alle prime, del 2015 (*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)*), determinazione n. 6 del 28 aprile 2015), sono seguite quelle del 2021 e poi le ultime del 2023. Nelle sue Linee guida, ANAC non manca di soffermarsi sulla nozione di «condotte illecite (es., nelle prime Linee guida, spec. 17).

⁴⁵ R. Cantone, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2020, 20; cfr. M. Magri, *Il "whistleblowing" nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata*, cit., 1-12. Sull'istituto e la sua evoluzione, cfr. F.F. Tùccari, *Il "whistleblowing" tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in *Ambientediritto.it*, n. 2020, 854 ss.; S.Villamena, *Il "whistleblowing" pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3-4, 2019, 841 ss.

⁴⁶ La riforma del 2017, oltre a riformare l'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 aveva introdotto i c. 2-*ter* e 2-*quater* nell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001: sia la disciplina pubblica che quella privata, prima richiamate, sono state ora abrogate e sostituite ad opera del nuovo decreto n. 24/2023.

⁴⁷ R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 282.

Ai sensi della legge del 2017, il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala "condotte illecite", delle quali è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, «non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione». La segnalazione non può essere rivolta al pubblico, ma deve indirizzarsi ad una serie di canali previsti dalla stessa legge (internamente, al responsabile dell'anticorruzione, esternamente ma sempre dentro il sistema pubblico, all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, all'ANAC), e non deve avere una finalità strettamente "egoistica".

La protezione consiste, secondo questa disciplina, con un impianto che non viene stravolto dalla riforma del 2023, tanto in una forma particolarmente robusta di riservatezza (che però non si traduce in vero e proprio anonimato, risultando potenzialmente superabile in sede di procedimento penale e contabile, e, su consenso del segnalante, disciplinare)⁴⁸, quanto nel divieto di misure di tipo ritorsivo: l'Autorità anticorruzione svolge un ruolo di garanzia rispetto ad entrambi gli aspetti⁴⁹, oltre a porsi come potenziale destinataria delle segnalazioni.

Una serie di nodi problematici, ed interpretativi sono stati risolti dalle Linee guida⁵⁰ che la stessa ANAC ha adottato, nel 2021, secondo quanto previsto dallo stesso art. 54-*bis*.

6. La riforma del 2023 ed il cambiamento di prospettiva

L'Unione europea, constatando la disomogeneità delle normative nazionali in materia, con la già segnalata dir. 2019/1937/Ue⁵¹ si è posta l'o-

⁴⁸ Si v. art. 54-*bis*, c. 3, d.lgs. n. 165/2001, come riformulato dalla legge del 2017.

⁴⁹ ANAC opera per garantire che i canali di segnalazione siano adeguati specie in ordine alle garanzie di riservatezza delle segnalazioni (sia attraverso la formulazione di specifiche regole per la predisposizione dei canali di segnalazione, che con poteri sanzionatori laddove questi canali siano inadeguati: c. 5 e 6 dell'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165), e vigila, anche con poteri sanzionatori, sulle eventuali condotte ritorsive (c. 6, dello stesso art. 54-*bis*).

⁵⁰ Si v. ora le nuove Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*), adottate con delibera n. 469/2021 dell'ANAC.

⁵¹ Dir. 2019/1937/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

biiettivo di introdurre uno standard minimo di tutela, in ambito pubblico e in ambito privato⁵².

In esito a un percorso travagliato, la legge di delegazione europea 2021, adottata nell'agosto 2022⁵³, ha affidato al Governo il recepimento, cosa che è avvenuta con la l. 10 marzo 2023, n. 24⁵⁴.

La legge delega, nel porre (all'art. 13), principi e criteri direttivi per l'attuazione della direttiva, ha rivolto attenzione ad ulteriori questioni specifiche: l'esigenza di «curare il coordinamento con le disposizioni vigenti, assicurando un alto grado di protezione e tutela»; l'importanza di garantire la possibilità per l'interessato di optare per discipline differenziate ove queste assicurino una maggiore tutela; l'opportunità di ricomprendere nella tutela la denuncia di «reati o comportamenti impropri che compromettono la cura imparziale dell'interesse pubblico o la regolare organizzazione e gestione dell'ente». In questo senso, specie in ragione dell'ultimo criterio, la scelta nazionale orienta la nuova disciplina in continuità con la prospettiva della prevenzione della corruzione, colorando in questo senso l'impianto europeo centrato sulla garanzia rispetto a violazioni del diritto europeo.

È su questa base, e non ultimo a seguito di apertura del procedimento di infrazione (in un quadro europeo, va detto, particolarmente refrattario a dare tempestiva e spontanea attuazione alla direttiva⁵⁵) da parte della Commissione europea⁵⁶, che è stato adottato il d.lgs. n. 24/2023, che raccoglie ora, e “codifica” in un unico testo normativo, la disciplina dei canali di se-

⁵² La direttiva si rivolge in ogni caso sia alle aziende con più di 50 dipendenti che agli enti pubblici, con alcuni effetti ampliativi di tutela anche tenuto conto dell'attuale disciplina. Questo perché si intende così estendere il diritto al *whistleblowing* non solo ai dipendenti e al personale pubblico, ma anche a clienti, fornitori e stagisti (cui attualmente non si applica la disciplina).

⁵³ L. 4 agosto, n. 127, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2021. Va ricordato che si è trattato di un “secondo tentativo”, posto che una prima delega per il recepimento della direttiva era scaduta infruttuosamente (contenuta nell'art. 23, l. 22 aprile 2021, n. 53 – Legge di delegazione europea 2019-2020).

⁵⁴ Decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24, Attuazione della dir. 2019/1937/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

⁵⁵ Come evidenzia Marco Magri, infatti, «nessuno degli attuali ventisette Stati membri dell'Unione ha provveduto spontaneamente alla trasposizione entro il termine stabilito (17 dicembre 2021)» (*La direttiva europea sul whistleblowing* cit., 557). Si v. in questo senso anche in <https://www.euractiv.com/section/digital/news/all-eu-countries-miss-deadline-to-implement-whistleblower-directive/>.

⁵⁶ Procedimento n. 0106/2022 (lettera del 27 gennaio 2022).

gnalazione e delle tutele riconosciute ai segnalanti, sia del settore pubblico che privato. Si tratta di una disciplina organica, che riflette chiaramente l'intenzione di fornire una maggiore protezione al segnalante ed un ampliamento del perimetro soggettivo (dei segnalanti) ed oggettivo (degli illeciti).

Proprio il tratto della organicità assume un rilievo particolare, che colloca l'esperienza europea in termini originali rispetto al "modello" statunitense, ma consente anche di rileggere in termini complessivi l'istituto, con l'effetto però di una "riclassificazione" che tende a modificarne il percorso, portandolo su vie in parte sovrapponibili ma non più sempre corrispondenti a quelle dell'anticorruzione.

Questo mutamento di prospettiva interessa anzitutto la stessa collocazione del *whistleblowing*, che da dovere del funzionario viene progressivamente ad essere inquadrato come diritto dell'individuo. È una prospettiva che richiede una rilettura complessiva dell'istituto, della quale può comunque cogliersi la portata "rivoluzionaria" se poniamo a mente la difficoltà che ha tradizionalmente avuto questo meccanismo. Da «atto di slealtà ad atto di responsabilità»⁵⁷, ma ancor più ora esercizio di un diritto fondamentale. Un diritto fondamentale dell'individuo, ma al tempo stesso una posizione strumentale alla garanzia di valori portanti dell'ordinamento democratico, utile per scoraggiare e prevenire la commissione di illeciti e quindi per «rafforzare la responsabilità delle istituzioni democratiche e la trasparenza».

Per quanto in letteratura fosse da tempo avvertita la possibilità di rinvenire nel *whistleblowing* una forma di trasparenza, e quindi di collocare l'istituto nel novero dei meccanismi volti ad assicurare la conoscenza pubblica sul funzionamento (e mal funzionamento) delle istituzioni, la prospettiva abbracciata dalla direttiva è ancora più netta nel cogliere nell'attività di segnalazione rispetto a questioni di interesse pubblico una manifestazione del diritto di ogni individuo di ricevere, ricercare e diffondere informazioni, e quindi della libertà di espressione. Così nel Considerando 31, dove si chiarisce che «coloro che segnalano minacce o pregiudizi al pubblico interesse di cui sono venuti a sapere nell'ambito delle loro attività professionali esercitano il diritto alla libertà di espressione».⁵⁸ La questione viene esplicitata nella direttiva e vale anche per individuare il titolo di legittimazione della normativa di armonizzazione europea.

⁵⁷ Cfr. G. Cossu, L. Valli, *Il "whistleblowing": dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, cit.

⁵⁸ Questo con riferimento, quindi al diritto alla libertà di espressione e d'informazione, sancito dall'art. 11 della Carta e dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

La direttiva si basa dunque, in particolare, sulla giurisprudenza, assai consistente sul punto⁵⁹, della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto alla libertà di espressione⁶⁰, e quindi ai principi elaborati dal Consiglio d'Europa nella ricordata Raccomandazione dell'aprile 2014⁶¹.

Coerente con la prospettiva di un'azione legata al diritto di informare è l'ammissione, sia pure condizionata, a forme di diffusione "aperte": trattandosi di un istituto che vive a cavallo tra integrità e trasparenza. Le due prospettive evidentemente si integrano: chi segnala fornisce informazioni che possono portare all'indagine, all'accertamento e al perseguimento dei casi di violazione delle norme, rafforzando in tal modo i principi di trasparenza e responsabilità delle istituzioni democratiche, ma al contempo corrisponde ai suoi doveri di funzionario cui sono affidati compiti nell'interesse di altri, specie in ambito pubblico.

7. Il "nuovo segnalante" dopo la riforma

Proprio il nuovo perimetro soggettivo è un aspetto qualificante la strategia di riforma: l'istituto trova applicazione in relazione a soggetti pubblici (con una nozione più ampia di quanto non si potesse riscontrare nella vigenza della precedente disciplina⁶²), e a soggetti privati (individuati essenzialmente sulla base di un criterio dimensionale od altrimenti perché

⁵⁹ A tutela, in particolare, di segnalanti non tutelati a causa dell'assenza di un'adeguata disciplina nazionale. V., tra le altre, le decisioni ECtHR, *Guja vs Moldova*, no 1085/10 (no 2), 27 February 2011; ECtHR, *Marchenko vs Ukraine*, no 4063/04, 19 February 2009; ECtHR, *Kudeshkina vs Russia*, no 29492/05, 26 February 2009; ECtHR, *Heinisch vs Germany*, no 28274/08, 21 July 2011; ECtHR, *Sosinowska vs Poland*, no 10247/09, 18 October 2011; ECtHR, *Bucurand Toma vs Romania*, no 40238/02, 8 January 2013; ECtHR, *Matúz vs Hungary*, no 73571/10, 21 October 2014; ECtHR, *Pasko vs Russia*, no 69519/01, 22 October 2009. Cfr. sul punto di G. Cossu, L. Valli, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2023, 157-158. In materia cfr. es. F. Ponte, *La Corte EDU sul "whistleblowing": la libertà di espressione, i canali pubblici di segnalazione e una prospettiva non (ancora) italiana*, in *DPCE online*, n. 2021, 2705 ss.

⁶⁰ Dir. 2019/1937/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23.10.2019, Preambolo, considerando 31.

⁶¹ Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2014)7, art. 1, 30 aprile 2014.

⁶² Vi rientrano, infatti, e amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza o regolazione; gli enti pubblici economici; le società a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 cc, anche se quotate; le società in house, anche se quotate; ed inoltre, ora, anche gli organismi di diritto pubblico ai sensi del codice dei contratti (la norma fa riferimento alla definizione contenuta nell'art. 3, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 50/2016, ma vale ora il riferimento alla definizione

operanti in settori “sensibili”⁶³ o dotati di una regolazione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001)⁶⁴.

Già questo cambiamento “soggettivo” segnala un ribaltamento di prospettiva, e persino di riferimenti costituzionali. Mentre tradizionalmente nei documenti che hanno accompagnato la prima costruzione del sistema si faceva riferimento al pacchetto di articoli relativi ai principi di integrità ed imparzialità (artt. 54, 97 e 98 Cost.)⁶⁵, è chiaro che questi riferimenti non sono più utili se riferiti a forme di *whistleblowing* “private”⁶⁶. Nel complesso, si evince un necessario ripensamento rispetto alla tradizionale collocazione dell’istituto come elemento del sistema di prevenzione della corruzione: per quanto, come vedremo, mantenga alcuni tratti caratterizzanti coerenti con la prospettiva di anticorruzione (non ultimo la competenza di ANAC in materia), è chiaro che rivolgendosi con eguale intensità tanto a soggetti pubblici

che ci fornisce ora l’allegato I.1, d.lgs. n. 36/2023, art. 1, c. 1, lett. e); i concessionari di pubblico servizio.

⁶³ I soggetti del settore privato che sono tenuti ad applicare gli atti dell’Unione e delle disposizioni attuative nazionali indicati nelle parti I.B e II dell’allegato 1 al d.lgs. n. 24/2023, a prescindere dal numero dei lavoratori impiegati, rientrano nell’ambito di applicazione del d.lgs. n. 24/2023.

⁶⁴ La disciplina si applica ai soggetti, “non pubblici”, che abbiano impiegato nell’ultimo anno, la media di almeno cinquanta lavoratori subordinati con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato; rientrino nei cd. settori sensibili (individuati nelle parti I.B e II dell’allegato), anche se nell’ultimo anno non hanno raggiunto la media di almeno 50 lavoratori subordinati; rientrino nell’ambito di applicazione del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e abbiano adottato modelli di organizzazione e gestione ivi previsti, anche se nell’ultimo anno non hanno raggiunto la media di 50 lavoratori subordinati.

⁶⁵ Per ANAC, ad esempio, ancora a tenore delle Linee guida del 2021, «la ratio di fondo, in linea con la l. n. 190/2012, è quella di valorizzare l’etica e l’integrità nella pubblica amministrazione per dare prestigio, autorevolezza e credibilità alla stessa, rafforzando i principi di legalità e buon andamento dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost.» (*Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001*, delibera n. 469 del 9 giugno 2021, 13).

⁶⁶ Si v. infatti le Linee guida 2023, di ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, delibera n. 311 del 12 luglio 2023, 26, dove si “chiarisce” ora che «la ratio di fondo, anche in base alle nuove disposizioni, in linea con la l. n. 190/2012, è quella di valorizzare i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost. nonché quello della correttezza dell’azione all’interno dei soggetti che operano nell’ambito di un ente pubblico o privato, rafforzando i principi di legalità nonché della libertà di iniziativa economica e di libera concorrenza tutelati ai sensi dell’art. 41 Cost.». Un set di riferimenti ampio, ma in effetti forse sin troppo disomogeneo.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

che privati⁶⁷ il meccanismo diviene qualcosa di diverso da uno strumento di disvelamento della corruzione e della *maladministration* in ambito pubblico.

Alla luce della riforma, il *whistleblower* non può dunque più essere inteso come un dipendente pubblico (o un soggetto in qualche modo assimilabile), destinatario di doveri legati al suo specifico statuto, anche costituzionale. Ed anche questa osservazione vale a segnalare la diversa collocazione complessiva che va riconosciuta ora all'istituto.

Restano, certo, ricompresi nella disciplina i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, nonché i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, delle società *in house*, degli organismi di diritto pubblico o dei concessionari di pubblico servizio, ma vi rientrano ora anche i lavoratori dipendenti del settore privato, i lavoratori autonomi, collaboratori, liberi professionisti e i consulenti che svolgono la propria attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico o del settore privato. Vi rientrano, ancora, i volontari e i tirocinanti, retribuiti e non retribuiti, gli azionisti e le persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza.

Come chiarisce la riforma, e come precisato da ANAC nelle sue Linee guida del giugno 2023⁶⁸, sono dunque legittimate alla segnalazione le persone che operano nel contesto lavorativo di un soggetto del settore pubblico o privato, sia in ragione di un rapporto giuridico in corso, che quando il rapporto non è ancora iniziato (se le informazioni rilevanti per la segnalazione sono state acquisite nelle fasi precontrattuali) o è terminato (se, di nuovo, le segnalazioni discendono da notizie acquisite mentre il rapporto era in essere). In sintesi, si può dire che alla luce delle disposizioni del decreto che individuano i soggetti legittimati a segnalare, «l'accezione da attribuire al “contesto lavorativo” deve necessariamente essere ampia e considerarsi non solo con riguardo a chi ha un rapporto di lavoro “in senso stretto” con l'organizzazione del settore pubblico o privato»⁶⁹.

Si deve trattare di segnalazioni “non strettamente egoistiche”, per quanto la nuova disciplina precluda un sindacato sulle *ragioni* della segnalazione: la segnalazione deve riferirsi a «violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, di cui siano venute

⁶⁷ Nella nuova disciplina, assume centralità la figura “unitaria” del soggetto che svolge attività “lavorativa”, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'ente.

⁶⁸ ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione*, cit. (Linee guida 2023).

⁶⁹ Di nuovo ANAC, *Linee guida 2023*.

a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato», mentre sono “oggettivamente” escluse segnalazioni relative a questioni di stretto interesse personale di singoli dipendenti relativamente a proprie questioni professionali e lavorative⁷⁰.

Rispetto alla formulazione contenuta nell’art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165/2001⁷¹, viene meno la chiara funzionalizzazione dell’esercizio di questo dovere/diritto: secondo la vecchia disciplina, infatti «il pubblico dipendente che, nell’interesse dell’integrità della pubblica amministrazione» avesse segnalato, secondo gli specifici canali previsti dalla normativa, “condotte illecite”, non avrebbe potuto «essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione». Dal che si poteva ricavare, e si era ricavato in concreto, una funzionalizzazione delle segnalazioni ed una sindacabilità delle ragioni del segnalante. Un compito che ANAC, nelle sue Linee guida del 2021⁷², affidava in particolare «a chi gestisce la segnalazione» per la corretta impostazione della procedura, attività da compiere «sin dalle sue prime fasi»⁷³.

La riforma è chiara nel segnare il superamento della prospettiva del sindacato sulle ragioni: in questo senso va, riprendendo quasi testualmente il considerando 32⁷⁴ della direttiva, in modo netto l’art. 16, c. 2, decreto n. 24. Ai sensi del quale «i motivi che hanno indotto il *whistleblower* a effettuare la segnalazione sono da considerarsi irrilevanti al fine di decidere sul riconoscimento delle tutele previste dal decreto». Perché valga l’applicazione delle misure di protezione la segnalazione deve però essere veritiera, nel senso che al momento della segnalazione o della denuncia all’autorità giudiziaria

⁷⁰ D.lgs. n. 24/2023, art. 1, c. 2, ai sensi del quale sono escluse in particolare «le contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un interesse di carattere personale della persona segnalante o della persona che ha sporto una denuncia all’Autorità giudiziaria che attengono esclusivamente ai propri rapporti individuali di lavoro o di impiego pubblico, ovvero inerenti ai propri rapporti di lavoro o di impiego pubblico con le figure gerarchicamente sovraordinate».

⁷¹ In particolare, nel testo risultante dalla sostituzione dell’art. 54-*bis* da parte dell’art. 1, c. 1, l. n. 179/2017.

⁷² ANAC, *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni* cit. (Linee guida 2021).

⁷³ Di nuovo ANAC, Linee guida 2021. Lo stesso atto di regolazione specificava bene che andavano in ogni caso considerate ammissibili le segnalazioni in cui l’interesse personale fosse presente ma “concorresse” con quello all’integrità della pubblica amministrazione (cfr. spec., *ivi*, 18).

⁷⁴ Concetto reso esplicito nel Considerando 32 che recita: «i motivi del segnalante al momento della segnalazione dovrebbero essere irrilevanti ai fini del poter proporre la segnalazione».

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

o contabile o della divulgazione pubblica, la persona segnalante o denunciante aveva fondato motivo di ritenere che le informazioni sulle violazioni segnalate fossero vere. Una “verità putativa”, e quindi una denuncia in buona fede, che vale a confermare le misure di tutela e le clausole di irresponsabilità previste dalla normativa.

8. L'oggetto e i canali della segnalazione

La riforma modifica il perimetro degli “illeciti” cui può riferirsi la segnalazione: il campo di applicazione dell'istituto va ora a ricomprendere tutte le ipotesi di reato (non solo quelli contro la pubblica amministrazione), gli illeciti contabili, oltre a ogni violazione del diritto europeo⁷⁵. Muta il valore da riconoscere alle irregolarità, non più denunciabili in quanto tali ma in quanto potenziali “indici sintomatici” di altre violazioni: possono infatti essere oggetto di segnalazione «anche quegli elementi che riguardano condotte volte ad occultare le violazioni. Si pensi, ad esempio, all'occultamento o alla distruzione di prove circa la commissione della violazione». Si coglie, sul punto, una diversa sfumatura, coerente con la rilettura complessiva dell'istituto.

Altra novità importante collegata alla direttiva è la definizione di una pluralità di canali di segnalazione: il decreto, nel recepire le indicazioni della Direttiva europea, ha previsto un sistema diversificato di presentazione delle segnalazioni, che incoraggia il ricorso a segnalazioni interne⁷⁶ ma ammette, a specifiche condizioni (e con alcune differenze tra soggetti pubblici e privati⁷⁷), tanto segnalazioni esterne (rivolte all'ANAC), quanto la divulgazione pubblica della notizia, oltre che la possibilità di denuncia all'autorità giudiziaria o contabile.

Particolarmente significativo è, in termini sistematici, il riconoscimento della tutela del segnalante anche quando questi pone in essere una “divulgazione pubblica” (con segnalazione rivolta alla stampa o comunque con l'effetto «di rendere di pubblico dominio informazioni sulle violazioni»⁷⁸): un'innovazione sollecitata dalla direttiva «tenendo conto di principi demo-

⁷⁵ Si v., nel dettaglio, le Linee guida ANAC del 2023, che riportano anche un prospetto di confronto tra il vecchio ed il nuovo campo di applicazione dell'istituto.

⁷⁶ Cfr. ANAC, Linee guida 2023, spec. 35.

⁷⁷ Si v. sul punto la schematizzazione proposta dalle Linee guida 2023, 47.

⁷⁸ Con la divulgazione pubblica «le informazioni sulle violazioni sono rese di pubblico dominio tramite la stampa o mezzi elettronici o comunque attraverso mezzi di diffusione in grado di raggiungere un numero elevato di persone» (art. 2, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 24/2023).

cratici come la trasparenza e la responsabilità e di diritti fondamentali come la libertà di espressione e la libertà e il pluralismo dei mezzi di informazione». Si tratta di un'opzione in ogni caso non è pienamente rimessa alla libera scelta del segnalante, ma è utilizzabile solo al ricorrere di specifiche condizioni.

Questo valorizzando il *favor* che la stessa disciplina tende a riconoscere alla segnalazione interna (vista come soluzione più efficace e psicologicamente meno impegnativa per il segnalante⁷⁹). Un *favor*, va detto, relativo, se è vero che la stessa direttiva riconosce l'esigenza di poter ricorrere al canale più adatto in ragione delle specifiche circostanze⁸⁰.

L'art. 15 della direttiva, che disciplina la divulgazione pubblica, prevede che chi la effettua comunque «beneficia della protezione prevista dalla presente direttiva se ricorre una delle seguenti condizioni: a) la persona segnalante ha prima segnalato internamente ed esternamente, o direttamente esternamente conformemente [alle competenti autorità], ma non è stata intrapresa un'azione appropriata in risposta alla segnalazione»; oppure la persona segnalante aveva fondati motivi di ritenere che in particolare «la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse» (come nel caso in cui sussista una situazione di emergenza o il rischio di danno irreversibile); oppure «sussista il rischio di ritorsioni o le prospettive che la violazione sia affrontata efficacemente siano scarse». In senso sostanzialmente analogo la disciplina contenuta nel decreto n. 24/2023⁸¹.

Viste le condizioni richieste per il ricorso ai diversi canali di segnalazione, si può ricavare dalla riforma il fatto che, come accennato, la scelta del “percorso” non è più rimessa alla libera scelta del segnalante: l'utilizzo del canale “interno” è infatti la norma, e solo in presenza delle condizioni

⁷⁹ Ai sensi della dir. 2019/1937/Ue, è auspicabile «che le informazioni pertinenti giungano rapidamente ai soggetti più vicini all'origine del problema, che sono i più atti a indagare e hanno i mezzi per porvi eventualmente rimedio» (così il Considerando 47), il che è anche la soluzione migliore nella prospettiva dei segnalanti (che «si sentono di norma più a loro agio a effettuare una segnalazione interna, a meno che non abbiano motivi per effettuare una segnalazione esterna» (Considerando 33).

⁸⁰ La direttiva, in effetti, da un lato non ignora l'importanza di «permettere ai segnalatori di scegliere il canale più appropriato in base alle circostanze del singolo caso» (di nuovo così il Considerando 33), ma d'altra parte richiede agli Stati di «incoraggiare la segnalazione mediante canali di segnalazione interni prima di effettuare la segnalazione mediante canali di segnalazione esterni» (art.7, c. 2). In materia, per un commento articolato a queste previsioni, cfr. G. Cossu, L. Valli, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, cit., spec. 160-161.

⁸¹ Cfr. art. 15, rispetto alla divulgazione pubblica, in particolare c. 1, lett. c), e, rispetto alla segnalazione esterna l'art. 6, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 24/2023.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

richieste si può fare ricorso a segnalazione esterna o a divulgazione pubblica. Questa preferenza per la segnalazione interna costituisce una novità, e un potenziale deterrente: occorre infatti tenere conto del fatto che spesso (quantomeno in Italia, con buona pace delle opposte valutazioni che muovono la direttiva) il dipendente tende a non riporre piena fiducia sui canali interni e sulle connesse garanzie di riservatezza, tanto che era avvertita, sin qui, la preferenza per il ricorso al canale esterno (e quindi ad ANAC), come confermato anche dall'esiguità dei dati riportati dai responsabili della prevenzione della corruzione – RPCT nelle loro relazioni⁸².

Va però detto che le condizioni che legittimano il ricorso al canale “esterno” (e quindi ad ANAC) sono ragionevoli e non costituiscono una barriera insormontabile, quindi presumibilmente in grado di rendere il percorso esterno un canale tutt'altro che secondario.

Valgono, in questo senso, le considerazioni relative alla adeguatezza della organizzazione e gestione del canale interno, su cui ci soffermeremo nel prosieguo, ma anche il fatto che la valutazione delle condizioni appare spesso più “soggettiva” (e quindi rimessa all'apprezzamento dello stesso segnalante) che strettamente “oggettiva”. In questo senso si pensi al fatto che la segnalazione esterna si giustifica quando il segnalante ritiene di avere “fondati motivi” rispetto alla potenziale inefficacia della segnalazione o di potenziali rischi ritorsivi, o avverte “pericoli imminenti o palesi” per il pubblico interesse.

La clausola del “pericolo imminente o palese” per il pubblico interesse è quella che forse maggiormente si presta a rendere percorribile le vie alternative a quelle della segnalazione interna, vale a dire la segnalazione “esterna” o la “divulgazione pubblica”, disciplinata quest'ultima dall'art. 15 e attivabile in condizioni altrimenti più stringenti rispetto alla segnalazione “esterna”. Qui le indicazioni di ANAC, sia pure in termini di mera esemplificazione⁸³, riprendendo quanto già esplicitato nel Considerando della direttiva, sembrano ridimensionare la portata di questa clausola (attivabile ad esempio a fronte di «una situazione di emergenza o al rischio di danno irreversibile, anche all'incolumità fisica di una o più persone, che richiedono che la violazione sia svelata prontamente e abbia un'ampia risonanza per impedirne gli effetti»), va però detto che il tenore testuale della norma primaria, come codificata con il d.lgs. n. 24, non sembra consentire letture particolarmente stringenti.

⁸² Cfr. G. Cossu, L. Valli, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, cit., 175.

⁸³ Si v. in questo senso ANAC, *Linee guida 2023*, spec. 44-45.

Questo, in particolare, perché vale il discorso di fondo relativo al fondamento dell'istituto, che, se manifestazione della libertà di espressione in funzione di controllo democratico, deve anzi tendere a favorire (e non ritenere *extrema ratio*) denunce “pubbliche”, ma che soprattutto non consente letture restrittive operate attraverso fonti secondarie o tantomeno linee guida. Se è vero che un tentativo di “perimetrazione interpretativa” sembra suggerito anche dalla stessa direttiva, si può dubitare della portata normativa (nei termini idonei a determinare una restrizione di una libertà fondamentale) del Considerando tenuto conto del suo contenuto meramente esemplificativo.

Da qui l'idea di una clausola tutt'altro che residuale: in presenza di un «pericolo imminente e palese» che non deve attenere necessariamente a diritti fondamentali della persona ma può riferirsi anche ad altre questioni «di pubblico interesse» (quali l'impiego di risorse pubbliche), e non richiede di essere “irreversibile”, la denuncia tramite divulgazione pubblica (o tramite segnalazione esterna) va ritenuta ammissibile.

9. Le misure di protezione del segnalante

Le disposizioni relative alle misure di tutela del segnalante restano centrali nel complessivo impianto della normativa sul *whistleblowing*, e trovano nella nuova disciplina elementi di continuità con il precedente disegno, ma anche alcune interessanti innovazioni, specie in materia di sostegno al segnalante. Della questione si occupa un denso capo della legge, il terzo, dedicato alle “misure di protezione”, che dedica specifica attenzione alle condizioni per la protezione dell'informatore (art. 16, e qui rileva in particolare la questione, già richiamata, del carattere “veritiero”, agli occhi del *whistleblower*, della segnalazione), al divieto di ritorsione (art. 17)⁸⁴, alle misure di sostegno (art. 18), alla protezione dalle ritorsioni (art. 19), alle limitazioni di responsabilità (art. 20), oltre che alle sanzioni (art. 21). Pur nell'ampiezza e nel dettaglio della nuova disciplina, sono evidenti, come detto, i tratti di continuità.

È in linea con la preesistente disciplina, in particolare, il regime di riservatezza riconosciuta alla segnalazione, che continua ad essere relativa perché destinata a recedere *al limite*, a fronte delle esigenze di tutela in sede

⁸⁴ Rilevante, qui, oltre al dettaglio dedicato alla esemplificazione delle ipotesi di possibile comportamento ritorsivo, è in particolare il ribaltamento dell'onere della prova a favore del *whistleblower*: in presenza di una segnalazione, «si presume, salvo prova contraria, che il danno sia conseguenza di tale segnalazione, divulgazione pubblica o denuncia all'autorità giudiziaria o contabile».

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

penale o contabile degli imputati per vicende riconducibili alla segnalazione. La segnalazione, inoltre, resta sottratta ai meccanismi ordinari di trasparenza (diritto di accesso e accesso civico) e va protetta con il divieto di rivelazione che la legge esplicita ora essere relativo non solo al nominativo dell'informatore ma anche ad ogni altro elemento della segnalazione dal quale si possa ricavare, anche indirettamente, l'identificazione del segnalante.

Le diverse organizzazioni assicurano, inoltre, analoghi standard di tutela rispetto alle persone coinvolte (segnalate) ed alle persone menzionate nella segnalazione. Si tratta dunque di un nuovo segreto amministrativo, che copre tutti gli elementi rilevanti, ma che non è assoluto perché potenzialmente destinato ad essere superato nell'ambito delle vicende processuali che potranno scaturire dalla segnalazione.

Innovativa è la disciplina delle forme di sostegno, con il coinvolgimento di organizzazioni del terzo settore, su cui torneremo di seguito parlando del ruolo e dei poteri (specie invero sanzionatori) che la riforma riconosce ad ANAC.

In materia di ritorsioni⁸⁵ e misure di protezione dalle ritorsioni, è chiara la scelta di fornire, attraverso indicazioni maggiormente dettagliate ed un ampliamento della casistica, una tutela più efficace. In questo senso si può dire che con la riforma si ha un ampliamento delle misure di protezione, sia in senso oggettivo che soggettivo. Da quest'ultimo punto di vista si evidenzia, con una innovazione interessante, che la riforma estende la tutela del segnalante anche a soggetti che, pur non potendosi inquadrare come *whistleblower*, potrebbero essere destinatari di ritorsioni, «intraprese anche indirettamente, in ragione del ruolo assunto nell'ambito del processo di segnalazione, divulgazione pubblica o denuncia e/o del particolare rapporto che li lega al segnalante o denunciante»⁸⁶. In particolare, la normativa mira a dare tutele (anche in termini di riservatezza, come chiariscono ulteriormente le Linee guida ANAC⁸⁷) a figure come il “facilitatore”, ad intendere la «persona fisica che assiste il segnalante nel processo di segnalazione, operante all'interno del

⁸⁵ Ai sensi del decreto, si intende per ritorsione «qualsiasi comportamento, atto od omissione, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia all'autorità giudiziaria o della divulgazione pubblica e che provoca o può provocare alla persona segnalante o alla persona che ha sporto la denuncia, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto»: cfr. art. 2, co. 1, lett. m), d.lgs. n. 24/2023. Si v. sul punto, diffusamente e per una dettagliata illustrazione delle tutele previste e del ruolo di ANAC in materia, le Linee guida 2023, 62-65.

⁸⁶ Cfr. art. 3, c. 5, lett. da a) a d), d.lgs. n. 24/2023.

⁸⁷ V. art. 2, c. 1, lett. h); cfr. ANAC, Linee guida 2023, spec. 21.

medesimo contesto lavorativo», ma l'attenzione e la protezione come visto non si limita a chi ha "supportato" dall'interno l'informatore.

10. Ruolo e funzioni di ANAC

La riforma, in termini di sistema, si segnala per il rafforzamento del ruolo dell'Autorità anticorruzione. Per quanto come visto il canale di segnalazione "esterno" (che ha in ANAC il suo terminale), non sia più una scelta rimessa pienamente alla volontà del segnalante, ma dipenda dalla presenza di specifiche condizioni, la nuova disciplina non depotenzia l'Autorità, che forse avrebbe rischiato un sovraccarico di procedure da gestire in assenza di un qualche filtro preventivo.

Sono però soprattutto i nuovi compiti di ANAC ad entrare in rilievo, dei quali il legislatore non manca di tenere conto anche prevedendo (cosa invero particolarmente rara nelle leggi di riforma) appositi stanziamenti ed un incremento di personale dell'Autorità, secondo le disposizioni fissate dall'art. 11. Il nuovo contingente di personale non è enorme (ventisei unità, di cui ventidue funzionari), né ancor meno lo è la spesa prevista per la "piattaforma" prevista dalla legge per la gestione delle segnalazioni. Va però ricordato che, se depuriamo ANAC dal personale incorporato in seguito al decreto 90/2014 (con l'assorbimento nell'Autorità anticorruzione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – AVCP e dei suoi dipendenti), l'organico dell'Autorità era di dimensioni non troppo maggiori di quello ora recludibile in virtù dei nuovi poteri, ed era quello (ex CIVIT⁸⁸) cui la l. n. 190 aveva affidato l'insieme dei nuovi, importanti compiti relativi al complessivo sistema dell'anticorruzione⁸⁹.

La riforma del *whistleblowing* riconosce altresì un ruolo crescente all'Autorità, in termini che ne sembrano riorientare il baricentro.

Questo sia per il suo porsi come canale esterno di segnalazioni che, visto l'ambito di applicazione dell'istituto, si annunciano come potenzialmen-

⁸⁸ Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, istituita dal d.lgs. n. 150/2009.

⁸⁹ In base ai dati desumibili dal sito ANAC, l'Autorità ha 313 dipendenti, larghissima parte dei quali provenienti dai ruoli dell'ex AVCP (dai quali ANAC ha ereditato circa 300 dipendenti, esattamente 293 a mente del Piano di riordino, mentre CIVIT, anche dopo il conferimento delle nuove funzioni ai sensi della l. n. 190, disponeva di pochi dipendenti di ruolo, e precisamente 19: si v. ANAC, *Piano di riordino (ai sensi dell'art. 19, c. 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114)*; cfr. R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione*, cit., 173-176.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

te numerose, provenendo da segnalanti operanti in enti pubblici e privati. A leggere le disposizioni degli artt. 4 e 6 (l'uno relativo alle "segnalazioni interne" e l'altro alle "segnalazioni esterne", quindi ad ANAC) si avverte abbastanza chiaramente, come in parte già rimarcato, l'idea di un filtro, quello della previa segnalazione interna, destinato a funzionare solo in parte. Vale, qui, il carattere particolarmente esigente richiesto al canale interno alle singole organizzazioni (tenute ad attivare «propri canali di segnalazione, che garantiscano [...] la riservatezza dell'identità della persona segnalante, della persona coinvolta e della persona comunque menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione»), la cui gestione è affidata a «un ufficio interno autonomo dedicato e con personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione, ovvero è affidata a un soggetto esterno, anch'esso autonomo e con personale specificamente formato».

Nel processo di gestione delle segnalazioni il riferimento è, per gli enti tenuti a dotarsene, il Responsabile di prevenzione della corruzione, e la segnalazione può essere fatta per iscritto ma anche oralmente ed in particolare per via telefonica. Si coglie subito la mole di oneri organizzativi che sono richiesti per rendere la segnalazione "interna" pienamente conforme ai dettati dell'art. 4, non solo in termini oggettivi ma anche rispetto alla percezione che può maturare in capo al segnalante (che può ricavare da una disciplina non particolarmente chiara o dall'incertezza di alcuni aspetti, anche relativamente alla gestione della segnalazione come regolati dall'art. 5, "fondati motivi" per ritenere preferibile la via della segnalazione esterna).

Che, d'altra parte, la segnalazione interna sia destinata a non rendere residuale la segnalazione esterna ad ANAC, è evidente allo stesso legislatore, che non a caso rinforza la struttura dell'Autorità e disciplina in modo particolarmente attento le attività di gestione delle segnalazioni da parte dell'Autorità anticorruzione e si preoccupa anche di disciplinare il criterio di selezione prioritaria delle segnalazioni in caso di eccessivo afflusso di segnalazioni⁹⁰. Di questo si occupa l'art. 8, decreto n. 24, che richiede l'utilizzo di «personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione esterna», chiamato a curare il rapporto con il segnalante e a svolgere l'istruttoria necessaria a dare seguito alla segnalazione «anche mediante audizioni e acqui-

⁹⁰ In questo senso i c. 4 e 5 dell'art. 8. Ai sensi del c. 4, «in caso di significativo afflusso di segnalazioni esterne, l'ANAC può trattare in via prioritaria le segnalazioni esterne che hanno ad oggetto informazioni sulle violazioni riguardanti una grave lesione dell'interesse pubblico ovvero la lesione di principi di rango costituzionale o di diritto dell'Unione europea». Il c. 5 prevede la possibilità per ANAC di non dare seguito, sempre per ragioni di buon andamento, alle segnalazioni di minore entità.

sizione di documenti», quindi a «dare riscontro alla persona segnalante entro tre mesi», e infine a «comunicare alla persona segnalante l'esito finale» (che consisterà nella archiviazione, nella trasmissione alla autorità competenti, o in una raccomandazione, o in una sanzione amministrativa).

Oltre a questa generale funzione relativa alla gestione delle segnalazioni esterne, potenzialmente, particolarmente impegnativa, si accompagnano ulteriori compiti e funzioni in materia di *whistleblowing*. Uno di questi attiene al ruolo di ANAC rispetto alla stipula di convenzioni con enti del Terzo settore affinché questi ultimi forniscano misure di sostegno al segnalante.

Significativi i poteri sanzionatori, che la riforma affida ad ANAC «fermi restando gli altri profili di responsabilità»: si tratta di sanzioni amministrative, di tipo pecuniario, dalla buona capacità afflittiva (specie se messe a confronto con i poteri sanzionatori di cui ANAC dispone in altri ambiti affidati alla propria vigilanza, come il sistema delle misure anticorruzione o le regole di trasparenza). Si tratta di sanzioni⁹¹ che interessano situazioni di accertate “ritorsioni” o tentativi di ostacolo alle segnalazioni, oltre che per violazione degli obblighi di riservatezza (art. 20, c. 1, lett. a), per la mancata predisposizione delle necessarie procedure o per la mancata verifica delle segnalazioni ricevute (art. 20, c. 1, lett. b). Decisamente più ridotte le sanzioni, sempre pecuniarie, che ANAC può rivolgere al segnalante⁹², in presenza di denunce di cui sia stato accertato il contenuto diffamatorio (con condanna, anche in primo grado).

11. Considerazioni di sistema

Proprio il punto di osservazione fornito dall'Autorità anticorruzione consente di proiettare sul sistema di prevenzione della corruzione alcune considerazioni di portata generale, che derivano dall'impatto della riforma del *whistleblowing* specie se messa in relazione con le contemporanee linee riformatrici che da più versanti stanno interessando l'anticorruzione.

Questo movimento di rafforzamento che si lega al decreto n. 24, anche in termini di dotazioni e di personale, è in chiara controtendenza rispetto ad un quadro nel quale funzioni e compiti di ANAC hanno subito evidenti ridimensionamenti. Questo in materia di anticorruzione, con confluenza del piano di prevenzione di amministrazione (PTPCT) nel piano integrato

⁹¹ Di importo previsto tra 10.000 e 50.000 euro.

⁹² Di importo, in questo caso, tra 500 e 2.500 euro.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

di attività e organizzazione (PIAO), con riflessi evidenti anche sullo stesso atto di indirizzo di ANAC (Piano nazionale anticorruzione – PNA) e con complessiva perdita di autonomia della funzione di gestione dei processi di prevenzione⁹³. Questo in modo forse ancora più evidente in materia di contratti pubblici, in termini che qui è però impossibile ripercorrere. Questo, in termini ancora però solo “culturali” a tenore del Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR, che individua tra le riforme necessarie per l’implementazione del piano proprio il ridimensionamento del sistema di anticorruzione, con interventi di semplificazione–riduzione da rivolgere tanto al sistema delle incompatibilità e inconfiribilità quanto agli strumenti di trasparenza.

Per effetto di queste riforme Anac vede progressivamente ridursi il suo ruolo di *governance* strategica del sistema, e questo in parallelo al recedere, sia pure graduale, dello stesso sistema di prevenzione della corruzione. D’altra parte, la stessa l’Autorità si vede affidati ruoli “di servizio”, di tipo tecnico, specie attraverso la gestione di “piattaforme” o “banche dati” (il che è particolarmente evidente in materia di contratti pubblici, ma che vale anche nel campo in esame con la piattaforma prevista dall’art. 11).

L’ambito dei contratti pubblici conferma questa tendenza, e mostra un duplice “movimento” (nella complessiva perdita di un ruolo centrale di *governance* di ANAC): da un lato, la progressiva caratterizzazione in termini di servizio tecnico delle funzioni di ANAC, dall’altro il rafforzamento dei poteri strettamente sanzionatori⁹⁴. Il tutto in una cornice complessiva che però impone di rileggere questo ruolo rispetto al discorso sull’anticorruzione, posto che è chiaro che la cultura del nuovo codice dei contratti non orienta più il sistema del *procurement* alla garanzia dai rischi di *maladministration*. Sintetizzando in termini quasi icastici il discorso, la materia dei contratti pubblici vede ancora un ruolo importante di ANAC, ma le riforme operano uno scollamento tra il settore dei contratti e quello dell’anticorruzione⁹⁵.

⁹³ Sul Piao e sul rapporto tra piano integrato e piani di prevenzione, cfr. C. Tubertini, *La nuova pianificazione integrata dell’attività e dell’organizzazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2022, 614 ss.; P. Lombardi, *PIAO e prevenzione della corruzione: verso l’orizzonte del Valore Pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2023, 186 ss.; si v. anche, criticamente, E. Carloni, A. Nieli, *Bagliori al tramonto. I piani di prevenzione della corruzione tra contrasto della criminalità e assorbimento nel piano integrato*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1, 2022, 117 ss.

⁹⁴ Cfr. in materia G. Failla, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione: una sintesi della “nuova” Anac*, in *Appalti e Contratti*, n. 6, 2023, 9 ss.; P. Lombardi, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di Anac in materia di contratti pubblici*, in *Ceridap*, n. 4, 2022, 40 ss.

⁹⁵ Sulla tendenza, da tempo avvertita, che ha portato a questo scollamento, cfr. es. E. Carloni, *L’anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive*

ANAC, dunque, è, in materia di contratti pubblici, l'autorità di vigilanza e regolazione in termini non troppo dissimili, al fondo, rispetto a quelli che caratterizzavano l'esperienza di AVCP.

In questo contesto l'innesto delle nuove funzioni relative al "nuovo" *whistleblowing* determina un'ulteriore torsione. Le funzioni, rilevanti, di ANAC non possono essere inquadrate pienamente (o prevalentemente) nei termini della prevenzione della corruzione o del contrasto della cattiva amministrazione, posto che non solo la nozione di illecito assume una ampiezza che va ben al di là dei fenomeni (pure variamente inquadrati ed inquadrabili) di "corruzione", ma soprattutto il campo di applicazione di questa misura fuoriesce dal perimetro del sistema pubblico (pure allargato). Nell'esercizio delle sue funzioni di garanzia del sistema di *whistleblowing*, di gestione delle segnalazioni, di protezione degli informatori, ANAC è destinata a preoccuparsi dell'applicazione del diritto (specie europeo), con una funzione di garanzia di legalità che esula dal campo visuale proprio dei sistemi di anticorruzione, ed a rapportarsi con entità private non meno che con enti pubblici. ANAC, dunque, è in materia di *whistleblowing* un'autorità di vigilanza e regolazione, di garanzia di legalità in ambito pubblico e privato, senza essere propriamente un'autorità di anticorruzione.

Resta, certo, per ANAC un ambito di funzioni che pienamente legittima il suo *nomen* e che si può forse ancora proporre come ragione sufficiente di un sistema che pure ha nel corso del tempo perso il suo bilanciamento. Va però detto che non solo le funzioni strettamente di anticorruzione sono state indebolite, come si è detto, ma la stessa trasparenza sembra sempre meno suscettibile di essere letta nella stretta chiave di interpretazione del suo porsi come "pilastro" dell'anticorruzione. Si pensi, in questo senso, non solo all'impatto sistemico indotto dall'introduzione del Foia italiano⁹⁶, oramai sette anni addietro, ma soprattutto alle tante discipline "speciali" che hanno rafforzato la prospettiva della *full disclosure*, specie attraverso la forma "à la 33" della pubblicazione attraverso i siti istituzionali, senza però per questo rivolgere lo strumento in funzione di anticorruzione. Con misure, peraltro, sempre più spesso rivolte al settore privato, e con un ruolo invero a volte assente della stessa ANAC. Si pensi, in questo senso, alle regole in materia di trasparenza delle "associazioni e

ai tempi del Pnrr, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2022, 641 ss.; A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2021, 587 ss.

⁹⁶ Su cui cfr., per tutti, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, a cura di G. Gardini, M. Magri, Rimini, Maggioli, 2019; E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, il Mulino, 2022.

riforma del *whistleblowing* e trasformazioni dell'anticorruzione

fondazioni politiche”⁹⁷, o alle consistenti regole poste dal *Sunshine Act*⁹⁸ per i soggetti operanti nel campo sanitario.

Riportando queste riflessioni complessive al ruolo ed alle funzioni di ANAC, si può dire, in sintesi, che l'autorità anticorruzione mantiene la sua denominazione, ma cambia l'equilibrio ed il senso delle funzioni che le sono affidate, tanto che si può forse iniziare a discutere della complessiva tenuta del disegno maturato negli snodi che dalla legge anticorruzione hanno portato al decreto n. 90/2014. In questa prospettiva complessiva, l'angolo visuale offerto dalla nuova disciplina del *whistleblowing* consente di illuminare in termini inattesi, e forse disorientanti, lo stesso sistema di prevenzione della corruzione a dieci anni dalla sua edificazione.

In tempi di cambiamento, la direzione della trasformazione non è però univoca, né può darsi per acquisita. Proprio il ruolo di ANAC in materia aiuta a mantenere “agganciato” il fenomeno del *whistleblowing* alla sua dimensione di *governance* democratica: per quanto la scelta europea sembri orientare il discorso verso la prospettiva del diritto al *whistleblowing* come diritto fondamentale dell'individuo, non ne va smarrita l'ambivalenza e la funzione chiaramente centrata non solo nell'ambiente della prevenzione della corruzione, ma più complessivamente in quello dell'etica pubblica. E senz'altro, se le amministrazioni sono tenute ad assicurare una formazione che orienti il dipendente pubblico all'etica pubblica e ai comportamenti etici⁹⁹, non può trascurarsi la prospettiva di valorizzare il *whistleblowing* come chiara manifestazione di una tensione etica che è propria del singolo nelle organizzazioni e deve essere propria degli ambienti organizzativi in cui opera l'individuo. In questo senso va accolta la prospettiva che coglie nell'emersione di episodi di *whistleblowing* la manifestazione di un disagio che è spesso proprio del grup-

⁹⁷ Con la l. 9 gennaio 2019, n. 3, sono state introdotte misure per la trasparenza dei partiti e dei movimenti politici e delle fondazioni, con particolare riferimento al loro finanziamento; successivamente il d.l. n. 34/2019, sono stati ridefiniti gli obblighi di trasparenza posti in capo alle fondazioni politiche.

⁹⁸ L. n. 62/2022, c.d. *Sunshine Act*, recante Disposizioni in materia di trasparenza dei rapporti tra le imprese produttrici, i soggetti che operano nel settore della salute e le organizzazioni sanitarie.

⁹⁹ In questo senso si v. la modifica al c. 7 dell'art. 54, d.lgs. n. 165/2001 ad opera dell'art. 4, c. 1, lett. b), l. n. 79/2022, in esito alla quale 7 si richiede che le pubbliche prevedano «lo svolgimento di un ciclo formativo obbligatorio, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, le cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico». In questo senso v. ora l'art. 15, c. 5-*bis*, del codice di comportamento (d.P.R. n. 62/2013, come modificato dal d.P.R. 13 giugno 2023, n. 81).

po in quanto portatore di valori che sono contraddetti da pratiche che però molti non osano contestare: «whistleblowing as a collective phenomenon, not just a personal choice but a vital public service»¹⁰⁰.

Abstract

The paper reflects on the Italian regulation of whistleblowing in the light of the recent reform resulting from Legislative Decree no. 24 of 2023, transposing European Directive 1937/2019. The new legislation, which marks the strengthening of the legal instrument (which reaches an organic discipline with an increasingly broad scope), nevertheless modifies its fundamental characteristics. The reform intends this mechanism as a manifestation of the individual's freedom of expression, recognizes it in both the public and private spheres, and places it to protect compliance with European legislation. In the essay, these changes are read in the anti-corruption system built in Italy starting from law no. 190 of 2012, of which the protection of the whistleblower was until now a qualifying component. The study of the new discipline therefore becomes an opportunity to reflect on some transformations that affect the anti-corruption system in Italy.

¹⁰⁰ Così K. Kenny, *Whistleblowing: Toward a New Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2019.

ARTICOLI

FIorenzo LIGUORI

DALLA DISCREZIONALITÀ TECNICA INSINDACABILE ALLE VALUTAZIONI TECNICHE SOSTITUIBILI. INDAGINE SUL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla discrezionalità tecnica e il nodo dell'alterità tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. – 2. Il sindacato di legittimità sulla discrezionalità tecnica e il carattere anormale della insindacabilità – 3. Il potere riservato di valutazione e l'insindacabilità. Le alternative ragioni poste alla base della teorizzazione della riserva. – 4. Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni delle autorità indipendenti e la sua influenza sul dibattito relativo alla discrezionalità tecnica. I provvedimenti sanzionatori e gli atti regolatori: la necessità di una lettura integrata. – 4.1 La progressiva estensione del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti: il superamento del sindacato estrinseco e il sindacato intrinseco (ma debole) sulle valutazioni tecniche complesse – 4.2. Il sindacato di attendibilità tecnica e la cd. congruenza narrativa – 4.3. L'aspirazione al sindacato di maggiore attendibilità tecnica. – 4.4. La rimodulazione del modello di tutela alla luce del principio di effettività: dalla attendibilità alla maggiore attendibilità. Una innovativa pronuncia in materia di sanzioni antitrust. – 5. Prospettive di impiego del sindacato di maggior attendibilità, tra esigenze di tutela e criticità. – 6. Il controllo di attendibilità tecnica degli apprezzamenti complessi e il rilievo della discrezionalità. Cenni di conclusione.

1. Il dibattito sulla discrezionalità tecnica e il nodo dell'alterità tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa

La centralità che senza dubbio la discrezionalità tecnica occupa nel diritto amministrativo e nella correlata riflessione della scienza giuridica rimonta al carattere, fondamentale per la materia, delle categorie – legge, amministrazione, cittadino, giudice – investite, nei loro reciproci rapporti, dalla nozione. Trattandosi, appunto, di un concetto eminentemente relazionale, per decifrarlo occorre guardare al tempo stesso ad altre categorie fondamentali, quali la discrezionalità, il merito, l'interpretazione, lo stesso concet-

to di potere nelle sue molteplici dimensioni, giuridica, politica, tecnica. La questione della discrezionalità tecnica, dunque, anche e specialmente oggi¹, appare veramente cruciale ed anima non a caso da tempo un vivace dibattito.

Quest'ultimo, che appare caratterizzato da una pluralità di implicazioni tale da renderne in questa sede complessa anche una sintetica ricostruzione, nondimeno consegna alla riflessione comune in tema una duplice constatazione. La prima attiene al capovolgimento tra diritto sostanziale e diritto processuale. Il problema della discrezionalità tecnica è generalmente affrontato nella prospettiva del trattamento processuale, dei "limiti" del sindacato del giudice amministrativo². Il rapporto per così dire naturale risulta ribaltato: l'istituto sostanziale, quando si volge lo sguardo in quella direzione, è modellato sul trattamento processuale riservato alle sue manifestazioni. La seconda constatazione attiene al modo di intendere la discrezionalità tecnica ed in particolare agli strumenti attinti dalla scienza giuridica per cogliere l'identità della categoria rispetto ai poli – avvertiti perciò in termini di alterità o piuttosto di interferenza e sovrapposizione – della discrezionalità amministrativa (pura) e della discrezionalità tecnica. In particolare, le alterne vicende ricostruttive della nozione vanno da una valorizzazione del tipo di operazione intellettuale svolta dall'amministrazione (la scelta, per esempio) anche a prescindere quindi dalla natura della regola applicata, e dunque del risultato di tale operazione, alla considerazione dei contenuti di una tale scelta.

Così, secondo una certa linea ricostruttiva³, la svolta nella configurazione della discrezionalità tecnica andrebbe rintracciata nella rivoluzione gianniniana avviata sul finire degli anni Trenta in materia di potere discrezionale, e nello spostamento del fuoco dell'attenzione dalla scelta, che veniva in precedenza vista solo come il risultato della valutazione discrezionale, al contenuto di tale valutazione, individuato da lì in poi nella ponderazione degli interessi⁴. Il pensiero di Giannini avrebbe cioè offerto un contributo diretto al percorso di affrancamento della discrezionalità tecnica da quella amministrativa, nella misura in cui aveva consentito di abbandonare la prece-

¹ L'emergenza sanitaria globale innescata dalla diffusione del virus Covid-19 e dalla esigenza di governarlo ha, di recente, accentuato il fenomeno della espansione degli spazi delle valutazioni tecnico-scientifiche rispetto alle decisioni politiche. In tema, C. Acocella, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Pers. amm.*, 2020, 269 ss.

² Per dirla con E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 44 ss.

³ M. D'Alberti, *Prefazione*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, a cura di A. Moliterni, Napoli, 2021, 2.

⁴ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

dente impostazione concettuale, in linea con il modello francese, consistente nella tendenza ad accomunare discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica nel concetto generale di potere discrezionale come potere di scelta della soluzione migliore nel caso concreto, sia quando per scegliere fosse richiesta l'applicazione di regole tecniche sia quando non fosse richiesta. La valutazione di tipo politico-discrezionale – consistente nella ponderazione degli interessi – avrebbe in definitiva caratterizzato solo la discrezionalità amministrativa, mentre la discrezionalità tecnica si sarebbe limitata ad applicare regole tecniche.

Ma a ben vedere, nella dottrina italiana che precede quella indubitabile svolta si colgono segni che impediscono di risolvere la questione – relativa alla differenza che corre tra le due discrezionalità – nel senso che la prima si sarebbe, fino alla fine degli anni Trenta, limitata a «ripetere le costruzioni francesi».

In tale prospettiva è utile richiamare il contributo spiegato dagli studi di Presutti dei primi anni Dieci⁵, sviluppatosi in continuità con il primo Cammeo⁶, i quali conseguono il risultato di dimostrare l'alterità concettuale della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa, distaccandosi dal modello francese per adottare le coordinate seguite dalla dottrina di lingua tedesca, che pongono al centro la legge e le sue caratteristiche.

In questa prospettiva, la discrezionalità tecnica altro non è che attuazione di legge: è dal testo normativo che occorre muovere per verificare la qualificazione della fattispecie (in termini di precisione/imprecisione) ed il procedimento di applicazione, nell'ambito del quale l'interpretazione gioca un ruolo fondamentale. In questo modo la discrezionalità tecnica viene staccata dalla discrezionalità amministrativa, perché è un modo di essere dell'interpretazione (non un procedimento volontario di scelta, al tempo ritenuta libera). Dunque, pur ponendo attenzione alla natura dell'operazione condotta dall'amministrazione – come si è ricordato, attuazione della legge – piuttosto che ai contenuti della medesima, la dottrina perviene al risultato di enucleare elementi di distinzione tra le due categorie.

Gli esiti di una simile prospettazione, che come si è detto, vanno colti principalmente in relazione alla seconda linea di svolgimento della riflessione in tema – ossia al modo di intendere la discrezionalità rispetto alla alternativa pura-tecnica, in ragione degli alternativi elementi assunti come og-

⁵ E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit. 44 ss., nonché Id., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.

⁶ Per cui si rimanda a *Le competenze di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, 275 ss.

getto di osservazione – consentono di compiere al contempo anche qualche considerazione sul dialogo tra il profilo sostanziale e quello processuale della vicenda, ossia sul primo aspetto divenuto patrimonio comune del dibattito in materia di discrezionalità tecnica. Ebbene, a fronte dell'accennato generale rovesciamento della naturale relazione tra i due profili che si registra nella riflessione in tema, e quindi dell'assorbimento del relativo istituto sostanziale che normalmente le considerazioni legate alla latitudine e alla profondità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche producono, in corrispondenza della prospettazione ermeneutica di cui si discorre si registra un approccio opposto, ossia la propensione a riconoscere un rilievo importante, se non addirittura prioritario, al dato sostanziale (il contenuto della norma) rispetto a quello del trattamento in giudizio.

Le coordinate entro le quali si iscrive la visuale processuale dichiaratamente adottata da Presutti consentono per di più di trarre argomenti utili a sostenere una soluzione persino di segno opposto rispetto a quella in concreto occorsa sul punto nei suoi studi. Sul versante del trattamento processuale della discrezionalità tecnica, come è ben noto, Presutti si esprime nel senso dell'insindacabilità, ma le ragioni della sua tesi non sono strutturali, bensì contingenti, storiche. La tesi prospettata, specie nel fondamentale passaggio dove per giustificare l'insindacabilità della discrezionalità tecnica si fa riferimento alla supremazia dell'amministrazione, deve, pertanto, essere criticamente riletta alla luce della sensibilità contemporanea, ed in tal senso, nel pensiero in parola si possono astrattamente individuare, in prospettiva storica, le basi per soluzioni diverse dalla insindacabilità. In particolare, valorizzare la sinergia tra questa particolare componente del pensiero di Presutti, consistente nel carattere non essenziale della insindacabilità, e la componente per così dire più immediatamente rilevabile, relativa alla alterità della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa⁷, avrebbe consentito di imboccare una strada diversa da quella, schiusa dagli argomenti spesi a fondamento di tale alterità concettuale – nel pensiero di Presutti e del primo Cammeo – e nei fatti percorsa dalla dottrina degli anni 80 e 90 dello scorso secolo soltanto nella direzione⁸ di ribadire il carattere di riservatezza e di insindacabilità delle valutazioni tecniche.

⁷ Le due acquisizioni della prospettazione teorica di cui si discorre sono infatti: i) la discrezionalità tecnica è altro rispetto alla discrezionalità amministrativa, perchè investe un processo di attuazione – interpretazione della norma al quale risulta estranea la valutazione dell'interesse pubblico; ii) la insindacabilità non è un dato essenziale ma contingente, che contraddistingue il passaggio storico dallo Stato di polizia allo Stato di diritto.

⁸ C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

2. Il sindacato di legittimità sulla discrezionalità tecnica e il carattere anormale della insindacabilità

Nella prospettiva ermeneutica di inizio Novecento la presenza del parametro legale assurge ad elemento discriminante per la soluzione da prescegliere in ordine al nodo della sindacabilità. In particolare, guardando alla questione della effettiva estensione del sindacato di legittimità ammissibile nei confronti dei provvedimenti amministrativi, una volta assunta l'idea del limite, dato in qualche modo per presupposto, si perviene alla constatazione del carattere "anormale"⁹ della sottrazione al giudice della legalità dell'esame della rispondenza dell'atto alla norma, ove si sia appunto in presenza di una norma regolatrice della fattispecie e, pertanto, della anormalità della discrezionalità tecnica insindacabile. L'esigenza di ricercare una soluzione, a fronte del prodursi di un simile fenomeno anormale, induce l'interprete¹⁰ a circoscrivere nella misura massima possibile gli spazi entro i quali sia tollerabile l'insindacabilità. In tal senso, in adesione ad una prospettiva dogmatica¹¹ tesa a costruire logicamente alcune nozioni – come appunto quella di discrezionalità tecnica e di discrezionalità pura – le medesime vengono delineate in modo rigoroso, di guisa da consentire di distinguere nettamente il fatto oggetto della valutazione tecnico-discrezionale dalla valutazione dell'interesse pubblico, e da identificare la discrezionalità tecnica quale giudizio da formulare nell'ambito di un parametro normativo circa la misura con cui un certo attributo ricorre nella fattispecie. Come si accennava, il rilievo determinante del precetto normativo nel distinguere le sorti in sede processuale delle valutazioni compiute dall'amministrazione va colto in relazione al fatto che soltanto quando esso manca si apre lo spazio per quella che viene definita discrezionalità pura, laddove, se esiste all'opposto un termine di confronto normativo, si deve concludere che si tratta di attività interpretativa della legge, che si configura come discrezionalità tecnica quando l'applicazione della norma al fatto richieda «di determinare se il carattere, l'attributo, la qualità sussistano in grado tale da far sorgere l'effetto giuridico, mentre la norma tace circa la misura in cui debbono presentarsi perché l'effetto giuridico si abbia»¹².

Le ragioni per le quali a fronte della descritta impostazione teorica si

⁹ E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 48.

¹⁰ È quello che si registra nell'impostazione fornita da E. Presutti al problema: *Ibidem*.

¹¹ In ordine alla natura dogmatica dell'operazione condotta sul punto da E. Presutti, si veda L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 40.

¹² E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 55.

perviene all'approdo della insindacabilità della discrezionalità tecnica vengono non a caso qualificate, da chi le sosteneva, come contingenti ed estrinseche al fenomeno. Mentre, infatti, l'insindacabilità della discrezionalità amministrativa costituirebbe «qualcosa di connaturale all'organismo statale, così complicato e differenziato, munito com'è di appositi organi i quali sono deputati a tutelare i vari interessi pubblici, e che perciò sono costituiti in guisa di essere più adatti, tecnicamente per vedere e per fare, ciò che più conviene al pubblico interesse»¹³, l'insindacabilità della discrezionalità tecnica, ma in realtà la sua stessa esistenza, costituiscono «un istituto contingente, storico, residuo non ancora eliminato, ma che tende a restringersi sempre più, di un ordinamento giuridico di altri tempi. Esso è, invero, l'ultimo ineliminabile residuo dei grandi, estesi, incontrollati poteri che dovette arrogarsi il potere regio nel c.d. Stato di polizia per por fine al regime feudale»¹⁴. Secondo tale impostazione, in definitiva, alla base dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica non si rinviene una ragione strutturale: discrezionalità tecnica significa solo interpretazione di una previsione normativa, che invece manca nei casi di discrezionalità pura. L'espressione discrezionalità quando riferita al concetto di discrezionalità tecnica significa soltanto insindacabilità da parte del giudice amministrativo e non anche valutazione (libera, secondo la visione dell'epoca) dell'interesse pubblico.

3. Il potere riservato di valutazione e l'insindacabilità. Le alternative ragioni poste alla base della teorizzazione della riserva

Il rilievo della norma nel processo di qualificazione della discrezionalità tecnica influenza a ben vedere anche la riflessione di inizio Novecento intorno al nodo del potere riservato. Si fa infatti discendere la competenza esclusiva (riserva) del soggetto in posizione di supremazia dalla opinabilità dell'interpretazione, la quale è consustanziale al processo interpretativo: in ogni fase dell'interpretazione sarebbe presente un momento soggettivo, creativo, e perciò opinabile¹⁵.

Le soluzioni ermeneutiche che intervengono sul tema della riserva dell'attività, che, come è intuitivo, spiega riflessi diretti su quello del trat-

¹³ *Ivi*, 16.

¹⁴ E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 16, e poi ancora 62, ove si può leggere che «il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato giuridico [...] non è brusco e repentino; né lo Stato giuridico è un tipo assoluto, ma rappresenta piuttosto una tendenza ed un limite».

¹⁵ In tema, cfr. L. Benvenuti, *op. cit.*, 39 ss.

tamento processuale dell'esercizio del relativo potere, evidentemente nella direzione della insindacabilità di quest'ultimo, conformano perciò, sul piano per così dire eziologico, anche le scelte occorse in ordine alla questione del sindacato giurisdizionale.

In questo senso, negli studi che si stanno qui considerando, la peculiare posizione dell'amministrazione assurge ad un tempo a ragione della natura riservata del potere riconosciuto alla medesima e del rilievo solo estrinseco della insindacabilità rispetto alla discrezionalità tecnica.

La posizione di supremazia rappresenta cioè la ragione giustificatrice della riserva e del trattamento differenziato tra processo amministrativo e processo ordinario. Nel diritto amministrativo, a differenza del diritto civile dove le parti sono in posizione di parità e spetta perciò al giudice terzo interpretare la norma imprecisa, la pubblica amministrazione ha preminenza, cosicché «non pare assurdo» che spetti all'amministrazione stabilire se il fatto abbia o meno quei caratteri che l'ordinamento richiede per la produzione di un effetto.

A questa supremazia è impressa del resto una curvatura temporale, che emerge con tutta evidenza dal riferimento della relativa caratterizzazione a una particolare stagione dello Stato amministrativo, ossia alla declinazione rappresentata dallo Stato di polizia, destinata al tramonto. Prefigurazione, quella del nesso tra le sorti dello Stato di polizia e quelle della discrezionalità tecnica – che di tale modello di Stato sembrava il residuo – che la perdurante sopravvivenza della categoria sconfessa, sin nel breve periodo per la verità.

La prefigurazione del tramonto della discrezionalità tecnica¹⁶, vale inoltre a distinguere gli svolgimenti di questa linea di pensiero da quella di Cammeo che, pur muovendo dalla prospettiva, successivamente abbracciata anche da Presutti, della alterità tra discrezionalità amministrativa e tecnica, ne ascriveva il regime di insindacabilità – che accomunava entrambe le tipologie di valutazioni – ad una necessità venuta affermandosi in corrispondenza di un particolare snodo della vicenda amministrativa nello Stato liberale, tale che la discrezionalità tecnica apparisse come «uno strumento (ideologico) di legittimazione di poteri amministrativi liberi»¹⁷. La distinzione tra una discrezionalità pura e una discrezionalità tecnica assumeva cioè «un significato marcatamente ideologico: attraverso il riferimento a quell'ordine

¹⁶ E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 16-17, ove si osserva, guardando alla «uniforme evoluzione del diritto degli Stati» che «il campo della discrezionalità tecnica si va giorno per giorno restringendo sia sotto l'aspetto dell'estensione, sia sotto quello dell'intensità».

¹⁷ G. Pelagatti, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 166.

concettuale, si poteva sostenere la sottrazione del sindacato di legittimità di una parte dell'azione amministrativa [...] che andava acquisendo un'importanza sempre maggiore nel processo di trasformazione dello Stato liberale»¹⁸. Nella trasformazione dei rapporti tra politica ed economia, tra amministrazioni pubbliche e società civile si manifestava l'esigenza di una maggiore autonomia degli apparati amministrativi rispetto al vincolo costituito dal dato normativo¹⁹.

Tornando alle ragioni della riserva e del correlato trattamento processuale dell'attività valutativa, va segnalato come in un mutato quadro culturale, ossia negli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo, le posizioni inclini a sostenere la natura riservata del potere di valutazione tecnica (e poi anche di valutazione non discrezionale) appaiono basate su un differente argomento rispetto a quello speso negli studi di inizio secolo, ossia non più su una presupposta supremazia dell'amministrazione, ma sulle sue qualità rappresentative e/o organizzatorie. L'esito della insindacabilità, al quale pure a quell'epoca si perviene, appare anche in tale caso slegato dalla considerazione dal contenuto della valutazione, e quindi dalla posizione che in essa occupa l'apprezzamento dell'interesse pubblico, tanto che tale esito convive con quello della sindacabilità delle stesse valutazioni tecniche entro i limiti che caratterizzano la conquistata, nel frattempo, sindacabilità del potere discrezionale. Il senso è ancora una volta quello del rilievo spiegato dalla qualità del soggetto nel conformare la visuale processuale adottata²⁰, posto che un conto è la supremazia, un altro la rappresentatività, un altro ancora l'organizzazione-competenza tecnica, ma è pur sempre alla speciale soggettività dell'amministrazione che si guarda per giustificare il carattere riservato delle valutazioni²¹.

Più nello specifico tali posizioni erano inclini a valorizzare il dato rappresentato, non dalla supremazia dell'amministrazione – connotato peraltro estrinseco rispetto al fenomeno di cui si discorre e messo in discussione dalle letture successivamente proposte dell'amministrazione pubblica – quanto dal riferimento a valori che soltanto l'amministrazione pubblica, in quanto

¹⁸ *Ivi*, 164.

¹⁹ Cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 192, ove si legge che dinanzi alle «minuzie delle norme giuridiche che sacrificano l'interesse pubblico nei casi concreti» bisognerebbe «reclamare un maggiore arbitrio come una liberazione». In tema, cfr. Pelagatti, *op. cit.*, 164.

²⁰ Il riferimento è ancora alle opere di Marzuoli e De Pretis già richiamate.

²¹ Per una analisi critica contenente i riferimenti al dibattito prodottosi sulla ricostruzione di De Pretis, sia consentito il rinvio a F. Liguori, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000.

rappresentativa della collettività, sarebbe in grado di esprimere²². Il passaggio successivo sarebbe stato quello di riconoscere che un tale potere di valutazione riservato non presenta sempre un contenuto tecnico ma può anche riferirsi a dati empirici, per apprezzare i quali non occorre far ricorso a specifiche competenze tecnico-scientifiche²³. L'individuazione della categoria delle valutazioni e delle scelte non discrezionali e non tecniche, ma riservate all'amministrazione (buona condotta, carattere politico di una testata giornalistica, ecc...) finisce col riprendere, ma attribuendole dignità autonoma, diverse ipotesi già prese in considerazione da Presutti – che le includeva in una assai lata, e perciò da egli stesso ritenuta impropria, concezione della discrezionalità tecnica – di norme che attribuiscono all'amministrazione il compito di stabilire in base a massime di esperienza il grado o la misura di un determinato fatto²⁴. Ecco dunque affermarsi la giustificazione della riserva e quindi della insindacabilità e poi della sindacabilità solo estrinseca nel dato organizzativo, nelle qualità dell'organizzazione amministrativa approntata per l'assolvimento della funzione: la legittimazione organizzatoria, in tal modo, viene estesa ad ambiti diversi dalle scelte discrezionali in senso stretto²⁵. A ben vedere, in definitiva, le ricostruzioni di Marzuoli e De Pretis appaiono riferite ad una categoria (non legata ad un particolare snodo evolutivo della forma di stato amministrativo ma) concepita come stabile, ancorata a fondamenti che, nella loro visione, non sono estrinseci e/o contingenti, ma caratterizzano dall'interno la categoria delle valutazioni riservate (e però attengono alle qualità del soggetto cui la norma attribuisce il potere di compierla). Ed infatti viene confermata²⁶ la natura riservata delle valutazioni non discrezionali anche al cospetto della progressiva dequotazione del principio democratico connessa, in particolare, al trasferimento di competenze dagli organi rappresentativi alla burocrazia.

In realtà il trattamento del tema della sindacabilità delle valutazioni tecniche era stato condizionato – per tutto il corso del XX secolo, in una prospettiva impostasi, nelle sue molte varianti, e perdurata, specie nella giurisprudenza, sino alla svolta degli anni Ottanta sulla quale si è brevemente indugiato – dal contributo spiegato da Ranelletti nel senso della sostituzione del criterio della discrezionalità amministrativa (inteso in senso positivo, non più solo come equivalente dell'insindacabilità) a quello del tipo di

²² C. Marzuoli, *op. cit.*, 211 ss.

²³ D. De Pretis, *op. cit.*, 260 e *passim*.

²⁴ E. Presutti, *I limiti*, cit., 156; C. Marzuoli, *op. cit.*, 23.

²⁵ D. De Pretis, *op. cit.*, 331.

²⁶ *Ivi*, 318.

norma²⁷. La insindacabilità delle valutazioni tecniche – che tutti o quasi, anche in dottrina, finiscono in misura più o meno larga per giustificare – è cioè, in questa prospettiva, conseguenza del loro assorbimento nell'area della discrezionalità pura.

A ben vedere la problematicità – non solo di ragionare in termini di supremazia ma anche – di basare l'idea della riserva sulle speciali qualità della soggettività amministrativa si impone con tutta evidenza a fronte delle dinamiche evolutive che hanno coinvolto i rapporti tra tecnica e politica nel nostro paese nel segno di una dilatazione degli spazi acquisiti dalla dimensione tecnica nella decisione politica e di uno spostamento dei centri dell'attività decisionale dalle sedi rappresentative stabilite dalla Costituzione formale agli apparati burocratici²⁸. Sono in particolare questi fenomeni ad apparire difficilmente conciliabili con l'idea che la riserva possa incentrarsi sulla rappresentatività del soggetto pubblico; anzi la loro produzione e il loro progressivo consolidamento richiedono anche particolare cautela nella configurazione di poteri "liberi" di valutazione non discrezionale, dotati di una legittimazione di carattere organizzatorio.

In più rileva, nella critica del dato soggettivo, anche il fenomeno delle esternalizzazioni, che determinano lo spostamento di compiti tecnici all'esterno dell'amministrazione pubblica in senso soggettivo; e non appare neppure improprio far riferimento ad un fenomeno ormai osservato e denunciato da più parti, quale l'impovertimento tecnico delle amministrazioni pubbliche, specialmente a livello locale.

Da un lato, dunque, la tecnica prevale sulla politica, tendenza alla quale può ascrivere pure la creazione di soggetti particolarmente qualificati, ma di dubbia legittimazione costituzionale e comunque di scarsa rappresentatività democratica, come le autorità indipendenti, dall'altro, l'amministrazione ordinaria si mostra sempre più povera di competenze tecniche e si ricorre ormai comunemente alla esternalizzazione anche dei compiti tecnici²⁹.

²⁷ C. Marzuoli, *op. cit.*, 29; O. Ranalletti, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 350 ss.

²⁸ Su questi fenomeni, nell'ambito di una vasta letteratura, particolarmente interessante è lo studio di S. Civitaresse Matteucci e L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in Civitaresse Matteucci, Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, diretto da L. Ferrara e D. Sorace, Firenze, 2016.

²⁹ Con la consueta efficacia, S. Cassese fa riferimento ad una amministrazione contemporanea che «più che fare, fa fare». Ci si riferisce al suo *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, ma il tema della progressiva decadenza dei corpi tecnici negli apparati amministrativi aveva già indotto lo stesso autore a parlare di «fuga dall'amministrazione» (S. Cassese, *L'amministrazione dello stato liberal-democratico*, in S. Cassese, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, 11 ss.), che ha comportato

In questo generale quadro di crisi e trasformazione delle pubbliche amministrazioni, nel guardare ai compiti tecnici da porre in essere per assolvere alle funzioni amministrative, è solo nella norma che si possono eventualmente rinvenire scelte chiare ed inequivocabili nel senso della riserva in ragione essenzialmente delle concrete caratteristiche organizzative e tecniche delle soggettività pubbliche investite di questo compito³⁰.

Solo in questi casi si potrà configurare – non certo l’insindacabilità ma unicamente – la preclusione di un sindacato pienamente sostitutivo nei confronti delle valutazioni poste in essere da organizzazioni adeguatamente specializzate, nelle quali si radicherà perciò, per il futuro, il dato relativo alle qualità del soggetto per così dire aggiornato alla mutata sensibilità culturale.

4. Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni delle autorità indipendenti e la sua influenza sul dibattito relativo alla discrezionalità tecnica. I provvedimenti sanzionatori e gli atti regolatori: la necessità di una lettura integrata

Le ragioni per le quali nel confronto del giudice amministrativo con le controversie tecnico-scientifiche il formante giurisprudenziale sviluppatosi intorno agli atti delle autorità indipendenti rivesta una posizione centrale appaiono persino intuitive se, dunque, si pone attenzione alla richiamata esigenza di rimodulare il rilievo del fattore soggettivo – quale possibile ancoraggio della riserva delle valutazioni tecniche – alla luce delle profonde trasformazioni che hanno investito l’amministrazione, sia nel suo rapporto col cittadino – di guisa da produrre una significativa evaporazione della discrezionalità tecnica³¹ – sia in corrispondenza di una sempre più decisa tecnicizzazione dell’attività amministrativa, nonché di una progressiva dilatazione della dimensione tecnica della decisione amministrativa e di una relativa

un notevole incremento della «pratica dell’*outsourcing*, per cui si fa ricorso (e si dipende) sempre più alle competenze esterne all’amministrazione». In questi termini, G. Melis, *La fuga dall’amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell’amministrazione dell’Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 477.

³⁰ Cfr. C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1 ss.

³¹ In questo senso si consideri la vicenda paradigmatica della s.c.i.a. e delle dinamiche evolutive della relativa disciplina che hanno in particolare determinato l’inclusione – nel 2005, attraverso una formulazione testuale inequivoca in tal senso – delle valutazioni tecniche tra gli adempimenti sostituibili ad opera dell’interessato, nonché l’integrale affidamento dell’istruttoria tecnica al cittadino.

esternalizzazione di quest'ultima³². A queste considerazioni, che esibiscono la giurisprudenza che scruta gli atti delle autorità indipendenti come osservatorio privilegiato delle questioni rilevanti in punto di sindacabilità della discrezionalità tecnica, si aggiungono naturalmente quelle legate alla particolare levatura delle soluzioni elaborate dai giudici chiamati a confrontarsi con il carattere raffinato e assai articolato delle soluzioni occorse (già) a livello sostanziale³³.

Ora, in questo formante, assumono rilievo, per il discorso che qui si conduce, anzitutto le decisioni rese in ordine alle sanzioni adottate dalle autorità indipendenti, prestandosi queste ultime come terreno di esercizio fisiologico del sindacato di *full jurisdiction*³⁴, da condurre in ossequio, ai principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in materia di sanzioni e in ragione del riconoscimento della loro natura sostanzialmente penale, e del resto in linea con i valori costituzionali interni – di cui quegli stessi principi costituiscono espressione – affermati dagli articoli 24, 111 e 113³⁵. A ben vedere il carattere paradigmatico, nella direzione della pienezza della tutela e della profondità del sindacato, della giurisprudenza sulle sanzioni delle autorità indipendenti non dovrebbe essere enfatizzato al punto di disconoscere un tratto comune nell'intera giurisdizione amministrativa sugli atti delle autorità amministrative indipendenti³⁶ che, per un verso, rimonta alla elasticità del criterio tecnico utilizzato nell'esercizio del potere alle medesime intestato, e per altro verso, risente della evoluzione che ha interessato più in generale il giudizio amministrativo, con una estensione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo³⁷ che

³² Si rinvia ancora ai riferimenti citati *supra* alle note 28 e 29.

³³ Sulla qualità e sul grado di maturità delle elaborazioni concettuali intervenute in questo formante sia consentito un rinvio a F. Liguori, *Le valutazioni tecniche complesse dell'A-GCM e il giudice amministrativo*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Id., Napoli, 2013, 137 ss., spec. 143.

³⁴ Su questo tema, per un quadro completo anche della giurisprudenza e della letteratura, si può rinviare al volume a cura di B. Giliberti, *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, ed in particolare ai saggi di Raimondi, Allena, Clini, Goisis, Perfetti.

³⁵ Si veda, per tutti, F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017.

³⁶ In relazione alle affinità delle questioni che si pongono nel sindacato di legittimità e di merito per la centralità del punto relativo all'elasticità del criterio tecnico utilizzato in sede sostanziale si veda il Documento dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola non sfuggono le Autorità indipendenti*, Rapporto 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Su questi temi: F. Liguori, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in Giliberti (a cura di), *Il controllo*, cit., 141 ss.; F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction*. *Le*

consentono di registrare anche il reciproco approssimarsi delle giurisdizioni e dei profili di legittimità e merito³⁸. Si tratta di una traiettoria di svolgimento che, in coerenza con i principi costituzionali di pienezza della tutela e non limitazione a particolari mezzi di impugnazione, produce non solo un pieno accesso al fatto, alla cui area sono sul piano strutturale da ascrivere anche le valutazioni tecniche, ma anche la piena controllabilità in giudizio di tutte le decisioni dell'amministrazione, anche di quelle discrezionali, con un grado di approfondimento che cresce in dipendenza della progressione del processo di giuridificazione degli spazi di scelta un tempo ritenuti liberi. L'espansione del concetto di legalità procedurale e sostanziale colloca sempre più la decisione del giudice, ora peraltro in grado di conoscere appieno i fatti controversi, nell'area dell'interpretazione di norme e di principi, tra i quali quello di proporzionalità manifesta particolari capacità di penetrazione, anche quando la risoluzione del conflitto tra le parti possa implicare una qualche integrazione regolativa.

In definitiva quelle richiamate sono ragioni che suggeriscono una certa cautela nell'aderire ad approcci dicotomici di ricostruzione della fisionomia del sindacato, da un lato, rivolto ai provvedimenti sanzionatori, dall'altro lato, rivolto agli atti regolatori delle autorità indipendenti, posto che, anche dinanzi a questi ultimi, il sindacato si è progressivamente esteso sia per ciò che attiene alla conformità al fatto, sia per ciò che attiene all'attendibilità delle valutazioni tecniche, ma anche avendo riguardo al giudizio sulla regola in sé, che è questione di diritto in senso proprio.

4.1. La progressiva estensione del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti: il superamento del sindacato estrinseco e il sindacato intrinseco (ma debole) sulle valutazioni tecniche complesse

L'esame delle decisioni intervenute in questo particolare comparto conferma l'idea che le opportunità di estensione e penetrazione del sinda-

potenzialità del sindacato confutatorio, in P.A. Persona e Amministrazione, 2/2018, 133 ss.; F. Goisis, La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti, in Dir. proc. amm., 2015, 546 ss.; M. Trimarchi, Full Jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note, in P.A. Persona e Amministrazione, 2018, 321 ss.

³⁸ La distinzione tra legittimità e merito secondo Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss., spec. 869, va risolta nel senso della non sopravvivenza della giurisdizione di merito, sia per la "crescita del processo di legittimità (esteso alla *quaestio facti*)" sia, soprattutto, per non esservi una "differenza sconvolgente" tra il giudizio di legittimità ed il giudizio di merito. Su questo si può vedere, se si vuole, Liguori, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit., 141 ss.

cato giurisdizionale, anche nella direzione di una progressiva erosione della categoria della discrezionalità tecnica, e sino a rendere tale esito più visto che in altri settori³⁹, siano anzitutto venute dall'ampiezza dei poteri giurisdizionali, estesi al merito, in materia di sanzioni⁴⁰. Eppure, l'iniziale atteggiamento della giurisprudenza nei confronti delle decisioni delle autorità amministrative indipendenti è apparso quello di una maggiore deferenza rispetto all'approccio destinato ad altre amministrazioni, motivato dalla considerazione della loro peculiare posizione e qualificazione tecnica. Il giudice amministrativo ribadisce, infatti, in questo settore, l'avviso secondo il quale i confini del sindacato di legittimità consentono unicamente di verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non di sostituire con le proprie valutazioni di merito quelle effettuate dall'amministrazione⁴¹. Ciò, nonostante la Quarta Sezione avesse aperto, a partire dalla assai nota premessa secondo la quale «una cosa è l'opinabilità, altra cosa l'opportunità», un varco nella direzione della possibilità della verifica diretta, da parte del giudice, dell'attendibilità della loro correttezza quanto al criterio tecnico utilizzato e al procedimento applicativo, posto che l'apprezzamento operato nel caso di specie attenesse, appunto, a una questione di fatto e quindi a un presupposto di legittimità del provvedimento⁴².

Successivamente prende forma l'idea di un sindacato intrinseco ma debole: il fatto deve essere oggetto di un sindacato pieno ed il giudice può utilizzare per conoscerlo la stessa strumentazione tecnica di cui si serve l'amministrazione. Al contempo, tuttavia, la valorizzazione della neutralità

³⁹ A titolo esemplificativo, per una assai datata decisione in cui il giudice amministrativo rileva in maniera diretta l'erronea individuazione del mercato rilevante, si veda TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 maggio 1994, n. 652, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul più marcato dissolvimento della discrezionalità tecnica registrato in questo rispetto ad altri settori v. FG. Scoca e F. Degni, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere e effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*.

⁴⁰ Tra le risalenti, innumerevoli, decisioni che hanno ribadito l'estensione al merito del sindacato del giudice amministrativo si veda Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2169 con nota di M. Antonioli, nonché Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 in *Foro it.*, 2002, III, 482, con note di G. Scarselli, F. Fracchia, C. Videtta, R. Pardolesi, C. Osti; TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 giugno 2010, n. 14856, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2010, 2035; Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2502, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2010, 1074.

⁴¹ Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, cit., Cons. St., sez. VI, 3 ottobre 2002, n. 5156, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 597, con nota di F. Liguori.

⁴² La pronuncia, a valle della quale si produce la svolta giurisprudenziale in materia è, come noto, la sentenza del Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 182, con note di M. Del Signore e P. Lazzara.

e dell'indipendenza induce i giudici a configurare alla stregua di un'eccezione – che per l'elevato tecnicismo delle valutazioni rimesse alle autorità amministrative indipendenti finisce, nel loro caso, per assurgere in concreto al rango di regola – la categoria delle valutazioni tecniche complesse ad esito opinabile, come tali sindacabili solo in misura cd. debole.

L'idea è cioè quella di tener ferma la distinzione, ribadita in occasione del *revirement* del '99, tra le valutazioni sull'interesse pubblico – riservate all'amministrazione e non assoggettate ad un controllo diretto del giudice, ma a quello schiuso dal sindacato sull'eccesso di potere – e i giudizi tecnici – direttamente sindacabili, se ed in quanto isolabili da quelle valutazioni riservate – ma prendendo atto di un elemento di complicazione rappresentato dal verosimile intreccio tra fatti e interessi, altrimenti detto, da una «contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario»⁴³. La essenziale distinzione tra opinabilità e opportunità, alla base del *revirement* operato in termini generali nel '99, è dunque ribadita anche per le autorità amministrative indipendenti, tuttavia, specificamente per queste ultime, viene ravvisata la necessità di isolare le valutazioni tecniche complesse.

Sul piano concettuale è salva la distinzione tra la tecnica, da un lato, e la discrezionalità e il merito, dall'altro lato – l'una è giudizio sul fatto mentre l'altra è volontà-scelta tra interessi – ma viene delineata, sul piano pratico, un'area di eccezioni identificata dalle ipotesi in cui i giudizi rimessi all'amministrazione costituiscano, secondo il giudice, pur sempre espressione di meccanismi cognitivi nei quali è insita la ponderazione di interessi, e si produca perciò un fenomeno di permeabilità della tecnica agli interessi⁴⁴. L'ipotezzata inscindibilità tra fatti e interessi si traduce in una sorta di presunzione di legittimità della valutazione affidata all'amministrazione, cui è riservata in via esclusiva la diretta valutazione dell'interesse pubblico. Il giudice si attiene, perciò, alla valutazione operata dall'amministrazione, salvo che non risulti smentita sul piano logico-giuridico, e non si spinge fino al punto di verificare direttamente, “in positivo”, se essa sia stata ben svolta sotto il profilo tecnico-scientifico.

Senonché, sempre nella pratica, il giudice amministrativo evita di far espresso riferimento all'interesse pubblico, quale fattore di complicazione e cioè di dimostrazione dell'inscindibilità del nesso che talvolta occorre tra

⁴³ Cons. St., sez. VI, 3 ottobre 2002, n. 5156, cit.

⁴⁴ F. Salvia, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi in onore di Franco Ledda*, Torino, 2004, 1091.

fatti e interessi, ma piuttosto fa perno sulla distinzione, che sembrava aver abbandonato, tra scienze inesatte e non, e dunque sul valore decisivo, nel senso di produrre un arretramento del sindacato, della circostanza che ci si trovi dinanzi a regole «che non hanno il carattere di regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte e opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione di concetti giuridici indeterminati (mercato rilevante, dominanza, intesa restrittiva) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza»⁴⁵. Ossia questa giurisprudenza sembra disattendere in concreto il criterio posto in via astratta (il radicamento dell'interesse pubblico in capo all'autorità⁴⁶ e la individuazione del momento in cui esso è curato, ed in definitiva una indagine effettiva sulla fusione tra fatti e interessi nella fattispecie scrutinata), e piuttosto far appello a fattori – quali il rango primario degli interessi affidati in cura ad autorità specializzate e ad elevato tasso di tecnica – che, per il tramite della inesattezza delle scienze economiche, si atteggiavano quali indici presuntivi dell'intreccio tra giudizio tecnico e valutazione diretta sugli interessi. La presunzione, scaturita dall'ipotizzata inscindibilità tra fatti e interessi, della esattezza e della legittimità della valutazione così affidata all'amministrazione – connessa all'idea che la tecnica sia permeata dagli interessi in merito ai quali deve decidere, appunto, la stessa p.a. in via esclusiva – conforta così un controllo di tipo “debole”. Il giudice si attiene cioè alla valutazione operata dall'amministrazione, salvo che non risulti smentita sul piano logico-giuridico, e non si spinge fino al punto di verificare direttamente, “in positivo”, se essa sia stata ben svolta sotto il profilo tecnico-scientifico. È un approdo, almeno in linea generale e di principio, che può apparire meno garantistico di quello delineato con la sentenza n. 601 del '99, ma è molto rilevante che

⁴⁵ Cons. St., sez.VI, 23 aprile 2002, n. 2199, cit.

⁴⁶ Questo anche intuitivamente in adesione ad un noto indirizzo dottrinale che nega la sussistenza di veraci interessi pubblici in questa materia e dunque la politicità delle scelte operate dalle amministrazioni indipendenti. Si veda di recente E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 199, il quale nega che il modello della regolazione indipendente consenta ad un «regolatore non eletto» di condurre una effettiva ponderazione di interessi. Nel senso della inconfigurabilità di un interesse pubblico specifico affidato alla cura delle amministrazioni indipendenti, in ragione della incoerenza di tale possibilità con il loro carattere neutrale G.Vesperini, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1990, 415; M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 99; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 55. Per una diversa lettura, cfr. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 127, nonché M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

la particolare qualificazione delle autorità amministrative indipendenti non giustifichi più, come in un primo tempo, la riservatezza delle decisioni da esse assunte, che va invece ricondotta al carattere inesatto delle scienze da applicare. Se dunque le scienze fossero in grado di offrire soluzioni certe, ovvero accettate come tali, la speciale qualificazione delle autorità amministrative indipendenti non potrebbe di per sé giustificare l'imposizione di limiti al sindacato del giudice. La valorizzazione del carattere inesatto della scienza produce, di fatto, una riedizione della rilevanza della opinabilità nel condizionare la latitudine e l'incisività del sindacato giurisdizionale in particolare precludendo la ripetizione da parte del giudice del medesimo percorso condotto dall'amministrazione, strada questa, che in tempi più recenti apparirà nuovamente attinta, non senza generare equivoci e incertezze⁴⁷.

4.2. Il sindacato di attendibilità tecnica e la cd. congruenza narrativa

Il carattere indipendente dell'amministrazione inizia anzi ad essere percepito come motivo per rendere ancora più necessario un sindacato pieno, alla cui affermazione si giunge affinando gli strumenti di indagine sulle valutazioni tecniche complesse.

Con la celebre decisione sul caso Consip⁴⁸, il Consiglio di Stato afferma di poter compiere anche con riguardo alle valutazioni tecniche complesse rimesse in prima battuta all'AGCM una verifica penetrante che «si estende al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame».

Il carattere complesso della valutazione tecnica non implica dunque più una riserva in favore dell'amministrazione: il giudice ha il potere di verificarla direttamente, anche quando la scienza attinta non può definirsi esatta. La verifica da negativa si trasforma in positiva: nel senso che il giudice è chiamato a verificare l'intrinseca correttezza della soluzione prescelta e la sua resistenza alle confutazioni tecniche dei ricorrenti. In concreto, va detto però che all'affermazione di principio corrisponde un breve passaggio di "validazione" della motivazione dell'amministrazione, che ricorda molto da vicino il controllo di ragionevolezza.

⁴⁷ Ci si riferisce in particolare alla formulazione non felice dell'art. 7, del d. lgs. n. 3/2017 che individua nelle valutazioni opinabili il limite alla diretta verifica giudiziale dei profili tecnici. Sul punto si tornerà oltre: cfr. *infra* par. 4.4.

⁴⁸ Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2004, III, 6, con nota di S. Bastianon.

Il superamento del sindacato debole è comunque esplicito, anche se il giudice non compie il passo decisivo di porsi rispetto ai concetti giuridici indeterminati come colui che li determina in concreto attuando il diritto. La sua indagine risulta comunque indirizzata a controllare, sia pure oltre gli angusti limiti della manifesta incongruità, le valutazioni dell'amministrazione attraverso l'uso di strumenti eminentemente logici, evitando di ricorrere alla c.t.u.

In seguito, le basi teoriche di questo avanzamento verranno ulteriormente esplicitate, spingendo più avanti il limite alla conoscibilità dei fatti tecnici complessi. Si legge infatti in alcune decisioni⁴⁹ che «nell'ambito dei procedimenti antitrust, dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della c.d. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso alla «storia» che si propone per la ricostruzione dell'intesa illecita».

Il tasso di equivocità del risultato, «dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata», è attenuato attraverso il ricorso ad un'operazione intellettuale che si scinde in due fasi: da un lato, l'acquisizione di informazioni coerenti con la valutazione compiuta dall'autorità (c.d. *corroboration*), dall'altro, la ricognizione e la verifica di ipotesi alternative (c.d. *cumulative redundancy*), con la conseguenza che «la prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti»⁵⁰. Dunque il passaggio ulteriore, rispetto a quello consolidatosi intorno al sindacato debole delle valutazioni complesse, compiuto da questa giurisprudenza non è quello di negare *tout court* l'opinabilità, ma di ritenere la certezza assoluta inattuabile, e di accontentarsi di teorie scientifiche attendibili. Si intravede la teoria della conoscenza di Popper, secondo il quale la conoscenza non è episteme (sapere certo), ma *doxa* (sapere congetturale)⁵¹. Le teorie sono e restano ipotesi, mai verificabili fino in fondo. Esse però sono falsificabili (cioè confutabili),

⁴⁹ Ci si riferisce a: Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424, in *Foro Amm.*, (C.d.S.), 2008, 507; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 594, in *Foro Amm.*, (C.d.S.), 2008, 551, e collegate Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, nn. 595, 596 e 597, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2093, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2201, in *Foro Amm.*, (C.d.S.), 2009, 1012, e collegate 9 aprile 2009, nn. 2203-2208, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ V. le pronunce citate alla nota precedente.

⁵¹ K. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, spec. 642.

dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili

e se resistono alle falsificazioni (ipotesi alternative che i ricorrenti hanno l'onere di prospettare) sono scientifiche. Ed è questo il massimo di verità raggiungibile. Sul piano concettuale, il cerchio si chiude: l'opinabilità delle valutazioni tecniche non è più un limite al potere del giudice, che può con gli strumenti della moderna epistemologia riesaminare a fondo l'operato dell'amministrazione. Il giudice, in sostanza, si riconosce sia il potere di acquisire tutte le informazioni coerenti con le contestazioni mosse sia quello di escludere l'esistenza di valide alternative alla tesi seguita dall'Autorità⁵².

Le modalità di svolgimento di una tale valutazione possono però differire: un conto infatti è considerare "vera" l'ipotesi accusatoria perché intrinsecamente attendibile⁵³ e la sola, rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente, in grado di dare un senso alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita, un altro è richiedere la dimostrazione della maggiore attendibilità della decisione alla luce della valutazione della situazione concreta, anche attraverso un puntuale confronto con le soluzioni tecniche alternative prospettate nel processo e sulla base di una piena e diretta verifica dei fatti e della "intrinseca verità"⁵⁴.

Nella prima modalità, che, fino al caso *Avastin*, contraddistingue anche la giurisprudenza più avanzata, la decisione viene valutata come attendibile o non attendibile avendo riguardo unicamente al suo contenuto, mentre nel secondo, anche se rientra in termini assoluti nei margini di opinabilità del concetto indeterminato, non deve risultare significativamente meno plausibile nel concreto confronto con le soluzioni tecniche alternative prospettate dal soggetto sanzionato, segnando in tal modo il passaggio da un "giudizio si/no" ad un "giudizio più/meno"⁵⁵.

4.3. L'aspirazione al sindacato di maggiore attendibilità tecnica

Da un certo punto in poi il giudice smette di contrapporre sindacato debole e forte per prendere a ragionare di effettività della tutela, di legalità sostanziale, oltre che di un sindacato comune a livello europeo. Un punto

⁵² S. De Nitto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., 233.

⁵³ Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2012, n. 5067, in *Foro Amm. (C.d.S.)*, 2012, 2381; Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2201, in *Foro Amm. (C.d.S.)*, 2009, 1012; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 594, in *Foro Amm. (C.d.S.)*, 2008, 551.

⁵⁴ È questo il punto di approdo che verrà raggiunto con la sentenza sul caso *Avastin*, Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 2019, III, 498.

⁵⁵ Si vedano al riguardo le conclusioni del già citato documento dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato.

di svolta si può individuare nella decisione della terza Sezione del Consiglio di Stato n. 1645/2013, dove si legge che «L'accertamento di fatti complessi alla stregua di 'concetti giuridici indeterminati' o di 'regole tecnico scientifiche opinabili' deve ispirarsi ad un rigore metodologico e ad una coerenza applicativa, che non possono non essere suscettibili di verifica e di controllo da parte del giudice amministrativo, nel loro intrinseco svolgimento, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico»⁵⁶. Il carattere elastico o opinabile dei concetti e delle regole richiamate dalla norma non è percepito come un ostacolo: anche le valutazioni tecniche complesse vanno riesaminate nel loro intrinseco svolgimento perché, si rimarca, l'amministrazione indipendente, come e più di ogni altro soggetto dell'ordinamento, è tenuta al rispetto delle regole tecniche.

Il giudice, in questo caso, annulla riconducendo al difetto di motivazione l'illegittimità della scelta regolatoria. Lo strumento utilizzato è dunque antico, il difetto di motivazione, ma il metodo è nuovo perché la pronuncia di annullamento è l'esito di una approfondita analisi tecnica⁵⁷. Ed infatti in diverse altre occasioni in cui segue tale indirizzo il giudice dispone una c.t.u.⁵⁸ o una verifica⁵⁹ strumenti la cui utilizzabilità era stata in passato soltanto affermata.

«Il limite del sindacato giurisdizionale, al di là della ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e, vien fatto di dire, soprattutto in materie connotate da elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, le 'regole del gioco'»⁶⁰. La portata risolutiva del principio di legalità sostanziale si coglie nella direzione di imporre al giudice amministrativo di «assicurare che la legittimazione» del potere di tali autorità «rinvenga la sua fonte, al di là delle garanzie partecipative», invero enfatizzate oltre misura, proprio «nella

⁵⁶ Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2013, 666. Sul tema dei concetti giuridici indeterminati indagato in relazione alle implicazioni del loro trattamento sulla tutela degli interessati, si veda di recente M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021.

⁵⁷ In tema di regolazione AEEGSI, cfr. anche Cons. St., sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3552, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 12 giugno 2015, n. 2888, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 6 maggio 2014, n. 2302, in *Foro amm.*, 2014, V, 1440; Cass. civ. sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10411, in *Foro amm.*, 2014, 2735.

⁵⁸ Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4745, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 7 marzo 2016, n. 899, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁹ Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 4544, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁰ Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, cit.

corretta e coerente applicazione delle regole che informano la materia sulla quale incide»⁶¹.

La decodificazione dei concetti giuridici indeterminati spetta dunque al giudice anche in diritto amministrativo, non solo in diritto civile (dove l'erroneità dell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati può esser fatta valere come violazione di legge col ricorso in Cassazione) e in diritto penale. Il fantasma della discrezionalità tecnica non incute più timore nell'interprete, fin qui autolimitatosi al suo comparire. Si tratta di un punto d'arrivo di grande rilievo nel percorso giurisprudenziale, che interviene proprio con riguardo ai poteri regolatori, ribaltando l'iniziale atteggiamento di *deference*, per affermare che un sindacato pieno sul fatto e sui suoi risvolti tecnico-scientifici, anche opinabili, è tanto più necessario quando si tratti di esaminare decisioni emesse da autorità carenti in punto di legittimazione formale e caratterizzate da un elevato tecnicismo. Manca solo un passo per l'affrancamento completo: superare il vaglio di attendibilità tecnica della soluzione prescelta e giungere alla ricerca giudiziale della soluzione più attendibile tra quelle prospettate dalle parti. Con il possibile esito della bocciatura della valutazione dell'amministrazione, ancorché in sé attendibile, in quanto meno attendibile di quella prospettata dal ricorrente⁶². Compiere questo passo, e convincere le Sezioni Unite che il suo compimento non comporta

⁶¹ Così Cons. St., sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2013, 899; Id., 28 marzo 2013, n. 1837, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché Id., 25 marzo 2013, n. 1645 cit.

⁶² Secondo F.G. Scoca, quando il Giudice amministrativo debba conoscere di tali valutazioni, è «possibile (almeno in via teorica) che il sindacato giurisdizionale esercitato sia totalmente pieno, trattandosi di accertare i fatti e di valutarli alla luce delle disposizioni legislative: non ostano a tale tipo di giudizio ragioni né di natura normativa né di sistema» (F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 265). E perché il giudizio sia pieno non basta affermare che la tesi posta a fondamento del provvedimento dell'AGCM risulta convincente, ma occorre spingersi sino a verificare che essa è la più convincente, tra quelle presenti in giudizio: «unico limite che incontra il sindacato giurisdizionale è quello della sostituzione formale della sentenza del giudice al provvedimento dell'Autorità, dato che il processo rimane un processo di solo annullamento» (F.G. Scoca, *ult. op. cit.*, 279). La tesi è chiarissima ed anche apparentemente molto “radicale”. In verità non mancano alcune cautele: quando nell'affermare che un tale sindacato è possibile, si ha cura di aggiungere “almeno in via teorica”, o quando il giudizio che lo ospita viene qualificato come “processo di solo annullamento”, o ancora quando si riconosce la presenza anche di “*quaestio iuris*” e non solo di fatti da valutare. Nondimeno gli argomenti esposti investono la natura del potere esercitato, degli atti posti in essere e delle posizioni giuridiche implicate, se si afferma che «non possono esservi scelte tecniche (tecnico-discrezionali) riservate all'Autorità, dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei suoi provvedimenti e la loro incidenza su diritti soggettivi» (*Ivi*, 265).

la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, è il compito che il Consiglio di Stato intende assolvere e che la sentenza n. 4990/2019 sul caso Avastin prova ad espletare.

4.4. La rimodulazione del modello di tutela alla luce del principio di effettività: dalla attendibilità alla maggiore attendibilità. Una innovativa pronuncia in materia di sanzioni antitrust

La decisione interviene su un noto caso di intesa ritenuta restrittiva nel mercato dei farmaci (caso Avastin) sanzionata dall'Antitrust e si preoccupa di delimitare la sua portata nell'ambito della sola giurisdizione amministrativa di merito sulle sanzioni, ma, a ben vedere, rischia di minare, considerando la portata generale degli argomenti che adduce, l'intero edificio fin qui eretto, frutto di una mediazione tra l'aspirazione ad una giurisdizione piena e la logica del sindacato di legittimità. Una logica, quest'ultima, che il nuovo indirizzo mira a superare *tout court*. Il Consiglio di Stato, con intento palesemente didattico, ripercorre le principali tappe del rapporto tra diritto e tecnica nel processo amministrativo. È una ricostruzione che, a grandi linee, coincide con l'accenno di racconto appena svolto. Ma il Consiglio di Stato dice qualcosa di più.

Un primo passaggio è relativo alla struttura del giudizio amministrativo e consente al giudice di chiarire che, rispetto alla originaria limitazione della conoscenza del fatto, sostanzialmente imposta dalla «primigenia struttura cassatoria del processo amministrativo», lo stesso Codice del processo amministrativo avrebbe favorito il passaggio ad un giudizio sul rapporto, (affermazione ricorrente, ma opinabile, almeno nella sua assolutezza) «dotando il giudice di tutti i mezzi di prova necessari a realizzare un sistema rimediabile “aperto” e conformato al bisogno differenziato di tutela dell'interesse evocato in giudizio». Snodo che viene saldato alle linee evolutive della giurisprudenza CEDU in punto di *full jurisdiction* sulle sanzioni, qui antitrust, per giungere a connotare il processo in termini di gravame “appellatorio” piuttosto che “cassatorio” di legittimità. Sul punto va, infatti, rammentato che il limite della insostituibilità delle scelte discrezionali vale anche per la giurisprudenza CEDU⁶³, ma non nella materia delle sanzioni, nella quale si ritiene che il giudice amministrativo debba comportarsi come un giudice d'appello, in grado di riesaminare il caso in ogni suo aspetto e di rideterminare la pena⁶⁴. Si tratta di un argomento che avrebbe consentito, con tutta evidenza, più

⁶³ Si veda L. Raimondi, nel volume a cura di B. Giliberti, *Il controllo*, cit.

⁶⁴ M. Allena e F. Goisis, sempre nel volume curato da B. Giliberti, *Il controllo*, cit.

semplicemente di confermare l'approdo del sindacato di attendibilità tecnica, il cui unico limite è, come visto, costituito dall'impossibilità di sostituire la valutazione del giudice a quella amministrativa, potendosi solo verificare se quest'ultima rientra nel novero delle risposte plausibili che possono essere date a quel problema. Un sindacato, dunque, di attendibilità della scelta amministrativa, non di maggiore attendibilità tra tutte le soluzioni sul tappeto.

Tuttavia, il contesto in cui interviene la pronuncia è caratterizzato dall'introduzione, di poco precedente, di una novità normativa che, nei porsì in apparente, vistosa discontinuità con i traguardi raggiunti in questa materia dal giudice amministrativo e che in questa sede sono sintetizzati, aveva nella sostanza riproposto la soluzione resa in un noto arresto delle Sezioni Unite⁶⁵. Queste ultime avevano ritenuto che il giudice amministrativo, a fronte di un annullamento di un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM, in vista del quale lo stesso aveva ricostruito autonomamente il presupposto del mercato rilevante, avrebbe dovuto, per esercitare il proprio sindacato correttamente e nei limiti della giurisdizione, limitarsi a un controllo sulla ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, senza sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione⁶⁶.

Il legislatore europeo, introducendo meccanismi più efficaci di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, stabilisce che una violazione del diritto alla concorrenza definitivamente accertata deve considerarsi tale anche ai fini dell'azione per il risarcimento del danno. Nel recepire tale previsione, il legislatore nazionale ha introdotto un inciso non richiesto dalla direttiva, in particolare, all'art. 7, d.lgs. n. 3/2017 riferendosi alla decisione da porre a fondamento dell'azione risarcitoria e al relativo sindacato del giudice amministrativo disponendo che esso «comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame

⁶⁵ Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Giust. civ.*; Id., 17 marzo 2008, n. 7063.

⁶⁶ Sul punto B. Giliberti, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a corte di cassazione, sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057; M. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 335 ss. Per pronunce che in senso analogo hanno cassato le decisioni del Consiglio di Stato per essere incorso in eccesso di potere giurisdizionale in ragione della qualificazione in termini di inattendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione (anche se in fattispecie diverse da quelle che si stanno considerando, e cioè non rese su attività delle amministrazioni indipendenti) si veda Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602 ss., con nota di M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*.

sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima». Senonché, il giudice amministrativo, nella pronuncia sul caso Avastin Lucentis, come diversi interpreti, prova a sminuire la portata di questa disposizione, e lo fa anche sulla scorta di una interpretazione costituzionalmente orientata, in particolare ai principi di effettività e pienezza della tutela, giungendo a sostenere che, se davvero la medesima avesse comportato un ridimensionamento del sindacato del giudice, al quale avrebbe impedito la verifica diretta delle valutazioni tecniche opinabili, non si sarebbe accordata con tali valori costituzionali e avrebbe contrastato anche con la contestuale innovazione secondo la quale la decisione amministrativa è suscettibile di fare stato anche in sede civile quanto alla sussistenza dell'illecito.

Nei fatti, perciò, la stessa entrata in vigore di una norma che appariva, ad una prima lettura, tesa a depotenziare il ruolo del giudice amministrativo, riproponendo la linea dell'intangibilità delle valutazioni tecniche complesse (se non per manifesta irragionevolezza), costituisce l'occasione che il Consiglio di Stato coglie per una rivisitazione della questione in direzione opposta ed ulteriormente espansiva del suo sindacato⁶⁷.

Gli elementi intorno ai quali ruota questa lettura espansiva del Consiglio di Stato e che operano sinergicamente in tale direzione attengono ai contenuti e alla natura della norma attributiva del potere, in particolare rispetto alla circostanza che essa abbia (o meno) affidato all'amministrazione un'attività di "mediazione"⁶⁸, e conseguentemente alla natura del fatto oggetto di scrutinio giurisdizionale, e in prima battuta di istruttoria procedimentale.

Il punto affrontato in via preliminare attiene alla qualificazione del potere esercitato: «gli elementi descrittivi del divieto..., anche quelli valutabili e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del

⁶⁷ Sviluppando e completando – secondo l'avviso di M. Giusti, *ult. op. cit.* – la premessa del contributo introduttivo della distinzione fra opportunità e opinabilità di F. Ledda (*Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 312 ss.) «secondo cui se, davvero, la tecnica appartiene alla sfera della legittimità, allora essa deve essere pienamente conoscibile anche quando il risultato non sia univoco, anche quando è opinabile». L'Autrice segnala peraltro come l'interpretazione resa dal giudice amministrativo nella vicenda Avastin-Lucentis, fondata su una «dettagliatissima ricostruzione dell'intera vicenda, in tutti i suoi aspetti tecnici», non sia stata in concreto accompagnata dal ricorso «ad alcuno degli strumenti che a tal fine» lo stesso «avrebbe avuto a disposizione, sia verificazioni che, soprattutto, consulenze tecniche, anche in un caso in cui potrebbe ammettersene l'indispensabilità».

⁶⁸ In Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, cit., si fa espresso riferimento, quale criterio discriminante, alla presenza o meno di un «fatto mediato dall'apprezzamento dell'autorità».

potere, nella dimensione oggettiva di fatto storico, accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto “mediato” dall’apprrezzamento dell’amministrazione». Di conseguenza «nulla si oppone a che sia il giudice a ‘definire’ la fattispecie sostanziale»⁶⁹. Ciò a differenza di quanto si verifica per le valutazioni discrezionali, con riferimento alle quali la norma attributiva del potere lascia un tratto libero che l’amministrazione è chiamata a riempire con una complessa attività di ponderazione di interessi. È solo in tali ultimi casi che il giudice deve limitarsi a controllare “in negativo” eventuali eccessi di potere con gli strumenti di logicità-congruità. Al di fuori di queste ipotesi, in giudizio si deve procedere alla diretta disamina della fattispecie: il giudice amministrativo, diventato giudice del rapporto, deve avere pieno accesso al “fatto storico”.

Nelle vicende sanzionatorie⁷⁰, peraltro (ma in realtà, a me pare, che questo possa verificarsi non solo in quelle), una volta associati i presupposti applicativi, non residuerebbe più alcuno spazio di valutazione in capo ai poteri pubblici, trattandosi di fattispecie totalmente vincolate, il che rende inconfigurabile ogni rischio di sostituzione. Si tratta di un controllo che ricade esclusivamente su dati fattuali (tra i quali rientrano anche le valutazioni tecniche complesse) e che perciò non può trasmodare in sostituzione nell’assunzione della decisione, essendo questa diretta conseguenza della corretta rappresentazione dei fatti. Altrimenti detto la portata sostitutiva del sindacato del giudice – nella misura in cui esso incida sui risultati dell’attività compiuta dall’amministrazione – non può ritenersi sostituzione in senso proprio, ossia avocazione di poteri discrezionali⁷¹.

L’avanzamento dello scrutinio dalla soglia del sindacato (non sostitutivo) di attendibilità a quella del sindacato pieno di “maggiore attendibilità” avviene, dunque, proprio in presenza delle condizioni qui richiamate, sostanzialmente rappresentative di una “permanenza nell’area del fatto” della ricostruzione compiuta dall’amministrazione e di quella successiva compiuta

⁶⁹ Cfr. ancora Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, cit., ove si osserva che «Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l’opzione prescelta da quest’ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie».

⁷⁰ Peraltro nella vicenda Avastin–Lucentis il giudice corrobora la sua visione sulla pienezza del sindacato giurisdizionale con una prefigurazione, per così dire, di chiusura nel segno dell’effettività della tutela, ossia facendo riferimento all’esercizio dell’azione risarcitoria «non preceduta da una decisione dell’Autorità», le c.d. “stand alone”, nelle quali il giudice civile, «sia pure ai fini risarcitori» si trova costretto «a verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell’illecito, senza che occorra alcuna intermediazione di potere pubblico».

⁷¹ M. Giusti, *ult. op. cit.*

ta in sede di controllo giurisdizionale, quantunque involgente margini di opinabilità tipici delle scienze economiche.

5. Prospettive di impiego del sindacato di maggior attendibilità, tra esigenze di tutela e criticità

Le asperità che questa apertura verso un sindacato di maggior attendibilità deve affrontare sono varie.

La prima consiste proprio nella difficoltà di distinguere, nella pratica, le ipotesi in cui il tratto “libero” dell’apprezzamento tecnico attenga esclusivamente all’opinabilità propria delle valutazioni economiche – garanzia della permanenza nella ricostruzione dei fatti, dei presupposti applicativi cioè della norma attributiva del potere, e di conseguenza, garanzia del sindacato diretto della *questio facti*, intrinseco, pieno, di “maggiore attendibilità” – dalle ipotesi in cui, diversamente, la funzione intestata all’amministrazione, concorra “a ‘definire’, talvolta finanche anche a ‘creare’, il fatto economico”, e tale attribuzione alla p.a. del potere di “delineare in itinere l’interesse pubblico concreto che l’atto mira a soddisfare” renda inevitabile confinare il sindacato del giudice al controllo sul fatto, naturalmente pieno, precludendogli poi però la possibilità di indicare la soluzione più idonea a soddisfare l’interesse pubblico, ossia “il giudizio di valore politico consistente nella conveniente ed opportuna scelta allocativa, distributiva e gestionale delle risorse pubbliche”, proprio in quanto una norma di diritto oggettivo, che operi tale distribuzione e funga da “parametro giuridico di valutazione”, non esiste.

Questa difficoltà è direttamente correlata alla ulteriore complessità del tentativo di distinguere in modo univoco e una volta per tutte modelli di attività che esibiscano la prima dinamica “semplificata” (attività di ricostruzione dei presupposti applicativi – fatti – della norma; attività, perciò, dai connotati vincolati; nessun rischio di concreta sostituzione) e modelli più articolati, gravidi di politicità, implicanti un potere-dovere dell’amministrazione, ancorché indipendente, di operare una sintesi tra i diversi interessi coinvolti nella fattispecie. Eppure, proprio nell’idea dell’alternatività tra i due modelli, sembra rifugiarsi lo stesso giudice amministrativo nella pronuncia di cui si discorre, grazie alla quale si sposta più avanti il fronte del sindacato attingibile. Consapevole della radicalità del ragionamento svolto, il giudice amministrativo, infatti, si preoccupa di circoscriverne la portata e le conseguenze alla sola materia delle sanzioni, rimarcando che per i poteri regolatori tutto rimane invariato, giacché in quel caso, il potere pubblico “concorre a ‘definire’, talvolta finanche a ‘creare’, il fatto economico”, laddove il

sistema sanzionatorio antitrust viene rappresentato come costruito intorno ad un soggetto sprovvisto del “livello di politicità” proprio della regolazione economica e assumerebbe una connotazione “arbitrale” tra interessi privati contrapposti, volti all’accertamento della corretta applicazione delle norme di legge⁷².

Nondimeno pare opportuno ricondurre il distinguo operato nella pronuncia, tra attività sanzionatoria pienamente ascrivibile al modello di vigilanza antitrust, e attività di regolazione economica dei mercati, all’economia della stessa, ossia principalmente alla preoccupazione di escludere che nel caso di specie ricorressero gli estremi dell’eccesso di potere giurisdizionale e una lesione dei limiti esterni della giurisdizione, evenienza fugata appunto dalla necessità di “fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria”, sia da parte dell’AGCM in sede sostanziale, sia da parte “del giudice chiamato alla sua interpretazione”. Ove cioè, senza considerare le altre autorità amministrative indipendenti che non vedono la loro *mission* plasticamente definita intorno ad una funzione di natura arbitrale e di tutela *ex post*⁷³ di un mercato concorrenziale – elementi rappresentati nel mandato dell’AGCM – e guardando quindi solo a quest’ultima, si ritenesse che la sua attività resti confinata entro il perimetro della neutralità, si rischierebbe di far dire troppo alla pronuncia. Mi sembra che un approccio di cautela sia suffragato anche dalla

⁷² Tra i primi in questa direzione: N. Marzona, *L’amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, 1988; Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; G. Vesperini, *La Consob e l’informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993. Per una completa disamina critica delle tesi “neutraliste”, cfr. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit. In tema, di recente, per l’idea che la ponderazione di interessi sia estranea all’attività delle Autorità indipendenti, si veda ancora E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit.

⁷³ La distinzione concettuale tra regolazione *ex ante* e tutela della concorrenza *ex post* è un dato del tutto acquisito a partire dalla esigenza, definita proprio dal diritto eurolunitario, di equilibrare le due funzioni secondo un rapporto, per così dire, di proporzionalità inversa, in considerazione del fatto cioè che il grado di maturità della concorrenza nel mercato riduce la necessità della prima. Tra le tante indicazioni in questo senso, si veda quella proveniente dalla Dir. 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, che al Considerando 5 riconosce che “lo scopo è ridurre progressivamente le regole settoriali *ex ante* specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza”. In ordine al dosaggio delle due funzioni e alla possibilità di leggere il c.d. doppio binario – caratterizzato dall’accostamento dell’intervento antitrust a quello regolatorio – come un indice della formazione di un diritto speciale della concorrenza, trasversale, appunto si registrano posizioni divergenti nel dibattito scientifico: in questo senso Police, *Tutela della concorrenza*, cit.; in senso critico M. Libertini, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2002.

puntualizzazione – pur riferita alla Commissione europea, che ha evidentemente, rispetto all’AGCM, tutt’altro posizionamento in relazione al circuito dell’indirizzo politico-amministrativo – a mente della quale “anche i giudici dell’Unione europea hanno precisato che, nel controllo giurisdizionale sulle sanzioni antitrust, nessun ostacolo alla pienezza del sindacato può discendere dal ‘potere discrezionale’ di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE”⁷⁴.

In altri termini, per un verso, in linea di principio nulla esclude che nell’attività di tutela della concorrenza in senso lato possano affiorare dei tratti di politicità – la negoziazione degli impegni è in tal senso paradigmatica⁷⁵, e la stessa previsione della giurisdizione esclusiva⁷⁶ appare “assennata” in considerazione del carattere articolato della funzione – come del resto conferma la configurazione resa dalla Corte costituzionale dell’AGCM in termini di titolare di “una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell’interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”⁷⁷, per altro verso, quando si è sicuri di trovarsi dinanzi all’esercizio di una funzione di vigilanza in senso stretto, come certamente l’applicazione di sanzioni richiede, le cose si semplificano.

E pur tuttavia l’approccio selettivo al quale la pronuncia sul caso Avastin costringe l’interprete – richiamandolo cioè all’esigenza di distinguere i casi in cui sia praticabile un sindacato di maggiore attendibilità da quelli in cui, viceversa, sia attingibile esclusivamente il noto, e maggiormente sperimen-

⁷⁴ Così sempre la sent. Cons. St., sez.VI, 15 luglio 2019, n. 4990, cit., riferendosi a C. giust. UE, 11 settembre 2014, in causa C-382/12, punto 156.

⁷⁵ A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., spec. 163 ss. Possono rinvenirsi tratti di politicità persino nella gestione del potere sanzionatorio (nell’an ma anche nel *quomodo*, se è vero che l’amministrazione può scegliere come dosare il suo intervento: istruttoria nei confronti dell’operatore e/o segnalazione, oppure ancora archiviazione, se il settore interessato non è prioritario): M. Cappai, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., par. 3.3.

⁷⁶ Si ricorda infatti che l’art. 133, c. 1, lett. l) del c.p.a. prevede che «le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati ... dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato» sono devolute al giudice amministrativo in via esclusiva. Sul punto sia consentito un rinvio a F. Liguori, *Le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti e il giudice amministrativo*, in *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, a cura di C. Acocella, Napoli, 2022, 231 ss., spec. 247 dove si pone, con riguardo all’attività a tutela della concorrenza la questione che «se veramente fossero assenti manifestazioni discrezionali, e perciò nella (sul punto condivisibile) logica seguita dalla sentenza le posizioni soggettive andrebbero tutte ricondotte all’area del diritto soggettivo, come si potrebbe giustificare la giurisdizione esclusiva?».

⁷⁷ Per un commento alla pronuncia C. cost. n. 13 del 2019 si vedano M. Chiarelli, *L’AGCM non è giudice: nota a Corte cost. 13/2019*, in *federalismi.it*, n. 14/2019, e V. Turchini, *L’Antitrust non è un giudice. Nemmeno “ai limitati fini”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 467 ss.

dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili

tato, sindacato (non sostitutivo) di attendibilità – non riposa sul discrimine tra attività amministrativa sanzionatoria e non.

Seppure così fosse, se bastasse cioè, per risolvere il problema di scegliere il modello di sindacato esperibile, isolare i casi meno problematici di attività sanzionatoria delle autorità indipendenti, comunque, la promiscuità di funzioni sulla quale ci si è intrattenuti, renderebbe di fatto complessa questa operazione.

In realtà a suggerire che i riflessi della nuova ricostruzione non si esauriscano nella materia delle sanzioni è proprio la centralità che la norma attributiva del potere assume nell'economia del ragionamento sviluppato dal Consiglio di Stato nel 2019: ove sia la norma a contemplare la vicenda complessa nella prospettiva del fatto storico – indipendentemente dalla circostanza che si stia conferendo un potere sanzionatorio – è praticabile un sindacato di maggiore attendibilità.

Il punto risiede allora, ancora una volta, nella necessità di isolare le ipotesi in cui sia esclusa la spendita di discrezionalità amministrativa, posto che, come questa giurisprudenza conferma, esiste una tecnica al servizio della mera ricostruzione dei presupposti applicativi della norma, ed una tecnica che si interpone nell'esercizio della discrezionalità, facendo affiorare una “discrezionalità amministrativa mediata dalla tecnica”⁷⁸, al cospetto della quale il sindacato giurisdizionale non può che operare con i limiti classici del controllo sulla congruità, logicità, ragionevolezza del potere. E questa necessità di distinguere non può essere elusa neanche ove si abbracci la semplificazione proposta dalla sentenza sul caso Avastin, che commassa, come si è visto, il profilo del fatto con quello della decisione per assorbire, nelle fattispecie sanzionatorie, anche quest'ultima nell'ambito del primo. La soluzione del problema generale, infatti, non può prescindere dalla distinzione tra il momento della cognizione del fatto, che deve essere piena e diretta, ed il momento dell'assunzione della decisione, perché è solo in questa seconda fase che il giudice può incontrare dei limiti. Il programma che intende abilitare il giudice, beninteso nei limiti delle deduzioni delle parti, alla individuazione della ricostruzione più attendibile riguarda in termini pieni la ricostruzione del fatto⁷⁹.

Ma l'operazione di distinguo che sottende tale necessità è nella pratica

⁷⁸ M. Giusti, *ult. op. cit.*, sottolinea che in tali casi, nei quali riacquisterebbe forza il sindacato debole, «il giudice arretra non davanti a un potere di valutazione tecnica riservato bensì di fronte al potere discrezionale vero e proprio che si esprime attraverso soluzioni tecniche».

⁷⁹ Sull'assenza di discrezionalità nella ricostruzione del fatto, cfr. G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003.

assai complicata, come lo stesso risalente dibattito in punto di valutazioni tecniche complesse – di cui si è dato in precedenza conto – dimostra, confermando al contempo anche come le ragioni della complessità connotante tali valutazioni non rimontassero tanto alla opinabilità involta nel ricorso alla tecnica, quanto all'intreccio di fatti e interessi, di ricostruzioni di presupposti fattuali e ponderazioni di interessi. Le c.d. leggi-economiche, nonostante la correttezza sul piano teorico dell'attrazione nell'area del fatto anche delle valutazioni opinabili, possono talvolta presentare una componente di politicità, che rende complicata l'individuazione del confine tra sindacato pieno sul fatto e sindacato sulle scelte discrezionali⁸⁰.

Il punto è ancora una volta stabilire se la decisione – che viene dopo la ricostruzione fattuale e se ne distingue sul piano logico e temporale – presenti profili impicanti in concreto una valutazione politico-discrezionale (e non è escluso che tale eventualità possa verificarsi in materia di sanzioni), di guisa da richiedere un controllo con tecniche diverse da quelle utilizzabili per conoscere il fatto.

L'ineludibilità del confronto con la eventuale sussistenza della discrezionalità amministrativa, come unico criterio affidabile per escludere la praticabilità di un sindacato non solo pieno ma autenticamente sostitutivo, è confermata dai tentativi, pur maldestri, della giurisprudenza di recuperare spazi per un controllo assai incisivo. La materia dei concorsi universitari è emblematica a tal riguardo, pervenendo all'esito della condanna ad un *facere* (rilascio dell'abilitazione scientifica nazionale, reiteratamente negata⁸¹), come conseguenza sanzionatoria della frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino. È anzitutto lecito nutrire delle perplessità in ordine alla portata notevolmente “creativa” della pronuncia e segnatamente al disinvolto accostamento, all'effetto conformativo della sentenza, dell'obbligo dell'amministrazione di rispettare i principi di buona amministrazione nel

⁸⁰ In tema, S. De Nitto, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., 229, la quale osserva, tra l'altro, come si sia affermato nell'attività dell'AGCM il c.d. approccio economico, che ha posto al centro della valutazione antitrust non più la conformità (o difformità) delle pratiche indagate alle regole della disciplina antitrust, ma gli effetti che da esse è ragionevole attendersi.

⁸¹ Cons. Stato, Sez.VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss., con nota di F. Caporale, nonché su *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss., con commenti di S. Vaccari e F. Orso, e *ivi*, 2021, con nota di M. Giusti, *ult. op. cit.* La vicenda processuale era molto articolata: iniziale ricorso vittorioso avverso il diniego dell'A.S.N.; nuovo diniego della stessa da parte della commissione nominata per la rivalutazione; ulteriore giudizio vittorioso avverso tale secondo diniego; successivo esito negativo nuovamente gravato dinanzi al giudice amministrativo di prima istanza che rigettava il ricorso, dando così causa alla decisione in parola del Consiglio di Stato che, accogliendo l'appello, ordinava al Ministero di rilasciare, nel dare esecuzione alla sentenza, l'A.S.N. alla ricorrente ai sensi dell'art. 34, c. 1, lett. e), c.p.a..

dare esecuzione alla sentenza, nonché al pericolo di rimettere, in sostanza, alla sede giurisdizionale la determinazione degli elementi entro cui si svolge l'esercizio e il riesercizio del potere; irrigidendolo e talvolta precludendolo nei fatti, peraltro per il futuro e in chiave generale, ossia in circostanze che potrebbero presentarsi connotate da un tasso di politicità e di discrezionalità ben più elevato di quanto non accada nella materia dei concorsi.

Si tratta in fondo di preoccupazioni che la stessa sperimentazione, pur mossa da una giusta esigenza, del sindacato di maggior attendibilità solleva, se si pone riguardo al rischio che la sede del giudizio appellatorio, nella quale il giudice attua il diritto attraverso la determinazione in concreto dei concetti giuridici, diventi la vera sede della decisione: si è infatti parlato di un “rinvio a giudizio” disposto dall’Autorità seguito poi da “una fase dibattimentale” davanti al Giudice amministrativo⁸².

Senonché nella giurisprudenza che ora si sta considerando non è direttamente il modello del sindacato di maggiore attendibilità a farsi strada, né l’idea che le competenze tecnico-specialistiche richieste alle commissioni di valutazione delle abilitazioni scientifiche escludano la necessità di comporre, in base a tali regole e criteri tecnici, diversi interessi, e dunque la spendita di discrezionalità. Anzi. Il percorso argomentativo messo in campo dal giudice amministrativo è tutto fondato sulla presupposizione della sussistenza di una discrezionalità amministrativa, della quale si sostiene la natura riservata, a differenza che per le mere valutazioni tecniche, le quali anche se complesse e opinabili, non meritano di essere ricostruite come un potere riservato di fronte al controllo del quale il giudice incontra limiti. Il paradigma dell’esaurimento del potere riservato – per quanto di tale esaurimento si siano audacemente rintracciate le ragioni nella frattura del rapporto di fiducia tra p.a. e cittadino – consente al giudice di muovere dalla presenza della discrezionalità, e di restare nei confini di un sindacato confacente a quest’ultima: tanto è che i vincoli al riesercizio del potere di valutazione tecnico-discrezionale scaturenti dalle precedenti sentenze e da quella che chiude la vicenda si atteggiavano come limiti negativi connaturati alla tutela di annullamento, e derivanti dall’accoglimento, entro il perimetro del contenuto conformativo della sentenza, delle censure di eccesso di potere. Si tratta in fondo dello schema del sindacato non sostitutivo, “debole” nel gergo tradizionale, che solo grazie al progressivo e definitivo esaurimento – per quanto discutibile sia lo schema che fa conseguire la riduzione della discrezionalità alle dinamiche del processo (succedersi di pronunce) più che ad autolimiti fissati sul piano sostanziale – della discrezionalità, lascia il posto ad un effetto sostitutivo.

⁸² M. Cappai, *op. cit.*, 36.

Anche nelle successive pronunce, intervenute nel medesimo settore, in cui il giudice amministrativo sembra apparentemente ridimensionare la portata della tecnica, riconducendola essenzialmente ad un tema di opinabilità (“la valutazione di un candidato è un atto opinabile”, e “affidarla ad una Commissione di competenti significa affidarsi alle persone che sono nelle migliori condizioni per compierla”⁸³), e quindi, anche laddove il giudice sembri disgiungere il ricorso alla tecnica dalla spendita di discrezionalità (“le valutazioni della Commissione nell’ambito di una procedura concorsuale universitaria costituiscono espressione dell’esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, o meglio costituiscono valutazioni tecniche”), in realtà la natura intrinseca del sindacato (tali valutazioni sono pienamente sindacabili, non solo “sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità”, ma anche “sotto l’aspetto più strettamente tecnico”⁸⁴) viene riportata ad un sindacato non sostitutivo, e vengono per così dire marginalizzate le evenienze più incisive della sindacato di attendibilità, essendo queste ridotte alle ipotesi in cui si evidenzia “uno sviamento logico o un errore di fatto o, ancora, una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile”, essendo invece preclusa una sostituzione del diverso avviso del giudice alla motivazione espressa dalla Commissione quando non venga violata “la soglia della logicità e della ragionevolezza”⁸⁵.

6. Il controllo di attendibilità tecnica degli apprezzamenti complessi e il rilievo della discrezionalità. Cenni di conclusione

Se preoccupano gli esiti registrati a margine di una pronuncia, come quella sull’esaurimento della riservatezza delle valutazioni tecniche presupposte al rilascio dell’ASN, che non fa uso diretto del sindacato di maggiore attendibilità, si può ben comprendere la reticenza, mostrata dal giudice amministrativo in decisioni successive a quella sul caso Avastin, a ricorrere a tale modello di scrutinio e la tendenza a rivolgersi al più tranquillizzante sindacato intrinseco di attendibilità.

Nelle decisioni recentemente intervenute nell’area in cui gravitano le amministrazioni indipendenti, il giudice amministrativo giunge ad esiti non dissimili, nella direzione del sindacato intrinseco non sostitutivo, sia nelle

⁸³ Cfr. Cons. Stato, Sez.VI, 3 giugno 2022, n. 4522, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁴ Cons. Stato, Sez.VI, 3 giugno 2022, n. 4522, cit.

⁸⁵ Cons. Stato, Sez.VI, 3 giugno 2022, n. 4522, cit., e Cons. Stato, Sez.VI, 17 maggio 2022, n. 3856, in www.giustizia-amministrativa.it.

ipotesi di scrutinio di esercizio di funzioni regolatorie – nelle quali una simile soluzione appare del tutto ragionevole per le considerazioni sopra esposte – sia nei casi di controllo dell'esercizio di poteri più propriamente di tutela *ex post*, ed in particolare sanzionatori.

Quanto al primo gruppo di decisioni, le consuete dichiarazioni di coerenza con i principi di pienezza ed effettività della tutela inducono il giudice a chiarire che, al fine di fugare il rischio che «la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico»⁸⁶, si impone un controllo che presenta i connotati del sindacato intrinseco – da un lato per l'accesso pieno ai fatti ricostruiti dall'Autorità sulla base del ricorso alla tecnica (concetti giuridici indeterminati o regole tecnico-scientifiche opinabili), e dall'altro lato, per una verifica «del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico» ossia dell'attendibilità delle valutazioni tecniche compiute – ma non sostitutivo. Analoghe conclusioni sono raggiunte, a fronte dell'esercizio di funzioni di regolazione da parte di ARERA, e segnatamente all'introduzione di macro-indicatori per la valutazione dei servizi di acquedotto, fognatura e depurazione, stavolta con un supplemento di motivazione in ordine alla adeguatezza del carattere “non sostitutivo” del controllo quando ad essere interessati siano provvedimenti di regolazione economica. Sul punto viene richiamata la distinzione – approfondita nella giurisprudenza Avastin – tra le diverse ipotesi che si aprono in vista dell'applicazione della norma attributiva del potere, e in particolare in vista di quell'attività integrativa del precetto normativo che si sostanzia in «una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso all'Autorità di delineare l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare»⁸⁷.

Ad ogni modo l'esclusione che il sindacato di attendibilità, nell'implicare il ricorso «alle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione», comporti altresì la inevitabile sostituzione della decisione del giudice a quella dell'Autorità, e la considerazione che piuttosto esso si sostanzia nella verifica che la risposta dell'Autorità

⁸⁶ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2021, n. 6696, in *Foro amm. (II)*, 2021, 1465, (decisione relativa all'annullamento di una delibera adottata l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e recante l'approvazione delle offerte di riferimento Telecom per i servizi bitstream) che richiama, in relazione a questo peculiare passaggio, Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2013, 666.

⁸⁷ Così Cons. Stato, Sez. VI, 30 marzo 2021, n. 2672, in *Foro amm. (II)*, 2021, 504. Nel caso di specie il Collegio ha ritenuto che le considerazioni svolte dal giudice di prime cure, nella parte in cui aveva ritenuto irragionevoli le modalità di calcolo del parametro oggetto di esame, non avessero travalicato «confini del giudizio di ragionevolezza demandato al giudice amministrativo sugli atti regolatori delle Autorità indipendenti».

«rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»⁸⁸, conferisce un tratto di omogeneità al formante in esame, operando per così dire trasversalmente alla natura della funzione svolta dalle autorità indipendenti rispetto all'alternativa regolazione-vigilanza in senso stretto⁸⁹.

La circostanza che anche a fronte delle fattispecie di irrogazione delle sanzioni (antitrust) il discorso non muti, ribadendo il giudice l'impossibilità di assimilare la verifica in sede giurisdizionale del rispetto da parte delle AAI del «principio di ragionevolezza tecnica» alla percorribilità della sostituzione delle «valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali»⁹⁰, rende ancor più evidente la consapevolezza, nella quale egli si muove, dei rischi che sottendono una soluzione così squilibrata sul versante giurisdizionale come quella implicata dal sindacato di maggiore attendibilità, ove praticato in un contesto in cui si predica la trasformazione del processo in giudizio sul rapporto e il superamento del giudizio confutatorio e non si fatica a dismettere di quest'ultimo le cautele.

Non mi pare, infine, che siano in grado di sconfessare la percezione di una particolare prudenza nel ricorso al sindacato di maggiore attendibilità, che da questo formante giurisprudenziale si trae, le aperture – peraltro intervenute in settori connotati da un grado di complessità ben più contenuto di quello che contraddistingue le decisioni delle autorità amministrative indipendenti, come per esempio le valutazioni tecnico-scientifiche richieste per la tutela dei beni paesaggistici – a favore di dichiarazioni di inattendibilità

⁸⁸ Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2021, n. 6696, cit.; analogamente Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2021, n. 2672, cit.; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁹ Le decisioni di cui si discorre muovono, infatti, generalmente tutte dalla premessa che riferisce le puntualizzazioni alla natura del sindacato esperibile agli “atti delle Autorità amministrative indipendenti”, senza ulteriori specificazioni.

⁹⁰ Così la già citata sent. del Cons. St., n. 1943/2020 e Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061, in *Foro amm. (II)*, 2020, 2269, nella quale il giudice di appello, applicando le richiamate coordinate ermeneutiche, considera le valutazioni tecniche compiute dall'AGCM (in particolare in relazione alla definizione del mercato rilevante, sulla quale il TAR aveva ravvisato un difetto di istruttoria) immuni dai vizi riscontrati dal giudice di prime cure, in ragione dei «limitati riferimenti tautologici contenuti nella sentenza impugnata» che, “se da un lato neppure si pongono la questione preliminare dei limiti in esame, dall'altro lato non si fondano sul dovuto adeguato approfondimento degli elementi espressi nell'ampia istruttoria e motivazione, solo genericamente censurata; approfondimento necessario al fine di applicare gli stessi principi appena riassunti». Cfr. in senso analogo pure Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559, in *Foro amm. (II)*, 2019, 1252.

dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili

(della decisione adottata dall'amministrazione) che conseguano all'adesione del giudice alla prospettazione della parte ricorrente. Lo schema appare quello (invero consolidato) delle falsificazioni capaci di far «emergere elementi di manifesta irragionevolezza od arbitrarietà»⁹¹ delle ricostruzioni operate in sede sostanziale, dando luogo in qualche caso persino ad affermazioni che appaiono confinare la verifica dell'attendibilità tecnico-scientifica delle valutazioni tecniche dell'amministrazione nel perimetro del sindacato di ragionevolezza⁹², o che comunque affiancano al mancato superamento della soglia della macroscopica illogicità e irrazionalità della decisione sostanziale, la debolezza delle prospettazioni di parte ricorrente nella prospettiva di una seria confutazione dell'attendibilità tecnica di quest'ultima⁹³.

Si tratta di pronunce che svolgono tutte un passaggio per così dire di rito, a mente del quale la possibilità per il giudice di compiere, oltre che un controllo estrinseco, una verifica “*ab intrinseco*” del «nucleo dell'apprezzamento complesso», è condizionata dal corretto assolvimento dell'onere probatorio dell'interessato, e che in definitiva si confermano sostanzialmente adesive alle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione⁹⁴. A ben

⁹¹ Così TAR Piemonte, Torino, sez. II, 26 febbraio 2016, n. 230, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹² Nella citata sentenza del TAR Piemonte, Torino, sez. II, 26 febbraio 2016, n. 230, si legge infatti che i rilievi di parte ricorrente, non erano andati «al di là della mera contrapposizione di proprie soggettive ricostruzioni rispetto a quelle fatte proprie, in modo tecnico-scientifico, dall'amministrazione, senza far emergere elementi di manifesta irragionevolezza od arbitrarietà tali da poter utilmente attivare il sindacato di legittimità di questo Giudice», riferendosi peraltro il giudice alla giurisprudenza che riduce la sindacabilità de «le scelte compiute dall'Amministrazione in sede di variante di piano regolatore» espressione di «ampia discrezionalità tecnica» al controllo del superamento dei limiti «manifesta illogicità, arbitrarietà ed evidente travisamento dei fatti».

⁹³ Ad esempio, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità degli atti di una procedura concorsuale per la copertura di posto di professore universitario di prima fascia, in ordine alla pretesa contraddittorietà delle valutazioni della Commissione giudicatrice con i criteri di valutazione definiti, (Cons. St., sez. VII, 6 marzo 2023, n. 2314, in *www.giustizia-amministrativa.it*), il giudice amministrativo afferma che «la discrezionalità tecnica è stata correttamente esercitata dall'Amministrazione e altrettanto correttamente sindacata dal primo giudice, in quanto, per un verso, la decisione dell'Amministrazione non è affetta da macroscopica illogicità e irrazionalità; mentre, per un altro verso, il ricorrente ha incentrato la propria divergente opinione su pareri anch'essi opinabili, che dunque non possono dare ingresso a generiche ed esplorative istanze istruttorie, correttamente respinte in primo grado».

⁹⁴ Secondo il passaggio in parola «È ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare *ab intrinseco* il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica»: così, tra le tante, Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n.

vedere tale puntualizzazione e quella successiva secondo la quale, a fronte

10624, in *Foro amm. (II)*, 2022, 1590, in relazione ad un caso di diniego di autorizzazione paesaggistica. La decisione rappresenta una eccezione nel gruppo di pronunce che si sta considerando, nella misura in cui non convalida la decisione compiuta dalla amministrazione, ritenendo che la asserita interferenza del manufatto con il profilo collinare, sulla quale era stato fondato il provvedimento di diniego, fosse risultata indimostrata, alla luce dell'istruttoria (ritenendosi perciò correttamente assolto l'onere probatorio in capo al proprietario) e che tale verifica avesse resistito alle contestazioni sollevate dall'amministrazione. Cfr. pure Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 1480, nella quale viene in rilievo la discrezionalità tecnica implicata dalla decisione di vincolo/dichiarazione di interesse culturale, e il giudice di appello, ribaltando la decisione di prima istanza (con la quale era stata cassata la dichiarazione di particolare interesse culturale di due complessi di croci viarie a causa della lacunosità dell'istruttoria e della motivazione e per l'assenza di riferimenti sufficienti alla letteratura rilevante a fondamento delle valutazioni tecniche occorse) ritiene in concreto contraddetti i difetti di istruttoria e motivazione "dalla quantità e qualità di elementi conoscitivi – storici, etnoantropologici e fotografici – che sorreggono i decreti impugnati". V. pure Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2022, n. 10542, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale il giudice si esprime sul giudizio formulato da una Commissione valutatrice sulla qualità e attinenza di una tesi di laurea, ritenendolo "sia pure nella sua sinteticità, adeguato a evidenziare il ragionamento posto a fondamento della graduazione effettuata", in ragione del fatto che al giudice non sarebbero stati "forniti elementi idonei a porre in dubbio l'attendibilità scientifica di siffatta graduazione di valore". Cfr. Cons. St., sez. VII, 24 dicembre 2022, n. 11298, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale oggetto di impugnazione era una valutazione negativa per l'ASN a professore di seconda fascia, e il giudice ha ritenuto che, sia riguardo alla pertinenza delle tematiche affrontate col settore concorsuale, sia in relazione al profilo del difetto di scientificità dei lavori, a fronte del margine di opinabilità disponibile alla Commissione, l'attendibilità tecnico-scientifica della valutazione non fosse stata messa concretamente in discussione dalle prospettazioni di parte. In senso sostanzialmente analogo si veda, sempre in ordine alla valutazione negativa di ASN, Cons. Stato, Sez. VII, 25 gennaio 2023, n. 870, in www.giustizia-amministrativa.it. Interessante, per un diverso profilo, in questo formante, appare l'approccio del giudice (TAR Veneto, sez. II, 19 gennaio 2023, n. 84, in www.giustizia-amministrativa.it) che, con riguardo alle valutazioni tecniche implicate dalla dichiarazione di interesse culturale di un bene, muove dalla consueta premessa relativa alla necessità del vaglio di specifica attendibilità-scientifica delle prime, puntualizzando in particolare che «Il presupposto normativo per la dichiarazione dell'interesse culturale non è infatti l'accertamento di un fatto storico ... bensì l'accertamento di un fatto "mediato" dalla valutazione affidata all'amministrazione», per poi concludere che «il potere che l'Amministrazione esercita al fine di individuare i beni di interesse culturale è connotato da discrezionalità tecnica la quale non richiede la ponderazione degli interessi coinvolti, neppure allo scopo di verificare il rispetto del principio di proporzionalità. Dunque, la valutazione della rilevanza storico-artistica del bene esaurisce la gamma delle verifiche da compiere e degli interessi da valutare, essendosi il Legislatore già occupato, per così dire, "a monte" di contemperare l'interesse pubblico alla tutela del bene culturale e l'interesse del privato alla sua libera disponibilità, dando prevalenza al primo in presenza della valutazione di interesse storico-artistico». Nei fatti, ad ogni modo, il Collegio ha ritenuto che le argomentazioni della ricorrente non fossero idonee a dimostrare "la palese inattendibilità delle valutazioni" operate del Ministero della cultura (in ordine alla

del mancato assolvimento di tale onere e della presenza di una pluralità di opinioni divergenti «tutte parimenti plausibili», l'avviso del giudice dovrà confermare – conferendo alla medesima prevalenza rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato – la «posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito della competenza ad adottare decisioni collettive», è direttamente correlata ad una circostanza che in concreto ricorre in tutte le fattispecie oggetto di questo formante. Qui non viene in rilievo l'ipotesi della tecnica quale mero strumento di ricostruzione del fatto (il “fatto storico”) – come accade nel caso delle sanzioni amministrative punitive, che alcune di queste decisioni espressamente richiamano⁹⁵ – che esibisce, in tal senso, un terreno di esercizio fisiologico per il sindacato di maggiore attendibilità (secondo l'impostazione della giurisprudenza Avastin), bensì la tecnica al servizio della discrezionalità e della necessità di comporre diversi interessi, la quale emerge nei casi in cui “difettino parametri normativi a priori”, si rinunci cioè a «disciplinare il conflitto di interessi» demandandolo all'amministrazione⁹⁶. È quello che accade, per esempio, nei casi di esercizio dei poteri a tutela dei beni paesaggistici, con riguardo ai quali il giudice avverte il bisogno di rammentare la necessità di operare “un continuo e vicendevole bilanciamento” in relazione agli interessi, necessità che è resa ancor più complessa quanto le iniziative e gli interessi fatti valere rischino di incidere «sulla conservazione dei valori paesaggistici ed ambientali che il legislatore costituzionale, con la recente riforma dell'art. 9 della Costituzione, ha ritenuto di segnalare come meritevoli di una tutela sempre più attenta ed efficace, anche nell'ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile»⁹⁷.

In questo quadro le possibili conclusioni in termini di inattendibilità tecnico-scientifica delle decisioni adottate dall'amministrazione, cui i giudici possono pervenire grazie alle prospettazioni delle parti ricorrenti, non solo non paiono grande cosa, ma non sembrano neppure da collegare ad una tendenza a fare appello al sindacato di maggiore attendibilità nei sensi in cui sopra si è chiarito. Conferma è che in queste stesse pronunce, se a volte la cautela induce a chiarire che un sindacato conservativo della scelta compiuta dall'amministrazione istituzionalmente preposta alla composizione di interessi, a meno di falsificazioni efficaci, non garantisca affatto «all'Ammi-

ricorrenza dei presupposti per l'adozione di un provvedimento di diniego ai sensi dell'art. 68, d.lgs. n. 42/2004).

⁹⁵ Ad esempio, la già citata Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624.

⁹⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, cit.

⁹⁷ Così Cons. St., sez. IV, 18 aprile 2023, n. 3892, in www.giustizia-amministrativa.it.

nistrazione un privilegio di insindacabilità»⁹⁸, in altre occasioni, senza edulcorazioni, si invoca la «riserva di funzione pubblica» come obiettivo rispetto alla cui garanzia un simile sindacato si rivela strumentale⁹⁹.

Pure chi scrive, in anni ormai lontani, ha provato a dare un modesto contributo per dimostrare il carattere inautonomo della discrezionalità tecnica e la natura non riservata, e perciò pienamente sindacabile, delle valutazioni tecniche, anche se complesse e opinabili. Epperò, di fronte ai dilemmi dell'attualità, accentuati dall'innovativo indirizzo della giurisprudenza, che prefigura un giudice decisore pieno di ultima istanza, si può meglio comprendere la posizione di chi, più di un secolo fa, dopo aver dimostrato che la tecnica è altro dalla discrezionalità e che perciò la sua insindacabilità non discende da ragioni strutturali ma solo storiche e contingenti, ritenne nonostante tutto che non la si potesse superare¹⁰⁰.

In tempi più vicini ai nostri Marzuoli scriverà che la valutazione tecnica non discrezionale ma riservata è «creazione cui si pone mano ma in definitiva si subisce. È il segno di un insuccesso o di una imperfezione e non è dato sapere se si tratti di un difetto del sistema teorico o di una presa d'atto della realtà»¹⁰¹.

Si può forse dire che il sistema teorico ha saputo dimostrare che la tecnica è altro dal potere politico-discrezionale, ma anche che la realtà sembra ancora richiedere qualche cautela.

Abstract

The contribution examines the issue of technical discretion in administrative law, focusing in particular on the review of legitimacy. The essay reflects on the reserved power of assessment and considers the administrative judge's review of the assessment of independent authorities assessments and its influence on the debate on technical discretion. The article then goes on to examine the re-modelling of the protection model in the light of the principle of effectiveness and outlines some perspectives on the use of the review of greater reliability.

⁹⁸ Cons. St., sez. VI, n. 10624/2022.

⁹⁹ Cons. St., sez. IV, n. 3892/2023.

¹⁰⁰ E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 59 ss.

¹⁰¹ C. Marzuoli, *Recensione a D. De Pretis, Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, 1995, in *Dir. pubbl.*, 1995, 707-708.

ARTICOLI

FRANCESCO LIGUORI

EFFICACIA DIRETTA E PRIMATO EUROPEO: CONDIZIONI, EFFETTI E LIMITI DI OPERATIVITÀ NEL SETTORE DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un necessario inquadramento teorico-giuridico dell'efficacia diretta e del primato europeo. – 3. L'operatività del primato e dell'efficacia diretta nelle singole situazioni del settore delle concessioni demaniali marittime. – 3.1. *Segue*. La sorte del ricorso avverso il provvedimento di diniego della proroga. – 3.2. *Segue*. La sorte del ricorso avverso l'atto amministrativo di accoglimento dell'istanza di proroga. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La recente pronuncia della Corte di giustizia (d'ora in poi anche Corte) resa nel caso *Comune di Ginosa*¹ si inserisce nell'ormai ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente il regime normativo italiano relativo alle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali a scopo turistico-ricreativo (d'ora in poi concessioni demaniali)².

¹ Causa C-348/22 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Comune di Ginosa)*, ECLI:EU:C:2023:301. Per un commento recente della pronuncia, si veda D. Diverio, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura della sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, disponibile su www.eublog.eu, 28 aprile 2023.

² Sul tema, si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, i contributi offerti da G. di Plinio, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 27 marzo 2020, disponibile su www.giurcost.org; F. Mazzoni, *Le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi comunitari: la tela di Penelope*, in questa *Rivista*, 2020, 175 ss.; B. Caravita di Toritto, G. Carlomagno, *La proroga "ex lege" delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, 2020, 20; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, disponibile su www.giustiziaisieme.it, 30 dicembre 2021; F. P. Bello, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella letteratura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, disponibile su www.giustiziaisieme.it, 24 novembre 2021; C. Burelli, *Le concessioni turistico-ri-*

La questione, oltre ad avere una spiccata rilevanza politica nonché mediatica, si presta ad una lettura più propriamente giuridica attinente al rapporto tra le fonti dell'ordinamento europeo e la normativa italiana di riferimento. Più in particolare, essa rappresenta una rinnovata occasione per esaminare l'operatività, all'interno degli ordinamenti nazionali, delle due principali dottrine costituzionali del diritto dell'Unione europea (d'ora in poi diritto dell'Unione o diritto europeo), ossia il principio del primato e l'efficacia diretta.

L'intenzione che muove il presente studio, quindi, è quella di comprendere le implicazioni derivanti dal rispetto delle due dottrine europee, e come esse incidano sull'operato delle autorità degli Stati membri (amministrazioni e giudici interni), in un settore pubblicistico, come appunto quello delle concessioni demaniali, a elevato rilievo nazionale.

La recente sentenza della Corte consente una simile analisi perché trae origine dall'ordinanza di rimessione del Tribunale amministrativo regionale Puglia, sezione distaccata di Lecce (d'ora in poi TAR Lecce)³ che concerneva un ricorso, promosso nell'interesse della legge dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi AGCM), volto a ottenere l'annullamento della delibera comunale attraverso cui il Comune di Ginosa, prendendo atto degli artt. 1, c. 682, 683, 684, l. n. 145/2018 e dell'art. 82, d.l. n. 34/2020, convertito con modifiche con l. n. 77/2020, aveva disposto la proroga di una concessione demaniale su istanza del concessionario uscente⁴.

Tra i quesiti che il TAR Lecce ha sottoposto alla Corte di giustizia, oltre

creative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive, in *Dir. Un. eur.*, 2021, 247; M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. soc.*, 2021, 354 ss.; A. Cossiri, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2021, 232 ss.; R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, 2022, 107 ss.; G. Greco, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *Eurojus*, 2022, 168; A. Police, e A. M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, disponibile su www.amministrativamente.it; M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'Amministrazione? Brevi riflessioni a margine delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18*, in *Dir. econ.*, 2022, 241 ss. Più di recente, si veda C. Burelli, *Balneari. Dopo lo stop del Consiglio di Stato e il monito del Quirinale, in attesa della Corte di giustizia*, disponibile su www.eublog.eu, 31 marzo 2023.

³ TAR Puglia, sez. distaccata Lecce, ord., 23 marzo 2022, n. 743.

⁴ Deliberazione della Giunta Comunale del 24 dicembre 2020, n. 225, approvata dal Comune di Ginosa, avente ad oggetto la «Legge n. 145/2018 art. 1, commi 682 e 683 – D.L. n. 34/2020 conv. nella Legge n. 77/2020, art. 182, co. 2 e s.m.i. -Richieste di proroga concessioni demaniali marittime. Atto di indirizzo».

alla questione dell'applicabilità della direttiva servizi al regime delle concessioni demaniali marittime, risolta in senso favorevole dalla Corte⁵, e a quella relativa alla validità della medesima direttiva, risolta in favore della legittimità dell'atto europeo⁶. meritano particolare attenzione i paragrafi da 60 a 79 della pronuncia in cui la Corte ha chiarito che: a) i c. 1 e 2, dell'art. 12, della dir. 2006/123/Ce (d'ora in poi direttiva servizi)⁷, hanno contenuto chiaro, preciso e incondizionato, e quindi hanno efficacia diretta⁸; b) il potere-dovere di disapplicare la normativa nazionale contraria ad una direttiva avente effetti diretti spetta non solo al giudice nazionale ma anche alle pubbliche amministrazioni, tra cui ricomprendere le autorità comunali⁹; c) l'art. 288, par. 3,

⁵ *Comune di Ginosa*, cit., par. 36-49. In particolare, al par. 49, la Corte di giustizia ha avuto modo di esprimersi anche sulla controversa questione relativa alla scarsità della risorsa naturale, e quindi sull'applicabilità o meno della direttiva servizi, sostenendo che «l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione». Tale questione, sebbene sia pregiudiziale ai fini dell'applicabilità della direttiva servizi e quindi del primato europeo, non è oggetto di specifica trattazione nel presente studio. Infatti, posto che il fine ultimo del lavoro è quello di esaminare l'effettiva operatività della dottrina della diretta efficacia e i suoi limiti, la scelta è stata quella di dare per presupposto il primato della direttiva servizi nel caso di specie e quindi di considerare applicabile la direttiva stessa in virtù della scarsità della risorsa naturale. Tuttavia, per una specifica disamina sul punto, si rinvia, *ex multis*, a C. Benetazzo, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in questa *Rivista*, 2018, 287 ss; G. Carullo, e A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 2020, 24 ss; M. Crisci, 'Risorse scarse e interesse transfrontaliero', cit., p. 241; più di recente, si veda C. Curti Gialdino, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 455 ss.; C. Burelli, *Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali" ex art. 12, par. 1, della direttiva servizi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, disponibile su www.eublog.eu, 10 settembre 2023.

⁶ *Comune di Ginosa*, cit., par. 50-59.

⁷ Dir. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, p. 36).

⁸ *Comune di Ginosa*, cit., par. 62-70. Tali paragrafi hanno sostanzialmente confermato quanto la Corte aveva già stabilito, sebbene non in modo esplicito, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 *Promoinpresa*, ECLI:EU:C:2016:558, par. 57-61. È opportuno ricordare che in dottrina era già stato ampiamente dimostrato che i commi primo e secondo dell'art. 12, della direttiva servizi, avessero effetti diretti, specialmente con riferimento all'incondizionatezza del divieto di proroghe automatiche e generalizzate. Sul punto si rinvia all'attenta analisi condotta da E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee?*, cit.

⁹ *Comune di Ginosa*, cit., par. 70-77. Anche questa statuizione non ha fatto altro che

TFUE, deve essere interpretato nel senso che «[...] la valutazione dell'effetto diretto connesso all'obbligo e al divieto previsti dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 e l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali»¹⁰.

Pronunciandosi in questi termini, da un lato, la Corte ha rilevato la compiutezza dispositiva delle disposizioni della direttiva servizi rilevanti nel caso di specie e ha così accertato l'esistenza di un conflitto normativo con le misure interne che dispongono le proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni in essere; dall'altro lato, il giudice europeo ha indicato, come possibile rimedio alla rilevata antinomia, la disapplicazione della normativa italiana contrastante con le disposizioni della direttiva direttamente efficaci.

L'indicazione contenuta al punto 79 della sentenza non deve tuttavia indurre a ritenere che i giudici e le amministrazioni nazionali, comprese quelle comunali, debbano in ogni caso disapplicare la normativa interna che si ponga in contrasto con i commi primo e secondo dell'art. 12, della direttiva servizi, in quanto direttamente efficaci.

Infatti, dall'accertamento che la Corte di giustizia compie in merito al contrasto normativo tra il diritto nazionale e una direttiva avente effetti diretti non discende automaticamente in capo alle autorità interne l'obbligo di ricorrere alla disapplicazione. Al contrario, tale rimedio, come sostenuto anche in dottrina, «costituisce solo una delle possibili conseguenze, ancorché quella forse più vistosa, del conflitto fra leggi e direttive europee»¹¹. Per tale ragione, appare preferibile interpretare il termine «incombe», utilizzato dalla Corte¹², nel senso che è attribuito, tanto ai giudici quanto agli organi amministrativi, il potere di disapplicare le misure interne contrarie alle disposizioni della direttiva avente effetti diretti¹³. Questo vuol dire che, al

confermare una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, tra cui si veda, causa C-103/88 *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256, par. 29-33; la causa C-188/89 *Foster e a.*, ECLI:EU:C:1990:313; nonché più di recente la causa C-413/15 *Farell*, ECLI:EU:C:2017:745, par. 33. In particolare, la Corte non ha accolto nessuno degli argomenti avanzati, nella propria ordinanza di rimessione, dal TAR Lecce, relativi alle criticità derivanti dall'impossibilità, per le autorità amministrative, di usufruire degli strumenti interpretativi del diritto nazionale e di quello europeo di cui invece dispongono i giudici nazionali (su tutti, il rinvio pregiudiziale e l'incidente di costituzionalità).

¹⁰ *Comune di Ginosa*, cit., par. 79.

¹¹ E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee?*, cit.

¹² *Comune di Ginosa*, cit., par. 79.

¹³ Il concetto di potere sopra evocato rientra nella categoria generale dei poteri di cui un'autorità pubblica dispone per soddisfare un interesse altrui, vale a dire un cd. interesse «oggettivo». Si tratta perciò di quei poteri che Santi Romano denomina «funzioni o uffici»,

riconoscimento della diretta efficacia della direttiva non consegue *ipso iure* il dovere di ogni autorità statale di disapplicare la normativa nazionale rispetto ad essa contraria. I giudici e le amministrazioni, comprese quelle comunali, perciò, potranno ricorrere al rimedio della disapplicazione a condizione che siano rispettati i limiti di operatività della dottrina dell'efficacia diretta delle direttive europee.

Tenendo conto delle premesse giuridico-fattuali appena enunciate, il presente contributo intende verificare il possibile impatto della decisione della Corte negli ordinamenti nazionali, nonché la portata e i limiti del principio del primato e della dottrina degli effetti diretti a seconda delle specifiche fattispecie concrete che le autorità degli Stati membri si trovano a dover amministrare.

Tra gli scenari oggetto di analisi, bisogna distinguerne quantomeno tre: a) il primo ha luogo dinanzi al giudice interno il quale, adito tramite ricorso presentato dal concessionario uscente, deve decidere della legittimità del provvedimento di diniego di proroga disposto dall'amministrazione comunale¹⁴; b) il secondo scenario concerne il caso in cui il giudice amministrativo deve pronunciarsi sul ricorso promosso da un organo statale (nel caso in esame l'AGCM) in merito alla legittimità dell'atto attraverso cui l'amministrazione ha accolto l'istanza di proroga; c) infine, il terzo scenario si verifica quando il giudice interno è chiamato a sindacare la legittimità dell'atto con cui l'amministrazione ha accolto l'istanza di proroga, questa volta su ricorso di un individuo privato.

La scelta di analizzare in modo separato i possibili scenari che possono concretamente presentarsi dinanzi ai giudici nazionali, consente di cogliere la mutevole operatività del principio del primato e degli effetti diretti, e così scongiurare il rischio di una cd. "applicazione meccanica" della giurispru-

espressione di un «prudente arbitrio», di modo che ogni funzione risulti essere potere più o meno discrezionale. Quest'ultima forma di potere va perciò tenuta distinta dal cd. "potere-potestà" che un soggetto pubblico o privato può esercitare nel proprio interesse. Nel nostro caso, il cd. «prudente arbitrio» consiste nel fatto che, sebbene la Corte di giustizia abbia riconosciuto alle amministrazioni degli Stati membri questa forma di "funzione", ciascuna autorità amministrativa non è sempre tenuta a disapplicare la normativa nazionale non conforme alla direttiva, perché altrimenti applicherebbe meccanicamente la dottrina del primato e degli effetti diretti, non tenendo conto dei limiti perentori imposti dalla giurisprudenza della Corte al funzionamento delle due dottrine. Sul concetto di potere-funzione e sulla distinzione con altre e diverse forme di potere, si veda S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 95-97, 173, 177-180.

¹⁴ È quanto si è verificato in *Promoimpresa*, cit.

denza europea che si verifica ogni qualvolta si discute dell'attuazione della stessa senza una opportuna contestualizzazione fattuale¹⁵.

2. Un necessario inquadramento teorico-giuridico dell'efficacia diretta e del primato europeo

L'ordinamento costituzionale dell'Unione è retto dal principio del primato che assicura la preminenza di qualsiasi atto europeo vincolante nei confronti delle disposizioni adottate a livello nazionale¹⁶.

Una simile supremazia normativa include anche le direttive sebbene, com'è noto, esse siano espressione di un esercizio di competenze limitate da parte del legislatore europeo¹⁷.

In effetti, il primato delle direttive si esprime attraverso gli obblighi che

¹⁵ Sul rischio relativo all'applicazione "meccanica" della giurisprudenza della Corte di giustizia nel settore delle concessioni demaniali, si vedano gli estratti del seminario che si è svolto il 19 gennaio 2022 presso l'Università La Sapienza di Roma, promosso dal Prof. Enzo Cannizzaro, che ha introdotto e presieduto i lavori, e dal Prof. Marcello Clarich, che li ha conclusi. Estratti disponibili al seguente link <https://betterregulation.lumsa.it/concessioni-demaniali-e-diritto-europeo-le-sentenze-dell'adunanza-plenaria-del-consiglio-di-stato-al>.

¹⁶ Il principio del primato, com'è noto, è stato affermato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella nota causa 6/64 *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66, racc. pp. 1143-1145. In dottrina, tra i contributi più risalenti, si vedano le riflessioni offerte da E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *Am. journ. intern. Law*, 1981, 1 ss.; e J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *YLJ*, 1991, 2403. Più di recente, si veda K. Lenaerts, T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, 287; M. Rasmussen, *From "Costa v ENEL" to the Treaties of Rome: a Brief History of a Legal Revolution*, in *The Past and Future of EU Law: the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, a cura di M. Poiares Maduro, L. Azoulay, Oxford, Hart Publishing, 2010, 69; H. C. H. Hofmann, *Conflicts and Integration: Revisiting "Costa v ENEL" and "Simmenthal II"*, in *The Past and Future of EU Law*, cit., 60; N. Fennelly, *The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: "Van Gend en Loos"; "Costa v ENEL"; "Simmenthal"*, in *The Past and Future of EU Law*, cit., 39; O. Spiermann, *On Law or Policy in the European Court of Justice: "Van Gend en Loos" and "Costa v. ENEL"*, in *Europe: the New Legal Realism. Essays in Honour of Hjalte Rasmussen*, a cura di H. Koch, K. Høgel-Sørensen, U. Haltern, e J. H. H. Weiler, Copenhagen, Djøef Publishing, 2010, 715; F. Amtenbrink, *The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism: Preserving the European Constitutional Order?*, in *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, a cura di H. W. Micklitz e B. De Witte, Cambridge, Intersentia, 2012, 35. Nella manualistica tradizionale, *inter alia*, si veda E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, Giappichelli, 2018, 293 ss.; R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giappichelli, 2020, 141 ss.

¹⁷ In questi termini, E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., 119 ss.

le stesse impongono agli Stati membri, e quindi mediante il dovere di recepirle entro un termine prestabilito, l'obbligo di comunicare alla Commissione l'avvenuta trasposizione¹⁸, nonché il dovere per tutti gli organi statali di assicurare che la direttiva sia efficacemente applicata in tutto il territorio nazionale¹⁹.

Al fine di garantire quest'ultimo aspetto, ossia l'effettività delle direttive (il cd. "effet utile"), l'ordinamento europeo è dotato dei cd. rimedi "inerenti" rispetto al sistema dei trattati. Tali rimedi sono l'obbligo di interpretazione conforme²⁰, che discende dall'attuazione del principio del primato nonché dal dovere di leale cooperazione ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE, e poi l'istituto della responsabilità civile dello Stato membro per violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione europea²¹.

Il primo rimedio di cui perciò dispone il giudice nazionale, proprio perché strumento inerente, è l'obbligo di interpretare le misure interne in conformità con lo scopo e l'oggetto della direttiva, quand'anche quest'ultima sia dotata di una certa compiutezza normativa²². Qualora un'interpre-

¹⁸ Vale a dire l'obbligo di comunicare la già sussistente conformità dell'ordinamento nazionale rispetto alle disposizioni della direttiva.

¹⁹ Si veda, R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., 183 ss.

²⁰ Sull'inerenza e sulla natura non sanzionatoria dello strumento dell'interpretazione conforme, si veda causa C-105/03 *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386, par. 42. Infatti, tale rimedio copre l'intera vigenza di qualsiasi atto europeo, a partire dalla rispettiva emanazione, assicurandone l'applicazione ordinaria (prima che sorga un qualsiasi contrasto normativo) nonché quella eventualmente patologica (in presenza di un'antinomia tra atti europei e atti nazionali).

²¹ Anche l'istituto della responsabilità civile dello Stato membro per violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione deve essere considerato un rimedio "inerente" al sistema dei trattati. La Corte di giustizia lo ha per la prima volta riconosciuto in cause riunite C-6/90 e C-9/90 *Francovich e a.*, ECLI:EU:C:1991:428, par. 35; confermato e precisato in cause riunite C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du pêcheur e Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79, par. 51-57; e infine perfezionato in cause riunite C-178/94, C-179/94 e C-188/94 – C-190/94 *Dillenkofer e a.*, ECLI:EU:C:1996:375. In dottrina, *ex multis*, E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, 659 ss.

²² L'obbligo di interpretazione conforme è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia, per la prima volta, in causa C-14/83, *von Colson e Kamann*, ECLI:EU:C:1984:153; poi ribadito in causa C-106/89 *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395; e in cause riunite da C-397/01 a C-403/01 *Pfeiffer e a.*, ECLI:EU:C:2004:584. Più di recente si vedano causa C-84/12 *Koushkaki*, ECLI:EU:C:2013:862, par. 75-76; causa C-554/14 *Ognyanov*, ECLI:EU:C:2016:835, par. 59; causa C-579/15 *Popławski*, ECLI:EU:C:2017:503, par. 31; e causa C-573/17 *Popławski II*, ECLI:EU:C:2019:530, par. 57. In dottrina, senza pretesa di esaustività, si vedano i contributi di D. Simon, *La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative?*, in *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, a cura di V. Kronenberger, M. T. D'Alessio, e V. Placco, Bruxelles, Bruylant, 2013, 279; L. Krämer, *Direct Effect and Consistent Interpretation: Strengths*

tazione conforme non sia ammessa, a causa dei limiti che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha nel tempo definito²³, allora il giudice europeo ha previsto una forma di tutela per equivalente a favore dei soggetti lesi dall'inadempimento statale, attraverso il riconoscimento di un diritto ad ottenere un congruo risarcimento da parte dello Stato responsabile dell'illecito civile.

Ai due rimedi cd. "inerenti", la Corte ha affiancato un ulteriore strumento volto ad assicurare l'effettività delle direttive, ossia la dottrina degli effetti diretti²⁴.

L'esigenza di estendere anche alle direttive l'applicazione di una simile dottrina che, si ricorda, nasce per regolare le relazioni tra ordinamenti giuridici diversi tra loro²⁵, è indice della volontà della Corte di giustizia di trasformarla in una dottrina costituzionale dell'ordinamento dell'Unione, dotato così di propri presupposti e limiti di operatività²⁶. E in effetti, proprio con riferimento alle direttive, il presupposto cardine degli effetti diretti (oltre al principio del primato) è rappresentato dall'inadempimento dello Stato membro dell'obbligo di recepire correttamente tale fonte europea e dal conseguente inadempimento dell'obbligo di assicurarne l'effettività in tutto il suo territorio²⁷.

and Weaknesses of the Concepts, in *National Courts and EU Environmental Law*, a cura di J. H. Jans, R. Macrory, e A. M. Moreno Molina, Groningen, Europa Law Publishing, 2013, 53; E. Cannizzaro, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in *L'interpretazione conforme al diritto europeo*, a cura di A. Bernardi, Napoli, Jovene, 2015, 3 ss; L. Krämer, *L'interprétation conforme: la Cour de justice et la doctrine sur l'effet direct*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2019, 59-67.

²³ Il dovere di interpretazione conforme incontra alcuni limiti che possono essere riassunti nell'impossibilità di interpretare la normativa nazionale alla luce di qualsiasi atto europeo vincolante, quando ciò comporti la violazione dei principi generali, su tutti la certezza del diritto e l'irretroattività (sul punto, si veda causa C-212/04 *Adeneler e a.*, ECLI:EU:C:2006:443; *Pupino*, cit., par. 45-47; causa C-579/15 *Poptawski*, cit., par. 32; e *Ognyanov*, cit., par. 62-64), ovvero quando ciò comporti un'interpretazione *contra legem* delle misure interne (causa C-268/06 *Impact*, ECLI:EU:C:2008:223, par. 100; causa C-294/16 PPU *JZ*, ECLI:EU:C:2016:610, par. 33 e giurisprudenza ivi citata).

²⁴ Effetti diretti dapprima riconosciuti ai soli trattati, nella celebre causa 26/62 *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; poi estesa alle decisioni, in causa C-9/70 *Grad c. Finanzamt Traunstein*, ECLI:EU:C:1970:78; infine, con la sentenza resa in causa C-33/70 *SACE*, ECLI:EU:C:1970:118, la Corte ha prima esteso la dottrina degli effetti diretti alle sole direttive scadute e non attuate, in combinato disposto con alcuni articoli del Trattato, e poi a tutte le direttive in causa C-41/74 *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, par. 12.

²⁵ Sul punto, si veda E. Cannizzaro, *Convulsive Direct Effect?*, in *European Papers* (Editoriale del 22 luglio 2022), disponibile su www.europeanpapers.eu, 409-411.

²⁶ V. *supra* nota n. 25.

²⁷ Sul punto, si veda E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea.*, cit., 128 ss. Sull'impossibilità per lo Stato di trarre qualsiasi vantaggio dal proprio inadempimento si veda

efficacia diretta e primato europeo

A questo primo presupposto, che denota l'esigenza di un conflitto normativo insanabile in via interpretativa tra l'ordinamento nazionale e la direttiva²⁸, la Corte ne ha aggiunto un secondo, ossia la necessaria compiutezza normativa²⁹. Come correttamente rilevato da autorevole dottrina, infatti, il riconoscimento della diretta efficacia delle direttive si basa su una certa soglia di precisione, chiarezza e incondizionatezza che le disposizioni della direttiva inattuata devono superare³⁰. Solamente quando tale soglia è garantita, la direttiva è idonea a disciplinare la controversia senza l'intermediazione di norme nazionali, e quindi ad essere applicata dalle autorità statali nelle singole fattispecie concrete di diritto interno³¹.

Dall'applicazione della direttiva da parte degli organi degli Stati membri possono discendere due diversi effetti negli ordinamenti nazionali: quello cd. di "esclusione" e quello cd. di "sostituzione". Tali effetti, a seconda della impostazione dottrinale che si decide di accogliere, possono essere ricondotti in modo unitario all'efficacia diretta³², oppure possono essere consi-

causa C-152/84 *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, par. 47-48; e causa C-91/92 *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292, par. 22.

²⁸ In effetti, è come se si sovrapporessero due comandi tra loro contraddittori, per modo che l'applicazione dell'uno renda inapplicabile l'altro. In questi termini, A. Rasi, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. Un. eur.*, 2018, 555 ss.

²⁹ Al fine di poter riconoscere efficacia diretta alle direttive, la Corte ha richiesto che le disposizioni invocate fossero chiare, precise e incondizionate. Tali requisiti sono stati introdotti in *Van Duyn*, cit., par. 12; e poi ribaditi in causa C-148/78 *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110, par. 23.

³⁰ Sull'effetto diretto come effetto "a soglia", E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea.*, cit., 128 ss.

³¹ Si veda sul punto, P. Pescatore, *L'effet des directives communautaires. Une tentative de démythification*, in *Recueil Dalloz Sirez*, 1980, 176; e P. Pescatore, *The doctrine of 'Direct effect': an Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, 135-153.

³² Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano i lavori di M. Waelbroeck, *L'immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité: quelques conséquences pour la pratique*, in *Le droit international demain*, a cura di C. Rousseau e P. Lalive, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1974, 81-89; C. W. A. Timmermans, *Directives: their Effect within the National Legal Systems*, in *Common Market Law Review*, 1979, 533 ss.; M. Ruffert, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative view*, in *Common Market Law Review*, 1993, 307 ss.; C. Hilson e T. Downes, *Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law*, in *European Law Review*, 1999, 121 ss.; S. Prechal, 'Does Direct Effect Still Matter?' (2000) 37 *CML Rev* 1059; S. Prechal, *Directives in EC Law* (Oxford 2006) 94 ss.; B. De Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, in *The Past and Future of EU Law*, cit., 12 ss.; G. Strozzi e R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020, 303 ss.; M. Bobek, *The Effects of EU Law in the National Legal System*, in *European Union Law*, a cura di C. Barnard, e S. Peers, Oxford, Oxford University Press, 2020, 160-175; più di recente si veda anche L. S. Rossi, *Effetti diretti*

derati come due distinte tipologie di effetti, l'uno, quello di esclusione, appartenente alla categoria degli effetti indiretti³³, oppure come conseguenza del solo primato³⁴, l'altro, quello di sostituzione, riconducibile alla categoria

delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza *Popławski*, disponibile su www.giustiziansieme.it, 03 febbraio 2021.

³³ In particolare, secondo tale corrente dottrinale, l'unico effetto espressione dell'efficacia diretta sarebbe quello sostitutivo, mentre quello di esclusione farebbe parte della cd. "efficacia indiretta forte", per contrapporla a quella "debole" rappresentata dall'obbligo di interpretazione conforme e dal risarcimento del danno. In questo senso, si veda P. Manin, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 1994, 239 ss., in specie 260; S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, Giuffrè, 2002, 173, 211; M. Wathelet, *Du concept de l'effet direct à celui de l'invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice*, in *A True European. Essays for Judge David Edward*, a cura di M. Hoskins, e W. Robinson, Oxford, Hart Publishing, 2004, 367 ss., in specie 370; E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., 129-131.

³⁴ Sull'effetto di esclusione come conseguenza del solo primato europeo, Winter, già negli anni 70', anzitutto teorizzava la distinzione tra diretta applicabilità e diretta efficacia, e in secondo luogo, sosteneva per l'appunto che l'effetto di esclusione potesse essere ricondotto al solo primato. Sul punto, J. A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, *Common Market Law Review*, 1972, 437. La dottrina francese ha poi parlato di "invocabilité d'exclusion et invocabilité de substitution". *Ex multis*, si vedano i contributi di V. Y. Galmot e J.-C. Bonichot, *La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, in *Revue française de droit administratif*, 1988, 16; T. Dal Farra, *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, 631; P. Manin, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales*, cit., 259; G. Isaac, *Droit communautaire général*, Parigi, Masson, 1994; D. Simon, *La directive européenne*, Parigi, Dalloz, 1997; O. Dubos, *L'invocabilité d'exclusion des directives: une autonomie enfin conquis*, in *Revue Française Droit Administratif*, 2003, 568. La dottrina anglosassone l'ha poi declinata nella distinzione tra "effetti di esclusione" ed "effetti di sostituzione". In particolare, si vedano i lavori di M. Lenz, D. S. Tynes, e L. Young, *Horizontal what? Back to basics*, in *European Law Review*, 2000, 509; T. Tridimas, *Blackwhite and shades of grey: Horizontality of the directives revisited*, in *Yearbook of European Law*, 2002, 327 ss.; P.V. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of "Horizontal" Direct Effect of Directives*, in Jean Monnet Working Paper, 2002, disponibile su www.jeanmonnetprogram.org. Infine, si vedano i più recenti lavori di K. Lenaerts, e T. Corthaut, *Of birds and hedges*, cit., 287; A. Dashwood, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007, 81, 100 e ss.; G. Di Federico, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Il recepimento delle direttive dell'Unione europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, a cura di G. Di Federico e C. Odone, Napoli, Jovene, 2010, 55; M. Blanquet, e G. Isaac, *Droit général de l'Union européenne*, Parigi, Dalloz, 2012, 375; R. Mastroianni, e G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, 311-312; M. Dougan, *Primacy and the Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, 2019, 1459; L. S. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea*, cit.

degli effetti diretti³⁵. In ogni caso, sia che si scelga di adottare il primo o il secondo approccio, è fondamentale che sussistano i due presupposti prima menzionati, vale a dire l'inadempimento statale e la compiutezza normativa delle disposizioni invocate³⁶.

Pertanto, l'autorità nazionale che ravvisi un'antinomia insanabile tra il diritto interno e la direttiva inattuata, potrà scegliere, d'ufficio, ovvero su istanza di un individuo, a seconda della specifica situazione concretamente verificatasi, se procedere alla sola disapplicazione della normativa nazionale oppure provvedere alla sua sostituzione³⁷. Nel primo caso, l'effetto prodotto è meno invasivo perché la fattispecie concreta sarà disciplinata dall'atto interno espunto della disposizione (o delle disposizioni) contraria alla direttiva avente effetti diretti³⁸. Nella seconda ipotesi, invece, l'autorità nazionale procederà non solo a disapplicare la normativa interna, ma anche a regolare la fattispecie concreta sulla base della sola direttiva.

Stante l'operatività di questa possibile "duplice dimensione" degli effetti di una direttiva (diretti o indiretti che siano), è chiaro che, fermo restando che di regola sia necessario che ricorra in ambo i casi una determinata

³⁵ Si veda, *inter alia*, M. Wathelet, *Du concept de l'effet direct*, cit.; E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit.

³⁶ Sulla necessità che sussistano i due presupposti, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è espressa in modo consolidato, in particolare, in causa C-282/10 *Dominguez*, ECLI:EU:C:2012:33, par. 41; causa C-595/12 *Napoli*, ECLI:EU:C:2014:128, par. 50; causa C-671/13 *Indėlių ir investicijų draudimas e Nemaniūnas*, ECLI:EU:C:2015:418, par. 60; cause riunite C-108/14 e C-109/14 *Larentia + Minerva e Mareneve Schifffahrt*, ECLI:EU:C:2015:496, par. 51-52; nonché causa C-573/17 *Popławski*, cit., par. 58 ss. In dottrina si veda l'analisi condotta da M. Dougan, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, 936 ss. Secondo l'autore, infatti, consentire la disapplicazione sulla base del solo primato, e perciò in assenza della compiutezza normativa, che è propria degli effetti diretti, «seems to short-circuit» l'intera ricostruzione teorica relativa all'effetto diretto.

³⁷ La "duplice dimensione" degli effetti diretti è sembrata essere stata introdotta dalla Corte di giustizia nella celebre causa C 8/81 *Ursula Becker c Finanzamt Münster-Innenstadt*, ECLI:EU:C:1982:7, par. 25; poi ribadito in più occasioni, *inter alia*, causa C-221/88 *CECA c Busseni*, ECLI:EU:C:1990:84, par. 22; causa C-194/94 *CIA Security International*, ECLI:EU:C:1996:172, par. 42 e 55; causa C-443/98 *Unilever*, ECLI:EU:C:2000:496, par. 50. In dottrina, si veda P. Pescatore, *L'effet des directives communautaires*, cit., 171; C. Hilson, e T. Downes, *Making Sense of Rights*, cit.; S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, cit., 1056-1059; S. Amadeo, *L'efficacia "obiettiva" delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linster e Unilever*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, 95-118; M. Dougan, *Community Directives: Explaining CIA Security?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2001, 253-256; B. De Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, cit.

³⁸ Sul punto, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018, 255 ss.

compiutezza normativa³⁹, nel caso dell'efficacia cd. "sostitutiva" sarà richiesto un maggiore grado di chiarezza, precisione e incondizionatezza, posto che la fattispecie concreta sarà disciplinata interamente dalla direttiva che appunto andrà a sostituirsi alla normativa nazionale ad essa contraria⁴⁰.

Ciò detto, dal momento che tanto l'effetto di esclusione quanto quello di sostituzione sono in grado di incidere in modo rilevante sui rapporti giuridici instaurati nell'ordinamento nazionale, la Corte di giustizia ha circoscritto l'operatività dei due effetti (in particolare, quello sostitutivo) alle sole controversie verticali, ossia a quelle intercorrenti tra un individuo e lo Stato inadempiente⁴¹. Inoltre, sempre il giudice europeo ha espressamente stabilito il limite della unidirezionalità della invocabilità degli effetti diretti di una direttiva, per modo che solo l'individuo possa trarne vantaggio nei confronti dello Stato membro e mai viceversa⁴².

Il limite del divieto di orizzontalità si spiega sia in ragione del fatto che l'adozione delle direttive è espressione di un esercizio di competenza limitata da parte dell'Unione⁴³, sia in virtù dei destinatari delle stesse che possono essere esclusivamente gli Stati membri⁴⁴, nonché soprattutto per via

³⁹ L'effetto diretto, perciò resta un "effetto a soglia". Si veda E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., 128 ss.

⁴⁰ In particolare, alcuni studi basati sulla giurisprudenza europea hanno rilevato che, nei casi in cui ha trovato applicazione l'effetto di esclusione, la Corte di giustizia ha accertato in modo meno rigoroso che i requisiti della precisione, chiarezza e incondizionatezza fossero rispettati. A differenza di quanto accaduto in caso di invocazione dell'effetto sostitutivo, in cui la Corte ha condotto un test molto più accurato. A tal riguardo, si veda S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, cit., 1062, la quale condivide l'analisi effettuata dall'Avvocato generale Léger in *Linster* (causa C-287/98 *Linster*, ECLI:EU:C:2000:3, conclusioni dell'AG Léger); si veda anche D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione*, cit., 186-189, secondo cui, quando viene invocato l'effetto di esclusione, il test della compiutezza dispositiva è meno rigoroso o addirittura, in alcuni casi, inesistente.

⁴¹ *Ratti*, cit. par. 22. La Corte ha avuto modo di precisare che si tratta di rapporti verticali anche nelle ipotesi in cui lo Stato agisca, ad esempio, come datore di lavoro (e quindi agente *iure privatorum*) (*Marshall*, cit.), ovvero quando esso agisca per il tramite di enti locali (*Fratelli Costanzo*, cit.), di società partecipate (*Foster e a.*, cit.), oppure di imprese private incaricate di pubblico servizio (*Farrell*, cit.).

⁴² Il limite della unidirezionalità è stato stabilito prima in *Ratti*, cit., e poi confermato in molteplici occasioni. *Ex multis*, si veda causa C-80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, ECLI:EU:C:1987:431; causa C-168/95 *Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363; causa C-192/94 *El Corte Inglés*, ECLI:EU:C:1996:88, par. 15; *Pfeiffer e a.*, cit., par. 108; cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2005:270; causa C-555/07 *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, par. 46.

⁴³ Causa C-91/92 *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292, par. 24.

⁴⁴ In particolare, ai sensi dell'art. 288, par. 3, TFUE, le direttive creano obblighi esclusivamente in capo agli Stati membri destinatari e non ai relativi amministrati. Vedi, *Arcaro*, cit.;

del fatto che le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'inadempimento statale devono ricadere esclusivamente su quest'ultimo e mai sui rispettivi consociati⁴⁵.

Pertanto, i limiti disposti dalla Corte non possono in alcun modo essere elusi e, salvo alcune eccezioni⁴⁶, la giurisprudenza europea si è sempre dimostrata coerente e uniforme sul punto⁴⁷.

Per verificare la tenuta di una simile impostazione è però opportuno sondare le diverse ipotesi in cui la dottrina degli effetti diretti, o l'effetto di esclusione, trovino applicazione.

In primo luogo, chiaramente, essa può dar vita tanto ad un effetto di esclusione quanto ad un effetto sostitutivo quando vi è compiutezza normativa, e quando la direttiva viene invocata nell'ambito di un rapporto pubblicistico da un individuo nei confronti dello Stato (cd. "rapporto verticale").

In secondo luogo, nell'ambito di un rapporto interindividuale, la direttiva può essere invocata al solo fine di determinare l'esclusione della normativa nazionale ad essa contraria, a condizione che da tale disapplicazione non

El Corte Inglés, cit.; *Berlusconi e a.*, cit.; *Küçükdeveci*, cit., par. 46; causa C-573/17 *Popławski II*, cit., par. 65.

⁴⁵ Tale *ratio* sanzionatoria si esprime nel cd. effetto di "estoppel", ossia nell'impossibilità per uno Stato membro di trarre qualsiasi vantaggio dal proprio inadempimento. Sul punto, si veda P. Pescatore, *L'effet des directives communautaires*, cit., 173-176. Taluno ha poi rinvenuto nell'effetto di *estoppel*, derivante dal primato, la fonte dell'invocabilità di esclusione, in particolare, si veda F. Capelli, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, 448-451.

⁴⁶ Una prima eccezione è rappresentata dalla recente causa C-261/20 *Thelen Technopark Berlin*, ECLI:EU:C:2022:33, par. 33, in cui la Corte ha stabilito che «[...] un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di efficacia diretta, *ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice, nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia*» (corsivo aggiunto). Sulle criticità di una simile pronuncia, si veda E. Cannizzaro, *Convulsive Direct Effect?*, cit.; e J. Lindeboom, *Thelen Technopark and the Legal Effects of the Services Directive in Purely Internal and Horizontal Disputes*, in *European Papers* (European Forum Insight of 11 June 2022), disponibile su www.europeanpapers.eu. Una seconda eccezione è rappresentata dall'ormai consolidata prassi giurisprudenziale del Conseil d'État che da alcuni anni disapplica le norme interne incompatibili con una direttiva, senza interrogarsi sugli effetti diretti delle disposizioni della stessa e dunque senza subordinare l'effetto di esclusione all'esistenza di effetti diretti. Si veda Conseil d'État, 12 novembre 2015, n. 367256, *Société Metro Holding*; nonché Conseil d'État, 31 maggio 2016, n. 396881, *Jacob*. Si veda anche la ricostruzione del fenomeno suggerita da H. Cassagnabère, *Chronique de jurisprudence de la CJUE*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2019, 164.

⁴⁷ *Faccini Dori*, cit., par. 24; nonché causa C-573/17 *Popławski II*, cit., par. 66 e giurisprudenza ivi citata.

discenda in capo ad un terzo individuo un obbligo aggiuntivo⁴⁸. Per questo motivo, è certamente esclusa l'invocabilità delle direttive in un rapporto orizzontale qualora l'intento finale sia quello di determinare un effetto sostitutivo. Questo perché, così facendo, a fronte del riconoscimento da parte del giudice di una posizione giuridica soggettiva favorevole in capo ad un privato, questa stessa posizione verrebbe fatta valere nei confronti di un altro individuo che, invece, diverrebbe titolare di un obbligo di cui non può essere destinatario, visto che la direttiva non può creare obblighi nei confronti dei singoli⁴⁹.

In terzo luogo, nell'ambito di un cd. "rapporto triangolare", ossia intercorrente direttamente tra un soggetto privato e lo Stato inadempiente (nelle sue articolazioni interne), e indirettamente nei confronti di un terzo individuo, è ammesso invocare sia l'effetto sostitutivo che quello di esclusione, anche stavolta a condizione che da tali effetti non discendano obblighi aggiuntivi nei confronti del terzo⁵⁰.

Dal quadro appena illustrato, è quindi possibile desumere che le conseguenze derivanti dall'efficacia diretta delle direttive sono variabili nonché modulabili a seconda delle singole fattispecie concretamente presentatesi dinnanzi al giudice. Da una parte, la direttiva può attribuire direttamente il diritto a far valere una posizione giuridica soggettiva, dall'altra parte, tale fonte può garantire ai singoli il diritto ad opporsi all'inadempimento statale e quindi ad essere immune dagli effetti pregiudizievoli scaturenti dalla misura nazionale contraria alla direttiva⁵¹.

⁴⁸ Per una rassegna di casi in cui l'effetto di esclusione ha operato in rapporti interindividuali, si veda causa C-47/90 *Delhaize Frères c. Promalvin e a.*, ECLI:EU:C:1992:250; *CIA Security International*, cit.; causa C-77/97 *Österreichische Unilever*, ECLI:EU:C:1999:30; *Unilever*, cit.; causa C-226/97 *Lemmens*, ECLI:EU:C:1998:296. Tra i casi in cui, al contrario, l'effetto di esclusione non ha trovato applicazione perché avrebbe determinato un obbligo aggiuntivo in capo all'individuo terzo, causa C-122/17 *Smith*, ECLI:EU:C:2018:631; nonché causa C-193/17 *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43.

⁴⁹ Questo vale sicuramente per quel che riguarda i diritti cd. "relativi", come ad esempio un rapporto di credito, in cui il creditore può far valere il proprio diritto relativo nei confronti del solo debitore che, pertanto, sarà tenuto ad adempiere. Un esempio è dato dalle sentenze *Smith*, cit., e *Cresco Investigation*, cit.

⁵⁰ Si veda, *inter alia*, *Fratelli Costanzo*, cit.; causa C-72/95 *Kraaijeveld e a.*, ECLI:EU:C:2016:558; *Wells*, cit.; causa C-152/07 *Arco e a.*, ECLI:EU:C:2008:426.

⁵¹ Quello che taluni studiosi chiamano effetto diretto "oppositivo" ovvero "ostativo" (in questi termini, L. S. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione*, cit.), oppure diritto ad essere immune dagli effetti pregiudizievoli della norma interna contraria alla direttiva avente effetti diretti. Un diritto che l'individuo può far valere solo nei confronti dello Stato ma i cui effetti possono incidere anche su altri soggetti privati (in questo senso, S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, cit., 1058; e B. De Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, cit., 12 ss.).

Orbene, data come assunta questa duplice dimensione degli effetti delle direttive direttamente efficaci, e dato che per ciascuna dimensione effettuale vigono i medesimi presupposti⁵² e quindi gli stessi limiti, appare ragionevole ritenere che l'intera questione dell'operatività della dottrina degli effetti diretti e dell'effetto di esclusione dipenda dagli effetti finali concretamente prodotti nel caso di specie.

In altre parole, visto che la *ratio* degli effetti diretti e quella dell'effetto di esclusione si sostanzia, in entrambi i casi, nella necessità di impedire che lo Stato tragga alcun vantaggio dal proprio inadempimento⁵³, e visto che le conseguenze pregiudizievoli di tale condotta inoperosa non possono ricadere sui singoli, per comprendere come operino tali effetti bisogna interrogarsi sempre e comunque sul pregiudizio concretamente sofferto dall'individuo eventualmente coinvolto. Infatti, se questo pregiudizio consiste nell'attribuzione di un obbligo aggiuntivo, allora l'efficacia delle direttive (sia essa consistente nell'effetto sostitutivo che in quello di esclusione) non può trovare applicazione.

In definitiva, la comprensione dell'intera problematica relativa agli effetti diretti sembra potersi ridurre a due aspetti: da un lato, occorre accertare la natura del pregiudizio di volta in volta sofferto dall'individuo terzo; dall'altro lato, comprendere se il diritto dell'Unione consenta agli individui di invocare una direttiva avente effetti diretti al fine di impedire che un altro soggetto privato tragga vantaggio dall'inadempimento statale, oppure, se ciò travisi la *ratio* sanzionatoria dell'efficacia diretta.

Due argomenti a sostegno dell'ammissibilità di un simile impedimento possono ricavarsi da alcuni importanti contributi dottrinali⁵⁴, secondo cui la circostanza che gli effetti diretti siano volti a sanzionare lo Stato per il proprio inadempimento, e che gli effetti pregiudizievoli di tale inadempimento non debbano ricadere sui consociati, non equivale a sostenere che ai singoli vada riconosciuto il diritto di beneficiare ovvero di giovare di tale inadempimento statale⁵⁵.

⁵² Il riferimento è chiaramente alla sussistenza dell'inadempimento dello Stato e la necessaria compiutezza di normativa.

⁵³ Sull'impossibilità per lo Stato di trarre qualsiasi vantaggio dal proprio inadempimento, si rinvia alla causa *Marshall* cit., par. 47-48; e *Faccini Dori*, cit. par., 22.

⁵⁴ Si veda, su tutti, P. Pescatore, *L'effet des directives communautaires*, cit., 171 ss., secondo cui escludere l'applicazione di una norma interna contraria ad una direttiva equivarrebbe a impedire che una parte in causa sia avvantaggiato rispetto all'altra in virtù dell'inadempimento statale; analogamente, seppur in termini diversi, anche S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, cit., 1058, secondo cui «neither the private defendant nor the State could in turn rely on the national rules for their purposes»; e S. Amadeo, *L'efficacia "obiettiva" delle direttive comunitarie*, cit., 102 ss.

⁵⁵ P. Pescatore, *L'effet des directives communautaires*, cit., 171 ss.

Secondariamente, proprio perché le conseguenze dell'inadempimento dello Stato non devono ricadere sui singoli consociati, l'individuo che invoca l'efficacia diretta della direttiva non dovrebbe subire il pregiudizio consistente nella denegata tutela dell'interesse o della posizione giuridica soggettiva che la direttiva aveva inteso conferirgli. Infatti, il giudice nazionale, nello scegliere se ammettere o meno l'efficacia diretta della direttiva, causerà in ogni caso un pregiudizio, quantomeno fattuale, ad una delle due o più parti in causa. Per tale ragione, il primato europeo sembrerebbe suggerire che vada preferito il titolare delle prerogative fondate sulla direttiva piuttosto che colui che abbia deciso di riporre il proprio affidamento sulla normativa interna ad essa contraria⁵⁶.

3. L'operatività del primato e dell'efficacia diretta nelle singole situazioni del settore delle concessioni demaniali marittime

L'impianto teorico-giuridico appena illustrato deve essere verificato nello specifico settore delle concessioni demaniali marittime. Prima di analizzare le vicende che il giudice nazionale si trova a dover affrontare, è opportuno esaminare brevemente l'operato dell'amministrazione, in particolare, quello dell'autorità comunale a seguito dell'istanza di proroga della concessione depositata dal concessionario uscente. Segnatamente, l'organo amministrativo nazionale può scegliere se accogliere ovvero rigettare l'istanza di proroga.

Nel primo caso, come accaduto proprio nella fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale decisa con la sentenza *Comune di Ginosa*⁵⁷, la pubblica amministrazione ha accolto l'istanza del concessionario uscente sostenendo che le disposizioni della direttiva servizi non fossero applicabili alle concessioni demaniali in essere, a causa della loro inidoneità a produrre effetti diretti nell'ordinamento nazionale. Per questo motivo, il comune ha scelto di prendere atto della proroga disposta *ex lege* e quindi di accogliere l'istanza del concessionario uscente⁵⁸.

Questo tipo di soluzione, tuttavia, si presta ad alcune critiche che sembrano al contrario favorire il rigetto dell'istanza.

⁵⁶ Sul bilanciamento di interessi coinvolti in caso di invocazione dell'effetto di esclusione di una direttiva nell'ambito di un rapporto triangolare, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione*, cit., 302-311.

⁵⁷ *Comune di Ginosa*, cit.

⁵⁸ Gli stessi argomenti sono stati oggetto dell'ordinanza del TAR Puglia, sez. distaccata di Lecce, 23 marzo 2022, n. 743.

efficacia diretta e primato europeo

Il primo, si basa su una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia⁵⁹, secondo cui in caso di contrasto normativo tra un atto interno e una direttiva avente effetti diretti, qualsiasi organo dello Stato è tenuto a non applicare la misura nazionale, ovvero a valutare se dalla fonte europea possa trarsi una disposizione direttamente efficace capace di governare la fattispecie⁶⁰. Questo a maggior ragione se, come rilevato anche dalla giurisprudenza nazionale⁶¹, il contrasto normativo sia già stato accertato dalla Corte⁶²

⁵⁹ Si vedano le già menzionate sentenze *Fratelli Costanzo*, cit., par. 29-33; *Foster e a.*, cit.; *Farrell*, cit., par. 33; e ora anche *Comune di Ginosa*, cit., par. 79.

⁶⁰ Su questo punto, anche la giurisprudenza amministrativa nonché costituzionale appare uniforme. *Inter alia*, Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342; TAR Sicilia, sez. distaccata Catania, 15 febbraio 2021, n. 504; Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18; da ultimo, si vedano anche le recenti pronunce del Consiglio di Stato: la prima, ossia Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, con cui, ribaditi i principi espressi in sede nomofilattica dall'Adunanza Plenaria, si è affermato che anche la nuova normativa (in particolare l'art. 10-*quater*, co. 3, d.l. n. 198/2022, convertito dalla l. n. 14/2023) si pone, al pari dell'art. 1, l. n. 145/2018, in frontale contrasto con l'art. 12 della direttiva servizi e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato; e la seconda, ossia Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2023, n. 7992, ha ribadito la propria lettura giurisprudenziale del decreto n. 198/2022 ("milleproroghe"), considerandolo come incompatibile con l'impianto normativo europeo e disponendone la disapplicazione diffusa. Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza costituzionale, si veda C. Cost., 20 maggio 2010, n. 180; e C. Cost., 26 novembre 2010, n. 340. In dottrina, si veda R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 108-109, secondo cui è senz'altro ammessa la disapplicazione ad opera dell'amministrazione interna della normativa nazionale contraria alla direttiva, in virtù del primato e degli effetti diretti. Si era invece completamente distanziata dai principi appena esposti la sentenza del TAR Puglia, sez. distaccata Lecce, sez. I, 2021, n. 73, secondo cui le pubbliche amministrazioni non potevano disapplicare la normativa interna configgente con la direttiva servizi. Pronuncia ampiamente criticata nella dottrina italiana europeista da, *inter alia*, A. Circolo, *Ancora una pronuncia del giudice amministrativo in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *eurojus.it*, 14 dicembre 2020; e G. Vitale, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione*, in *Dir. Un. eur.*, Osservatorio europeo, 2021.

⁶¹ Più di recente, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504.

⁶² Ciò per effetto della efficacia *erga omnes de facto* delle sentenze interpretative della Corte stessa. Sul tema degli effetti delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia, *inter alia*, P. Pescatore, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del Trattato C.E.E. e la cooperazione fra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, 41 ss.; M. Waelbroeck, e D. Waelbroeck, *Article 177*, in *Commentaire Mégret. Le droit de la Communauté économique européenne*, a cura di J. Mégret, Bruxelles, Editions de l'Université, 1993, 197 ss.; più recentemente, E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., 255 ss; nonché, per una panoramica completa delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema, si veda la ricostruzione offerta da E. Cimiotta, *L'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2023, 96 ss.

Un secondo argomento a sostegno del provvedimento di diniego di proroga si fonda sul principio di legalità dell'agire amministrativo e quindi sul principio gerarchico delle fonti del diritto che regola l'intero esercizio del potere amministrativo. In particolare, come ha avuto modo di osservare anche il Consiglio di Stato⁶³, il principio di legalità dell'attività amministrativa tiene conto del principio del primato europeo, il che determina un preciso assetto gerarchico delle fonti del diritto, in cui le direttive, sebbene indirizzate agli Stati membri, ricoprono una posizione preminente rispetto alla legge nazionale. Questo preciso assetto determina una maggiore ampiezza del concetto di legalità dell'agire amministrativo, di talché disapplicare la legge contraria alla direttiva equivale a non adottare l'atto amministrativo previsto dalla legge stessa.

Pertanto, sempre secondo l'Adunanza Plenaria, il principio di legalità impone all'amministrazione il dovere di prevenire il conflitto amministrativo non applicando la normativa interna e quindi non adottando l'atto previsto dalla legge, dal momento che l'efficacia diretta delle disposizioni previste dai paragrafi primo e secondo dell'art. 12, della direttiva servizi è stata già ampiamente riconosciuta dalla Corte di giustizia. Infatti, sia i giudici nazionali che le amministrazioni sono certamente coscienti del conflitto normativo nonché dell'impossibilità di comporlo ricorrendo a rimedi diversi dalla disapplicazione della normativa nazionale.

Per questo motivo, l'amministrazione che adotta un provvedimento conforme ad una direttiva avente effetti diretti, e che sia contestualmente difforme dalla legge nazionale contraria alla fonte europea, ha agito nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa sancito all'art. 1, l. 241 del 1990⁶⁴.

Alla luce dei due argomenti appena esposti, in linea di principio, sembra potersi sostenere che la pubblica amministrazione sia tenuta a non applicare la legge interna contraria alla direttiva avente effetti diretti, e per l'effetto disporre il diniego della proroga al concessionario uscente.

3. 1. Segue. *La sorte del ricorso avverso il provvedimento di diniego della proroga*

In caso di provvedimento di diniego della proroga, è chiaro che il concessionario uscente avrà interesse a impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo facendo valere sia la violazione di legge del medesimo provvedimento

⁶³ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, par. 45-51.

⁶⁴ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, par. 45-51.

to perché in contrasto con la normativa interna che dispone la proroga, sia la lesione del proprio legittimo affidamento⁶⁵.

Quanto al primo eventuale motivo di ricorso, il giudice nazionale verosimilmente accerterà la legittimità dell'agire amministrativo perché conforme ad una direttiva avente effetti diretti cui va riconosciuta la preminenza gerarchica rispetto alla legge interna ad essa contraria⁶⁶.

Quanto alla doglianza relativa alla presunta lesione del legittimo affidamento, occorre ricordare che la tutela delle legittime aspettative del terzo abbisogna di talune condizioni affinché possa essere assicurata, segnatamente: le rassicurazioni circa la proroga devono essere precise, incondizionate e concordanti, nonché provenienti da fonti autorizzate e affidabili, e devono essere fornite all'interessato dalla pubblica amministrazione⁶⁷; tali rassicurazioni devono poi essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono⁶⁸; inoltre, devono essere conformi alle norme applicabili dall'amministrazione⁶⁹.

Nel caso di specie, la tutela del legittimo affidamento non sembra poter essere garantita perché, come emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, «[...] qualora un operatore economico prudente accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato [...]»⁷⁰.

La situazione italiana in materia di concessioni demaniali, anche se in alcune ipotesi ancora incerta⁷¹, è ricca di esempi in cui, da una parte, la giurisprudenza nazionale attraverso il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale⁷²,

⁶⁵ È quanto verificatosi in *Promoimpresa*, cit.

⁶⁶ Come è possibile evincere dalla giurisprudenza e dalla dottrina riportata *supra* in nota 60.

⁶⁷ Sul punto, si veda Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, par. 38.

⁶⁸ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, par. 38.

⁶⁹ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, par. 38.

⁷⁰ Causa C-67/09 P *Nuova Agricast e Cofra c. Commissione*, ECLI:EU:C:2010:607, par. 71 e giurisprudenza ivi citata. In dottrina, si veda in particolare lo studio condotto da G. Della Cananea, *Legitimate expectations in European and Italian Law*, IJPL, 2009, 110.

⁷¹ In particolare, si rinvia ai casi resi noti dal TAR Lecce nella propria ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia. Si veda TAR Puglia, sez. distaccata Lecce, ord., 23 marzo 2022, n. 743. Sul punto, anche TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 16 marzo 2021, n. 875, che si occupa di un caso di ritiro di atto illegittimo per violazione norme di diritto dell'Unione; nonché si veda G. Tulumello, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁷² Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; *inter alia*, C. Cost., 20 maggio 2010, n. 180; C. Cost., 26 novembre 2010, n. 340.

e dall'altra, quella europea⁷³, hanno costantemente ravvisato il conflitto normativo con la normativa europea e la necessità di disapplicare la normativa sulle proroghe generalizzate e automatiche⁷⁴.

Orbene, sulla base di quanto emerso in questo paragrafo, è verosimile ritenere che il giudice amministrativo possa decidere di rigettare il ricorso del concessionario uscente, confermando perciò la legittimità della disapplicazione della normativa interna operata dall'amministrazione comunale⁷⁵.

3.2. Segue. *La sorte del ricorso avverso l'atto amministrativo di accoglimento dell'istanza di proroga*

Come accennato in precedenza, e come verificatosi proprio nel caso *Comune di Ginosa*⁷⁶, l'amministrazione può accogliere l'istanza di proroga prendendo atto dell'effetto disposto in via generale e automatica dalla legge⁷⁷. In una simile eventualità, occorre distinguere due ipotesi: il caso in cui

⁷³ *Promoimpresa*, cit., par. 57-61; cui si aggiunge la più recente decisione resa in *Comune di Ginosa*, cit., par. 70. A ciò va anche aggiunto il procedimento di infrazione aperto dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, (n. 20088/4908), archiviato nel 2012 confidando nell'allora art. 11, d.l. n. 194/2009, convertito in l. n. 25/2010, il quale attribuiva una delega al governo per l'emanazione di decreti legislativi volti al riordino delle concessioni demaniali; nonché la pendente procedura di infrazione alla quale la Commissione ha dato corso con l'adozione della lettera di costituzione in mora del 3 dicembre 2020 (n. 2020/4118).

⁷⁴ Inoltre, la giurisprudenza nazionale garantisce al concessionario uscente, al ricorrere di determinate condizioni, un eventuale ristoro, a titolo di indennizzo, per il recupero dei capitali nel frattempo investiti. Cosa ben diversa sarebbe stata se, ad esempio, dall'esclusione della normativa nazionale fosse derivato, in modo direttamente connesso ai sensi della direttiva servizi, un obbligo per il concessionario uscente di restituire la differenza tra i proventi ottenuti dalla commessa pubblica nel periodo oggetto di proroga e i capitali eventualmente investiti nel medesimo periodo. Oppure, un'altra possibile ipotesi di obbligo aggiuntivo si sarebbe verificata qualora dalla disapplicazione normativa sulle proroghe automatiche generalizzate, fosse dipeso, sulla base della direttiva servizi, il divieto per gli Stati membri di far partecipare alle nuove gare bandite i concessionari uscenti. Infine, occorre notare che la normativa vigente attualmente, tra i parametri di cui la stazione appaltante deve tenere conto nella aggiudicazione delle nuove gare, ha individuato quello relativo alle esperienze pregresse nel medesimo settore, con ciò avvantaggiando indubbiamente i concessionari uscenti.

⁷⁵ Si veda, da ultimo, TAR Marche, Ancona, sez. I, 10 luglio 2023, n. 421.

⁷⁶ *Comune di Ginosa*, cit.

⁷⁷ Classico esempio dello schema "norma-fatto-effetto" che denota l'assenza di potere dell'amministrazione, e che va per l'appunto contrapposto al modello "norma-potere-effetto". Sul punto, si veda la distinzione fra questi due diversi schemi come elaborata da E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. proc.*, 1978, 310. Questa dicotomia discende da tre meccanismi teorico-generalisti della produzione giuridica: norma-potere, potere-norma e norma-fatto. A tal riguardo, *ex multis*, E. Capaccioli, *Riserve e*

l'atto amministrativo di accoglimento sia impugnato da un organo statale, come l'AGCM, e il caso in cui il ricorso venga invece presentato da uno o più controinteressati privati.

Se il giudice viene adito dall'AGCM, essendo tale autorità indipendente un organo dello Stato, è verosimile ritenere che operi il limite della dottrina degli effetti diretti consistente nella unidirezionalità della efficacia diretta, e perciò che il ricorso venga respinto⁷⁸. In particolare, in questa ipotesi, è evidente che il rigetto del ricorso sia da imputare non alla legittimità dell'atto amministrativo che accoglie l'istanza di proroga del concessionario uscente, bensì all'operatività del limite della unidirezionalità dell'efficacia diretta che non consente allo Stato inadempiente (e alle sue articolazioni interne) di invocare una direttiva avente effetti diretti nei confronti di un suo amministrato, e quindi di produrre effetti *in malam partem* nella sfera giuridica dei terzi privati.

Se, al contrario, il ricorso venisse presentato da uno o più controinteressati privati (nonostante i limiti interni processuali già menzionati)⁷⁹, si porrebbe il problema di comprendere se i singoli individui possano o meno far valere gli effetti (di esclusione o sostitutivo) della direttiva servizi nell'ambito di un cd. "rapporto triangolare" che quindi, oltre all'autorità comunale, veda coinvolto anche il terzo privato concessionario uscente beneficiario dell'atto di proroga.

Sia aderendo alla tesi secondo cui l'efficacia diretta consiste nel solo effetto sostitutivo⁸⁰, sia che si preferisca aderire alla tesi che include nella

collaudo nell'appalto di opere pubbliche, Milano, Giuffrè, 1960, 159 ss.; E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 267; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 59; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993. Più di recente, E. Capaccioli e F. Merusi, *Dir. amm.*, 2009, 873; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 341.

⁷⁸ Tuttavia, è bene ricordare quel che qualcuno potrebbe obiettare, e cioè anzitutto che l'AGCM agisce nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 21-bis, l. 287/1990, a tutela perciò degli interessi dei contro interessati privati a cui, stante l'attuale normativa processuale nazionale, è preclusa l'impugnazione dell'omissione di messa bando della gara; in secondo luogo, potrebbe forse obiettarsi anche che, in realtà, l'autorità sta invocando l'efficacia diretta nei confronti di una pubblica amministrazione e non del concessionario uscente, essendo quest'ultimo il mero destinatario degli effetti pregiudizievoli scaturenti dall'eventuale accoglimento del ricorso e dal conseguente annullamento o ritiro dell'atto di proroga della concessione.

⁷⁹ È noto, infatti, che nell'ordinamento italiano, allo stato attuale, non è ammessa l'impugnazione dell'atto amministrativo di accoglimento dell'istanza di proroga avanzata dal concessionario uscente. Tutt'al più si potrebbe suggerire l'estensione, in via analogica, della disciplina degli appalti pubblici in cui è prevista la legittimazione a impugnare l'omessa pubblicazione del bando di gara.

⁸⁰ Si veda, *inter alia*, P. Manin, *De l'utilisation des directives communautaires*, cit.; M. Wathe-

dottrina degli effetti diretti tanto l'effetto sostitutivo quanto quello di esclusione⁸¹, il nodo cruciale della questione è dato dalla qualificazione giuridica del pregiudizio sofferto dal concessionario uscente. Difatti, qualora un simile pregiudizio sia catalogabile come «obbligo pubblicistico aggiuntivo»⁸², allora l'efficacia diretta non può operare e perciò il ricorso deve essere respinto⁸³. Viceversa, se il pregiudizio sofferto dal terzo rientri nelle cd. «mere ripercussioni negative»⁸⁴, il giudice nazionale ben potrebbe disapplicare la normativa interna e disporre l'annullamento dell'atto di accoglimento dell'istanza di proroga.

Un argomento a favore della configurabilità di un obbligo aggiuntivo in capo al terzo concessionario uscente potrebbe essere rappresentato dalla *deminutio* patrimoniale che tale individuo subirebbe a causa della disapplicazione della legge che dispone la proroga⁸⁵. Infatti, al fine di poter riesperire la capacità del proprio patrimonio giuridico, il concessionario uscente sarebbe così tenuto a partecipare ad una nuova gara e superare la concorrenza degli altri potenziali aggiudicatari⁸⁶.

Tuttavia, contrari al sorgere di un obbligo aggiuntivo discendente dalla disapplicazione della norma interna per l'effetto della direttiva servizi, vi sono plurimi argomenti.

Il primo è di carattere logico, e consiste nel fatto che non si assisterebbe ad alcuna prosecuzione del rapporto concessorio originario perché la proroga disposta *ex lege* sarebbe da ritenere *tamquam non esset* in quanto contraria ad una direttiva dotata di efficacia diretta. Di conseguenza, non si verificherebbe alcuna diminuzione patrimoniale, posto che il rapporto concessorio sarebbe da considerarsi esaurito e quindi, all'atto di cessazione della concessione non si produrrebbe alcun accrescimento della sfera giuridica del concessionario uscente⁸⁷.

let, *Du concept de l'effet direct*, cit., 367 ss., in specie 370; E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., 129-131.

⁸¹ Si veda *supra* nota n. 32.

⁸² *CIA Security International*, cit., par. 55; *Unilever*, cit., par. 51; *Wells*, cit., par. 56-57; *Arcor*, cit., par. 38.

⁸³ Come accaduto, esemplarmente, in *Smith*, cit., par. 49, e *Cresco Investigation*, cit., par. 73.

⁸⁴ Sulla nozione di «mere ripercussioni negative», si veda, ad esempio, *Wells*, cit., par. 56-57.

⁸⁵ Tale *deminutio* consisterebbe sia nella lesione del suo interesse legittimo oppositivo determinata dall'interruzione della prosecuzione del rapporto concessorio originario, sia nella lesione del proprio legittimo affidamento.

⁸⁶ Sulla qualificazione degli effetti *in malam partem* discendenti dalla disapplicazione della normativa italiana, E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee?*, cit.

⁸⁷ Sul punto, si veda Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, par. 45-51, in

efficacia diretta e primato europeo

Il secondo argomento contrario alla sussistenza di un obbligo aggiuntivo in capo al concessionario uscente lo si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia concernente i cd. “rapporti triangolari”⁸⁸.

In effetti, è stata rilevata la presenza di un obbligo aggiuntivo in capo al terzo, ogni qualvolta dalla disapplicazione della normativa interna contraria alla direttiva avente effetti diretti, il singolo sarebbe stato destinatario di un obbligo aggiuntivo consistente o nell’aggravamento della propria responsabilità penale⁸⁹, ovvero nella titolarità di un’obbligazione civilistica da adempiere nei confronti di un altro individuo⁹⁰, ovvero ancora nell’impossibilità

cui il giudice amministrativo utilizza questo argomento per giustificare l’azione di mero ritiro anche in caso di giudicato.

⁸⁸ Per un approfondimento sulla invocazione degli effetti diretti delle direttive nelle cd. “situazioni triangolari”, si veda K. Lackhoff, e H. Nyssens, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, in *European Law Review*, 1998, 397; M. Dougan, *When worlds collide!*, cit., 936, 949, 960-962; R. Král, *Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations*, in *European Public Law*, 2010, 239.

⁸⁹ Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2005:270, par. 74. In particolare, si trattava di una questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte vertente sull’interpretazione di alcune direttive e veniva sostanzialmente richiesto al giudice europeo se il principio di applicazione retroattiva della pena più favorevole dovesse applicarsi qualora la pena più mite fosse stata prevista in una norma interna contraria alle direttive oggetto del rinvio. Nel rispondere al quesito sottoposto, la Corte ha affermato che, se la direttiva fosse stata invocata da un organo dello Stato membro, nel caso di specie la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, nei confronti di un soggetto privato e nell’ambito di procedimenti penali, tale direttiva non avrebbe potuto creare obblighi nei confronti del privato, e quindi non avrebbe potuto determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione della stessa.

⁹⁰ *Smith*, cit., par. 49; e *Cresco Investigation*, cit., par. 73. Nel primo caso, veniva richiesto alla Corte se dalla disapplicazione della normativa interna contraria alla dir. 90/232/Cee, in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, fosse dipeso, in capo al soggetto privato danneggiante e in via solidale alla compagnia assicuratrice, un obbligo pubblicistico aggiuntivo direttamente connesso. La risposta della Corte è stata in senso affermativo, perché dall’esclusione dell’applicazione della normativa nazionale derivava in capo al danneggiante e alla compagnia assicuratrice l’insorgere dell’obbligo di risarcire anche il danno civile subito da qualsiasi altro passeggero, diverso dal conducente.

Nel secondo caso, invece, la questione pregiudiziale verteva sull’interpretazione, tra le altre fonti, della dir. 2000/78/Ce sul quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. La Corte di giustizia ha sostenuto che sulla base della sola direttiva non era possibile consentire la disapplicazione della normativa di uno Stato membro ad essa contraria perché, così facendo, il soggetto privato terzo, ossia il datore di lavoro, sarebbe stato obbligato a corrispondere un’indennità aggiuntiva al lavoratore. Infatti, la stessa obbligazione non sarebbe gravata sul datore di lavoro qualora non fosse stata disapplicata la normativa interna contraria alla direttiva.

di godere di un trattamento detentivo più favorevole⁹¹. In tutte queste ipotesi, la Corte di giustizia ha negato che il giudice nazionale potesse procedere, in virtù del primato e degli effetti diretti, alla disapplicazione della normativa interna contraria alla direttiva.

Al contrario, la Corte non ha ritenuto configurabili come obblighi aggiuntivi le mere ripercussioni negative subite dal terzo consistenti nell'impossibilità di trarre un vantaggio competitivo sul mercato interno derivante da una normativa nazionale non opportunamente notificata alla Commissione⁹², oppure nella soppressione di un diritto di credito riconosciutogli da un atto amministrativo contrario alla direttiva⁹³, ovvero ancora nella sospensione di un rapporto concessorio minerario⁹⁴.

⁹¹ Causa C-573/17 *Popławski II*, cit., par. 66. Nel caso di specie, sarebbe derivato per il singolo un obbligo aggiuntivo consistente nell'impossibilità di beneficiare di un trattamento detentivo migliore rispetto a quello che avrebbe dovuto scontare nello Stato membro che aveva richiesto il mandato di arresto europeo, e che si sarebbe verificato qualora il giudice dello Stato destinatario della richiesta avesse disapplicato la normativa contraria alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

⁹² *CIA Security International*, cit., par. 55; e *Unilever*, cit., par. 51. Entrambe le vicende vertevano sull'interpretazione dell'art. 30 TCE e della dir. 83/189/Cee istituente un procedimento di informazione nel settore delle norme tecniche di ostacolo alla libera circolazione delle merci. Secondo la Corte, la direttiva poteva essere invocata dai singoli per opporsi all'applicazione delle norme interne ad essa contraria. All'invocazione da parte del singolo, infatti, sarebbe conseguito l'obbligo in capo ai giudici nazionali di disapplicare la regolazione tecnica nazionale che non era stata notificata alla Commissione in spregio della direttiva che invece imponeva suddetta notifica ai fini della successiva approvazione. Sempre secondo la Corte, i soggetti privati interessati dalle conseguenze dell'eventuale disapplicazione avrebbero sofferto un mero pregiudizio fattuale essendo di fatto loro impedito solamente di avvantaggiarsi degli effetti benefici sul mercato interno derivanti da una normativa tecnica non opportunamente notificata alla Commissione.

⁹³ *Arcor e a.*, cit., par. 38. Questa vicenda riguardava una questione interpretativa della dir. 90/388/Cee e della dir. 97/33/Ce in materia di concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazioni. Secondo la Corte, dalla disapplicazione della misura statale contraria alla direttiva non sarebbe derivato alcun obbligo aggiuntivo in capo all'impresa terza, perché dall'effetto di esclusione sarebbe derivata la sola soppressione del contributo di collegamento, e da tale soppressione l'impresa terza avrebbe dovuto aumentare le proprie tariffe per gli abbonati. Conseguentemente, la soppressione di un simile beneficio puramente commerciale non poteva essere considerata dalla Corte al pari di un obbligo incombente in capo all'impresa terza in forza della direttiva fatta valere dinanzi al giudice nazionale.

⁹⁴ *Wells*, cit., par. 57. Segnatamente, si discuteva dell'interpretazione della dir. 85/337/Cee sulla valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati. La Corte ha sottolineato come dalla disapplicazione della normativa interna sarebbero conseguite mere ripercussioni negative in capo al soggetto privato consistenti nella sospensione dell'attività di estrazione mineraria. Per tale ragione, quindi, non era giustificato impedire alla

Il tratto comune dei casi appena menzionati sembra essere il fatto che l'obbligo pubblicistico aggiuntivo ricorre ogni qualvolta che dalla disapplicazione della normativa interna gravi su un soggetto terzo un obbligo che alla luce del disapplicato atto nazionale prima non sussisteva. In questo senso, perciò, non sembrerebbe rilevare la mera perdita di un beneficio o di un vantaggio competitivo, ma solamente il sorgere in capo ad un soggetto terzo di una posizione giuridica soggettiva sfavorevole che esiga da questi una condotta attiva o passiva da dover realizzare⁹⁵. In altre parole, può parlarsi di obbligo aggiuntivo direttamente connesso, e quindi di impossibilità di invocare l'effetto di esclusione nonché l'effetto sostitutivo, tutte le volte in cui dalla mancata applicazione della normativa interna contraria alla direttiva discenda un effetto costitutivo-addizionale pregiudizievole nei confronti di un soggetto terzo privato.

Pertanto, per poter cogliere la distinzione tra «obbligo pubblicistico aggiuntivo» e «mere ripercussioni negative», e quindi poter procedere o meno alla disapplicazione della normativa interna, il giudice dovrebbe di volta in volta procedere ad un raffronto tra la situazione giuridica del concessionario uscente prima della disapplicazione della norma nazionale e quella successiva a tale intervento. Qualora dalla non applicazione della misura interna discenda in capo al concessionario uscente un obbligo aggiuntivo, quale ad esempio potrebbe essere l'obbligo di restituzione dei profitti conseguiti nell'ambito dello svolgimento del rapporto concessorio prorogato⁹⁶, in tal

signora Wells di invocare la direttiva nei confronti dello Stato membro inadempiente. In altri termini, il fatto che le operazioni minerarie sarebbero state sospese in attesa degli esiti della valutazione dell'impatto ambientale, conseguiva certamente all'inadempimento dello Stato membro, ciononostante, una simile conseguenza non poteva essere qualificata come efficacia diretta orizzontale *in malam partem* della direttiva nei confronti dei singoli privati.

⁹⁵ Obbligo che potrebbe perciò consistere tanto in un *facere* quanto in un *non facere*. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la normativa nazionale, espunta delle disposizioni contrarie alla direttiva, ovvero direttamente la direttiva europea stessa, prevedano che al concessionario uscente sia fatto divieto di partecipare alla nuova gara da bandire. In questo caso, sul privato graverebbe un obbligo pubblicistico aggiuntivo consistente nell'impossibilità di concorrere all'aggiudicazione della concessione.

⁹⁶ Questo potrebbe verificarsi in due ipotesi: la prima, qualora disapplicando la normativa interna, il giudice applicasse la direttiva e questa prevedesse l'obbligo di restituzione dei profitti maturati nell'ambito del rapporto concessorio illegittimamente prorogato; la seconda ipotesi, qualora il medesimo obbligo restitutorio discendesse direttamente dalla normativa nazionale espunta della disposizione che dispone la proroga e che si pone in contrasto con la direttiva europea. È evidente come in questo secondo caso, l'obbligo pubblicistico aggiuntivo derivi direttamente dalla disposizione interna che viene applicata e indirettamente dalla direttiva europea che determina la disapplicazione delle norme nazionali *in bonam*. Un altro possibile ipotetico esempio di obbligo pubblicistico aggiuntivo si verificherebbe qualora la

caso il giudice nazionale non potrebbe ricorrere alla disapplicazione perché il concessionario uscente sarebbe gravato da un obbligo pubblicistico che, alla luce della norma nazionale disapplicata, non si sarebbe invece configurato. In caso contrario, e cioè qualora dalla disapplicazione non derivi una nuova posizione debitoria del concessionario uscente, bensì delle «mere ripercussioni fattuali negative», come ad esempio la perdita della concessione prorogata e il conseguente onere di partecipare ad una successiva nuova gara, il giudice nazionale potrebbe fare uso del rimedio della disapplicazione.

La fattispecie che rileva ai nostri fini, e cioè l'eventuale revoca del rapporto concessorio prorogato appare riconducibile al secondo gruppo di decisioni della Corte di giustizia prima evidenziate, e quindi alle cd. «mere ripercussioni negative».

In primo luogo, questa conclusione appare condivisibile perché, come rilevato anche in dottrina, i commi primo e secondo dell'art. 12, della direttiva servizi, non impongono né direttamente, né indirettamente, alcun obbligo in capo ai singoli⁹⁷. Infatti, la disapplicazione della legge che dispone la proroga determina dei meri svantaggi a carico del concessionario uscente qualificabili come ripercussioni negative e in quanto tali ammesse dalla Corte, sia se è un privato a invocare la diretta efficacia, sia se questa venga fatta valere d'ufficio dalle autorità dello Stato membro⁹⁸.

In secondo luogo, in capo al terzo concessionario uscente non grava alcun obbligo aggiuntivo perché, da un lato, a questi viene esclusivamente impedito di avvantaggiarsi della condotta inadempiente dello Stato⁹⁹; dall'altro lato, viene assicurato ai controinteressati il diritto di opporsi all'inadempimento statale¹⁰⁰ non subendo così le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal medesimo inadempimento nonché, contestualmente, viene garantito l'interesse fondamentale dell'Unione alla libera circolazione dei servizi.

In quest'ottica, il giudice nazionale sarebbe tenuto a compiere un bilanciamento tra, da una parte, l'interesse del singolo a far valere le prerogative tutelate dalla normativa interna contraria alla direttiva avente effetti diretti

normativa italiana, espunta del regime di proroga automatica e generalizzata, imponesse al concessionario uscente, in caso di interruzione anticipata del rapporto concessorio, il ripristino della situazione *quo ante*, e quindi di provvedere, a proprie spese, allo smantellamento delle infrastrutture di cui lo stesso soggetto si era dotato per l'espletamento del servizio offerto.

⁹⁷ Si veda R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 113 ss.

⁹⁸ R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 113 ss.

⁹⁹ Sull'efficacia diretta come diritto a che un soggetto non venga avvantaggiato dall'inadempimento dello Stato, P. Pescatore, *L'effet des directives communautaires*, cit., 176 ss.

¹⁰⁰ S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, cit., 1056-1059; B. De Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, cit., 12 ss.

e, dall'altra parte, sia l'interesse di un diverso soggetto privato inteso a far valere le prerogative tutelate dalla direttiva, nonché l'interesse dell'Unione all'effettività e alla uniformità interpretativa e applicativa della disciplina sulla libera circolazione dei servizi¹⁰¹. In questo ipotetico bilanciamento, il giudice dovrebbe far prevalere i secondi rispetto all'interesse del singolo riposto sulla normativa contraria alla direttiva servizi, specialmente in virtù del preminente valore giuridico da attribuire all'interesse pubblicistico espresso nel principio del primato europeo, nella efficacia diretta, e nella necessità di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo.

4. Conclusioni

La dibattuta questione relativa alle proroghe delle concessioni demaniali offre notevoli spunti di riflessione sulla operatività del principio del primato e della dottrina degli effetti diretti. Nel corso della trattazione si è tentato di esporre le molteplici criticità derivanti tanto dal contrasto normativo intercorrente tra le disposizioni nazionali e i c. 1 e 2, dell'art. 12, della direttiva servizi, quanto quelle scaturenti dal difficile componimento degli interessi, pubblici e privati, in gioco, nell'ambito delle specifiche fattispecie che possono verosimilmente presentarsi dinnanzi alle autorità degli Stati membri.

Le conclusioni cui si è giunti evidenziano che i rimedi che l'ordinamento dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia garantiscono sia ai giudici che alle amministrazioni nazionali, non possono essere applicati in modo meccanico a qualsiasi fattispecie fattuale, bensì variano a seconda del tipo di controversia, dei soggetti coinvolti, e quindi dei limiti all'operatività della dottrina degli effetti diretti.

Il nodo cruciale dell'intera vicenda è sembrato consistere nella qualificazione giuridica del pregiudizio sofferto dal concessionario uscente che si verifica, o in caso di diniego di proroga disposta dalla pubblica amministrazione¹⁰², ovvero in caso di rigetto del ricorso presentato dallo stesso soggetto dinanzi al giudice nazionale¹⁰³, ovvero ancora in caso di accoglimento del ricorso avverso l'atto amministrativo di proroga della concessione¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sul bilanciamento di interessi contrapposti, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea*, cit., 302.

¹⁰² Si veda *supra* par. 3.

¹⁰³ Si veda *supra* par. 3.1.

¹⁰⁴ Si veda *supra* par. 3.2.

Infatti, qualora il pregiudizio derivante dalla disapplicazione della normativa interna *in bonam*, disposta per l'effetto della direttiva avente effetti diretti, sia considerato alla stregua di mere ripercussioni negative, allora le autorità degli Stati membri possono ricorrere al rimedio della disapplicazione¹⁰⁵. Se, al contrario, un simile pregiudizio venga qualificato come obbligo pubblicistico aggiuntivo in capo al terzo¹⁰⁶, allora dovrebbe preferirsi il rimedio residuale del risarcimento del danno per grave e manifesta violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato¹⁰⁷, oppure il rimedio di tipo sistematico rappresentato dalla procedura di infrazione¹⁰⁸, fermo restando che l'unica e vera soluzione definitiva consisterebbe nell'intervento abrogativo del legislatore italiano (dato l'obbligo permanente di conformarsi ai commi primo e secondo dell'art. 12 della direttiva servizi)¹⁰⁹.

Abstract

The well-known incompatibility between the Italian legislation on the renewal of public concessions and Article 12 of the so called Bolkestein Directive leads us to

¹⁰⁵ *CIA Security International*, cit., par. 55; *Unilever*, cit., par. 51; *Wells*, cit., par. 56-57; *Arcor e a.*, cit., par. 38.

¹⁰⁶ Su tutti, si veda, *Smith*, cit., par. 49; e *Cresco Investigation*, cit., par. 73 (sebbene relative a controversie interindividuali).

¹⁰⁷ Sul punto, L. S. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea*, cit. Tuttavia, sono noti i limiti di un simile rimedio, tra cui, come rilevato da Rossi, il fatto che il risarcimento del danno venga fatto dipendere «da una violazione caratterizzata da elementi soggettivi», il che «crea incertezza in capo agli individui titolari della pretesa, i quali non sono nella posizione di poter valutare simili elementi». Ciò emerge anche da *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., par. 56. Inoltre, quand'anche il risarcimento venga riconosciuto al privato, suddetto rimedio non elimina il perdurante stato di inadempimento statale e il conseguente spregio del principio del primato europeo e dell'effettività della direttiva.

¹⁰⁸ Questo tipo di soluzione è stata già prospettata da E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee?*, cit. In particolare, è opportuno rammentare che le sentenze pronunciate dalla Corte a norma degli artt. 258-260, TFUE, definiscono i doveri degli Stati membri in caso di inosservanza del diritto dell'Unione e non conferiscono diritti ai soggetti dell'ordinamento. Pertanto, tale strumento non può essere utilizzato per eludere il divieto di efficacia orizzontale delle direttive. Infatti, i diritti scaturiscono dalle norme che si accertano violate, motivo per cui le autorità nazionali non sono tenuti, sulla base di tali sentenze, a disapplicare, nell'ambito di rapporti interindividuali, una norma interna contraria ad una direttiva. Sul punto, si veda *Thelen Technopark Berlin*, cit., par. 39-40.

¹⁰⁹ Anche per questa soluzione, si veda E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee?*, cit. Sul perdurante obbligo di trasporre la direttiva, al fine di tutelare la certezza del diritto, causa C-102/79 *Commissione c. Belgio*, ECLI:EU:C:1980:120.

efficacia diretta e primato europeo

examine the application of the principle of EU primacy and the doctrine of direct effects. In this regard, the present study will attempt to highlight the fact that the remedies provided by EU law in the event of a normative conflict between EU directives and domestic law depend on the nature of the dispute, the parties involved and, consequently, the limits of the applicability of the doctrine of direct effects. The crucial point seems to lie in the legal qualification of the prejudice suffered by the former concessionaire. On the one hand, if the prejudice resulting from the disapplication of the domestic legislation can be qualified as a mere negative effect, the Member State authorities would be entitled to disapply national law. If, on the other hand, such prejudice can be seen as an additional obligation imposed on the third party, the remedies of the State liability for breach of EU law, or infringement procedure, should be preferred, on the understanding that the only definitive solution is the abrogating intervention of the Italian legislature.

ARTICOLI

CAMILLA RAMOTTI

IL RUOLO DELL'OMS NELLA GOVERNANCE DELLA SALUTE ALLA PROVA DELLE EMERGENZE SANITARIE: UN'OCCASIONE PERSA?

SOMMARIO: 1. La migrazione del diritto sanitario dalla dimensione nazionale alla *global health governance*: una premessa – 2. Il ruolo dell'OMS nella globalizzazione del diritto sanitario. – 2.1. La *governance* dell'Organizzazione. – 2.2. Gli strumenti: i regolamenti e la *soft law*. – 2.3. Il bilancio dell'OMS, tra quote di adesione e contributi volontari. – 3. L'OMS alla prova delle emergenze sanitarie. – 3.1. La Sars e il vecchio RSI. – 3.2. L'Ebola e il nuovo RSI. – 3.3. La pandemia da Covid-19. – 4. Le risposte e l'adattamento europeo e nazionale alle sollecitazioni dell'OMS. – 5. Conclusioni: il ruolo (mancato?) di coordinamento dell'OMS.

1. La migrazione del diritto sanitario dalla dimensione nazionale alla *global health governance*: una premessa

La necessità di gestire crisi pandemiche e di occuparsi di questioni riguardanti la salute pubblica con carattere transazionale ha comportato una graduale «globalizzazione» del diritto sanitario¹.

La tutela della salute ha attraversato tre periodi e si trova oggi nell'ultima – e verosimilmente definitiva – fase di vita². Durante quest'arco temporale, il cui momento iniziale si colloca nel corso del diciottesimo secolo, ha avuto luogo un radicale cambiamento del concetto di *governance* della salute³.

¹ S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018. L'Autrice parla di «*governance* globale della salute», 30.

² Per un approfondimento relativo a tali suddivisioni in fasi, M.M. Mbengue, *Public Health, International Cooperation*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Per un'ulteriore ricostruzione, ripresa dal presente lavoro, S. Negri, *op. cit.*, 30 ss.

³ Per una disamina dell'evoluzione del diritto sanitario si vedano anche *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, a cura di L. Pineschi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; P. Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2011; D.P. Fidler, *From International Sanitary Conventions to Global Health Se-*

Fino ai decenni iniziali del diciannovesimo secolo, la tutela della salute è rimasta una questione «domestica», in quanto l'attenzione degli Stati è stata rivolta principalmente e primariamente alla protezione da epidemie provenienti dall'esterno. È soltanto con la diffusione di morbi particolarmente allarmanti e contagiosi – come colera, peste, vaiolo – che gli Stati hanno iniziato a considerare talune forme di cooperazione. È alla Francia che si deve l'iniziativa di convocare a Parigi, nel 1851, la prima conferenza sanitaria internazionale, cui fecero seguito altre, con il fine di controllare e contenere la diffusione del contagio di diverse malattie⁴.

Durante il medesimo arco temporale, si è assistito in Italia a un «equilibrato rapporto tra legislazione ed amministrazione», caratterizzato «dall'eccezionalità dei poteri di emergenza»⁵. In sincronia con quanto accadeva negli altri Stati, dunque, nel nostro ordinamento le emergenze sono state considerate alla stregua di situazioni eccezionali, dalle quali occorreva difendersi *una tantum*⁶.

Il ventesimo secolo ha consentito l'apertura verso nuovi equilibri della cooperazione internazionale in ambito sanitario, grazie soprattutto all'istituzione delle prime organizzazioni a vocazione universale⁷. Gli Stati infatti, per arginare e contrastare agenti patogeni particolarmente aggressivi e dovendo tener conto del naturale porsi oltre i confini nazionali della tutela

curity: The New International Health Regulations, in 4 *Chinese Journal of International Law* (2005), 325.

⁴ L'indicazione delle principali conferenze sanitarie è effettuata da D.P. Fidler, *International Law and Infectious Diseases*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Tale momento segna anche la nascita del primigenio diritto sanitario internazionale, fondato sulla cooperazione inter-statale.

⁵ M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 3.

⁶ Nel nostro ordinamento tale impostazione rimane stabile anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione e viene modificata solamente tramite la determinante influenza dell'Unione europea e, specificatamente, grazie all'introduzione del principio di precauzione. Tale principio nasce evidentemente dalla crisi delle certezze scientifiche e della stabilità dei risultati. Ne deriva «la perdita di qualsivoglia ancoraggio legislativo per l'esercizio delle misure precauzionali, sia per la determinazione dei presupposti legittimanti gli interventi dell'amministrazione, sia per il loro contenuto. Proprio perché l'esercizio del potere precauzionale non presuppone rischi noti o prevedibili con qualche certezza – dato che altrimenti si eserciterebbe il tradizionale potere di prevenzione – la legge non può prevedere nulla circa le circostanze legittimanti le misure precauzionali». Ne consegue una trasformazione dell'idea stessa di emergenza e il passaggio alla «amministrazione precauzionale». M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit.

⁷ Il riferimento è, in particolare, alla *Health Organization* della Società delle nazioni, istituita nel 1908.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

della salute, si sono visti costretti a realizzare tra loro forme di cooperazione più rilevanti. È in questa seconda fase che si è realizzato il «superamento del modello Stato-centrico e l'affermazione di un sistema di *governance* internazionale della salute pubblica»⁸.

L'avvento della terza e ultima fase ha coinciso con l'istituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), quale Agenzia specializzata in ambito sanitario dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)⁹. La nascita dell'OMS – grazie soprattutto al ruolo di spicco attribuitole dalla sua stessa Costituzione che le conferisce diverse prerogative, funzioni e poteri – contribuisce a limitare la «sovranità sanitaria» degli Stati, in favore dell'affermazione della «global health governance».

È da tali premesse che occorre partire per studiare le funzioni che l'OMS detiene e le conseguenti dinamiche che si dispiegano nel rapporto con gli Stati.

Il presente lavoro tenterà di rispondere alle seguenti domande di ricerca. Come è strutturata l'OMS e quali sono gli strumenti che ha a disposizione? In che modo questi ultimi sono stati utilizzati? Come è finanziata l'Organizzazione e in che misura il suo bilancio incide sui rapporti con gli Stati e con i privati? In relazione ai risultati della gestione delle diverse pandemie che hanno preceduto quella da Covid-19 e quindi di quest'ultima, l'OMS è in grado di svolgere in concreto il suo ruolo? Come hanno risposto gli Stati alle sue sollecitazioni? Conclusivamente, a fronte di un interesse che si declina necessariamente a un livello globale – quale la tutela della salute –, l'OMS è in grado di fornire risposte adeguate?

Nei paragrafi che seguono si procederà con una analisi della *governance* e degli strumenti utilizzati dall'OMS, ponendo l'accento sulle modalità per mezzo delle quali la stessa viene finanziata.

Si studieranno successivamente le strategie poste in essere dall'Organizzazione per rispondere alle emergenze sanitarie, quali la Sars prima e l'Ebola poi, evidenziando il declinarsi dei rapporti tra Oms e Stati.

Si giungerà, da ultimo, all'emergenza derivante dalla pandemia da Covid-19. In questo quadro, si descriveranno gli strumenti utilizzati dall'OMS e le conseguenti risposte degli Stati.

Seguiranno alcune considerazioni conclusive, all'interno delle quali si tenterà di sintetizzare le risposte alle diverse domande di ricerca sopra poste.

⁸ S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 32.

⁹ L'OMS – o *World Health Organization* (WHO) – con sede a Ginevra, fu istituita con la Costituzione firmata a New York il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948. Attualmente gli Stati membri dell'OMS sono 194.

2. Il ruolo dell'OMS nella globalizzazione del diritto sanitario

La tutela della salute pubblica, alla luce del dogma secondo il quale «le malattie non conoscono frontiere», ha assunto nel tempo le dinamiche della globalizzazione. La necessità di far fronte a eventi epidemici non più controllabili e «governabili» dai singoli Stati ha comportato una trasformazione del diritto sanitario e della *governance* della salute.

All'interno di questo quadro, un ruolo fondamentale è stato assegnato all'OMS. Per rappresentare le caratteristiche e le funzioni attribuibili all'OMS, nonché per dare a quest'ultima delle coordinate più precise all'interno della costellazione delle organizzazioni internazionali, occorre partire dall'analisi dei tre criteri classificatori delle stesse¹⁰. Si tratta della *membership*¹¹, della struttura¹² e della funzione svolta¹³. Quanto al primo criterio, l'OMS, in maniera sostanzialmente non difforme dalla maggior parte delle altre organizzazioni internazionali, è qualificabile come OIG e, quanto al secondo, possiede – come si avrà modo di approfondire – la classica struttura tripartita. Per quel che concerne il terzo criterio (la funzione), è necessario premettere che la Costituzione dell'OMS riconosce a ogni popolo e a ogni persona il diritto fondamentale al più elevato *standard* di salute raggiungibile, affidandone la realizzazione all'Organizzazione stessa¹⁴.

Per portare a compimento il compito assegnatole, l'OMS esercita diverse funzioni che sono elencate nell'art. 2 della sua Costituzione. Agisce infatti

¹⁰ Si veda, a questo proposito e tra tutti, E. Morlino, *Procurement by international organizations. A global administrative law perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 35 ss.

¹¹ Quanto alla composizione, la distinzione si basa sulla dicotomia tra organizzazioni internazionali governative (OIG) e organizzazioni non governative (ONG), dove la differenza dei due tipi è data dalla natura dei membri: Stati nelle OIG e privati (singoli o in associazione) nelle ONG.

¹² La nozione di «funzione» svolta dalle organizzazioni internazionali è direttamente connessa alla loro stessa genesi, poiché the «existence of international organizations is instrumental and directly linked to the performance of some specific functions, or to the achievement of the well-defined purposes [...] for which each organization has been created». E. Morlino, *Procurement by international organizations. A global administrative law perspective*, cit., 40.

¹³ Le organizzazioni internazionali sono normalmente articolate al loro interno in: un'assemblea, aperta alla partecipazione di tutti i membri, che detta le linee politiche dell'Organizzazione; un organo composto solo da alcuni membri, con potere decisionale; un segretariato incaricato della gestione dell'organizzazione; in alcuni casi, uno o più organi di controllo o giudiziari.

¹⁴ Tali principi sono affermati nel preambolo della Costituzione, che prevede inoltre, all'art. 1, che «The objective of the World Health Organization shall be the attainment by all peoples of the highest possible level of health».

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

con compiti di direzione e coordinamento internazionale in materia sanitaria e collabora con le Nazioni Unite (Nu), fornendo loro servizi e strutture. Assiste i governi che lo richiedono nel rafforzamento dei servizi sanitari e fornisce aiuti in caso di emergenza. In quest'ultimo campo, istituisce servizi epidemiologici e statistici e coadiuva il processo di eliminazione delle malattie epidemiche. L'Organizzazione, da ultimo, propone convenzioni, accordi, regolamenti e formula raccomandazioni su questioni sanitarie internazionali e, comunque, intraprende tutte le azioni necessarie al raggiungimento del suo obiettivo.

Occorre quindi esaminare quale sia la struttura e quali siano i mezzi di cui l'OMS si serve per raggiungere i suoi fini. Si studieranno poi le modalità tramite le quali è finanziata.

2.1. *La governance dell'Organizzazione*

Le parti dalla quarta alla settima della Costituzione dell'Oms sono dedicate agli organi di cui la stessa si compone.

Ai sensi dell'art. 9, i lavori dell'organizzazione sono svolti dall'Assemblea mondiale della sanità (*The World Health Assembly*), dal Consiglio esecutivo (*The Executive Board*) e dal Segretariato (*The Secretariat*).

Gli articoli che seguono descrivono la struttura e i compiti di questi organi.

L'Assemblea è composta da delegati che rappresentano gli Stati membri (non più di tre per Stato, uno dei quali designato dallo Stato stesso come capo della delegazione), scelti tra i soggetti più qualificati per competenza tecnica nel campo della salute e che siano preferibilmente rappresentanti dell'amministrazione sanitaria nazionale del Paese membro¹⁵.

L'Assemblea si riunisce annualmente in sessione ordinaria e – in caso di necessità e comunque su richiesta del Consiglio o della maggioranza degli Stati membri – possono essere convocate delle sessioni straordinarie.

Nell'art. 18 vi è un elenco dei diversi compiti che l'Assemblea deve svolgere. Tra gli altri, determina le politiche dell'Organizzazione e nomina i membri autorizzati a designare una persona del Consiglio e il Direttore generale. Avendo un ruolo di indirizzo e controllo, è tenuta a esaminare le

¹⁵ L'Assemblea, dunque, è governata dai 194 Stati membri dell'Oms ed è composta, normalmente, dai ministri della salute dei diversi Paesi. Benché nell'art. 11 si prescriva che ciascuno Stato membro sia rappresentato da tre delegati al massimo, di fatto – ai sensi dell'art. 59 della Costituzione medesima – ogni Stato membro ha diritto a un solo voto nell'Assemblea della sanità. Tale ultima norma rende, in sostanza, irrilevante la possibilità di avere fino a tre delegati per Stato.

relazioni e le attività svolte dal Consiglio e dal Direttore generale. L'Assemblea vigila anche sulle politiche finanziarie dell'OMS e ne approva il bilancio e può comunque intraprendere qualsiasi azione ritenga congrua per promuovere l'obiettivo dell'Organizzazione, ossia – come già anticipato – la realizzazione del più elevato *standard* di salute raggiungibile per ogni popolo e persona. Quanto all'analisi dei «poteri normativi», si rinvia al paragrafo seguente.

Per quel che riguarda il Consiglio, è composto da trentaquattro persone tecnicamente qualificate – in carica per tre anni e rieleggibili – designate da altrettanti Stati membri, a loro volta eletti dall'Assemblea tenendo conto della distribuzione geografica.

Il Consiglio si riunisce almeno due volte l'anno e opera quale organo con funzioni esecutive: applica infatti le decisioni e le direttive dell'Assemblea ed esercita ogni compito dalla stessa affidatogli con i poteri delegatigli.

Il Segretariato, da ultimo, si compone del Direttore generale – nominato dall'Assemblea, su proposta del Consiglio – e del personale tecnico e amministrativo necessario all'OMS. Il Direttore generale è di diritto il Segretario dell'Organizzazione e ha il compito di nominare il personale del Segretariato, in modo da garantire nella maggior misura possibile l'efficacia, l'integrità e il carattere internazionale del Segretariato, nonché la più vasta suddivisione su base geografica e la più ampia autonomia dei componenti dagli Stati.

L'OMS è organizzata anche a livello regionale. Per tale ragione l'Assemblea determina di volta in volta le regioni geografiche nelle quali appare desiderabile l'istituzione di un'organizzazione regionale e può, con il consenso della maggioranza degli Stati membri di ogni regione così determinata, stabilire una organizzazione regionale che soddisfi i bisogni particolari di questa regione e che si componga di un comitato regionale e un ufficio regionale¹⁶.

2.2. *Gli strumenti: i regolamenti e la soft law*

La Costituzione dell'OMS contiene, negli artt. 19-23, una descrizione degli strumenti che l'Organizzazione ha a disposizione per poter incidere sulle politiche sanitarie dei singoli Stati. Si tratta, nello specifico, di convenzioni, accordi, regolamenti e raccomandazioni che possono essere emanati

¹⁶ I comitati regionali si compongono di rappresentanti degli Stati membri, mentre gli uffici regionali sono gli organi amministrativi. Le regioni sono: Africa, Americhe, Sud-Est Asiatico, Europa, Mediterraneo orientale, Pacifico occidentale.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

dall'Assemblea. Un'analisi di tali strumenti appare dunque fondamentale per comprendere l'*an* e il *quantum* dei poteri esercitabili dall'Oms nei confronti degli Stati membri, poteri che si declinano in maniera radicalmente diversa a seconda che gli atti emanati dalla Organizzazione medesima siano da ritenersi vincolanti o meno.

Ai sensi degli artt. 19 e 20, l'Assemblea può adottare a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti convenzioni e accordi, che entrano in vigore negli Stati previa accettazione degli stessi e in conformità alle loro Costituzioni¹⁷.

Gli artt. 21 e 22 assegnano invece all'Assemblea il potere di emanare regolamenti relativi, tra l'altro, a «misure sanitarie e di quarantena o qualsiasi altro provvedimento, destinati a impedire la propagazione delle malattie da un paese all'altro»¹⁸. Tali regolamenti entrano in vigore per gli Stati membri a seguito della comunicazione di approvazione degli stessi da parte dell'Assemblea, a meno che gli Stati decidano di non accettarli o esprimano riserve entro sei mesi.

Ai sensi dell'art. 23, da ultimo, l'Assemblea è autorizzata a fare raccomandazioni agli Stati membri in qualsiasi materia di competenza dell'Organizzazione.

Risulta immediatamente da tale quadro che, se convenzioni, accordi e raccomandazioni non possono di certo considerarsi vincolanti – perché espressamente previsto dalla Costituzione (come per gli accordi e le convenzioni) o per il tipo di atto (come per le raccomandazioni) –, lo stesso non può dirsi per i regolamenti. I primi atti citati non possono che ritenersi, per quanto appena detto, alla stregua di meri strumenti di *soft law*, mentre i regolamenti meritano una analisi più approfondita.

L'art. 22 infatti, da un lato, indica l'entrata in vigore dei regolamenti dal momento della comunicazione della loro emanazione da parte dell'Assemblea e, dall'altro, prevede un'eccezione per gli Stati che non li accettano.

¹⁷ Ogni Stato Membro si impegna ad attuare – nel termine di diciotto mesi dall'approvazione di una convenzione o di un accordo da parte dell'Assemblea – le misure relative all'accettazione e deve notificare al Direttore generale un elenco di tali misure e, se non accetta la convenzione o l'accordo nel termine prescritto, una dichiarazione motivata della mancata accettazione. In caso di accettazione, ogni Stato Membro si obbliga a fare rapporto annuale al Direttore generale.

¹⁸ I regolamenti possono inoltre riguardare: la nomenclatura delle malattie, delle cause di morte e delle pratiche sanitarie pubbliche; la designazione uniforme dei metodi di diagnosi valevoli nel campo internazionale; le norme relative alla sicurezza, alla purezza ed all'efficacia dei prodotti biologici, farmaceutici e simili che si muovono nel commercio internazionale; le condizioni relative alla pubblicità e all'etichettatura dei prodotti biologici, farmaceutici e simili che si trovano nel commercio internazionale.

La dottrina risulta da tempo divisa sul punto, ma concorde nel ritenere che si tratti «di atti *sui generis* che, per alcuni, si pongono a metà strada tra atti interni dell'Organizzazione e accordi internazionali in forma semplificata; per altri, sarebbero atti unilaterali del medesimo ente»¹⁹. Tali regolamenti riproducono, dunque, un ibrido la cui natura giuridica è di complessa definizione.

I regolamenti adottati dall'OMS, a ogni modo, rappresentano i modelli attraverso cui sono introdotti i Regolamenti sanitari internazionali (RSI) o *International Health Regulations* (IHR), per mezzo dei quali l'Organizzazione cerca di limitare e controllare il rischio di emergenze sanitarie. Uno studio di questi regolamenti può risultare utile al fine di comprenderne la natura giuridica.

Il primo RSI è stato approvato nel 1951 e modificato nel 1969. Nonostante si tratti di un importante passo verso l'armonizzazione delle norme in materia di tutela della salute pubblica, risulta essere basato su un modello «Stato-centrico», che non erode la «sovranità sanitaria» nazionale e che riguarda esclusivamente la prevenzione di alcune malattie più gravi²⁰. La necessità di far fronte a crisi epidemiche – quale, per esempio, il dilagare dell'AIDS – è stata la spinta acceleratrice verso l'adozione del nuovo RSI, tutt'ora in vigore, del 2005²¹.

Il regolamento del 1951 mostrò infatti ben presto carenze nel suo funzionamento, a causa di almeno cinque aspetti problematici²².

In primo luogo, gli Stati si sottraevano regolarmente ai loro obblighi

¹⁹ S. Izzo, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, 2249. Sulla ricostruzione della natura giuridica dei regolamenti dell'OMS, si vedano anche D.P. Fidler, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, cit.; R. Virzo, *The Proliferation of Institutional Acts of International Organizations. A Proposal for Their Classification*, in *Evolutions in the Law of International Organizations*, eds. by R. Virzo and R. Ingravallo, Leiden, 2015, 311 ss.; F. Zorzi Giustiniani, *WHO's to blame for the coronavirus pandemic? A tentative assessment of WHO's role in the crisis*, in *federalismi.it*, 2020, n. 30, 255 ss.; C.M. Pontecorvo, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 1, 195 ss.

²⁰ Negli stessi termini S. Izzo, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, cit., 2249, e S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 37.

²¹ Risoluzione dell'Assemblea mondiale della sanità – WHA 58.3, del 23 maggio 2005. La versione in italiano è disponibile all'indirizzo www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_3066_listaFile_itemName_2_file.pdf.

²² Sul punto, si v. J. Benton Heath, *SARS, the 'Swine Flu' Crisis and Emergency Procedures in the WHO*, in *Global Administrative Law: The Casebook*, edited by B. Carotti, L. Casini, S. Cassese, E. Cavalieri and E. MacDonald, Irpa, 2012, 147.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

di segnalare le evidenze di epidemie in corso all'interno del loro territorio, frustrando di fatto la capacità dell'Organizzazione di coordinare gli sforzi per combattere la diffusione delle malattie.

In secondo luogo, il regolamento non permetteva all'OMS di considerare prove di focolai di malattia da fonti diverse dai rapporti ufficiali degli Stati.

Dopo il 1981, inoltre, i regolamenti si applicavano solo a tre malattie infettive – colera, febbre gialla e peste – e non fornivano quindi «legal mechanism for combating novel or emerging health threats».

I regolamenti poi si concentravano eccessivamente sulle cosiddette «“negative” measures», quali la sorveglianza personale e la quarantena, sostanzialmente inefficaci «in an era of jet travel».

Da ultimo, «the “maximum” measures provision» del regolamento risultavano essere «too inflexible», motivo per cui il medesimo veniva raramente invocato.

Il regolamento del 2005 è nato con lo scopo di fronteggiare e arginare le esigenze sanitarie internazionali e si compone di una «strategia di prevenzione improntata a criteri di tempestività, efficacia, flessibilità, ed universalità»²³. Nelle definizioni di cui all'art. 1 del RSI, si legge che deve intendersi «malattia» qualsiasi condizione patologica, indipendentemente dall'origine o dalla fonte, che rappresenti o possa rappresentare un sostanziale pericolo per gli esseri umani. Rispetto al regolamento precedente quindi – che limitava il proprio ambito applicativo a colera, peste e febbre gialla – il nuovo RSI ha una portata generale.

La cooperazione tra gli Stati – e tra questi ultimi e l'OMS – si basa in sostanza su un sistema di sorveglianza e di notifica: ogni Stato parte deve sviluppare e rafforzare gli strumenti di controllo e dare immediata notizia all'Organizzazione di eventuali emergenze sanitarie in atto sul proprio territorio²⁴. A seguito della notifica, il Direttore generale è il soggetto preposto alla valutazione del «*quantum* di emergenza», dovendo deliberare, in particolare, se si sia di fronte a una emergenza sanitaria di rilevanza internazionale.

²³ S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 39. Il regolamento infatti, in base al suo art. 2, mira a «prevenire, proteggere, tenere sotto controllo e fornire una risposta sanitaria alla diffusione internazionale di malattie tramite modalità commisurate e limitate ai rischi per la sanità pubblica e che evitino inutili interferenze con il traffico e il commercio internazionale».

²⁴ Artt. 5-6 RSI 2005. Gli Stati devono comunque, anche di fronte a eventi inaspettati che possano costituire in potenza un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, fornire all'OMS ogni informazione che detengono (art. 7, RSI 2005).

In quest'ultimo caso il Direttore dovrà richiedere il parere di un Comitato d'emergenza²⁵ e potrà emanare raccomandazioni temporanee²⁶.

Risulta dunque utile ritornare al tema della natura giuridica dei regolamenti e degli effetti che gli stessi producono, alla luce delle previsioni appena analizzate del RSI del 2005 e in considerazione di eventuali misure che l'OMS può adottare se uno Stato membro si discosta dal regolamento.

Dalla lettura della Costituzione dell'OMS e in particolare dell'art. 7 si evince che, qualora uno Stato membro «non soddisfi i suoi obblighi finanziari verso l'Organizzazione, oppure in altre circostanze eccezionali, l'Assemblea della sanità può, conformemente alle condizioni che essa giudica opportune, sospendere i privilegi connessi al diritto di voto, ed i servizi di cui lo Stato Membro fruisce». Le uniche sanzioni previste per gli Stati, dunque, appaiono riconducibili a obblighi di carattere finanziario, oltre che alle non meglio specificate «circostanze eccezionali»²⁷.

A ogni modo, con l'esclusione di queste (invero secondarie) situazioni e con estensione limitata alla mera sospensione del diritto voto, non esistono dei veri e propri poteri sanzionatori in capo all'OMS e nei confronti degli Stati membri. Ne consegue che non può che confermarsi la natura ibrida dei regolamenti che, sebbene rappresentino indubbiamente la forma di potere normativo più «forte» che l'OMS possa esercitare, non appaiono capaci di costringere gli Stati all'interno delle loro trame, con rilevanti ripercussioni sulla *governance* della salute.

Gli Stati, come si è visto, sono chiamati sempre di più a combattere agenti patogeni con carattere epidemico, che richiedono un'azione condivisa e armonizzata. Al contempo necessiterebbero, tuttavia, di meccanismi che permettano di imporre il rispetto di tali misure comuni. L'attribuzione di un potere senza la correlata esecutorietà del medesimo lo svuota in sostanza di contenuto. A ciò si aggiunga la «vincolatività temperata» dei regolamenti adottati dall'OMS, che divengono obbligatori per gli Stati membri soltanto qualora i medesimi non abbiano comunicato la loro volontà di non accet-

²⁵ Art. 12, RSI 2005; sul Comitato di emergenza, artt. 48-49, RSI 2005. Il Comitato di emergenza, dunque, è costituito da esperti nominati appositamente dal Direttore per ciascun diverso evento di potenziale rischio epidemico. Tale Comitato è un organo consultivo straordinario e con il mandato limitato a uno scopo e la durata all'evento. Ha il compito di esprimere un parere necessario al Direttore in merito alla dichiarazione di emergenza di rilevanza internazionale.

²⁶ Art. 15, RSI 2005.

²⁷ Come sottolineato da S. Izzo, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, cit., 2252, tale questione si è posta in passato in relazione alla grave violazione di norme di diritto internazionale generale a carattere cogente.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

tarne il contenuto entro il termine previsto. Ciò concorre a rendere l'Organizzazione «una istituzione statocentrica priva di “artigli”, poteri di sanzione o coazione»²⁸.

Occorre ricordare che, si voglia o meno ammettere, «le emergenze si moltiplicano e per fronteggiarle occorrono poteri adeguati, legittimati da capacità gestionali dimostrate e da indipendenza da poteri locali con aspirazioni globali», rischiando, in caso contrario, di perdere quel punto di riferimento dato dalle organizzazioni internazionali «che pareva una delle novità più significative del quadro istituzionale globale a partire dal secondo dopoguerra»²⁹.

2.3. Il bilancio dell'Oms, tra quote di adesione e contributi volontari

Per poter comprendere a pieno in che modo i rapporti tra l'Oms e gli Stati si declinano, occorre necessariamente prendere in considerazione le modalità con cui l'Organizzazione è finanziata.

Le risorse dell'Oms sono nutrite tramite due modelli principali. Il primo coincide con il pagamento da parte degli Stati membri degli «*assessed contributions*» (Ac), che rappresentano le quote di adesione degli stessi all'Organizzazione. Il secondo da «*voluntary contributions*» (Vc) da parte dei membri e di altri «*partner*» (anche privati).

Gli Ac corrispondono a una percentuale – concordata con l'Assemblea generale delle Nazioni unite – del prodotto interno lordo (Pil) di ogni Paese membro e sono approvati ogni due anni dall'Assemblea dell'Oms. L'importo che ogni Stato membro deve versare è calcolato in relazione alla ricchezza e alla popolazione del Paese. Tali contributi non ammontano complessivamente a più del venti per cento del bilancio totale dell'Organizzazione.

Ne consegue che almeno l'ottanta per cento di tali finanziamenti discende dai Vc degli Stati membri o di altri *partner* dell'Organizzazione³⁰. I contributi volontari sono ulteriormente suddivisi in base al grado di flessibilità esercitabile dall'Oms nell'uso dei medesimi.

A titolo esemplificativo, i «*core voluntary contributions*» (Cvc) non

²⁸ Questa la definizione di H. Caroli Casavola, *Il sistema di gestione delle epidemie al test del Covid-19*, in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. Palmieri, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

²⁹ G.F. Ferrari, *L'Oms e la pandemia: incertezze e contraddizioni*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, XXXI.

³⁰ Quali altre organizzazioni delle Nazioni Unite, organizzazioni intergovernative, fondazioni filantropiche e il settore privato. Tutti questi dati sono reperibili sul sito ufficiale dell'Oms, all'indirizzo www.who.int/about/funding.

sono condizionati e sono quindi i più flessibili, in quando rientra nella piena discrezionalità dell'Organizzazione l'utilizzo che la stessa farà dei medesimi. I Cvc rappresentano mediamente il 3,9 per cento di tutti i contributi volontari. Nel biennio 2018-2019 il Regno Unito è stato il maggior contribuente volontario e ha donato 64,7 milioni di dollari, seguito dalla Svezia (35,4 milioni) e dalla Norvegia (27,3 milioni). Con eccezione dell'Australia – che si posiziona al quarto posto e che ha donato 18,2 milioni di dollari – i primi 10 Stati per i Cvc sono tutti europei.

Tra i Vc rientrano inoltre i «thematic and strategic engagement funds», che sono parzialmente flessibili e sono volti a soddisfare i «contributors' requirements for reporting and accountability», mantenendo comunque un certo grado di flessibilità per quel che concerne la loro allocazione. Rappresentano circa il sei per cento dei contributi volontari³¹.

Vi sono, da ultimo, i «specified voluntary contributions», contributi destinati – collocati geograficamente e temporalmente – che rappresentano circa il 90,1 per cento dei contributi volontari³².

In generale, nel biennio 2018-2019, l'OMS ha ricevuto contributi pari a 853 milioni di dollari dagli Stati Uniti, che appaiono i principali finanziatori. Al secondo posto si trova il Regno Unito (464 milioni), seguito dalla Fondazione Bill & Melinda Gates (455 milioni)³³.

I dati aggiornati a settembre 2023 dicono che il 73,74 per cento dei finanziamenti è composto dagli *specified voluntary contributions*, che ammon-

³¹ Grazie ai finanziatori pionieri – Germania, Commissione europea e Giappone – l'OMS ha ricevuto 190 milioni di dollari in *thematic and strategic engagement funds* nel 2019, in aumento rispetto ai 137 milioni di dollari del 2018.

³² L'Organizzazione sottolinea, nelle pagine del suo sito ufficiale (www.who.int), l'importanza che i donatori – soprattutto di quelli che forniscono finanziamenti flessibili e fondi di impegno tematico e strategico – ricoprono, in quanto consentono alla medesima «to be agile and strategic in efforts to achieve the Triple Billion targets». Il finanziamento flessibile ha consentito, a titolo esemplificativo, all'OMS, di: promuovere l'equità di genere e i diritti umani nella salute; l'utilizzazione di strumenti avanzati in Paesi come il Nepal e l'Indonesia; la catalizzazione dei progressi nella lotta contro le malattie non trasmissibili (*Non-communicable diseases* – NCDs), che ha ricevuto oltre il 45 per cento dei suoi finanziamenti negli anni 2018-2019 da fonti flessibili; il miglioramento dei sistemi sanitari dei diversi Paesi, che ha consentito a Paesi come il Ruanda e le Isole Salomone di avvicinarsi alla *Universal Health Coverage* (UHC).

³³ Seguono la GAVI Alliance (389 milioni), la Germania (359 milioni), *Office for the Coordination of Humanitarian Affairs* – UNOCHA (286 milioni), il Giappone (234 milioni), la Commissione europea (213 milioni), il *Rotary International* (168 milioni), il *National Philanthropic Trust* (116 milioni), l'*UN Central Emergency Response* (100 milioni), il Kuwait e la *World Bank* (95 milioni), la Norvegia (93 milioni), la Cina (89 milioni), il Canada e la Svezia (87 milioni), la Corea (72 milioni), l'Australia e la Francia (71 milioni).

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

tano a 6.572.287.732 di dollari. Al secondo posto si rinvencono gli Ac, che ricoprono il 10,74 per cento dei contributi, equivalente a 956.900.000 di dollari. I *thematic and strategic engagement funds* sono uguali al 6,66 per cento del totale e pari a 593.813.321 di dollari. I Cvc rappresentano il 3,99 per cento del totale e corrispondono a 355.852.287 di dollari. I finanziamenti previsti sono il 3,38 per cento e 301.160.412 di dollari, mentre i contributi destinati alle emergenze sono poco più dell'1 per cento del totale, pari a 92.764.679 di dollari. Da ultimo, i contributi P1P che rappresentano soltanto lo 0,45 per cento e ammontano a 40.178.853 di dollari³⁴.

Al primo posto tra i finanziatori dell'Organizzazione vi sono gli Stati Uniti, che hanno donato circa un miliardo di dollari (15,48 per cento). Segue immediatamente la Fondazione Bill & Melinda Gates, con più di 870 milioni di dollari (12,58 per cento) e la Germania, con quasi 600 milioni di dollari (10,26 per cento). È interessante notare che fino ai primi mesi del 2021, al primo posto vi era la Fondazione Bill & Melinda Gates, con oltre 610 milioni di dollari (11,8 per cento), al secondo la Germania, con più di 608 milioni di dollari (11,76 per cento) e al terzo gli Stati Uniti, con circa 376 milioni di dollari (7,27 per cento).

Risulta senza dubbio significativo che nei primi tre posti tra i principali donatori vi sia una fondazione privata. Tale dato, letto congiuntamente al quadro appena descritto, consente di svolgere alcune riflessioni. In primo luogo, l'Organizzazione vive e si nutre principalmente di finanziamenti volontari. Di questi, i Cvc – i più «preziosi», in quanto flessibili e non vincolati – rappresentano una percentuale infinitesimale del totale. Gli Ac superano di poco il decimo del totale. In secondo luogo, uno dei principali finanziatori in assoluto dell'OMS è una fondazione privata.

³⁴ I dati sono disponibili e in periodico aggiornamento su open.who.int/2022-23/contributors/contributor. Facendo riferimento ai dati dell'ultimo trimestre del 2020, il 65,78 per cento dei finanziamenti era composto dagli *specified voluntary contributions*, che ammontavano a 5.242.480.241 di dollari. Al secondo posto i finanziamenti previsti (il 13,85 per cento dei contributi, equivalente a 1.103.590.427,6 di dollari), seguiti dagli Ac (il 12,01 per cento del totale, corrispondente a 956.900.000 di dollari). I *thematic and strategic engagement funds* erano il 5,15 per cento del totale e pari a 410.489.866 di dollari. I contributi P1P il 2,55 per cento e 203.403.520 di dollari e, da ultimo, i Cvc che rappresentavano soltanto lo 0,66 per cento e ammontavano a 52.502.803 di dollari. Quanto, invece, al 2021 il 74,29 per cento dei finanziamenti era composto dagli *specified voluntary contributions* (6.489.622.595 di dollari), seguito dagli Ac (10,95 per cento, equivalente a 956.900.000 di dollari), dai *thematic and strategic engagement funds* (7,40 per cento, pari a 646.799.634 di dollari), dai finanziamenti previsti (4,24 per cento, 646.799.634 di dollari), dai Cvc (2,60 per cento, 226.891.314 di dollari) e, da ultimo, dai contributi P1P (0,51 per cento, 44.877.983 di dollari).

Il «combinato disposto» di questi dati consente di affermare che l'Organizzazione non potrebbe sopravvivere da sola, né delle sole quote di adesione versate dei membri³⁵. Ha bisogno della disponibilità economica degli Stati, così come questi ultimi – almeno sulla carta – necessitano dell'OMS. Anche i privati sono tuttavia fondamentali per impinguare le finanze dell'Organizzazione.

Ne deriva un delicato disegno di dipendenza, che lega indissolubilmente l'OMS ai suoi finanziatori e potrebbe non essere esente da critiche. Il pericolo, più o meno evidente, che sembrerebbe porsi nell'osservare tale stretto rapporto di connessione riguarda la capacità dell'Organizzazione di rimanere terza e «di tutti». L'avere degli Stati o dei privati (originari di alcuni Stati) «amici» potrebbe certamente contribuire ad alterare gli equilibri dell'Organizzazione, con il rischio che la stessa possa tendere – se non a favorire gli interessi dei maggiori contributori – quantomeno a non ingerirsi eccessivamente nei loro affari.

Occorre dare conto anche dell'esistenza di un fondo per le emergenze, il *Contingency Fund for Emergencies* (CFE). Tale fondo è stato pensato e realizzato al fine di fornire all'Organizzazione le risorse per rispondere rapidamente – spesso entro ventiquattro ore – ai focolai di malattie e alle emergenze sanitarie. L'utilizzo del fondo avrebbe infatti lo scopo di salvare il maggior numero possibile di vite umane, contenendo e controllando i focolai e consentendo all'OMS di migliorare la flessibilità delle operazioni per far fronte alle emergenze sanitarie³⁶. Il CFE, in altre parole, ha lo scopo di fornire finanziamenti immediati, nell'arco temporale che va dal momento in cui viene identificata la necessità di una risposta a una emergenza e il momento in cui gli altri fondi possono essere sbloccati.

Per far fronte all'epidemia da Covid-19 e per raccogliere finanziamenti destinati a combattere l'emergenza sanitaria, è stato istituito il *COVID-Solidarity Response Fund for WHO*³⁷. Le donazioni, che sono aperte a chiunque voglia contribuire, supportano il lavoro dell'OMS diretto a: monitorare e arginare la diffusione del virus; garantire che i pazienti ricevano le cure necessarie e che i lavoratori in prima linea abbiano a disposizione almeno le forniture essenziali; nonché per accelerare la ricerca e lo sviluppo di vaccini

³⁵ Come sottolineato da H. Caroli Casavola, *Il sistema di gestione delle epidemie al test del Covid-19*, in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. Palmieri, cit., 1683, l'OMS «[i]n altri termini, non è dotata di risorse sufficienti a esercitare in modo autonomo la propria funzione».

³⁶ www.who.int/emergencies/funding/contingency-fund-for-emergencies.

³⁷ Il fondo è stato istituito dall'OMS, dalla *United Nation Foundation* e dalla *Swiss Philanthropy Foundation*.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

e antidoti³⁸. All'OMS è stata destinata ad oggi una quota pari a oltre un miliardo di dollari³⁹.

3. L'OMS alla prova delle emergenze sanitarie

Uno dei compiti più rilevanti – e ovviamente più complessi – affidati all'OMS consiste nella gestione delle emergenze sanitarie e nel coordinamento delle misure adottate dagli Stati in relazione alle medesime.

Le esigenze legate alla necessità che la comunità internazionale desse risposta a gravi crisi sanitarie hanno iniziato a essere avvertite con forza a partire dagli inizi del ventunesimo secolo, «soprattutto nell'ottica del bilanciamento tra protezione dei diritti fondamentali ed impellenti esigenze di tutela della salute pubblica mondiale»⁴⁰.

A fronte del dilagare di eventi pandemici sempre più ricorrenti⁴¹, il RSI del 1969 si è mostrato, come si faceva cenno, in tutta la propria inadeguatezza. Un regolamento volto a fronteggiare meramente le c.d. malattie quarantenarie – che oltretutto erano indicate puntualmente all'interno del medesimo – non può certamente considerarsi capace di rispondere a eventi nuovi e diversi.

È per tali ragioni che l'OMS ha approvato il RSI del 2005 e, nelle more dell'adozione dello stesso, ha emanato altre raccomandazioni, linee-guida e progetti *ad hoc* per rispondere celermente alle emergenze. Ne rappresentano alcuni esempi il primo piano sulle pandemie influenzali del 1999⁴² e la creazione del *Global Outbreak Alert and Response Network* (GOARN) del 2000⁴³.

³⁸ I dati sono disponibili su www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/donate.

³⁹ Dati aggiornati a febbraio 2023.

⁴⁰ S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 110.

⁴¹ Si pensi, solo per citarne alcuni, alla Sars, all'aviarria, all'influenza suina e all'Ebola.

⁴² *Influenza Pandemic Plan. The Role of WHO and Guidelines for National and Regional Planning* (WHO/CDS/CSR/EDC/99.1), Geneva, Switzerland, April 1999. Il piano è sostituito nel 2005 dal *WHO global influenza preparedness plan: the role of WHO and recommendations for national measures before and during pandemics* (WHO/CDS/CSR/GIP/2005.5); nel 2009 con il *Pandemic influenza preparedness and response: a WHO guidance document*; nel 2013 con il *Pandemic Influenza Risk Management: WHO Interim Guidance* (WHO/HSE/HEA/HSP/2013.3) e nel 2017 con il *Pandemic Influenza Risk Management. A WHO guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response* (WHO/WHE/IHM/GIP/2017.1).

⁴³ Il GOARN è una «technical partnership», una rete globale istituita nel 2000 dall'OMS come meccanismo di rapida reazione e risposta alle principali emergenze internazionali sa-

Il RSI del 2005, tuttora in vigore, tenta di porre rimedio a tali problematiche essendo rivolto genericamente – come già anticipato – alla tutela della salute. Nel RSI del 2005 è rinvenibile, tra le altre, una rilevantissima novità, consistente nella definizione di «public health emergency of international concern» (PHEIC)⁴⁴. Una PHEIC è un «extraordinary event» che si ritiene possa costituire un rischio per la sanità pubblica in Stati diversi da quello in cui ha origine, a causa del pericolo di diffusione oltre i confini nazionali, e possa quindi potenzialmente richiedere una risposta internazionale coordinata.

Prima della pandemia da Covid-19 sono state quattro le crisi pandemiche internazionali a essere valutate e qualificate come emergenze sanitarie di rilevanza internazionale⁴⁵.

Il primo evento di questo tipo è costituito dalla influenza suina, causata dal virus A/H1N1, dichiarata PHEIC nell'aprile 2009 e cessata nel 2010. In questo primo caso le misure adottate dall'OMS avevano escluso la chiusura delle frontiere e le restrizioni agli spostamenti e si erano concretate in mere raccomandazioni per i viaggiatori⁴⁶. Il resto delle strategie era demandato agli Stati.

La seconda dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale ha avuto inizio nel 2014, si è protratta fino al 2017 e ha riguardato l'insorgere di focolai di poliomielite da poliovirus selvatico⁴⁷. Anche in questo caso l'OMS si è limitata a emanare raccomandazioni, che non riguardavano divieti o restrizioni a viaggi o al commercio e si rivolgevano piuttosto a esortare i Paesi colpiti dal virus alla vaccinazione dei gruppi vulnerabili.

La terza PHEIC è intervenuta nel mese di agosto 2014 ed è terminata nel marzo 2016 a seguito del dilagare del virus Ebola in Africa occidentale.

nitare. Gli obiettivi principali del GOARN consistono nell'assistenza dei paesi negli sforzi di controllo delle malattie, per mezzo di un rapido supporto tecnico alle popolazioni colpite, nell'indagine e nella tipizzazione degli eventi, nella valutazione dei rischi delle malattie epidemiche emergenti e nel sostegno alla preparazione dei rimedi ai focolai nazionali assicurando che le risposte. A tale rete si è fatto ricorso nel 2003, per esempio, per fronteggiare la Sars e l'influenza aviaria.

⁴⁴ In base all'art. 12, RSI 2005. La PHEIC è definita dall'art. 1 del regolamento come un evento che «constitute[s] a public health risk to other States through the international spread of a disease» e che «potentially require[s] a coordinated international response».

⁴⁵ Per una ricostruzione puntuale, S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 123 ss.

⁴⁶ Sostanzialmente quella di rivolgersi al proprio medico per le persone che, di ritorno da viaggi internazionali, avessero sviluppato dei sintomi compatibili con la malattia.

⁴⁷ I focolai sono stati rinvenuti in Afghanistan, Cameroon, Etiopia, Guinea equatoriale, Israele, Nigeria, Pakistan, Siria e Somalia.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

In questo caso, data la particolare virulenza del morbo, le raccomandazioni adottate dall'OMS sono state volte a limitare gli spostamenti delle persone con sintomi riconducibili all'Ebola e imporre restrizioni ai viaggi internazionali dei positivi e dei contatti. Altre misure sono state dirette allo *screening* delle persone in partenza da aeroporti, porti e via terra dai Paesi colpiti, oltre che all'isolamento dei casi confermati o sospetti di infezione.

La quarta dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale è riconducibile al virus Zika e risale al febbraio 2016, con termine a novembre 2016, quando l'OMS qualificava come PHEIC i casi di microcefalia e altri disturbi di tipo neurologico in Brasile.

Date queste premesse, occorrerà nei paragrafi che seguono analizzare le misure adottate dall'OMS per far fronte al dilagare di epidemie *pre-RSI* del 2005 (come nel caso della Sars) e *post-regolamento* (come per l'Ebola e, da ultimo, per il Covid-19).

3.1. La Sars e il vecchio RSI

La *Sever Acute Respiratory Syndrome* (Sars) è una malattia infettiva causata dal virus SARS-CoV, facente parte della famiglia dei c.d. coronavirus, agenti patogeni responsabili di infezioni animali e umane. La patologia è stata identificata nel febbraio 2003 quando si è manifestata in alcune aree del Sud-Est Asiatico e si è poi rapidamente propagata in ventisei Stati, contando più di ottomila casi di contagio.

Già nel mese di luglio del 2003 l'OMS dichiarava spezzata la catena del contagio, non prima di essersi resa protagonista della risposta internazionale⁴⁸. Nonostante non vi fosse stata una dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale – anche perché la malattia si è diffusa in un momento antecedente rispetto all'adozione del regolamento del 2005 – le attività poste in essere dall'OMS risultano di interesse per comprendere se (ed eventualmente in che modo) l'approccio dell'Organizzazione nei confronti dei morbi altamente contagiosi sia mutato nel tempo.

Sebbene la Sars non rientrasse – come già anticipato – nel raggio di azione disegnato dal RSI del 1951, l'Organizzazione ha gestito l'epidemia chiedendo agli Stati di adottare misure precauzionali volte a interrompere la catena del contagio e, quindi, la propagazione della malattia⁴⁹. Nel rispon-

⁴⁸ S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 111 ss.

⁴⁹ Per esempio, WHO, *Alert, verification and public health management of SARS in the post-outbreak period*, 14 August 2003; WHO *guidelines for the global surveillance of severe acute*

dere all'epidemia di Sars, l'OMS ha infatti percorso «three important and unprecedented steps»⁵⁰.

L'Organizzazione ha anzitutto riposto molto affidamento in fonti di informazione non governative al fine di poter identificare e tracciare la diffusione della Sars. Ciò ha permesso all'OMS di poter ottenere notizie sull'epidemia, nonostante l'atteggiamento spesso «ostile» mantenuto dalla Cina, che continuava a sminuirne la gravità.

Tale primo punto ha consentito all'Organizzazione – ed è questo il secondo *step* – di criticare apertamente l'operato della Cina nella gestione dell'emergenza (con conseguente collaborazione del Paese, una volta che la gravità dei fatti era divenuta ormai innegabile).

L'OMS ha da ultimo emesso i c.d. *travel advisories* – diretti alle compagnie aeree e agli stessi viaggiatori – con i quali suggeriva in sostanza di posticipare tutti i viaggi non essenziali verso «Sars-affected locations»⁵¹.

L'Organizzazione, alla quale va comunque attribuito in sostanza il vittorioso attacco alla Sars, ha agito essenzialmente senza che vi fosse una concreta attribuzione di specifici poteri. Come anticipato, infatti, il RSI del 1951 non prevedeva precisi meccanismi di risposta in capo all'Organizzazione e aveva un campo di azione limitato ad alcune specifiche malattie. L'OMS si è dunque mossa in una sorta di impiego di poteri speciali, dovuti alla necessità di rispondere repentinamente alla emergenza in atto.

Ciò ha comportato la reazione immediata del governo canadese. Il *travel advisory* diretto a Toronto ha infatti avuto un destino controverso, in quanto minacciava di incidere profondamente sull'economia della città e il governo canadese ha persuaso l'OMS a ritirare l'avviso in soli tre giorni.

Quanto appena evidenziato serve, da un lato, a mostrare come – durante il dilagare dell'epidemia da Sars – l'Organizzazione abbia agito incidendo sulle decisioni dei diversi Stati anche senza una solida base normativa che le conferisse tali poteri. Al di fuori di qualsiasi tipo di previsione normativa, quindi, l'OMS ha deciso di operare in vista della tutela del bene comune della salute pubblica.

respiratory syndrome (SARS). Updated recommendations (WHO/CDS/CSR/ARO/2004.1), October 2004.

⁵⁰ J. Benton Heath, *SARS, the 'Swine Flu' Crisis and Emergency Procedures in the WHO*, in *Global Administrative Law: The Casebook*, edited by B. Carotti, L. Casini, S. Cassese, E. Cavalieri and E. MacDonald, cit., 149.

⁵¹ Erano incluse in queste «locations» Pechino, la provincia di Guangdong, Taipei, Hong Kong e Toronto. Tali avvisi sono stati basati sostanzialmente «on three criteria – the magnitude of the outbreak, the extent of local chains of transmission, and evidence that travelers were exporting the disease from that location to other countries». J. Benton Heath, *op. cit.*, 149.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

Dall'altro lato, tuttavia, il comportamento tenuto dal Canada – che si è ribellato con successo alle limitazioni «suggerite» dall'Organizzazione – aiuta a sottolineare come finanche prima del RSI del 2005 le prerogative dell'OMS potessero essere messe in discussione dagli Stati. Ne consegue che resta di fatto, anche dopo l'adozione del regolamento del 2005, «the WHO's general inability to ensure State compliance with the International Health Regulations»⁵².

3.2. *L'Ebola e il nuovo RSI*

La malattia causata dal virus Ebola (*Ebola virus disease* – EVD), già nota come *Ebola haemorrhagic fever*, è una malattia grave che colpisce gli esseri umani e altri primati⁵³. I primi focolai di Ebola si sono rintracciati in remoti villaggi della Guinea a partire dalla fine del 2013.

Il caso Ebola, per le gravi conseguenze e per il contesto di origine (Paesi africani in precarie condizioni politico-economiche), «ha così posto al centro del dibattito giuridico [...] il fenomeno delle emergenze sanitarie complesse in Paesi in via di sviluppo, alimentando in relazione ad esso una serie di analisi e proposte» relative in particolare: all'efficacia e ai limiti degli strumenti internazionali disponibili per contrastarle; al ruolo dei soggetti coinvolti in tale azione accanto agli Stati e, quindi, al compito svolto dalla cooperazione; ai «(possibili) nuovi strumenti di cui l'azione internazionale potrebbe avvalersi per accrescere la propria efficacia»⁵⁴.

In tale contesto un ruolo fondamentale è stato giocato dall'OMS – sia prima, sia successivamente alla importante risoluzione n. 2177/2014 del Consiglio di sicurezza delle NU⁵⁵ – con azioni rivolte alla cooperazione con

⁵² J. Benton Heath, *op. cit.*, 151.

⁵³ È spesso fatale, con un tasso medio di mortalità che ammonta a circa il cinquanta per cento dei casi. Il virus è trasmesso alle persone da animali selvatici, quali pipistrelli e isticri e successivamente si diffonde tra la popolazione tramite contatto diretto con sangue, secrezioni, fluidi corporei, nonché con superfici contaminate. Per i dati, si viti il sito ufficiale dell'OMS, alla pagina www.who.int/health-topics/ebola/#tab=tab_1.

⁵⁴ C.M. PONTECORVO, *La gestione internazionale delle emergenze sanitarie globali alla luce del caso Ebola: "quid novi"?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, n. 3, 589 s.

⁵⁵ UN, S/RES/2177 (2014), 18 September 2014, reperibile su [undocs.org/en/S/RES/2177\(2014\)](http://undocs.org/en/S/RES/2177(2014)). In tale circostanza le NU hanno stabilito che «the unprecedented extent of the Ebola outbreak in Africa constitutes a threat to international peace and security». Per una ricostruzione dettagliata e puntuale delle misure assunte dalle NU e della loro natura, si rinvia a S. Urbinati, *L'epidemia di Ebola in Africa occidentale come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali: quale ruolo per il Consiglio di sicurezza?*, in *Riv. dir. intern.*, 2016; e a P. Acconci,

altri soggetti⁵⁶, nonché con misure (normative e operative⁵⁷) dirette al contenimento dell'epidemia.

L'OMS ha ricevuto la notifica del dilagare della malattia nel marzo del 2014, a seguito dell'aumento dei contagi in Guinea e al riscontro di altri possibili casi in Liberia e Sierra Leone, e ha dichiarato l'esistenza di una epidemia di Ebola in Africa occidentale, che è stata poi riconosciuta quale PHEIC l'8 agosto 2014⁵⁸.

Contemporaneamente – e alla luce delle valutazioni compiute dal Comitato di emergenza, istituito a seguito della notifica da parte degli Stati – l'OMS ha adottato diverse misure, aggiornate successivamente in base all'evolversi della situazione emergenziale⁵⁹. Tali misure si concretizzano in particolare in *temporary recommendations* emanate dal Direttore generale (come tali, prive del carattere cogente).

Responses of International Organizations to the Health Emergency Due to the Covid-19. A First Impression, in *Riv. dir. intern.*, 2020, 428 ss.

⁵⁶ Tali azioni hanno consistito sostanzialmente nella direzione tecnica e nel sostegno degli sforzi realizzati a livello nazionale, regionale e internazionale contro l'epidemia (ruolo avallato dalla Risoluzione delle NU n. 2177/2014).

⁵⁷ Tra queste, rientrano: «i) la gestione degli aiuti (sanitari, tecnici, finanziari e logistici), ii) il controllo dell'infezione, iii) la trasmissione corretta dei dati riguardanti l'epidemia, iv) la ricostruzione dei contatti avuti dai soggetti malati nel corso della fase di incubazione, e v) la collaborazione tra Stati di origine del contagio e Stati con essi confinanti. Inoltre, al fine di consentire la realizzazione di tali attività, l'OMS a) ha inviato i propri esperti e consulenti nei Paesi direttamente interessati dal contagio, b) ha elaborato piani di azione per assistere tali Stati nella revisione e adeguamento dei propri piani nazionali e per coordinare il sostegno internazionale per la loro attuazione, c) ha sollecitato gli Stati e le società aeree e navali a togliere, da un lato, le restrizioni alla circolazione delle persone provenienti dai Paesi direttamente interessati dal contagio, e, dall'altro, le sospensioni dei collegamenti con tali Paesi, d) si è infine attivata per la realizzazione di un vaccino (poi sviluppato e sperimentato, con esiti positivi, nel corso del 2016)». C.M. Pontecorvo, *La gestione internazionale delle emergenze sanitarie globali alla luce del caso Ebola: "quid novi"?*, cit., 593.

⁵⁸ S. Urbinati, *L'epidemia di Ebola in Africa occidentale come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali: quale ruolo per il Consiglio di sicurezza?*, in *Riv. dir. intern.*, 2016, 826 s. L'Autrice specifica che «i casi, confermati e non, erano circa 103 e i decessi 66». L'emergenza è stata dichiarata di rilevanza internazionale quando i contagi ammontavano a 1.711 e i decessi a 932 e anche la Nigeria aveva denunciato alcuni casi sul suo territorio. L'epidemia che si è protratta tra gli anni 2014 e 2016 in Africa occidentale è stata la più grande e complessa epidemia di Ebola da quando il virus è stato scoperto nel 1976.

⁵⁹ Si vedano, in particolare, WHO, *Statement on the 1st meeting of the IHR Emergency Committee on the 2014 Ebola outbreak in West Africa*, 8 August 2014; WHO, *Statement on the 2nd meeting of the IHR Emergency Committee regarding the 2014 Ebola outbreak in West Africa*, 22 September 2014; WHO, *Statement on the 3rd meeting of the IHR Emergency Committee regarding the 2014 Ebola outbreak in West Africa*, 23 October 2014.

il ruolo dell'oms nella governance della salute alla prova delle emergenze

In base a queste considerazioni, nonché sul rilievo relativo al fatto che diversi Stati non hanno attuato le disposizioni del RSI del 2005, risultano ancora una volta in maniera evidente «i noti gravi limiti di efficacia che, stante anche la nota carenza nel quadro del RSI di strumenti sanzionatori con i quali poter imporre il rispetto delle sue disposizioni, in tali occasioni il sistema di risposta alle epidemie dell'OMS basato sul RSI mostra di avere»⁶⁰.

Ne è risultato che «altre istituzioni (*rectius*, organi del sistema delle Nazioni Unite) quali il Consiglio di sicurezza e – soprattutto – il Segretario generale, nel corso dell'emergenza Ebola hanno intrapreso, a fronte di una situazione di eccezionale gravità ed urgenza, iniziative rilevanti e *sui generis*, a titolo, per così dire, di “supplenza necessitata”»⁶¹.

3.3. La pandemia da Covid-19

Il 31 dicembre 2019, l'OMS ha ricevuto comunicazione da parte delle autorità cinesi del verificarsi sul proprio territorio di focolai di polmonite, derivanti da causa ignota e rilevati nella città di Wuhan, nella provincia cinese di Hubei⁶². Tale comunicazione è stata resa nota il 5 gennaio 2020 da parte della Organizzazione, che si è successivamente riunita il 22 e il 23 gennaio 2020⁶³.

Le informazioni fornite dalla Cina all'OMS hanno riguardato, in particolare, le misure che lo Stato ha adottato: ha tentato innanzitutto di arginare il dilagare del contagio, isolando i soggetti con sintomi e i loro contatti; ha analizzato la sintomatologia, evidenziando che la maggior parte dei pazienti

⁶⁰ C.M. Pontecorvo, *La gestione internazionale delle emergenze sanitarie globali alla luce del caso Ebola: “quid novi”?*, cit., 595.

⁶¹ C.M. Pontecorvo, *op. loc. cit.*

⁶² Molti dei casi iniziali sono stati ricondotti al *Wuhan's South China Seafood City market*, ponendo in rilievo il tema della possibile trasmissione da animali vivi. Il 9 gennaio 2020, il China CDC (il Centro per il controllo e la prevenzione delle malattie della Cina) ha identificato un nuovo coronavirus alla base di tale patologia, provvisoriamente rinominato 2019-nCoV, confermando le autorità cinesi la trasmissione inter-umana del virus. Si veda Senato della Repubblica – Servizio Affari internazionali, *L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e la pandemia da nuovo coronavirus SARS-CoV-2*, 2 aprile 2020.

⁶³ Quanto alla comunicazione, si veda WHO, *Pneumonia of Unknown Cause – Cina, Disease Outbreak News*, 5 January 2020 (www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/). Successivamente sono state emanate: WHO, *Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 23 January 2020 ([www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](http://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))).

mostrava febbre, difficoltà respiratorie e – dagli esami radiografici – lesioni a entrambi i polmoni; ha segnalato quarantaquattro casi sospetti, di cui undici gravemente malati⁶⁴.

L'OMS, in un primo momento, non ha raccomandato alcuna misura specifica che fosse restrittiva della libertà di circolazione e del commercio. Ha istituito invece un Comitato di emergenza, affinché valutasse la gravità degli avvenimenti e definisse eventualmente l'emergenza come di rilevanza internazionale. L'analisi del Comitato non ha condotto a una immediata dichiarazione di PHEIC, essendosi il medesimo limitato a sollecitare le autorità cinesi a fornire maggiori informazioni, funzionali a una valutazione del rischio più adeguata.

Dell'atteggiamento prudente tenuto dal Comitato di emergenza si sono date, in dottrina, interpretazioni in parte diverse, pur se sostanzialmente convergenti verso il medesimo assunto: l'impossibilità (o l'incapacità) dell'OMS di rispondere tempestivamente e autonomamente alle emergenze sanitarie.

Secondo una visione più «clemente», l'OMS non godrebbe degli strumenti adeguati per procedere in autonomia alla sorveglianza e alla raccolta delle informazioni relative al dilagare di una malattia, risultando inevitabilmente dipendente dalle notizie fornite dallo Stato – o dagli Stati – colpiti e dalla loro inclinazione a cooperare⁶⁵.

In base alla linea interpretativa più «dura», vi sarebbe dietro la mancata immediata dichiarazione di PHEIC «la consapevolezza dell'assenza dei poteri d'intervento necessari e la strutturale dipendenza dell'Organizzazione dagli Stati parti. Ciò induce, nei casi di notifiche e comunicazioni provenienti da regimi non democratici, ad un approccio *soft* o troppo deferente, non pregiudizievole di cooperazione futura»⁶⁶.

⁶⁴ Aspre critiche sono state mosse alla Cina con riferimento alla carenza di tempestività che avrebbe dimostrato con riferimento alla notifica iniziale dell'«health event» riscontrato sul proprio territorio, in relazione all'art. 6, RSI 2005 (che impone allo stato di notificare rapidamente, e comunque «within 24 hours of assessment of public health information» gli eventi che possono costituire un'emergenza sanitaria). Per C.M. Pontecorvo, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, cit., 206, «[l']intempestiva iniziale notifica all'OMS, da parte delle autorità cinesi, dell'evento occorso ed in atto, potrebbe forse altresì configurare una (indiretta) violazione, da parte di tali autorità, degli obblighi posti dall'art 12.2 del Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti economici, sociali e culturali con riferimento al diritto alla salute quale bene giuridico tutelato dal diritto internazionale». Altri appunti mossi alla Cina hanno riguardato la severità delle misure adottate e relative, in particolare, alla limitazione della libertà di circolazione e alla sorveglianza massiccia.

⁶⁵ C.M. PONTECORVO, *op. cit.*, 200.

⁶⁶ H. Caroli Casavola, *Il sistema di gestione delle epidemie al test del Covid-19*, in *Oltre la*

il ruolo dell'oms nella governance della salute alla prova delle emergenze

La PHEIC è stata dichiarata soltanto dopo l'incontro del Comitato di sicurezza del 30 gennaio 2020⁶⁷. È immediatamente successiva (3 febbraio 2020) la predisposizione, da parte dell'Organizzazione, del c.d. *Strategic preparedness and response plan*⁶⁸, un piano di azione indirizzato agli Stati e contenente le misure sanitarie necessarie ad affrontare l'emergenza in atto. Il piano è predisposto, in particolare, con lo scopo di sottolineare «the public health measures that the international community stands ready to provide to support all countries to prepare for and respond to 2019-nCoV»⁶⁹, al fine di guidare gli sforzi verso la stesura di piani operativi nazionali e regionali⁷⁰.

L'11 febbraio 2020, l'OMS ha infine annunciato che la malattia respiratoria causata dal 2019-nCoV è stata chiamata Covid-19 (*Corona Virus Disease*). Risale esattamente a un mese dopo – all'11 marzo 2020 – la dichiarazione del Direttore generale volta a classificare il Covid-19 come una pandemia, definendola «a controllable pandemic»⁷¹. Tale decisione è stata presa, si legge nel documento, «for two main reasons: first, because of the speed and scale of transmission. [...] The second reason is that despite our frequent warnings, we are deeply concerned that some countries are not approaching this threat with the level of political commitment needed to control it». Accanto alla velocità e la portata della trasmissione, quindi, il problema fondamentale evidenziato dall'Organizzazione è stato lo scarso livello di impegno politico profuso dagli Stati nel fronteggiare il dilagare della malattia.

Nel medesimo documento è possibile rinvenire la strategia, in quattro

pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19, a cura di G. Palmieri, cit., 1686. Aggiunge l'Autrice che le disfunzioni di tale sistema siano «collegabili principalmente al carattere autoritario del regime politico cinese, “per sua natura indotto a trasgredire i vincoli che esso stesso ha accettato nei rapporti internazionali”». Fu la stessa Cina infatti a occultare in un primo momento i dati sanitari attestanti il contagio da uomo a uomo (con metodi anche estremi, come la censura e l'arresto dei medici che li avevano diffusi).

⁶⁷ WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020 ([www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](http://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))).

⁶⁸ Disponibile all'indirizzo: www.who.int/publications/i/item/strategic-preparedness-and-response-plan-for-the-new-coronavirus.

⁶⁹ WHO, *Strategic preparedness and response plan*, 4 February 2020, 1.

⁷⁰ I tre obiettivi principali del piano erano quelli di: stabilire un coordinamento internazionale, al fine di fornire supporto strategico, tecnico e operativo; migliorare la preparazione e la risposta dei Paesi, tracciando e limitando i contatti e istruendo la popolazione; accelerare la ricerca e l'innovazione, per poter brevettare prima possibile antidoti o vaccini.

⁷¹ WHO, *Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID-19*, 12 March 2020. www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---12-march-2020.

punti, che a parere dell'OMS gli Stati avrebbero dovuto adottare, sottolineando come la stessa Organizzazione stesse lavorando giorno e notte per sostenere tutti i Paesi.

Primariamente, «prepare and be ready»⁷². In secondo luogo, «detect, prevent and treat»⁷³. In terzo luogo, «reduce and suppress»⁷⁴. Da ultimo, «innovate and improve»⁷⁵.

L'Organizzazione ha inoltre predisposto delle *Country & Technical Guidance*, nonché delle *Q&As on COVID-19 and related health topics*⁷⁶.

L'OMS ha dunque assunto la posizione di «ente internazionale di riferimento nella sua gestione»⁷⁷, con informazioni dettagliate e aggiornate sull'evoluzione della pandemia e sulle misure adottate dai diversi Stati. Ha proceduto, inoltre, a condurre una azione di guida e assistenza, orientamento della risposta internazionale e coordinamento della ricerca sui vaccini.

Quest'ultimo aspetto risulta particolarmente rilevante, essendo ormai inequivocabilmente chiaro che l'unica risposta efficace per contrastare la diffusione del Covid-19 coincide con la realizzazione di vaccinazioni di massa e l'immunizzazione della maggior parte della popolazione mondiale.

È per tale ragione che l'OMS ha riservato particolare attenzione alla sperimentazione di nuovi vaccini e ha predisposto il c.d. piano Covax, una iniziativa solidale volta a consentire l'accesso globale equo alle vaccinazioni⁷⁸. Il piano si pone tre ambiziosi obiettivi: accelerare lo sviluppo di vaccini

⁷² Predisponendo le strutture sanitarie e istruendo le popolazioni.

⁷³ Non si può combattere un nemico che non si conosce e che non si sa individuare. È per questo motivo che risulta necessario istituire una solida sorveglianza per trovare, isolare, testare e trattare ogni caso, affinché sia possibile interrompere le catene di trasmissione.

⁷⁴ Fondamentale è ridurre il contagio, individuandone la linea e mettendo al riparo soprattutto le categorie più deboli e i punti fondamentali, come le strutture sanitarie.

⁷⁵ Tale punto è realizzabile solo se si procede a uno studio approfondito del fenomeno, delle conseguenze e delle soluzioni.

⁷⁶ Le prime sono disponibili su: www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance. Le seconde su: www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub. È stata prevista anche la possibilità di chiedere informazioni via Whatsapp: www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-health-alert-brings-covid-19-facts-to-billions-via-whatsapp.

⁷⁷ C.M. Pontecorvo, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, cit., 202.

⁷⁸ Covax è uno dei pilastri – quello dedicato ai vaccini – dell'acceleratore *Access to Covid-19 Tools (ACT)*. *ACT Accelerator* è una collaborazione globale rivoluzionaria per accelerare lo sviluppo, la produzione e l'accesso equo ai test, ai trattamenti e ai vaccini Covid-19. Il programma Covax, nello specifico, è guidato – oltre che dall'OMS – dalla *Coalition for Epidemic Preparedness Innovations (CEPI)* e Gavi (*The Vaccine Alliance*), insieme al partner chiave per le consegne UNICEF.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

sicuri ed efficaci contro il Covid-19; sostenere la creazione di capacità di produzione e lavorare con governi e produttori per garantire un'allocazione equa dei vaccini per tutti i Paesi. Finora Covax ha inviato quasi due miliardi di vaccini in 146 Paesi⁷⁹.

La necessità di predisporre meccanismi che consentano l'accesso ai vaccini anche alle popolazioni più povere evidenzia due questioni fondamentali.

Innanzitutto – e ancora una volta – la necessità che l'OMS abbia il sostegno degli Stati più ricchi. Il piano Covax sarebbe certamente destinato a fallire se l'Organizzazione prescindesse dai finanziamenti di Stati e privati.

In secondo luogo, si pone con dirompenza il tema dei brevetti, dal quale discendono almeno due considerazioni⁸⁰. Sul piano etico, è accettabile che un farmaco potenzialmente in grado di contribuire alla risoluzione di una pandemia in atto – con gravissime perdite umane – possa mantenere un brevetto privato in luogo di una liberalizzazione che consentirebbe agli Stati di produrre autonomamente le dosi necessarie? Su un piano più tecnico, invece, occorre tenere in debita considerazione che molti Paesi hanno acquistato vaccini sostanzialmente «a scatola chiusa», durante la fase di sperimentazione, con assunzione di un «rischio imprenditoriale alla stregua di aziende private»⁸¹.

Anche in relazione alle vaccinazioni, dunque, l'OMS appare relegata a un piano del tutto marginale e che può essere descritto come un doppio nodo che la lega inscindibilmente agli Stati. L'Organizzazione mantiene il

⁷⁹ I vaccini sono resi disponibili per i Paesi con economie meno avanzate grazie al meccanismo denominato *Advance Market Commitment* (Covax AMC), che finanzia i vaccini in fase di sperimentazione e li acquista una volta approvati. Tale meccanismo necessita comunque della partecipazione dei Paesi più ricchi, oltre che dei *partner* privati. Qui i dati aggiornati: www.gavi.org/covax-vaccine-roll-out.

A fine 2023, i vaccini approvati sono 64. Per questa e per altre informazioni utili: www.unicef.org/supply/covid-19-market-dashboard.

⁸⁰ Dei rischi connessi alla questione del riconoscimento brevettuale di un eventuale vaccino anti Covid-19 aveva parlato M. Celepija, *Quale protezione per il diritto alla salute nello spazio giuridico internazionale al tempo del CoViD-19? La "metafora dell'ombrello" come schema interpretativo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 3, 173 ss.

⁸¹ T. Buscemi, *Vaccini e brevetti: quello che le holding e i governi non dicono*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 febbraio 2021 (www.econopoly.ilsole24ore.com/2021/02/18/vaccini-brevetti-governi/). «Il tema è strettamente legato al mantra del collegamento tra salute ed economia. La liberalizzazione dei brevetti e il loro utilizzo come bene pubblico comporterebbe una produzione su larga scala in tempi molto più rapidi mettendo i paesi in sicurezza e garantendo l'accesso anche ai paesi in via di sviluppo. [...] Bisognerebbe forse avere più coraggio e cogliere il grande messaggio che il 12 dicembre 1997 ci ha lasciato Nelson Mandela, la salute è un bene pubblico».

(limitato) potere di approvare i vaccini che possono essere inseriti nel piano Covax. Quest'ultimo, tuttavia, non ha alcuna possibilità di funzionare senza il contributo, come si diceva, di Stati e privati. I brevetti che proteggono i vaccini, oltretutto, non sono scalfibili dai poteri dell'Organizzazione e – al contempo – precludono l'accesso alle vaccinazioni (quanto meno) alle popolazioni dei Paesi con economie meno sviluppate⁸².

Occorre valutare da ultimo il ruolo e l'influenza che l'Oms ha avuto e ha a livello europeo e nazionale per poi tentare di delineare alcune riflessioni conclusive.

4. Le risposte e l'adattamento europeo e nazionale alle sollecitazioni dell'Oms

Già a partire dalla nascita dell'Oms e con ancora più forza a seguito degli eventi correlati al dilagare della Sars, come si è anticipato in premessa, si sono poste le basi per il superamento della c.d. logica dell'emergenza⁸³. Tale cambiamento è stato fortemente voluto dall'Organizzazione, richiesto a tutti gli Stati e ha implicato un atteggiamento rivolto alla prevenzione, alla preparazione e all'adeguamento dei sistemi sanitari (ad esempio, tramite i piani pandemici nazionali, adottati ai sensi dell'art. 5, RSI 2005).

L'adattamento del livello sovranazionale agli obiettivi perseguiti dal sistema internazionale è avvenuto agli inizi del secondo decennio del ventunesimo secolo grazie all'adozione di «norme comuni di sicurezza sanitaria e sorveglianza epidemiologica»⁸⁴. L'ordinamento europeo ha sostanzialmente dato attuazione all'art. 168 TFUE⁸⁵ con la decisione n. 1082/2013/UE, adottata con l'obiettivo di sostenere la cooperazione e il coordinamento tra gli

⁸² L'incapacità dell'Oms di incidere nelle scelte statali è stata resa evidente quando l'Italia e altri Paesi hanno deciso di sospendere – in via precauzionale e temporanea – la somministrazione del vaccino AstraZeneca, nonostante il parere contrario dell'Organizzazione.

⁸³ In questi termini, H. Caroli Casavola, *Il sistema di gestione delle epidemie al test del Covid-19*, in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. Palmieri, cit., 1687.

⁸⁴ H. Caroli Casavola, *op. cit.*, 1687 s. La base giuridica risulta essere l'art. 168 TFUE, ai sensi del quale: «1. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. [...] 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti in materia di sanità pubblica».

⁸⁵ La decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute di carattere transfrontaliero. Tale decisione, si legge nell'art. 1, stabilisce norme «in materia di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio,

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

Stati membri per prevenire e controllare la diffusione transfrontaliera delle malattie.

I rinvii presenti nella decisione al RSI sono molteplici ed evidenziano l'esistenza di un sistema di *checks and balances* tra l'Unione europea e l'OMS⁸⁶. L'Unione europea, in questo senso, svolge una funzione di coordinamento degli indirizzi sanitari nazionali che si snoda nella collaborazione tra il *Regional Office for Europe* dell'OMS, la Commissione europea e lo *European Centre for Disease Prevention and Control* (ECDC)⁸⁷.

Al livello nazionale rileva primariamente l'art. 117, c. 2, lett. q), Cost., ai sensi del quale la potestà legislativa dello Stato è esclusiva nella materia della «profilassi internazionale». La potestà è invece concorrente per quel che concerne la «tutela della salute»⁸⁸. In questo senso e con specifico riferimento alla pandemia da Covid-19, l'approccio tenuto nella gestione dell'emergenza sembrerebbe mostrare una distorsione. Stato e regioni infatti parrebbero aver agito «nella materia della sanità, che è ripartita tra Stato e Regioni. Invece si tratta della materia “profilassi internazionale”, che spetta solo allo Stato»⁸⁹.

allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero [...] allo scopo di coordinare e integrare le politiche nazionali».

⁸⁶ All'art. 2 della decisione si legge, ad esempio, che la medesima si estende alle misure di sanità pubblica relative a gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, come «eventi che possano costituire emergenze di sanità pubblica di portata internazionale conformemente al RSI».

Ancora, ai sensi dell'art. 9, le autorità nazionali competenti comunicano all'OMS eventi che possono costituire emergenze di sanità pubblica di portata internazionale – a norma dell'art. 6, RSI 2005 – tramite notifica immediata, a condizione che la minaccia in questione rientri fra quelle previste all'art. 2, par. 1, della decisione.

La Commissione, da ultimo, può riconoscere una situazione di emergenza sanitaria pubblica in relazione a epidemie di influenza umana ritenute potenzialmente pandemiche, nel caso in cui il Direttore generale dell'OMS ne sia stato informato e non abbia ancora adottato alcuna decisione e il morbo costituisca la messa in pericolo per la sanità al livello dell'Unione.

⁸⁷ Si veda, in particolare, H. Van Kolschooten, *EU Coordination of Serious Cross-Border Threats to Health: The Implications for Protection of Informed Consent in National Pandemic Policies*, in 10 (4) *European Journal of Risk Regulation* (2019), 635 ss.

⁸⁸ Ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost.: «Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: [...] tutela della salute». Il quadro è colorato anche dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, che prevede all'art. 6, c. 1, lett. b) che siano di competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti «la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizoozie»

⁸⁹ In questi termini, S. Cassese, *La lotta alla pandemia è competenza dello Stato*, in *Corriere della Sera*, 26 febbraio 2021. Ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost.: «Sono materie di legislazione

Il quadro normativo nazionale è complicato da numerose altre disposizioni⁹⁰, nonché dalla «rete delle istituzioni competenti»⁹¹.

In Italia, inoltre, il rafforzamento delle tecnostrutture e l'aumento degli investimenti nel settore della prevenzione si sono posti in linea con quanto realizzato e richiesto a livello europeo e, anzitutto, internazionale (OMS). Tale sviluppo si è avuto principalmente, a partire dal 2005, con l'approvazione del Piano nazionale per la prevenzione (PNP)⁹² e dei Piani regionali per la prevenzione (PRP). L'ultimo PNP è stato adottato il 6 agosto 2020 ed è valido per gli anni 2020–2025.

Sulla scorta delle raccomandazioni dell'OMS è stato inoltre predisposto il Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PANFLU 2021–2023)⁹³. Sullo stesso documento sono stati

concorrente quelle relative a: [...] tutela della salute». Il riferimento è in particolare all'Ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4 della Corte costituzionale emessa in un giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 1, in cui la Corte ha ritenuto che: «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.».

L'Autore aveva evidenziato la necessità che lo Stato si riappropriasse della propria competenza nella lotta alla pandemia già in altre occasioni: S. Cassese, *Di fronte al virus*, in *Il Foglio*, 3 marzo 2020; S. Cassese, *Anziché decidere il governo negozia ma alla Sanità serve coordinamento*, in *Il Messaggero*, 22 ottobre 2020.

⁹⁰ Rileva il r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (il Testo unico delle leggi sanitarie), nonché il r.d. 19 luglio 1906, n. 466 (regolamento per la esecuzione della legge riguardante l'assistenza sanitaria, la vigilanza igienica e la igiene degli abitanti dei Comuni del Regno). Secondo H. Caroli Casavola, *Il sistema di gestione delle epidemie al test del Covid-19*, in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. Palmieri, cit., 1688, «[b]en 83 articoli del Testo unico delle leggi sanitarie e 108 di un risalente regolamento sanitario recano dettagliate misure “contro le malattie infettive e sociali”».

Si aggiunga, da ultimo, il d.m. 15 dicembre 1990, modificato dal d.P.C.M. 3 marzo 2017, recante «Identificazione dei sistemi di sorveglianza e dei registri di mortalità, di tumori e di altre patologie», che rappresenta appunto la disciplina del Sistema di sorveglianza delle malattie infettive.

⁹¹ H. Caroli Casavola, *op. cit.*, 1689. Della rete fanno parte «il Ministro della salute, titolare delle funzioni di sanità pubblica, con la sua articolazione interna, il Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie-Ccm (preposto, fra l'altro, al coordinamento tra il Ministero e le regioni), il Consiglio superiore di sanità, l'Istituto superiore di sanità (Iss) e quasi cento aziende-unità sanitarie locali. All'interno di queste ultime operano le “tecnostrutture” cruciali per fronteggiare il problema complesso del contrasto delle malattie altamente contagiose: i dipartimenti di prevenzione o d'igiene».

⁹² Il Piano nazionale è stato adottato per i trienni 2005–2008 (prorogato al 2009), 2010–2012 (prorogato al 2013), e 2014–2018 (prorogato al 2019).

⁹³ Tale Piano si pone quattro obiettivi principali: pianificare le attività in caso di pandemia influenzale; definire ruoli e responsabilità dei diversi soggetti a livello nazionale e

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

acquisiti – a seguito del raggiungimento dell'accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni – i pareri resi dall'Istituto Nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), dal Consiglio Superiore di Sanità (Css), dall'Istituto Superiore di Sanità (Iss).

Nonostante quindi la sollecitazione all'aggiornamento o alla stesura di tali piani derivi direttamente dall'OMS, il loro controllo si limita a un livello «domestico», contribuendo tale fattore a riaffermare la concreta non incisività degli interventi dell'Organizzazione.

Le problematiche di fondo, deve ammettersi, non sembrano riconducibili tanto alla *compliance* sovranazionale e nazionale agli indirizzi dell'OMS. L'Unione europea e l'Italia sembrano infatti aver risposto – nel tempo e anche più di recente – al coordinamento promosso dall'Organizzazione. I nodi si stringono e si intricano enormemente in due casi particolari, che corrispondono, da un lato, all'eventuale mancata adesione spontanea degli Stati alle linee dell'OMS; dall'altro, alle regole necessariamente «soft» che quest'ultima può dettare.

5. Conclusioni: il ruolo (mancato?) di coordinamento dell'OMS

La crescente necessità di gestire e arginare crisi pandemiche ha nel tempo contribuito a plasmare in modi cangianti il concetto di *governance* della salute. La tutela della salute infatti, da questione domestica ed «emergenziale», è stata declinata in maniere differenti e – soprattutto a seguito dalla nascita dell'OMS – si è affermata quale necessità di realizzare la c.d. *global health governance*.

L'alta vocazione dell'OMS di assicurare a ogni popolo e a ogni persona il diritto fondamentale al più elevato *standard* di salute raggiungibile non sembra accordarsi tuttavia perfettamente con quelle che sono le prerogative e i poteri assegnati alla medesima. La principale domanda di ricerca che muove e ispira l'intero lavoro si può riassumere dunque come segue: l'OMS può concretamente svolgere il ruolo pregevole assegnatole con i mezzi di cui dispone?

Per rispondere a tale interrogativo, si sono prese le mosse da una dis-regionale per l'attuazione delle misure previste dalla pianificazione e altre eventualmente decise; fornire strumenti per una pianificazione armonizzata regionale per definire ruoli e responsabilità dei diversi soggetti a livello regionale e locale per l'attuazione delle misure previste dalla pianificazione nazionale e da esigenze specifiche del territorio di riferimento; sviluppare un ciclo di formazione, monitoraggio e aggiornamento continuo del piano per favorire l'implementazione dello stesso e monitorare l'efficienza degli interventi intrapresi.

mina della struttura e degli strumenti che la stessa ha a disposizione. Si sono poi analizzate le modalità con cui l'Oms è finanziata, per comprendere se e in quale misura il suo bilancio potesse influire nei rapporti con Stati e privati. Si è proceduto poi con lo studio dei risultati della gestione delle diverse pandemie che hanno preceduto quella da Covid-19 e quindi di quest'ultima, vagliando le diverse risposte degli Stati alle sollecitazioni dell'Oms.

L'Oms, così come la gran parte delle organizzazioni internazionali, possiede struttura tripartita, composta dal Consiglio esecutivo, dal Segretariato e dall'Assemblea mondiale della sanità. A quest'ultima spettano i compiti più rilevanti, essendo tra l'altro detentrica del potere normativo. L'Assemblea infatti può emanare regolamenti, convenzioni, accordi e raccomandazioni. Solo il primo tra questi strumenti appare tuttavia di qualche rilevanza, essendo esclusa a priori la natura cogente dei rimanenti tre.

I regolamenti, tuttavia, godono di un inquadramento giuridico piuttosto incerto e di dubbia vincolatività. Presentano natura ibrida, per almeno due ragioni: in primo luogo, perché i regolamenti entrano in vigore negli Stati membri quando l'approvazione dell'Assemblea viene comunicata ai medesimi, salvo che dichiarino di non accettarli; in secondo luogo, poiché non esistono dei veri e propri poteri sanzionatori in capo all'Oms esercitabili nei confronti degli Stati membri. Neppure i regolamenti, dunque, possono considerarsi vincolanti e la *compliance* degli Stati alle linee direttrici dettate dall'Oms non può che essere rimessa all'adesione volontaria degli stessi.

A ciò si aggiungano i dati connessi al bilancio dell'Oms, dai quali risulta in maniera piuttosto netta che l'Organizzazione si serve principalmente di finanziamenti volontari erogati in parte dagli Stati e in parte da privati. Con la conseguenza che l'Oms potrebbe tendere a favorire gli interessi dei maggiori contributori e perdere i connotati di imparzialità che dovrebbero caratterizzarla.

Da queste prime considerazioni può dunque desumersi che il ruolo dell'Oms, volto a coadiuvare i diversi Paesi nel raggiungimento dei più elevati livelli possibili di salute, non può che riassumersi in un coordinamento delle azioni promosse dai medesimi Stati, basato sull'adesione volontaria degli stessi e, in ultima analisi, sul grado di autorevolezza dell'Organizzazione⁹⁴.

Tale ruolo di coordinamento è stato svolto dall'Oms, non senza dif-

⁹⁴ Sul punto si vedano anche le riflessioni di B. Marchetti, *Il ruolo della OMS e del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie nell'emergenza sanitaria: servono più o meno poteri oltre lo Stato?*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale. Volume I. Problemi di governo*, a cura di A. Pajno e L. Violante, Bologna, il Mulino, 2021, 203 ss.

il ruolo dell'oms nella *governance* della salute alla prova delle emergenze

ficoltà, sia nella fase *pre* sia in quella *post* RSI del 2005. Quest'ultimo, nonostante sia dotato di portata generale, non ha nella sostanza modificato in maniera significativa i (pochi e poco incisivi) poteri dell'Organizzazione.

La gestione della Sars prima e dell'Ebola poi ha dimostrato che gli Stati detengono ampi margini di discrezionalità in ordine al se ed eventualmente in quale misura adeguarsi alle indicazioni dell'OMS. Tale discrezionalità ha caratterizzato da ultimo anche le risposte alla pandemia da Covid-19, con risultati certamente diversi e probabilmente discutibili a posteriori.

Questa diversità di approcci, tuttavia, ha contribuito a sottolineare il fallimento dell'Organizzazione, che non solo non possiede né poteri, né strumenti adeguati a costringere gli Stati nelle proprie maglie, ma nemmeno un'influenza e un prestigio capace di convincere i propri interlocutori ad adeguarsi spontaneamente alle sue indicazioni.

Gli Stati, dal canto loro, dovrebbero «prendere sul serio» quel cambiamento che si è avuto nella *governance* della salute, la cui tutela – come si è avuto modo di ricordare – si è trasformata da gestione domestica delle emergenze a cooperazione con gli altri Stati.

Tale cooperazione dovrebbe avvenire, oltre che con gli altri Paesi, anche e soprattutto con l'OMS che, probabilmente, risulterebbe soltanto in questo modo capace di esercitare – *de iure condendo* – il fondamentale ruolo di coordinamento che le è assegnato, in vista della massima espansione del bene comune rappresentato dalla tutela della salute globalmente intesa.

Abstract

Health law has gone through various stages and has assumed, over time, an ultra-state dimension. In the process of globalisation of health law, a key role has been played by the World Health Organisation (WHO). This paper focuses on the topic of global health governance through the study of this peculiar international organisation from the point of view of its structure, the instruments it uses and the ways in which it is financed. Particular attention is paid to the role played by the WHO in dealing with health emergencies, including, most recently, that arising from the Covid-19 pandemic. The resulting picture highlights a substantial inadequacy of the WHO in its capacity to coordinate states.

ARTICOLI

FEDERICO VALENTINI

LA SANITÀ DIGITALE TRA REGOLAZIONE, ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E AZIONE TERAPEUTICA

SOMMARIO: 1. *Introduzione*: l'amministrazione digitale sul piano regolatorio sovranazionale e nazionale. – 2. La “Salute digitale” tra regolazione interna e forza centripeta dell'Unione europea. – 3. La tecnologia nell'organizzazione sanitaria: il Fascicolo Sanitario Elettronico e la Telemedicina. – 4. La tecnologia nell'azione terapeutica: le terapie digitali. – 5. La sanità nel PNRD tra vecchi problemi e nuovi rischi: opportunità digitale per un buon andamento reale. – 6. Il progresso scientifico e tecnologico: da causa del conflitto medico-paziente a strumento di “alleanza terapeutica”. Verso una nuova appropriatezza clinica e amministrativa.

1. Introduzione: l'amministrazione digitale sul piano regolatorio sovranazionale e nazionale

«Il passaggio a un'economia digitale, basata sulla conoscenza, indotta da nuovi beni e servizi, metterà a disposizione un potente motore per la crescita, la competitività e l'occupazione»¹. Così, nel 2000, il Consiglio europeo introduce per la prima volta² il termine “digitale” nel contesto istituzionale: è solo l'inizio di una serie di atti e documenti programmatici che da quel momento in poi valorizzeranno l'utilizzo della tecnologia al fine di rendere

¹ Si veda Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, punto 8, in www.europarl.europa.eu. Per un approfondimento si veda L. Muselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Medialaws*, n. 1/2020, 20.

² Antecedentemente, infatti, si faceva riferimento alla “informatica” come strumento di crescita economica e produttiva: si rinvia, ad esempio, alla Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee del 15 luglio 1974 concernente *Una politica comunitaria dell'informatica*, in www.eur-lex.europa.eu con la quale si invitava la Commissione a presentare, entro la fine dell'anno successivo, un rapporto sull'evoluzione dell'informatica nella Comunità europea in relazione con la situazione mondiale, al fine di promuovere la ricerca e lo sviluppo industriale per la creazione, a partire dall'inizio degli anni ottanta, di «un'industria europea pienamente vitale e concorrenziale».

più efficace ed efficiente l'azione amministrativa nei servizi pubblici all'interno del panorama europeo.

La successiva Comunicazione della Commissione europea n. 567 del 26 settembre 2003³ segna il passaggio al modello *e-Government* ritenuto da autorevole dottrina un corollario della globalizzazione⁴ e il cui livello di applicazione è monitorato da autorevoli e costanti studi che dimostrano l'utilizzo sempre crescente degli strumenti digitali nell'offerta di pubblici servizi ai cittadini⁵.

La indubbia diretta proporzionalità tra progresso tecnologico e sviluppo economico ha indotto nel tempo l'Unione Europea ad incentivare l'utilizzo della tecnologia ritenendola un imprescindibile strumento di crescita. Basti pensare alla cd. Strategia Europa 2020⁶ nell'ambito della quale è stata istituita l'Agenda digitale Europea⁷ avente il fine di delineare un percorso

³ Rubricata *Il ruolo dell'e-Government per il futuro dell'Europa*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁴ Così S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Bari 2003, 3. Più genericamente, su *e-Government e open-Government* si rinvia, senza pretesa di esaustività, a D.U. Galetta, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2019, 663-683; F.S. Profiti, *Lo stato di attuazione dell'e-Government in Italia*, in *Centro Tocqueville-Action*, 20/2008; *Introduzione all'e-Government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, a cura di F. Merloni, Torino, Giappichelli, 2005; *L'e-Government*, Giuffrè, Milano 2004, a cura di G. Vesperini; B. Bombardelli, *Informatica pubblica, e-Government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 2002, 991 ss.; E. Zaffaroni, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 2516 ss. Nella dottrina internazionale, tra i tanti, si veda M.J. Moon, J. Lee and C.Y. Roh, *The evolution of internal IT applications and e-government studies in public administration: Research themes and methods*, in *Administration & Society* (2014) 3 ss.; C.A. Hardy and S.P. Williams, *Assembling e-government research designs: A transdisciplinary view and interactive approach*, in *Public Administration Review* (2011) 405 ss.; D.F. Norris, *E-government 2020: Plus ça change, plus c'est la même chose*, in *Public Administration Review* (2010) 180 ss.

⁵ Trattasi di rapporti delle Nazioni Unite stilati ogni due anni a partire dal 2001, nei quali vengono documentati i risultati raggiunti grazie al modello *e-Government*. L'ultimo rapporto è *E-Government Survey 2022, The future of digital Government* in www.desapublications.un.org dove viene messa in risalto l'importanza della tecnologia soprattutto in questo periodo storico caratterizzato da eventi critici come la pandemia e le conseguenze economiche ed istituzionali ad essa connesse.

⁶ Espressa nella Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020, in www.eur-lex.europa.eu, si tratta di una manovra che si poneva l'obiettivo di conseguire «una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva come mezzo per superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività e la produttività e favorire l'affermarsi di un'economia di mercato sociale e sostenibile».

⁷ È la Comunicazione della Commissione europea del 19 maggio 2010, COM (2010) 245, che rappresenta una delle sette iniziative per il raggiungimento dell'ambizioso obiettivo fissato nella menzionata Strategia Europa 2020.

comune e condiviso tra gli Stati sull'ammodernamento tecnologico delle pubbliche amministrazioni⁸.

L'idea di una strategia comune sottesa all'Agenda digitale europea si fa sempre più forte sino a sfociare nella creazione del *Digital single Market*⁹, una manovra centralizzata e centralizzante per favorire l'accesso e l'esercizio delle attività telematiche con una garanzia adeguata di protezione dei diritti e dei dati personali degli utenti. Con lo stesso obiettivo viene adottato il nuovo Piano d'Azione per lo sviluppo dell'*e-Government* 2016-2020¹⁰ che, nello specifico, mira ad ottenere una semplificazione amministrativa¹¹ con contestuale valorizzazione della trasparenza¹² e della interoperabilità¹³.

La massiccia attività regolatoria dell'Unione viene inevitabilmente ad implementarsi con la crisi generata dalla pandemia da Covid-19 che ha messo in luce la necessità di un'accelerazione nell'inserimento degli strumenti digitali nelle pubbliche amministrazioni. Infatti, dapprima viene emanato il

⁸ Occorre precisare che la Strategia Europa 2020 impone un recepimento ad opera dei singoli Stati dell'Unione così che gli obiettivi ivi fissati costituiscono parametri di azione per ogni singolo Stato membro il quale, tuttavia, non viene vincolato nel *modus operandi*, così consentendogli di contestualizzare gli obiettivi alla situazione (sociale ed economica) specifica del territorio. Infatti, L'Italia ha provveduto al recepimento mediante l'emanazione del d.l. 22 giugno 2012, n. 134, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, con cui è stata istituita l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) che ha sostituito prima l'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA) e poi il Centro nazionale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA).

⁹ Comunicazione della Commissione europea del 6 maggio 2015, COM (2015) 192, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁰ Comunicazione della Commissione del 19 aprile 2016, COM (2016) 179, *Piano d'azione dell'UE per l'e-Government 2016-2020, Accelerare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione*, in www.eur-lex.europa.eu. Per una lettura sintetica del Piano, si veda Dossier n. 85 DE, *Piano d'azione dell'UE per l'e-Government 2016-2020*, in www.senato.it.

¹¹ Da attuare, tra l'altro, mediante il principio "*once only*" per cui le pubbliche amministrazioni devono evitare di chiedere agli utenti e alle imprese informazioni già fornite. Al riguardo, si veda 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, 121.

¹² Che si traduce, nello specifico, nella capacità delle pubbliche amministrazioni di scambiarsi dati e informazioni, permettendo ai cittadini di accedere a quelli propri al fine di controllarli ed eventualmente correggerli e, in generale, sorvegliare i processi amministrativi in cui sono coinvolti.

¹³ Secondo questo concetto i servizi pubblici dovrebbero essere progettati in modo da funzionare senza soluzione di continuità in tutto il mercato unico, in virtù della libera circolazione dei dati e dei servizi digitali nell'Unione Europea. In dottrina, si veda V.F. Costantino, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, 246 ss.

nuovo regolamento europeo sui servizi digitali (*Digital Services Act*)¹⁴ e poi la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio volta ad introdurre regole armonizzate sull'intelligenza artificiale¹⁵.

Inoltre, il 20 per cento degli investimenti previsti nel *NextGenerationEU* è destinato a sostenere il processo di digitalizzazione con l'obiettivo, scolpito nella Comunicazione *2030 Digital Compass*, di raggiungere una piena digitalizzazione entro il 2030¹⁶.

In linea con il crescente impegno a livello sovranazionale, anche il contesto regolatorio interno è caratterizzato da una sovrabbondanza di norme che costituiscono un quadro complesso in tema di amministrazione digitale¹⁷ per nulla unitario e tutt'altro che compiuto: l'informatizzazione degli uffici pubblici è necessità ravvisata sin dagli anni novanta con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29¹⁸ coevo del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 che ha – per utilizzare un'espressione della moderna e autorevole dottrina – «indicato l'atto amministrativo informatizzato quale modo ordinario d'esercizio della funzione amministrativa»¹⁹.

¹⁴ Che insieme al *Digital Markets Act* costituisce il *Digital Services Package*. Approvato dal Parlamento europeo il 5 luglio 2022, si pone l'obiettivo di promuovere il corretto funzionamento del mercato interno dei servizi digitali UE a decorrere dal 2023, anno in cui diventerà esecutivo.

¹⁵ Si rinvia alla Proposta di regolamento del parlamento europeo e del Consiglio, COM (2021) 206 del 21 aprile 2021, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁶ Si rinvia a COM (2021), 118 del 9 marzo 2021, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁷ La dottrina, in merito, è sterminata: da ultimo, si rinvia a B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del Diritto, Funzioni amministrative*, diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli, Milano, Giuffrè, 2022; si rinvia altresì, *ex multis*, a G. Duni, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, I, 2007, 13; ID., *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008; *Codice dell'Amministrazione digitale. Commento al D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, a cura di E. Carloni, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005; B. Carotti, *La digitalizzazione*, in *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Il sole 24 Ore, a cura di B.G. Mattarella e E. D'Alterio, Milano, Giuffrè, 2017; A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, in G. Arena, M. Bombardelli, M.P. Guerra e A. Masucci, *La documentazione amministrativa. Certezze, semplificazione e informatizzazione nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2001, 173; A. Masucci, *Documento informatico e sottoscrizione elettronica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 541; ID., *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in Aa.Vv., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, in *Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 22-24 settembre 2016, Milano, Giuffrè, 2017.

¹⁸ Sulla razionalizzazione della organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

¹⁹ Così R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.* 2020, 307 analizzando il testo dell'art. 3, c. 1, che recita: «Gli atti amministrativi adottati da

Successivamente, la legge 11 febbraio 2005, n. 15²⁰ inserisce nella legge sul procedimento amministrativo l'art. 3-*bis* rubricato «uso della telematica»²¹, norma che consacra la tecnologia come strumento imprescindibile in ogni relazione amministrativa, seguita dall'emanazione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, meglio noto come Codice dell'amministrazione digitale (CAD).

Quanto al Codice, pur riconoscendo l'impegno profuso dal legislatore nel redigere una normativa organica per regolare l'amministrazione digitale, la dottrina ne esalta coralmemente, sin da subito, la sostanziale disapplicazione pratica²², da un lato per l'inerzia delle pubbliche amministrazioni nel recepirlo, dall'altro per l'assenza delle risorse economiche necessarie per attuare il cambiamento²³.

Il codice cerca faticosamente di stare al passo dell'evoluzione tecnologica così che sin da subito è soggetto a continue modifiche²⁴: tra queste spicca quella operata mediante il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179²⁵ emanato sulla base dell'art. 1, l. delega 7 agosto 2015, n. 124 che individua tra i principi e criteri direttivi quello del *digital first* quale strumento fondamentale per

tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati». Per un approfondimento del tema relativamente a quegli anni, si rinvia a M. Bombardelli, *Informatica pubblica, e-Government e sviluppo sostenibile*, cit., 991; G. Duni, *L'Amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008.

²⁰ Recante «Modificazioni ed integrazioni alla l. 7 agosto 1990, n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa». Per un'analisi di questa legge, si veda F. Cardarelli, *Uso della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 519; V.F. Costantino, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, cit., 242 ss.

²¹ Che recita: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

²² Si rinvia a M. Pietrangelo, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 86 ss., secondo cui il codice non ha effettivamente contribuito al processo di informatizzazione anche per la presenza in esso di numero eccessivo di norme programmatiche a fronte di norme a carattere precettivo; E. Carloni, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 469, che espone un quadro assolutamente inadatto alla digitalizzazione per problemi territoriali, dimensionali, nonché per l'assenza di infrastrutture idonee e per un sistema sanzionatorio inadeguato; I. Macri, *CAD: alcuni profili di miglioramento*, in *Azienditalia*, 2021, 1240.

²³ Così B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 81.

²⁴ Dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, al d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235; ancora, dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, al d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217; più recentemente, hanno modificato il codice il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (cd. "decreto semplificazioni"), convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120, nonché il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni in legge 29 luglio 2021, n. 108.

²⁵ Emanato in attuazione dell'art. 1 della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia).

ridurre la complessità e i tempi della burocrazia, nonché per promuovere lo sviluppo economico ed accrescere la competitività del Paese²⁶.

La normativa europea ed interna dimostra che la semplificazione e la standardizzazione delle procedure amministrative, le comunicazioni in via telematica, l'interconnessione degli archivi informatici, sono obiettivi individuati da tempo come imprescindibili, ma ancora oggi tutt'altro che garantiti nei servizi pubblici. Le difficoltà di attuazione sono date da un progresso tecnologico ad alta velocità rispetto al passo lento delle normative e della loro applicazione pratica nelle pubbliche amministrazioni; un passo diverso dovuto anche ai rischi insiti nel processo di transizione digitale: la vulnerabilità dei sistemi, la riservatezza degli utenti, l'esclusione di determinate categorie (fattori di rischio su cui si tornerà nel prosieguo del presente lavoro).

Il quadro normativo sovranazionale ed interno, già molto complesso, è destinato ulteriormente ad arricchirsi e, inevitabilmente, a frammentarsi.

2. La “Salute digitale” tra regolazione interna e forza centripeta dell’Unione europea

Sul piano operativo, l'amministrazione digitale si sviluppa in una tripla dimensione: quella del procedimento, modo tradizionale di agire *ius imperii* della p.a. e, dunque, del conseguente provvedimento amministrativo²⁷; quella dei contratti pubblici, dove le procedure telematiche dovrebbero (e dovranno) contribuire a rendere più efficiente la aggiudicazione dei contratti e più trasparente la scelta del contraente²⁸; quella dei servizi pubblici, sui quali occorre migliorare l'accesso e garantire una fruizione del servizio medesimo senza limiti di tempo e di spazio della prestazione²⁹.

²⁶ Si veda G. Pesce, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, Editoriale, Napoli 2018.

²⁷ Si rinvia ai lavori monografici di *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2020, L. Previti, *La decisione amministrativa robotica, editoriale scientifica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; si v., altresì, F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 7.

²⁸ Si veda, F. Di Lascio, *Appalti elettronici e aggregati*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, sub art. 55-58, 441 ss.; G. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, 2019, 739 ss.; S. Cresta, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 981;

²⁹ In argomento si rinvia a G. Cammarota, *Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa*, in *La Tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, Firenze University Press 2016, 113 ss.; si v. anche B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 75 ss.; con riferimento al

L'oggetto di questa indagine investe la terza delle suddette dimensioni con riferimento ad un settore, quello della Salute, che necessita di un massiccio intervento di rinnovamento, utile per superare tutte le fragilità e le debolezze che il Sistema Sanitario – modellato per lunghi anni su esigenze di contenimento della spesa pubblica – ha manifestato durante e dopo la pandemia³⁰. Dal punto di vista clinico occorre ammodernare il modello tradizionale per reagire a criticità radicate come l'invecchiamento della popolazione, la resistenza alle cure antibiotiche, l'aumento delle patologie croniche, nonché per far fronte ad eventuali nuove epidemie o pandemie.

Sul versante normativo, rileva primariamente il disposto dell'art. 7 del sopra richiamato codice dell'amministrazione digitale che, ponendosi dal punto di vista del destinatario del servizio, recita: «Chiunque ha diritto di fruire dei servizi digitali erogati dai soggetti di cui all'art. 2, c. 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'art. 64-bis, anche attraverso dispositivi mobili». Da siffatta previsione deriva l'obbligo per ciascuna pubblica amministrazione – scolpito nel primo comma del medesimo articolo – di provvedere «alla riorganizzazione e all'aggiornamento dei servizi resi, sulla base di una preventiva analisi delle reali esigenze degli utenti» e di rendere «disponibili on-line i propri servizi nel rispetto delle previsioni contenute nel presente Codice e degli standard e dei livelli di qualità individuati e periodicamente aggiornati dall'AgID con proprie linee guida tenuto conto anche dell'evoluzione tecnologica»³¹.

La norma certamente spiega effetti anche nel comparto sanitario, forse quello nel quale si ravvisa maggiore necessità, entro i limiti connaturati nella sua essenza, di traslare nel mondo virtuale il rapporto tra erogatore di un servizio pubblico (strutture ospedaliere e esercente la professione sanitaria) e fruitore dello stesso (paziente). Infatti, la rivoluzione digitale che da anni sta apportando trasformazioni radicali in vari settori della pubblica amministrazione, si invoca sempre di più in quello sanitario, non soltanto per un incremento nell'uso delle tecnologie a scopo diagnostico-terapeutico, ma anche al

servizio sanitario, si rinvia a N.Vettori, *Diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari: il rapporto tra l'amministrazione e la gestione del servizio*, in questa *Rivista*, 2021, n. 1.

³⁰ Sulle criticità ravvisate durante la pandemia e su come agire per migliorare in futuro, si veda A. Pioggia, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto pubblico*, 2020, 385 ss.

³¹ In generale, sui servizi telematici, si veda A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2019, 117; G. Camamrota, *Servizi in rete della pubblica amministrazione, ad vocem*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino 2012, 616 ss.

fine di una maggiore efficienza dell'amministrazione sanitaria nella capacità computazionale – sia in termini di archiviazione che di analisi – di una quantità sempre crescente di dati sulla salute generati da ogni singolo paziente.

Si è sviluppata, così, la “Salute digitale” (nel contesto europeo *Digital Health* o *e-Health*), termine con cui si indica genericamente l'uso di tecnologie informatiche e di telecomunicazione (ICT) a vantaggio della salute umana³² o, come è stata definita nella letteratura medica, l'insieme delle tecnologie digitali al fine di supportare ed erogare servizi sanitari a sostegno del benessere degli individui, non necessariamente malati³³. Inoltre, con la locuzione “sanità digitale” si intende l'applicazione della tecnologia digitale ai processi sanitari complessivamente intesi per conseguire obiettivi come il rapporto costo-qualità dei servizi, riduzione delle differenze tra i vari territori e miglioramento della qualità percepita dal cittadino³⁴.

Nel contesto normativo italiano, dopo l'insuccesso delle riforme degli anni Novanta³⁵, è il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni in legge 4 aprile 2012, n. 35, a far espresso riferimento, per la prima volta, alla “sanità digitale”: l'art. 47-*bis*, infatti, rubricato «semplificazione in materia di sanità digitale», dispone che nei piani di sanità nazionali e regionali deve privilegiarsi la gestione elettronica delle pratiche cliniche attraverso l'utilizzo della cartella clinica elettronica, così come i sistemi di prenotazione elettronica per l'accesso alle strutture da parte dei cittadini con la finalità di ottenere vantaggi in termini di accessibilità e contenimento dei costi, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

³² Così definita dalla *World Health Organization*. Più dettagliatamente, nella risoluzione WHA 58.28 del 2005, l'*e-Health* è stata definita come «the cost-effective and secure use of information and communication technologies in support of health and health-related fields, including health-care services, health surveillance, health literature, and health education, knowledge and research». Si veda www.blogsalutedigitale.it.

³³ Così G. Trifirò, S. Crisafulli, G. Puglisi, G. Racagni e L. Pani, *Terapie digitali come farmaci?*, in *Terapie digitali, una opportunità per l'Italia?*, 2021, n. 1, a cura di G. Gussoni, Passoni editore, 144.

³⁴ In tal senso, si v. presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, 3 marzo 2015, 89, in www.agid.gov.it.

³⁵ Il riferimento è alle l. 15 marzo 1997, n. 59, 15 maggio 1997, n. 127, 16 giugno 1998, n. 191, 8 marzo 1999, n. 50 (cc.dd. Riforme Bassanini) riguardanti la riforma della pubblica amministrazione e la semplificazione amministrativa. In dottrina, sulle difficoltà della digitalizzazione della pubblica amministrazione, si rinvia a R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit.; F. Martines, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaus*, 2018, n. 2; E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole e limiti dell'open Government*, Rimini, Maggioli, 2014; G. Duni, *L'Amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica*, cit.

la sanità digitale

Successivamente e più incisivamente, interviene il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, che dematerializza la cartella clinica prevedendola esclusivamente nel formato elettronico in tutti i suoi elementi, anche con riferimento alla firma apposta dal responsabile dell'attività sanitaria.

Inoltre, con l'art. 12 dello stesso decreto, viene previsto e regolamentato dettagliatamente il Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE) inteso come «l'insieme dei dati e dei documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito». Gli obiettivi che esso è chiamato a perseguire sono riportati nella medesima, lunga e dettagliata disposizione che richiama la garanzia della salute individuale, l'implementazione della ricerca scientifica e il miglioramento dell'organizzazione sanitaria.

Rinviando ai paragrafi seguenti l'analisi delle novità normative in tema di fascicolo sanitario elettronico, nonché i rischi in tema di riservatezza ad esso connessi, basti per ora rilevare come i dati oggi a disposizione sull'impiego di questo strumento digitale dimostrano una situazione disforme tra le varie regioni e, in ogni caso, avvilente nel complesso³⁶. L'inefficacia risiede nella circostanza che i dati contenuti nel FSE a disposizione di una Azienda sanitaria regionale raramente vengono trasmessi ad un'altra ASL, così rendendo di fatto inoperativo lo strumento digitale che, al contrario, dovrebbe svolgere una funzione di raccordo tra i sistemi regionali all'interno del sistema sanitario nazionale. In sintesi, il FSE è stato concepito su base regionale e l'esperienza ha dimostrato che i sistemi regionali non dialogano tra loro, con buona pace dei sopra richiamati propositi espressi sul piano normativo, i quali sono rimasti sull'altare aureo della *petitio principii*.

A fronte, dunque, di una organizzazione sanitaria che durante (e dopo) la pandemia ha palesato le proprie fragilità anche a causa del regionalismo differenziato che ne è alla base, torna lo spettro della centralizzazione della materia sanitaria; una suggestione (per il momento) che, se negli anni si è fatta sempre più evanescente in considerazione della storia normativa del Servizio sanitario nazionale orientata alla aziendalizzazione³⁷, oggi riprende vigore in ragione delle forze centripete non tanto dello Stato, quanto

³⁶ In merito, si rinvia alle attività di monitoraggio dell'AgID e del Ministero della salute riguardanti due gruppi distinti di indicatori: attuazione e utilizzo, in www.fascicolosanitarioelettronico.gov.it, in cui risulta che, ad inizio pandemia, il FSE era utilizzato da poche regioni ed attivato solo dal 20% della popolazione.

³⁷ Attuata con la nota stratificazione normativa: dalla l. 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, alle riforme attuate con il d.lgs. n. 502/1992 e con il d.lgs. n. 517/1993, fino al d.lgs. n. 229/1999.

dell'Unione Europea in una nuova materia che, unendo la sanità all'informatica, prende il nome di "sanità digitale".

Quanto allo Stato, sinteticamente, è il disposto costituzionale ad attribuirgli la competenza legislativa esclusiva in materia di «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» (art. 117, c. 2, lett. r). Tale competenza è essenziale anche in ottica di adeguamento dell'organizzazione sanitaria all'evoluzione tecnologica, aspetto su cui molte regioni sembrano rimanere disinteressate³⁸.

Quanto all'Unione europea, più dettagliatamente, vero è che il coordinamento sovranazionale volto ad agevolare la cooperazione tra i singoli Stati membri nelle politiche sanitarie non richiede una necessaria e perfetta armonizzazione delle discipline interne delle quali gli stessi Stati restano responsabili³⁹, ma è altresì vero che dal Trattato di Lisbona in poi, la materia sanitaria è stata oggetto di un numero sempre maggiore di atti, interventi e direttive, in coerenza e valorizzazione di quell'approccio di *Health in all policies* scolpito nei vari articoli del TFUE⁴⁰.

Basti menzionare la raccomandazione UE 2019/243 avente lo scopo primario di immettere e valorizzare le tecnologie digitali in ambito sanitario⁴¹. Obiettivo rafforzatosi a seguito della pandemia e scolpito, da ultimo,

³⁸ Così E. Catelani, *Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockchain*, in *federalismi.it*, 2022, n. 4, 216.

³⁹ Si veda, al riguardo, G.M. Racca e R. Cavallo Perin, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. Pioggia e S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca e M. Dugato, Rimini, Maggioli, 2011, 193-215; Sui Ruoli di Unione europea e Stati nelle materie sociali, si veda R. Balduzzi, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in *federalismi.it*.

⁴⁰ Il c.d. approccio *One Health*, secondo la definizione fornita dall'Istituto Superiore di Sanità, consiste in «un modello sanitario basato sull'integrazione di discipline diverse, basato sul riconoscimento che la salute umana, la salute animale e la salute dell'ecosistema siano legate indissolubilmente. È riconosciuta ufficialmente dalla Commissione Europea, dal Ministero della Salute italiano, e da tutte le organizzazioni internazionali quale strategia rilevante in tutti i settori che beneficiano della collaborazione tra diverse discipline (medici, veterinari, ambientalisti, economisti, sociologi etc.)». Si veda, sul punto, www.iss.it/one-health. Quanto alla normativa europea, la Salute, menzionata nell'art. 9 TFUE, è un bene giuridico oggetto di tutela in molteplici settori: il mercato interno (art. 114, punti 3 e 6 TFUE), l'ambiente (art. 191, punto 1 TFUE), la tutela dei consumatori (art. 169 punto 1 TFUE), gli affari sociali (art. 153 punto 1 lett. a) TFUE).

⁴¹ In un suo passaggio si legge «Soluzioni digitali collegate ad applicazioni sanitarie o a dispositivi indossabili, combinate con un sistema che consenta ai cittadini di accedere in maniera sicura ai propri dati sanitari, potrebbero permettere ai pazienti che soffrono di malattie croniche, come diabete, o di cancro, di monitorare i propri sintomi da casa e condividerli rapidamente con le loro équipe cliniche. Ciò dovrebbe ridurre il numero di visite presso

la sanità digitale

nell'ambizioso Programma *EU4Health 2021-2027*, finalizzato alla ripresa dei sistemi sanitari dei Paesi membri⁴².

Infatti, il progetto europeo si articola su quattro punti cruciali: la prevenzione delle malattie, la preparazione alla crisi, l'attenzione rivolta ai sistemi sanitari e al relativo personale, l'implementazione del digitale. Il tutto nel rispetto degli obiettivi generali di cui all'art. 3 del Regolamento UE 2021/522 e al fine ultimo di gettare le basi per una forte e salda Unione europea della Salute. Il programma sarà attuato in gran parte dalla *European Health and Digital Executive Agency- HaDEA*, che è entrata in attività il primo aprile 2021.

Dunque, nella vasta e complessa materia della sanità digitale, non sembra essere poi così lontani da una avocazione in termini di competenza delle politiche sanitarie ad opera dell'Unione Europea, facente leva sul principio della sussidiarietà verticale di cui all'art. 5, c. 3, TUE⁴³.

Occorre rilevare che una centralizzazione abbatterebbe “le mura divisorie” oggi poste ai confini delle regioni, creando un sistema in grado di valorizzare uniformemente l'utilizzo delle tecnologie digitali, l'interconnessione e il reperimento istantaneo dei dati sul territorio nazionale e una proficua collaborazione, sia in rete che in termini di mobilità dei pazienti, tra le varie strutture sanitarie dell'intero Paese. Il rischio da scongiurare, certamente, è quello di livellare verso il basso la tutela della salute arrivando

strutture sanitarie per il monitoraggio. Le tecnologie digitali possono anche contribuire a individuare precocemente la necessità di una modifica delle cure, riducendo quindi il numero di ricoveri ospedalieri dovuti a complicazioni. Una migliore gestione delle malattie croniche nella comunità, unita a una riduzione della duplicazione di interventi sanitari (come gli esami) non si limiterebbe a rendere i sistemi più sostenibili ma migliorerebbe anche la qualità generale di vita e dell'assistenza sanitaria fornita ai cittadini e ridurrebbe i costi associati all'assistenza sanitaria per i singoli e le famiglie».

⁴² Dotato di un *budget* di 5,1 miliardi di euro, si tratta del Programma più grande mai realizzato finanziando i Paesi dell'UE, le organizzazioni sanitarie e le ONG per potenziare la qualità e la sicurezza della salute dei cittadini europei, sostenere i sistemi sanitari dell'UE nella lotta contro le minacce a carattere transfrontaliero e migliorare la capacità di risposta e la resilienza dell'UE ad eventuali crisi future.

⁴³ Per un'esauritiva ricostruzione del principio di sussidiarietà, sia nell'accezione verticale che orizzontale, si rinvia a M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001, 55 ss., spec. 57 in cui si rileva che nei settori di non competenza esclusiva, l'Unione interviene solo se, e nella misura in cui, può realizzare gli obiettivi dell'azione prevista quando la stessa non può essere realizzata dagli Stati membri. Ne deriva che, attraverso la norma, emerge il carattere residuale della competenza dello Stato in quelle materie che, per la natura, consistenza e rilevanza degli interessi coinvolti, impongono un intervento dei poteri centrali.

fino al punto di normalizzare, e dunque perdere, alcuni presidi regionali di eccellenza, oggi posti a garanzia dell'intera popolazione⁴⁴.

3. La tecnologia nell'organizzazione sanitaria: il Fascicolo Sanitario Elettronico e la Telemedicina

La tutela della salute pubblica, intesa sia come sterminata materia sia come obiettivo fondamentale dello Stato, passa attraverso l'esatta esecuzione della prestazione medica strettamente intesa ma, ancor prima, investe il complesso aspetto organizzativo. Nella sanità, ancor prima che negli altri settori della pubblica amministrazione, risultano validi ed attuali gli insegnamenti di quella autorevole dottrina amministrativista secondo cui la componente organizzativa è determinante per un'azione adeguata in termini di buon andamento⁴⁵. In sintesi, il trattamento sanitario è prima "organizzazione" e poi "attività"⁴⁶, due momenti fondamentali ed inscindibili nella tutela della salute: solo una proficua commistione tra essi garantisce il raggiungimento del fine istituzionale, quale interesse protetto e costituzionalmente garantito.

Quanto all'organizzazione sanitaria, già l'art. 32 Cost. ne fa espresso (seppur generico: «La Repubblica») riferimento, assegnandole un ruolo determinante per la salvaguardia della salute del singolo: il principio personalistico su cui è innegabilmente permeata la nostra Costituzione può essere valorizzato nella misura in cui è garantita, a monte, una macchina organizzativa ossequiosa dei principi che regolano l'agere pubblico. Del resto, il collegamento tra il diritto alla salute e i principi e criteri di economicità, efficacia ed efficienza, si coglie già nell'art. 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502⁴⁷.

⁴⁴ Così, E. Catelani, *Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockchain*, cit., 216.

⁴⁵ Il riferimento è a M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁴⁶ Così, S. Villamena, *La c.d. legge Gelli-Bianco. Fra strategia di prevenzione di rischio e responsabilità amministrative*, in *federalismi.it*, 2019, n. 1.

⁴⁷ Nello specifico, il principio di economicità viene valorizzato al secondo comma, a testimonianza che anche un diritto fondamentale come quello alla salute è, al netto del suo nucleo indefettibile, un diritto «finanziariamente condizionato» per utilizzare la felice espressione di F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990. Ne deriva che anche tale diritto deve necessariamente porsi nel solco di un irrinunciabile (perché sancito nell'art. 81 Cost.) equilibrio della finanza pubblica. Il principio di economicità si salda con quello di efficacia, anche questo valorizzato nell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 502/92, e con quello di efficienza andando a configurare quell'unicum che è il buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Sullo specifico diritto alla salute condizionato dalle esigenze di bilancio

Tuttavia, dalla legge 833/78 che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale e dal lungo processo di aziendalizzazione che ha assegnato alla Regione un ruolo chiave nell'erogazione del servizio sanitario è trascorso molto tempo, così che oggi i suddetti criteri di efficacia ed efficienza devono essere adeguati alla società moderna, quella del digitale: tutte le pubbliche amministrazioni non riescono a tenere il passo svelto e incessante del progresso tecnologico, generandosi così «una frattura tra innovazione tecnologica e innovazione amministrativa»⁴⁸ ben visibile nell'amministrazione sanitaria rallentata nella sua capacità organizzativa non solo da questioni genetiche come la sua macro-dimensione e la delicatezza del bene oggetto di tutela (che impone una maggiore cautela nel recepimento di metodi di cura digitali), ma anche da lunghi anni di politiche di contenimento della spesa pubblica.

Negli ultimi tempi, infatti, l'immissione della tecnologia nel comparto sanitario è avvenuta, lentamente, più sul fronte medico-diagnostico che su quello prettamente organizzativo⁴⁹. E le carenze sul piano organizzativo-digitale si sono palesate in tutta la loro drammaticità nella gestione (soprattutto della fase iniziale) della pandemia. Basti pensare al Fascicolo Sanitario Elettronico che ha trovato ingresso da tempo nel quadro regolatorio nazionale ma non ha avuto l'applicazione che ci si aspettava (si veda par. 2) tanto da essere oggetto di radicali modifiche in piena emergenza sanitaria ad opera

si rinvia a M. Luciani, *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 9 ss.; R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. pub.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 530 ss.; R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e Sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, 34 ss.; *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, in *Quaderni di sanità pubblica*, a cura di C. Bottari, 2014; F. G. Cuttaia, *Il condizionamento finanziario del diritto sociale alla salute: fondamento e prospettive evolutive*, in *Astrid Rassegna*, 2017, n. 9. Nella giurisprudenza costituzionale, è sempre stato granitico l'orientamento secondo cui il diritto alla salute, nel suo nucleo indefettibile, non può essere scalfito da esigenze finanziarie: si rinvia, tra le tante, a C. Cost., nn. 445/1990, 445/1992, 247/1992, 218/1994, 416/1995, 267/1998, 309/1999. Dopo la l. n. 1/2012 che ha introdotto il principio di bilancio in Costituzione, si v. C. Cost. 275/2016, nella quale si è espresso il principio secondo cui deve essere «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

⁴⁸ Così, A. Contaldo, *Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico*, in Aa.Vv., *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, diretto da G. Cassano, I, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2022, 158, secondo il quale, nell'informatizzare e automatizzare il procedimento amministrativo, non è sufficiente traslare l'impianto tradizionale di questo all'interno del contesto digitale, ma occorre ragionare in maniera critica sull'articolazione dell'amministrazione dal punto di vista organizzativo.

⁴⁹ Si veda, M.B. Armiento, *Amministrazione digitale e tutela della salute: il caso Immuni tra fallimento e nuove prospettive*, in questa *Rivista*, 2021m n. 1.

del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. decreto Rilancio)⁵⁰ convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

Tra le novità rilevanti, in primo luogo una massiccia estensione sul piano oggettivo e soggettivo dei documenti che rientrano nel FSE, essendo ora lo stesso alimentato con i dati degli eventi clinici sia dagli esercenti la professione sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale e dei servizi sociosanitari regionali, sia dai professionisti operanti nel settore privato, sia dallo stesso paziente in autonomia secondo la propria volontà e capacità di iniziativa⁵¹. Si crea, in tal modo, una proficua connessione, sino ad ora mancante, tra sistema pubblico e privato⁵².

Inoltre, è previsto che il FSE venga costituito ed alimentato senza il previo consenso dell'interessato (che rileva ora solo ai fini della consultazione per finalità di cura)⁵³ il che implica una notevole accelerazione e implementazione nell'impiego dei dati, tanto che sono state previste anche misure di rafforzamento della Infrastruttura Nazionale di Interoperabilità (INI) per la gestione dell'indice del FSE a livello nazionale al fine di garantire la concreta "portabilità" del Fascicolo elettronico nei casi di mobilità interregionale dei pazienti.

Per tale via, ponendo rimedio alla normativa del 2012 che contribuiva ad alimentare una sanità a velocità variabile tra le Regioni, l'intento del Legislatore dell'emergenza è stato quello di creare un sistema unico e ben armonizzato nel contesto nazionale in una logica accentratrice di gestione dei dati sanitari in grado di garantire una continuità nel percorso di cura del singolo paziente e, al contempo, una semplificazione, dematerializzazione e celerità della comunicazione basata sui documenti clinici, con indubbio

⁵⁰ Recante: «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

⁵¹ Così stabilisce l'art. 11, c. 1, lett. c), d.l. n. 34/2020 che riscrive integralmente il c. 3 dell'art. 12, l. n. 179/2012.

⁵² Al riguardo, si veda C. Iaione e A. Coiante, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in *Riv. giur. edil.* 2022, n. 6, 503 ss., nel quale si auspica un maggiore utilizzo di strumenti di cooperazione tra pubblico e privato, il che non equivale a svilire lo Stato in favore del privato, ma significa creare un'idea differente di Stato che, agendo in prima istanza come investitore, possa garantire una crescita sul fronte degli investimenti nell'innovazione sostenibile finalizzata ad affrontare tutte le sfide contemporanee.

⁵³ Ciò è avvenuto ad opera dell'abrogazione espressa, ad opera del citato d.l. n. 34/2020 (art. 11, c. 1, lett. b), c. 3-bis dell'art. 12, d.l. n. 179/2012 che richiedeva il consenso del paziente all'alimentazione del fascicolo sanitario elettronico. In dottrina, sul tema della sanità digitale e consenso informato, si v. D. Morana, T. Balduzzi e F. Morganti, *La salute "intelligente": e-Health, consenso informato e principio di non discriminazione*, in *federalismi.it*, 2022.

la sanità digitale

beneficio sul piano dell'appropriatezza amministrativa sanitaria⁵⁴. Del resto, l'esigenza di accentramento è emersa con vigore, e non solo con riferimento al FSE, già all'inizio della pandemia, periodo in cui l'inadeguatezza digitale ha comportato rallentamenti nelle cure dei singoli pazienti e difficoltà nel contenimento del contagio⁵⁵.

A migliorare l'assetto organizzativo del complesso sistema sanitario in tema di fascicolo sanitario elettronico, interviene anche il Ministero della Salute con la pubblicazione, in data 11 luglio 2022, delle Linee Guida di attuazione di tale strumento digitale⁵⁶ che si intrecciano con gli obiettivi scolpiti nel PNR: quelli secondo cui il FSE dovrà essere utilizzato ed alimentato dall'85% dei medici di base entro il 2025 e dovrà essere adottato ed utilizzato da tutte le Regioni entro il 2026. Infatti, a tal fine, le regioni e le province autonome sono state chiamate, nel termine di tre mesi dalla pubblicazione delle linee guida, a presentare «i piani di adeguamento per aggiornare i propri sistemi e per ricevere le risorse finanziarie necessarie per eseguirli»⁵⁷. Ad oggi, il programma di implementazione del FSE sembra procedere abbastanza speditamente, se si guardano alcuni dati pubblicati dal Ministero⁵⁸.

Altro strumento della sanità digitale riferibile all'organizzazione è la Telemedicina, intesa come modalità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria tramite il ricorso alle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC) nelle ipotesi in cui il professionista sanitario e il paziente (ma anche due o più professionisti sanitari) siano fisicamente distanti⁵⁹. Nello

⁵⁴ Si rinvia ancora a A. Contaldo, *Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico*, in Aa.Vv. *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., 161.

⁵⁵ Nel pieno della pandemia, infatti, l'assenza di una gestione centralizzata si rifletteva soprattutto nell'assenza di un piano pandemico nazionale aggiornato, circostanza che ha suscitato numerose polemiche sul piano politico e mediatico. Ad oggi, il Piano pandemico influenzale nazionale (PanFlu 2021-2023) è stato frutto di un accordo tra Stato, Regione e Province autonome di Trento e Bolzano datato 25 gennaio 2021 e pubblicato in G.U. il successivo 29 gennaio, in www.salute.gov.it.

⁵⁶ Le linee guida sono state previste dal d.m. 20 maggio 2022 ai sensi dell'art. 12, c. 15-bis, d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni in l. n. 221/2012.

⁵⁷ Si veda Linee guida per l'attuazione del fascicolo sanitario elettronico, 27 marzo 2022, in www.gazzettaufficiale.it.

⁵⁸ Si rinvia a Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, *Pnrr: Fascicolo Sanitario Elettronico, al via implementazione in tutte le Regioni*, in www.innovazione.gov.it. ove è riportato, quanto all'alimentazione del FSE, che in appena sette mesi la Basilicata è passata dal 27 per cento dei documenti disponibili al 95 per cento, la Campania dal 1,5 per cento al 53 per cento e il Piemonte dal 50 per cento all'80 per cento. Trattasi di dati certamente confortanti, soprattutto se messi in relazione alla paralisi iniziale.

⁵⁹ Già in tempi lontani l'OMS ne ha fornito una esaustiva definizione affermando che la Telemedicina è «l'erogazione di servizi sanitari, in cui la distanza è un fattore critico, da

specifico, trattasi di tecniche di trasmissione di dati e informazioni a carattere medico, in forma di testi, immagini, suoni e quant'altro necessario per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento terapeutico e il controllo del paziente.

È evidente l'impatto del servizio a distanza che, facendo muovere le informazioni anziché le persone, rivoluziona il comparto sanitario e la relazione medico-paziente. Tuttavia, nonostante un forte e costante impegno da parte delle Istituzioni europee all'implementazione dell'utilizzo delle tecnologie nella Salute⁶⁰, il ricorso ad esse, di fatto, è sempre stato contenuto sul territorio nazionale perché limitato all'iniziativa di piccole imprese, le quali hanno trovato enormi difficoltà ad imporsi nel mercato dell'assistenza sanitaria⁶¹.

Come sovente accade, è nel momento del bisogno che si sono registrati gli sforzi più grandi per implementare l'applicazione della telemedicina: durante la pandemia le tecniche di comunicazione da remoto hanno dimostrato di essere una efficace e sicura alternativa alla visita in presenza così che il Governo è intervenuto dettando le linee di indirizzo in materia con l'obiettivo generale di fornire un riferimento unitario nazionale per

parte di tutti gli operatori sanitari che utilizzano tecnologie di informazione e comunicazione per lo scambio di valide informazioni per la diagnosi, il trattamento e la prevenzione di malattie e infortuni, la ricerca e la valutazione e per la formazione continua degli operatori sanitari, tutto nell'interesse di promuovere la salute degli individui e delle loro comunità», in WHO, *A health telematics policy in support of WHO's Health-For-All strategy for global health development: report of the WHO group consultation on health telematics*, 11-16 december, Geneva, 1997. Per una descrizione degli specifici servizi in essa rientranti,

⁶⁰ Le iniziative dell'UE, sul punto, sono molto numerose: tra le più importanti, la Comunicazione della Commissione Europea *Sanità elettronica – migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica* del 30 aprile 2004; la Decisione n. 1350/2007/Ce che stabilisce il secondo programma d'azione comunitaria in materia di Salute (2008-2013); il Regolamento Ue n. 282/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla istituzione del terzo programma d'azione dell'Unione in materia di Salute (2014-2020); l'Action Plan (2012-2020) varato dalla Commissione europea nel dicembre 2012; a ciò si aggiunge, più recentemente, la Raccomandazione Ue 2019/243 del 6 febbraio 2019 e il Programma *EU4Health 2021-2027*, già menzionati nel paragrafo precedente.

⁶¹ Sul punto, si rinvia all'esautiva analisi di A. Contaldo, *Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico*, in Aa.Vv., *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., 156, il quale evidenzia la mancanza di fiducia su un triplice piano: quella del sanitario alla efficacia di nuove metodologie di lavoro, quella del paziente verso queste soluzioni di cura e di contatto con le strutture ospedaliere e quella dell'economia in generale che non investe nelle nuove imprese. Tanto ciò è vero, continua l'autore, che il secondo programma d'azione comunitaria in materia di salute poggia proprio su tale consapevolezza e si prefigge perciò di supportare gli Stati membri fornendo agli stessi elementi atti a creare fiducia e a favorire così l'accettazione dei servizi di telemedicina.

la sanità digitale

una efficace progettazione ed un adeguato impiego della Telemedicina nel contesto nazionale⁶².

Inoltre, il PNNR si pone l'obiettivo di creare una piattaforma nazionale per i servizi di Telemedicina al fine di renderla un servizio strutturato all'interno del Sistema Sanitario Nazionale. Nello specifico, il fine della piattaforma è quello di creare un livello fondamentale di interoperabilità in grado di garantire standard comuni sui servizi di telemedicina sviluppati dalle Regioni. Al riguardo, il PNNR finanzia progetti di ricerca sulle tecnologie digitali in materia di sanità e assistenza che si focalizzano sull'erogazione di prestazioni e servizi a distanza, in coerenza con il fine ben espresso nella Missione 6, Componente 1, secondo cui la casa deve diventare il primo luogo di cura.

Certamente le suddette misure conferiscono concretezza ad ambiziosi obiettivi non solo di superamento di alcune criticità cliniche (come ad esempio l'invecchiamento della popolazione o l'incremento delle malattie croniche), ma anche di raggiungimento di un sistema più flessibile, resiliente e sostenibile. In effetti, il progetto di collegare saldamente la residenza del paziente con l'ambiente sanitario può apportare benefici in termini di tutela della salute e salvaguardia dei bilanci pubblici. Un vantaggio, dunque, per la collettività⁶³.

La difficoltà di attuazione, tuttavia, risiede sul piano organizzativo, perché è facilmente comprensibile come anche e soprattutto su tale aspetto (non solo quello tecnologico) la telemedicina ha un forte impatto: occorre una valida strategia di base volta creare le precondizioni affinché i servizi digitali applicati alla sanità possano effettivamente apportare benefici ai pazienti, ai professionisti, alle strutture ospedaliere ed essere, al contempo, sostenibili dal punto di vista economico, manageriale e organizzativo. Il rischio che i livelli dei servizi sul territorio nazionale si differenzino ulteriormente, piuttosto che uniformarsi come da obiettivo del PNNR, è molto elevato e spetta ora al *management* scongiurare questo pericolo: è già stata ravvisata, ad esempio, la necessità di sviluppare competenze di *project management* e investire su figure professionali che abbiano questo orientamento. Prevedere, radicare ed implementare all'interno delle aziende sanitarie i *project managers*

⁶² Ministero della salute, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, in www.agid.gov.it in cui si fa riferimento anche agli specifici servizi in cui si articola la telemedicina.

⁶³ Al riguardo, si rinvia a A. Borghini e S. Paone, *Investimento in telemedicina: dalla progettazione all'attuazione*, in Aa.Vv., *Telemedicina e intelligenza artificiale a supporto dell'assistenza territoriale. Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, Monitor, 44/2022, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, n. 10, in www.agenas.gov.it.

è una condizione necessaria per migliorare l'organizzazione e gettare basi concrete per la realizzazione dei programmi digitali nell'ambito dell'assistenza sanitaria⁶⁴.

4. La tecnologia nell'azione terapeutica: le terapie digitali

Passando dal piano organizzativo a quello dell'azione, l'approfondimento della "sanità digitale" si fa ancora più complesso coinvolgendo il tema dell'Intelligenza Artificiale (IA), definita a livello sovranazionale, e in generale, come l'insieme dei «sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi»⁶⁵. A livello nazionale se ne riconosce l'importanza anche con particolare riferimento alla Salute, che rappresenta, infatti, uno dei settori prioritari in cui lo Stato si impegna ad investire al fine di raggiungere un'assistenza sanitaria di alta qualità⁶⁶.

La massima espressione della IA applicata all'ambito medico è rappresentata dalle terapie digitali (DTx), definite come «tecnologie che offrono

⁶⁴ Così, A. Zangrandi e S. Fanelli, *Impatti organizzativi: cosa significa la telemedicina nei reparti, nelle professioni e nelle continuità assistenziali*, in Aa.Vv., *Telemedicina e intelligenza artificiale a supporto dell'assistenza territoriale. Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, cit., 35.

⁶⁵ Così, Commissione europea, *Comunicazione della Commissione, L'intelligenza artificiale per l'Europa, COM 2018/237 final*, Bruxelles, 25 aprile 2018, in www.eur-lex.europa.eu, che già nel 2018, quanto all'IA a beneficio della salute, evidenziava che «in Danimarca, l'IA aiuta a salvare vite umane permettendo ai servizi di emergenza di diagnosticare gli arresti cardiaci o altre patologie in base al suono della voce di chi chiama. In Austria, aiuta i radiologi a individuare i tumori in modo più accurato confrontando istantaneamente le radiografie con un'elevata quantità di altri dati medici». In dottrina, si rinvia agli approfondimenti di E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1761 ss.

⁶⁶ Si v. il *Programma strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024*, in www.innovazione.gov.it, nel quale, relativamente al settore "salute e benessere", si legge: «Nel campo della sanità, le applicazioni di intelligenza artificiale stimolano l'innovazione di prodotti e processi scambiando e aggregando informazioni attualmente disperse in una moltitudine di database pubblici e ampiamente sottoutilizzati. Le applicazioni di intelligenza artificiale aiuteranno a soddisfare le nuove esigenze derivanti dall'invecchiamento della popolazione italiana. Inoltre, avranno un impatto significativo sulla popolazione a rischio di malattie gravi come le malattie degenerative, oncologiche e virali e aumenteranno l'inclusione sociale dei gruppi svantaggiati. Alcuni esempi di applicazioni sono: dispositivi e servizi medici in aree di screening e diagnostica come l'omica e l'imaging medico, nuovi farmaci e vaccini, monitoraggio e trattamento delle persone, supporto alla cura del paziente (diagnosi e prognosi) e modelli predittivi delle esigenze sanitarie».

interventi terapeutici che sono guidati da programmi software di alta qualità, basati su evidenza scientifica ottenuta attraverso sperimentazione clinica metodologicamente rigorosa e confermatrice, per prevenire, gestire o trattare un ampio spettro di condizioni fisiche, mentali e comportamentali»⁶⁷. Ciascuna terapia digitale può presentarsi nella forma di una *App* scaricata su smartphone o tablet oppure con i dispositivi indossabili dal paziente (*wearable devices*). Come è stato rilevato nella dottrina medica, mentre nel farmaco classico il principio attivo è la molecola chimica o biologica, nella terapia digitale il principio attivo è l'algoritmo, quale elemento responsabile dell'effetto clinico sia positivo che negativo⁶⁸. Dal punto di vista giuridico, l'algoritmo è l'elemento non propriamente "responsabile" ma certamente "determinante" dell'effetto clinico e tale circostanza apre a molte riflessioni in tema di responsabilità che, inevitabilmente, si amplierà sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo. Sul piano oggettivo perché nell'alveo della responsabilità medica rientreranno anche le ipotesi di malfunzionamento del dispositivo e, dunque, di erronea azione/decisione della macchina; sul piano soggettivo perché figure professionali non tipicamente sanitarie diventeranno ulteriori centri di imputazione di responsabilità.

Naturalmente, il nodo è l'efficacia clinica delle terapie digitali, difficile da garantire nel breve termine in un sistema che risulta complesso (data la macro-organizzazione), estremamente delicato (dato il bene oggetto di tutela) ed attualmente arretrato per un rapido recepimento della tecnologia.

Su questo ultimo aspetto, infatti, la digitalizzazione terapeutica necessita di diversi studi clinici rigorosi che possano generare, in modo tempestivo, solide evidenze scientifiche. Tuttavia, sono molteplici gli ostacoli che si sovrappongono ad un siffatto traguardo.

Prima di tutto manca, ad oggi, una normativa specifica e puntuale sulle terapie digitali che garantisca sicurezza e qualità dei dati raccolti. Infatti, il riferimento normativo a livello sovranazionale è il Regolamento (UE) 2017/745⁶⁹ che riguarda, genericamente, i dispositivi medici e, per quanto specificatamente previsto sulle terapie digitali, stabilisce che debbano rispettare alcuni requisiti essenziali a garanzia della sicurezza, efficacia e qualità

⁶⁷ Così, G. Gussoni, *Executive Summary*, in *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, a cura di G. Gussoni, 2021, n. 1, Milano, Passoni, 2021, 3.

⁶⁸ Si rinvia a L. Da Ros, G. Recchia e G. Gussoni, *Perché un volume sulle terapie digitali per l'Italia (#DtxXITA)*, in *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, cit., 10.

⁶⁹ Regolamento sui dispositivi medici del 5 aprile 2017 che modifica la Direttiva 2001/83/Ce, il Regolamento CE n. 178/2002 e il Regolamento CE n. 1223/2009 e che abroga le Direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE, in www.eur-lex.europa.eu.

basandosi su standard internazionali⁷⁰. Nel panorama nazionale, vi sono per lo più documenti programmatici che si limitano a menzionare in tono declamatorio i possibili esempi di applicazione delle IA nel comparto sanitario, come la robotica nella chirurgia, l'assistenza infermieristica virtuale, il supporto alla diagnostica per immagini⁷¹. Tuttavia, quanto alle disposizioni normative, solo da poco tempo, anche a causa della tardiva entrata in vigore del Regolamento (21 maggio 2021), è iniziato il recepimento della fonte europea mediante l'art. 15 della legge 22 aprile 2021, n. 53⁷², ma certamente la peculiarità delle terapie digitali impone un quadro regolatorio più approfondito di quello attualmente vigente⁷³. In sostanza, si ravvisa, ad oggi, uno scollamento tra i recenti documenti programmatici e le disposizioni normative che preclude, almeno nel breve periodo, l'effettività di un passaggio al digitale.

Inoltre, sul piano pratico risultano carenti le garanzie di sicurezza nell'accesso e di affidabilità nell'identificazione degli utenti. Fino a quando non si raggiungeranno standard soddisfacenti gli strumenti di IA (ma anche gli altri strumenti di Sanità digitale come il FSE e la Telemedicina) non troveranno mai una adeguata applicazione. Sotto tale aspetto, si sta sperimentando il riconoscimento biometrico, nonché l'impiego della tecnologia *Blockchain*, quali strumenti di digitalizzazione non caratteristici del settore sanitario, ma ad esso applicabili⁷⁴.

Ancora, altra difficoltà attuativa delle IA risiede nell'attuale metodo di formazione degli operatori che risulta, dal punto di vista oggettivo, ancora

⁷⁰ Per una ricostruzione esaustiva del quadro regolatorio in tema di terapie digitali, si rinvia a A. Ravizza, E. Caiani, E. Santoro, S. Stefanelli, F. Sternini, *Come gestire gli aspetti regolatori per le terapie digitali, Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, cit., 15 ss.

⁷¹ Si veda F. Aperia Bella, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, n. 1, 230.

⁷² Recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive e l'attuazione degli altri atti dell'Unione europea»

⁷³ Su tale aspetti si rinvia, più approfonditamente, a G. Gussoni, *Executive Summary*, in *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, cit., 3 ss.

⁷⁴ Così, F. Aperia Bella, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, cit., 226, che rinvia, per un approfondimento nel merito di tali tecnologie, a G. Bellomo, *Biometria e digitalizzazione nella pubblica amministrazione*, in *La Tecnificazione*, cit., 59 ss. Sulla tecnologia *Blockchain* si v. anche G. Carullo, *Dati, banche dati, Blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, cit., 202 ss. Inoltre, con riferimento alla *Blockchain* nel settore della Salute, si rinvia alle esaustive considerazioni di E. Catelani, *Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockchain*, cit., 219 ss.

fondato su modelli tradizionali e, dal punto di vista soggettivo, limitato a pochi professionisti rispetto al ventaglio di competenze che si apre dinanzi alla digitalizzazione. A ciò aggiungasi la necessità del coinvolgimento di figure specifiche a supporto delle strutture per il monitoraggio nell'utilizzo delle terapie e la soluzione di eventuali problemi tecnici che possono verificarsi. In sostanza, una adeguata digitalizzazione sanitaria e, in particolare, una buona applicazione delle IA, non può prescindere da una proficua commistione di saperi data dalla coesistenza, all'interno di ciascuna azienda sanitaria, di svariate figure professionali.

Infine, manca il coinvolgimento del paziente, quale soggetto che è parte integrante del processo di attuazione della terapia digitale: infatti, ulteriore e fondamentale aspetto per la diffusione e l'efficacia delle terapie digitali è la informazione e sensibilizzazione dei pazienti attraverso iniziative che possano far conoscere loro i potenziali benefici per la salute. Solo la fattiva collaborazione da parte del paziente nell'utilizzo dello strumento digitale può generare il buon esito della terapia (si pensi al paziente che non monitora l'*app* o non indossa i dispositivi). Anche sotto tale aspetto è necessario il coinvolgimento di figure tecniche e con buone capacità comunicative che, seppur esterne alla organizzazione sanitaria, operino in modo credibile, affidabile, coinvolgente e svincolato dalla logica del profitto.

Da un siffatto assunto deriva che, nell'introdurre la tecnologia, non dovrà essere trascurata la componente umana: le macchine, non devono sostituire le persone, ma essere al servizio delle stesse. Al riguardo, è applicabile anche all'ambito sanitario, il principio della "non esclusività della decisione algoritmica"⁷⁵ secondo cui in ogni processo decisionale deve essere sempre garantito il contributo umano al fine di validare o smentire la decisione automatica.

Una parte della dottrina⁷⁶, sul presupposto che i principi dell'azione amministrativa digitalizzata affermati in via giurisprudenziale (conoscibilità-comprendibilità dell'algoritmo, non esclusività della decisione automatica, principio di non discriminazione) hanno avuto origine nell'ambito dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione⁷⁷, ritiene gli stessi principi

⁷⁵ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 a cui fanno seguito le tre sentenze gemelle, Cons. St., sez. sesta, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474. In dottrina A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto*, 2019, n. 1, 79 ss.

⁷⁶ Si veda D. Morana, T. Balduzzi, F. Morganti, *La salute "intelligente": eHealth, consenso informato e principio di non discriminazione*, in *federalismi.it*, 2022, 142.

⁷⁷ Il riferimento è al piano di assunzione e assegnazione delle cattedre in ambito scolastico adottato con la legge 13 luglio 2015 n. 107, rubricata: «Riforma del sistema nazionale

difficilmente applicabili nell'ambito sanitario, caratterizzato viceversa da un rapporto tra professionista e paziente prettamente fiduciario.

Al netto di innegabili difficoltà pratiche, nulla sul piano giuridico sembra ostacolare un'estensione di tali principi anche oltre i confini del tradizionale agire *ius imperii* della pubblica amministrazione, dunque laddove l'azione amministrativa sia consensuale e collaborativa. Non a caso, infatti, tutti e tre i principi sono stati posti a fondamento dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici mediante la positivizzazione nell'art. 30, c. 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Del resto, anche le Istituzioni europee, in materia di intelligenza artificiale, si muovono con un approccio trasversale e unificante⁷⁸.

In definitiva, la “fiducia cieca” nell'algorithm, già stigmatizzata dal Consiglio di Stato mediante l'individuazione dei limiti all'azione digitalizzata (che comunque è espressione di buon andamento ex art. 97 Cost.), va a maggior ragione evitata nel settore sanitario nel quale il mancato controllo umano sulla decisione tecnologica non è solo una questione di trasparenza amministrativa legata alla riservatezza dei dati o di responsabilità della pubblica amministrazione, ma investe gli aspetti più delicati connessi all'integrità della salute a cui non può che accordarsi la massima cautela.

Ad ogni modo, al fine di una concreta applicazione dei principi espressi, occorre incrementare il personale altrimenti si corre il rischio (ulteriore) di sterilizzare i corposi stanziamenti. In altri termini, l'attuazione degli obiettivi programmati deve comportare una riflessione da parte dell'amministrazione sanitaria di carattere strutturale sulle risorse umane che dovranno gestire i nuovi servizi (case di comunità, ospedali di comunità) e i nuovi strumenti digitali di cura; pertanto, è auspicabile un'inversione di tendenza rispetto al recente passato volta a potenziare l'assunzione stabile dei medici, degli infermieri e del personale paramedico, ma anche di nuove figure professionali con competenze che sconfinano il campo prettamente sanitario, al fine di mantenere, in modo continuativo, la gestione efficiente dei servizi e degli strumenti creati grazie agli stanziamenti europei⁷⁹.

di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti», nota come Riforma della “Buona Scuola”.

⁷⁸ Si rinvia al *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19 febbraio 2020, in www.commission.europa.eu; si veda altresì la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 206 del 21 aprile 2021, in www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁹ Solo per fare un esempio, L'OCSE segnala da tempo come in Italia il numero degli infermieri sia nettamente al di sotto della media europea. Si veda il rapporto, *Italia tra gli ultimi in Europa per il numero di infermieri*, in www.quodiansanità.it.

la sanità digitale

Colmando le suddette carenze normative ed organizzative, l'azione terapeutica digitalizzata potrà realmente generare buoni esiti di salute e, di conseguenza, contribuire all'efficientamento della spesa migliorando la sostenibilità del Sistema Sanitario Nazionale; inoltre, le IA potrebbero essere un volano per la ripresa degli investimenti da parte delle imprese che intendono impegnarsi nella ricerca, produzione e sviluppo di tali strumenti.

In definitiva, le terapie digitali costituiscono un potenziale enorme non solo sotto il profilo scientifico-sanitario ma, più in generale, per lo sviluppo economico sul piano nazionale ed europeo. La strada è lunga ma, nella più tradizionale visione di crisi come opportunità, le misure adottate durante e dopo la pandemia sono un'occasione di cambiamento troppo importante per lasciarsela sfuggire.

5. La sanità nel PNRR tra vecchi problemi e nuovi rischi: opportunità digitale per un buon andamento reale

Come è ormai noto, L'Europa ha potenziato il proprio bilancio pluriennale al fine di fronteggiare la crisi economica generata dalla pandemia da Covid-19: i principi fondamentali strategici del *NextGenerationEU*⁸⁰ sono stati recepiti dall'Italia nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, strumento programmatico complesso dalla doppia rilevanza ordinamentale⁸¹.

Nella missione 6 del PNRR denominata “Salute”, e per la quale è stata stanziata la somma di 15,63 miliardi di euro dei 191,5 miliardi complessivi che ha ricevuto l'Italia⁸², gli interventi programmati riguardano due macro-componenti: la prima è relativa alle “Reti di prossimità, strutture e

⁸⁰ Per il testo completo del documento, si veda www.next-generation-eu.europa.eu.

⁸¹ In questi termini D. De Luongo, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, n. 3, al quale si rinvia per uno studio del PNRR dal punto di vista dell'inquadramento nell'ambito delle fonti statali. A tal fine, si veda anche M. Clarich, *Il Piano di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 341.

⁸² Alle risorse stanziate con il PNRR vanno aggiunte quelle stanziate con il RE-ACT-EU (Risorse europee da spendere nel triennio 2021-2023) e quelle stanziate Fondo complementare. Il totale stanziato per la Missione n. 6 è di 20,23 miliardi di euro con l'obiettivo generale di rafforzare la prevenzione e i servizi sanitari sul territorio, modernizzare e digitalizzare il sistema sanitario e garantire equità di accesso alle cure. L'erogazione delle somme avviene al conseguimento di traguardi e obiettivi fissati per ogni misura (sia essa un investimento che una riforma), momento al verificarsi del quale è subordinata l'assegnazione delle risorse, determinate *ex ante* su base semestrale.

Telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale"; la seconda attiene alla "Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale". È evidente, già dalla denominazione, come le due componenti si intreccino nell'analisi dedicata agli strumenti tecnologici. Ad un sintetico sguardo d'insieme, l'investimento riguarda una triplice dimensione: il Fascicolo Sanitario Elettronico al fine di garantirne «la diffusione, il completamento, l'omogeneità e l'accessibilità»⁸³; il rafforzamento del sistema informativo sanitario con l'obiettivo, principale ma non esclusivo, di ampliare la capacità di rilevazione dello stato di salute della popolazione come risposta a nuove pandemie o a malattie emergenti⁸⁴; la creazione di una piattaforma nazionale per i servizi di Telemedicina⁸⁵.

Le somme stanziare per ogni misura vengono individuate nel *quantum* su base semestrale ed *ex ante* e l'erogazione avviene al conseguimento di traguardi e obiettivi fissati per ciascuna misura (sia essa un investimento che una riforma)⁸⁶. Dunque, se da un lato il PNRR è un riconoscimento da parte dell'Europa alla capacità dell'Italia di individuare misure valide per far ripartire l'economia e, per quel che qui interessa, per efficientare il Sistema Sanitario Nazionale, dall'altro è una enorme responsabilità politica e operativa in capo a molti attori chiamati a tramutare in realtà i lodevoli obiettivi.

Dunque, prima un'opportunità: basti pensare che dal PNRR scatu-

⁸³ Termini utilizzati, seppur in modo diffuso, all'interno del documento. Per la consultazione integrale, si veda www.governo.it.

⁸⁴ Si tratta di un potenziamento dell'infrastruttura facente capo al Ministero della salute per il monitoraggio dei LEA e la programmazione di servizi di assistenza sanitaria alla popolazione, prevista originariamente nell'art. 87, l. 23 dicembre 2000, n. 388, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (l. finanziaria 2001).

⁸⁵ Per un approfondimento della Missione n. 6 nel suo complesso, si rinvia a A. Pioggia, *La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, 165 ss.; una ricostruzione d'insieme viene svolta anche da N. Posteraro, *Il Fascicolo sanitario elettronico*, in *Lo stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di V. Bontempi, Romatrepress, 2022, 187 ss.

⁸⁶ Fino ad ora le aspettative sono state rispettate: in generale, nel primo semestre del 2022 l'Italia ha raggiunto gli obiettivi come è stato accertato a livello europeo; nel secondo semestre il programma di attuazione degli obiettivi è proceduto anche più velocemente rispetto ai cronoprogrammi originari. In tema di sanità, il primo obiettivo raggiunto è la riforma degli IRCCS (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico): trattasi di cinquantuno ospedali (ventuno pubblici e trenta privati) che forniscono cure innovative, garantendo anche un innalzamento della qualità terapeutica mediante collaborazioni esterne. Il secondo obiettivo riguardava l'avvio delle gare pubbliche per 1,4 miliardi di euro per la digitalizzazione ed è stato raggiunto con la stipula di contratti Consip del 21 dicembre 2022 che include la digitalizzazione dei CUP (Centri unici di Prenotazione), nuove piattaforme, telemedicina e cartella clinica digitale. Per tali contratti, si veda www.consip.it.

risce un'inversione di rotta rispetto alla storica e desolante tendenza del Legislatore nazionale ad inserire negli impianti normativi di riorganizzazione pubblica, che in quanto tali contengono una o più voci di spesa, la cd. "clausola di invarianza finanziaria" generalmente espressa nella postilla «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Se l'intento è quello di dare attuazione al precetto di cui all'art. 81, c. 3, Cost.⁸⁷, di fatto la clausola di invarianza finanziaria può vanificare l'attuazione delle disposizioni normative, atteso che le pubbliche amministrazioni non possono ricorrere ad un aumento di risorse umane e strumentali rispetto a quelle disponibili al momento dell'entrata in vigore della legge.

In tema di digitalizzazione amministrativa, la questione si è posta originariamente con riferimento alla formazione informatica dei dipendenti pubblici, prevista nel primo comma dell'art. 13 CAD "a costo zero" e perciò rimasta impietosamente a livello di proposito⁸⁸. Non a caso, sul raggiungimento degli obiettivi stabiliti nella successiva riforma Madia, il Consiglio di Stato ha ravvisato la necessità di abbandonare l'atteggiamento eccessivamente incentrato sui conti e di attuare corposi e costanti stanziamenti finanziari⁸⁹.

⁸⁷ Ai sensi del quale: «Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri a carico dello Stato provvede ai mezzi per farvi fronte».

⁸⁸ La disposizione recita: «Le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili, attuano politiche di reclutamento e formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nonché dei temi relativi all'accessibilità e alle tecnologie assistive, ai sensi dell'articolo 8 della legge 9 gennaio 2004, n. 4».

⁸⁹ Il riferimento è al parere interlocutorio n. 785 del 17 marzo 2016 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in www.giustiziamministrativa.it, al cui punto 3 si afferma che «L'ampiezza delle problematiche connesse con la riforma dell'amministrazione digitale – ed in particolare quelle concernenti il raggiungimento dell'obiettivo della diffusione della cultura digitale (art. 9), lo sviluppo delle politiche di formazione (art. 12) e l'attribuzione all'Agid di rilevanti e nuovi compiti (art. 14-bis) – potrebbero comportare la necessità di programmare delle spesa aggiuntive rispetto a quelle previste per il settore, rendendo non perseguibile l'obiettivo di procedere nell'intervento normativo de quo a costo zero e, cioè, tramite il solo utilizzo di risorse economiche e di personale già a disposizione dei singoli organi dell'Amministrazione. In proposito la Commissione speciale, pur aderendo con convinzione al succitato orientamento governativo, ritiene necessario sottolineare da una parte che la mancata individuazione delle modalità con cui reperire le risorse necessarie per realizzare gli obiettivi programmati potrebbe, come peraltro già accaduto, pregiudicare l'esito della riforma stessa ed evidenziare dall'altra che l'importanza della riforma de qua può giustificare il ricorso ad un ponderato incremento di spesa, atteso che l'eventuale erogazione di denaro pubblico potrà essere compensata dai risparmi di spesa derivanti dalla concreta e tempestiva applicazione della riforma stessa». In dottrina, su tale questione, si veda D.U. Galetta, *Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass*,

La clausola di invarianza finanziaria non ha risparmiato neanche il comparto sanitario: storicamente, infatti, si è cercato di rivoluzionare la sanità pubblica mediante impianti normativi ad ampio raggio che hanno proclamato innovazioni importanti, ma senza implementazione delle risorse economiche⁹⁰. Neppure ha sortito effetto l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, avallato da quella contabile, secondo cui «il criterio di invarianza degli oneri finanziari è fissato con riguardo agli effetti complessivi della norma e non comporta “in sé” la preclusione di un eventuale aggravio di spesa purché tale aggravio sia “neutralizzato” con una compensazione di altre disposizioni produttive di risparmi o di maggiori entrate»⁹¹.

Ma vi è un altro, importante aspetto per il quale il PNRR rappresenta un'opportunità: le ingenti risorse di investimento sulla digitalizzazione in esso previste (non solo per il Sistema Sanitario Nazionale ma in generale per tutte le pubbliche amministrazioni) dovranno dare la giusta e definitiva accelerazione a quel processo di ammodernamento tecnologico delle pubbliche amministrazioni che ad oggi può considerarsi incompiuto. La mancata realizzazione di un modello di amministrazione digitale, infatti, è un problema storico dell'Italia, da sempre legato all'assenza di una cultura informatica, all'inadeguatezza delle strutture amministrative e alla generale riluttanza al cambiamento da parte dei dipendenti pubblici⁹². Il personale pubblico non era specializzato nell'utilizzo dei sistemi informatici e, a monte, non vi era un piano strategico di valutazione costi/benefici connessi alla digitalizzazione del settore pubblico⁹³. Se così era negli anni 70 del secolo scorso, oggi sembra essere cambiato poco o nulla: l'arretratezza dell'Italia nel contesto europeo sulla connessione a banda larga e sull'offerta dei servizi

in *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, in D.U. Galetta and J. Ziller (Eds.), *Nomos Verlagsgesellschaft* D. 2018, 119 ss.

⁹⁰ Si pensi all'art. 18 della l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) o all'art. 7, l. 22 dicembre 2017, n. 219 che, addirittura in tema di scelte di fine vita, “nasconde” al suo interno molteplici voci di spesa per le pubbliche amministrazioni con riferimento alle Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).

⁹¹ C. Cost. 16 maggio 2014, n. 132, in www.cortecostituzionale.it; nella giurisprudenza contabile, si veda, *ex plurimis*, C. Conti, sez. contr., Basilicata, n. 39/PAR del 14 settembre 2016 e C. Conti, sez. reg. contr. Abruzzo, n. 127/2017/PAR ove si rileva che «il vincolo finanziario della spesa costituisce l'alter ego dell'obbligo di copertura finanziaria codificato nell'art. 81, c. 4, della Costituzione. L'obiettivo perseguito è identico: la tutela degli equilibri della finanza pubblica».

⁹² Si veda M.G. Losano, *Corso di informatica giuridica. II) Il diritto pubblico dell'informatica*, Torino, Einaudi, 1969, 243 ss.

⁹³ Così A. Predieri, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1971, 45 ss.

pubblici digitalizzati resta argomentazione diffusa per giustificare la lentezza nel cambiamento⁹⁴. Effettivamente, che l'Italia sia ancora in uno stato di arretratezza informatica è un dato di fatto, ciò risultando dall'analisi condotta dall'Unione Europea negli anni 2014–2019 in cui l'Italia si è collocata al quintultimo posto nella classifica sul grado di digitalizzazione di famiglie, imprese e Stato⁹⁵.

Se il PNR è un'opportunità, giocoforza è una responsabilità: il documento, infatti, relativamente alla “Missione 6”, dichiara come obiettivo quello di assicurare «un efficace miglioramento del Sistema Sanitario Nazionale» prevedendo risorse da allocare ed attuare entro il 2026: un tempo breve se rapportato alla complessità del comparto sanitario e all'alto grado di innovazione che si mira ad introdurre. Il rischio di un insuccesso, in un settore così delicato della pubblica amministrazione, è dietro l'angolo poiché non basta la mera elargizione di denaro, ma occorre alta professionalità, forte impegno e leale collaborazione istituzionale.

La digitalizzazione, nello specifico, porta con sé molti pericoli: uno di questi è la ravvisata potenziale «a-neutralità» nell'utilizzo degli strumenti tecnologici⁹⁶ fonte di possibili disuguaglianze e discriminazioni. Queste, infatti, possono essere insite in una determinata tecnologia ma preesistono alla stessa, originando più precisamente in chi quella tecnologia crea ed alimenta. Ne è esempio un autorevole studio condotto oltreoceano in cui, nel periodo gennaio 2019 ottobre 2020, il Fascicolo Sanitario Elettronico ha cristallizzato una discriminazione etnica nel rilevamento di descrittori di anamnesi e di note fisiche in alcuni pazienti accomunati da caratteristiche sociodemografiche e di salute⁹⁷.

⁹⁴ Si rinvia al parere interlocutorio del Consiglio di Stato 785/2016, che descrive una situazione allarmante in Italia rispetto agli altri Paesi europei.

⁹⁵ Si rinvia a M.G. Losano, *La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, XXIV, cit., che nell'esautiva analisi sulla informatica, si esprime in termini di «evoluzione fatta più di propositi che di realizzazioni».

⁹⁶ Così F. Covino, *Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità*, in *federalismi.it*, 2021, 57. Si veda anche la bibliografia ivi contenuta e, in particolare, S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, 14 e a V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1981. Nella letteratura internazionale, si rinvia a A. Bracic, S.L. Callier and W. Nicholson Price II, *Exclusion cycles: Reinforcing disparities in medicine*, in *Science*, 377, New York 2022, 1159, ove si afferma che la potenziale a-neutralità è data non dall'intelligenza artificiale in sé, la quale non genera pregiudizi, ma dal personale umano che nello scrivere, applicare e distribuire quella tecnologia può essere razzista o di parte.

⁹⁷ Si veda M. Sun, T. Oliwa, M.E. Peak and L. Thung, *Negative patients descriptors: documenting racial Bias in the Electronic Health Record*, in *Health Affairs*, 2022, n. 2, 203 ss., in cui si è evidenziato che i pazienti di pelle nera avevano 2,54 volte in più la probabilità di trovare

Certamente la persona influenza “la macchina” e ciò rende il rischio di effetti discriminatori un’insidia costante⁹⁸, acuita peraltro da un ulteriore *deficit* insito nello strumento digitale: la limitatezza del *set* di dati posti alla sua base. Infatti, i sistemi di *machine learning* possono funzionare correttamente con riferimento a quei soggetti presi in considerazione nella creazione della tecnologia, ma non essere altrettanto precisi con riferimento ad una categoria non considerata nel *set* di dati iniziale. Il difetto di rappresentatività, in uno strumento di cura digitale, aumenta il rischio che una terapia sia efficace per alcuni ma non per altri, esasperando disparità già esistenti che alimentano una “sanità a velocità variabile” sia essa di genere, di etnia, o semplicemente fondata sui differenti stili di vita, su tutti le abitudini alimentari.

Di qui, la necessità di una cautela nell’utilizzo degli strumenti esistenti che possono accentuare e favorire la propagazione delle disparità⁹⁹, ma soprattutto la necessità di una nuova sfida per i tecnici informatici volta a mettere quanto più possibile “a sistema” una tecnologia adeguatamente rappresentativa della varietà umana che possa operare su larga scala con risultati positivi non solo in termini di efficacia, ma anche di equità¹⁰⁰.

Altro aspetto connesso è la dispersione dei dati che, in ambito sanitario, vengono slegati dai dati sensibili e assumono una propria definizione ad opera del Regolamento europeo 679/2016 (GDPR)¹⁰¹. Già si è accennato a come il consenso del paziente si sia “affievolito” sul fronte del Fascicolo Sanitario Elettronico (par. 3) pur senza scalfire il principio di autodeterminazione di cui all’art. 32, c. 2, Cost.; diverso è l’aspetto, più delicato, dell’inevitabile incremento della diffusione dei dati, anche sensibili, generato dagli strumenti di *e-Health* sopra analizzati che, per loro natura, si basano su servizi di messaggistica, geolocalizzazione, tecnologia *bluetooth* e che, perciò, richiedono al paziente l’inserimento di dati personali con possibilità di accesso da parte degli operatori sanitari ed economici. In tale sistema, dati e

un descrittore negativo nell’anamnesi e nelle note fisiche rispetto ai pazienti di pelle bianca, nonostante la stessa situazione sociale e sanitaria.

⁹⁸ Si rinvia a P. Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in Aa.Vv., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione*, 2020, in www.giurcost.org, 457 ss.

⁹⁹ Come ritengono, D. Morana, T. Balduzzi e F. Morganti, *La salute “intelligente”: eHealth, consenso informato e principio di non discriminazione*, cit., 151.

¹⁰⁰ In tal senso, si veda J. Zou and L. Schiebinger, *Design AI so that it’s fair*, in *Nature Journal*, 18 luglio 2018, che citano molti esempi di discriminazioni reali dell’intelligenza artificiale e offrono suggerimenti ingegneristici su come adottare algoritmi più equi e sicuri.

¹⁰¹ Sul tema, si veda F. Covino, *Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità*, cit., 57 ss.

informazioni alimentano senza soluzione di continuità banche dati utili per la ricerca scientifica, generando un volume di dati in rete senza limiti.

La questione si presenta complessa perché la riservatezza non si garantisce semplicemente mediante una ferrea segretezza delle informazioni ma, più approfonditamente, mediante la trasparenza delle informazioni possedute dai soggetti pubblici e privati a contatto con l'interessato, il quale ha diritto di accedere e modificare i dati che lo riguardano¹⁰².

Alcuni studi hanno rilevato un quadro che, tra protocolli di comunicazione non sicuri e omissioni sulle politiche di *privacy* da parte di alcune *App*, può essere considerato quantomeno un campanello d'allarme per la sicurezza dei dati personali¹⁰³. Di talché, nonostante una sovrabbondanza normativa sovranazionale e nazionale in tema di protezione dei dati personali¹⁰⁴, e benché il GDPR possa essere considerato uno strumento normativo avanzato¹⁰⁵, permane la difficoltà di innalzare il livello di tutela della riservatezza sul piano pratico al fine di evitare violazioni sulla diffusione di dati personali e sensibili. In altri termini, se l'utilizzo delle più moderne tecnologie è oggi possibile, non è altrettanto possibile fornire garanzie adeguate sulla tutela dei dati personali che non siano fondate su norme (piano generale e astratto) ma sulla tecnologia stessa (piano puntuale e concreto)¹⁰⁶. E fin quando questo *gap* non sarà colmato, resterà compromessa la stessa efficacia clinica degli strumenti digitali che, per loro natura, impongono (come già rilevato) la fattiva collaborazione del paziente.

Non va trascurato che la vulnerabilità delle banche dati non comporta

¹⁰² Ancora F. Covino, *Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità*, cit., che sul punto fa rinvio a C. Colapietro, *Trasparenza e democrazia: conoscenze e/è potere*, in *Le nuove frontiere della trasparenza nell'ordinamento costituzionale*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 30 ss.

¹⁰³ Si veda G. Capilli, *Dati sanitari nell'era digitale. Verso uno spazio europeo dei dati sanitari*, in Aa.Vv., *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., 56, in cui si legge che «nel 23% dei casi le trasmissioni dei dati sugli utenti è avvenuta su protocolli non sicuri, il 28% della app non ha fornito politiche sulla privacy, mentre il 47% delle trasmissioni dei dati degli utenti ha rispettato le regole sulla privacy».

¹⁰⁴ Per una esaustiva ricostruzione si rinvia ancora a G. Capilli, *Dati sanitari nell'era digitale. Verso uno spazio europeo dei dati sanitari*, in Aa.Vv., *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, 51 ss.

¹⁰⁵ Così F. Covino, *Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità*, cit. secondo cui l'impianto normativo nel suo complesso risulta solido ed efficace nel garantire la protezione dei dati sanitari.

¹⁰⁶ Alcune soluzioni sono solo in fase di studio e sperimentazione. Al riguardo, si rinvia a Aa.Vv., *Privacy e cybersecurity nell'ambito delle terapie digitali*, in *Terapie digitali, una opportunità per l'Italia?*, cit., 51 ss.

solo un problema di *privacy* ma anche di *cybersecurity*: si sono già registrati diversi attacchi *hacker* alle strutture ospedaliere¹⁰⁷. Il problema non è di poco conto stante la paralisi operativa delle strutture fino a quando non viene pagato il riscatto o, comunque, ripristinato il regolare funzionamento del sistema informatico. Dunque, la tecnologia che verrà messa in campo dovrà essere orientata anche a sterilizzare gli effetti di queste nuove “rapine digitali” mediante l’ammodernamento degli attuali sistemi informatici, ormai evidentemente obsoleti e, perciò, vulnerabili.

Altra insidia della digitalizzazione è l’incremento della disuguaglianza e l’emarginazione di categorie fragili (come gli anziani o le persone diversamente abili). Il rischio concreto è che l’utilizzo delle tecnologie nella sanità, invece di garantire equità nell’accesso alle cure, vada nella direzione opposta esasperando il divario digitale già molto marcato nel contesto nazionale¹⁰⁸ con consequenziale pregiudizio dell’effettività del diritto alla salute dei più deboli e in spregio, altresì, al principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost. Gli impegni e i programmi volti a contenere il divario e le disuguaglianze sociali che l’uso impari della tecnologia crea sono ormai presenti sia nel panorama europeo che in quello nazionale¹⁰⁹, ma sono tutti destinati a rimanere lettera morta se non seguiranno mirate politiche di alfabetizzazione digitale¹¹⁰ volte ad aumentare la fiducia nella tecnologia e, conseguentemente, il suo utilizzo.

¹⁰⁷ L’esempio più recente è quello relativo alla ASL della regione Abruzzo che ha comportato numerosi disservizi e una diffusione incontrollata di dati sul web che sta generando una grande mole di contenzioso in ambito civilistico tra utenti e azienda sanitaria. Nel recente passato, basti pensare, solo per fare qualche esempio, all’ospedale San Giovanni Addolorata di Roma che, nel settembre 2021, è stato bersaglio di un attacco informatico che ha compromesso il regolare svolgimento dell’attività sanitaria con impossibilità di visualizzare le cartelle cliniche, fare referti, chiedere esami di laboratorio *etc.*, anche se si è riusciti a contenere il danno grazie ai tecnici della sicurezza informatica i quali hanno reso possibile la prosecuzione delle attività di ricovero, ambulatoriali e di assistenza ed emergenza del pronto soccorso. Ben più gravi sono stati, invece, gli attacchi informatici in Gran Bretagna dove, nel 2017, diverse strutture ospedaliere sono arrivate al punto di dover annullare gli interventi chirurgici in programma e trasferire i pazienti dai reparti di emergenza.

¹⁰⁸ Si rinvia all’approfondita analisi di P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Il diritto dell’economia*, 2022, n. 2, 111 ss., che evidenzia tutte le ragioni alla base della disuguaglianza digitale, individuandole nella mancanza infrastrutturale di connessione, nell’impossibilità di accesso a causa dei costi, nelle disparità territoriali (nord/sud), di genere, di età e sociali. Si veda, inoltre, *Studi economici dell’OCSE: Italia 2021*, in www.oecd.org, nel quale si evidenzia che il divario digitale in Italia è molto più marcato che in altri Paesi e si sollecita, pertanto, un’accelerazione alla transizione digitale.

¹⁰⁹ Si rinvia ai paragrafi 1 e 2 del presente lavoro.

¹¹⁰ Si veda il lavoro monografico di L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., 85

La pubblica amministrazione è chiamata a muoversi nella consapevolezza dei suddetti rischi al fine di superare le proprie inefficienze in ossequio al principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.¹¹¹ e gettare le basi per un cambiamento che, focalizzandosi sulla innovazione tecnologica, porti alla fruizione in sicurezza, e in egual misura, dei servizi digitali. Si migliora, per tale via, il rapporto tra cittadini e amministrazione, quale preconditione della “buona amministrazione”, intesa come diritto del cittadino secondo la visione più moderna e sovranazionale scolpita nell'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea¹¹².

Lo stesso PNRR fa espresso riferimento alla “buona amministrazione”, qualificandola come asse principale¹¹³ per la realizzazione di un programma di riforme e investimenti volto alla eliminazione dei vincoli burocratici che compromettono la celerità, l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministra-

ss., che individua il divario digitale come causa del rallentamento del percorso di digitalizzazione insieme allo stato di arretratezza dell'Italia rispetto all'Europa sulla connessione a banda larga e sull'offerta dei servizi pubblici digitali e all'assenza di stanziamenti finanziari da parte del Legislatore per il passaggio dallo “Stato analogico” allo “Stato digitale”.

¹¹¹ Si rinvia a A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*^v, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2017, 191 ss.

¹¹² L'art. 41 CDUE “ribalta” la buona amministrazione da dovere della p.a. a diritto del cittadino. Nella prima accezione, si veda G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, 129. Nella seconda, invece, si rinvia alle antesignane considerazioni di A. Zito, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *RIDPC*, 2002, 433 ss.; si veda, altresì, C. Marzuoli, *Carta europea dei diritti fondamentali, “amministrazione” e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2002, 255 ss.; S. Cassese, *Il diritto ad una buona amministrazione*, Relazione alla Giornata sul diritto alla buona amministrazione, Barcellona 2009, in www.irpa.eu che si esprime sulla evoluzione del principio che lo porta ad essere un diritto: dapprima principio per l'efficacia della p.a., successivamente principio funzionale al godimento dei diritti dei cittadini; R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31 ss.; C. Celone, *Il diritto alla buona amministrazione, tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 669; L.R. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *RIDPC*, 2010, 789; S. Cassese e D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della carta dei Diritti dell'UE)*, in *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, a cura di M.C. Pierro, Milano, Giuffrè, 2019, 1 ss.; D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ITC)*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 85 ss.; B. Ponti, *Le diverse declinazioni della “buona amministrazione” nel PNRR*, in *Aa.Vv., Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, aprile-giugno 2022, 401 ss.

¹¹³ Insieme all'accesso, al capitale umano e alla digitalizzazione, come riportato nelle pp. 49-51 del PNRR.

tiva. Pur riconoscendo la difficoltà di combinare il codificato diritto ad una buona amministrazione con lo strumento digitale¹¹⁴, il PNRR rappresenta un'occasione senza precedenti per la modernizzazione di tutto il sistema amministrativo italiano¹¹⁵.

6. Il progresso scientifico e tecnologico: da causa del conflitto medico-paziente a strumento di “alleanza terapeutica”. Verso una nuova appropriatezza clinica e amministrativa

Nella seconda metà del secolo scorso, il progresso scientifico-tecnologico ha portato a sorprendenti risultati in termini di guarigione ma ha determinato, al contempo, la graduale fine del rapporto asimmetrico-paternalista tra medico e paziente, atteso che quest'ultimo cominciava a rivendicare sempre più spazi decisionali sulle scelte terapeutiche¹¹⁶. L'autonomia del paziente rispetto al professionista (in contrapposizione alla precedente subordinazione) ha favorito l'instaurarsi di un rapporto simmetrico che, con il tempo, è divenuto conflittuale. Ed infatti, le statistiche hanno sempre dimostrato un fenomeno controintuitivo di diretta proporzionalità tra il successo terapeutico e l'aumento del contenzioso: si vive più a lungo, si guarisce più frequentemente, tuttavia le controversie sanitarie aumentano¹¹⁷. La causa è stata ravvisata nell'avanzamento della scienza e della tecnica che accresce nelle persone l'aspettativa del risultato finale: la guarigione. L'aumento del contenzioso ha generato, nel primo decennio degli anni 2000, fenomeni di medicina difensiva, vale a dire condotte di professionisti sanitari volte ad evitare l'avanzamento di pretese risarcitorie (anche pretestuose) da parte dei

¹¹⁴ Ne fa riferimento B. Ponti, *Le diverse declinazioni della “buona amministrazione” nel PNRR*, in Aa.Vv., *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 412.

¹¹⁵ Così G. Piperata, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in Aa.Vv., *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 321.

¹¹⁶ Non a caso, è del 1973 la *Patient's Bill of Rights*, primo documento che valorizza la corretta e completa informazione al paziente quale condizione necessaria per rispettare la sua autonomia decisionale riguardo la diagnosi, il trattamento e la prognosi. Al riguardo, si veda Aa.Vv., *La responsabilità sanitaria pubblica e privata*, Santarcangelo, Maggioli, 2013, 10, in cui si definisce tale documento come una tappa fondamentale del nuovo e moderno rapporto tra medico e paziente.

¹¹⁷ Si rinvia a *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis e G. Vecchio, Padova, Cedam, 2014.

pazienti piuttosto che incentrate sulla tutela della salute¹¹⁸. Di qui, il “pendio scivoloso” fatto di costi spropositati per il servizio sanitario nazionale¹¹⁹, aumento dei premi assicurativi per i professionisti, fuga all'estero dei medici e abbandono di alcuni settori di responsabilità da parte delle compagnie assicuratrici. In tale contesto si sono innestate, nel secondo decennio di questo secolo, le grandi riforme della sanità pubblica che hanno riguardato, con la duplice *ratio* della tutela della salute e della razionalizzazione della spesa pubblica, sia l'organizzazione sanitaria sia il sistema di responsabilità, ma i cui effetti non sono stati propriamente dirompenti.

Allo stesso progresso scientifico e tecnologico che in passato è stato la causa del conflitto tra medico e paziente e, a seguire, di tutte le negative conseguenze sopra menzionate, ci si affida in questo momento post-pandemico per ripristinare quella “alleanza terapeutica” funzionale all'effettività della salute e alla salvaguardia dei conti pubblici, in sintesi al buon andamento della pubblica amministrazione. La fiducia, la collaborazione, la sinergia tra

¹¹⁸ Già nel 1994, in USA si era affermato che la medicina difensiva «si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano i pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva: quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa». Così, l'*Office of Technology Assessment*. In Europa, lo studio del fenomeno è successivo e, con particolare riferimento al contesto italiano, la prima ricerca è stata effettuata nel periodo luglio-novembre 2008 dal Centro Studi Federico Stella sulla giustizia penale e la politica criminale dell'Università Cattolica del Sacro cuore di Milano con il titolo «Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico». Un'altra ricerca, sempre del 2008, è stata quella posta in essere in ambito medico da parte dell'Ordine del Consiglio Provinciale dei Medici e degli Odontoiatri di Roma limitatamente al territorio della Capitale, con il titolo «La medicina difensiva in Italia in un quadro comparato: problemi, evidenze e conseguenze», in www.art.torvergata.it. Lo stesso ordine, negli anni successivi, ha condotto la prima ricerca nazionale in materia, intitolata «Chi si difende da chi? E perché? I dati della prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva» e i relativi risultati sono stati resi pubblici il 23 novembre 2010.

¹¹⁹ La medicina difensiva è arrivata a creare un buco nel bilancio dello stato di circa 13 milioni di euro. Su tali ricerche la dottrina è sterminata: si rinvia, senza pretesa di esaustività, a Aa.Vv., *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, in Programma Scienziati in Azienda, XII edizione, Stresa 26 Settembre 2011-16 Luglio 2012, I Project Work della Fondazione Studi Stresa; M.C. Parravicini, *Medicina difensiva* e U. Genovese, *La medicina difensiva vista dal medico legale*, entrambi in *Bollettino OMC e OMI* n. 2/2011, in www.assimedi.it; G. Guerra, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto Politiche sanitarie*, XIV, n. 4, ottobre – dicembre 2013, in www.politiche.sanitarie.it; N. Confalonieri, *Rapporto medico-paziente: i pericoli della medicina difensiva*, in www.cineas.it; A. Capozzi, *Lotta alla medicina difensiva*, Edizioni Ecolab, 2016, 43, in www.diritto.it.

strutture sanitarie e professionisti da una parte e pazienti dall'altra, è la sfida intrapresa nell'era digitale al fine di velocizzare e rendere più efficiente la pubblica amministrazione, consentendole di stare al passo svelto dello sviluppo tecnologico e di favorire, così, la tutela della salute nella sua accezione più ampia¹²⁰ e, più in generale, lo sviluppo economico e sociale.

Lo strumento digitale, nello specifico, potrebbe ragionevolmente condurre ad un significativo innalzamento dell'efficienza del sistema sanitario riducendo le liste di attesa, garantendo l'interoperabilità dei dati, aumentando la disponibilità dei posti letto nelle strutture; al contempo, potrebbe migliorare l'efficacia dell'azione terapeutica con riferimento a molte patologie. Come affermato dall'OMS, la digitalizzazione rappresenta la risposta alla necessità di implementare e rendere più equo l'accesso in sanità, alla necessità di ridurre i costi sanitari e alla necessità di migliorare la qualità della cura auto-gestita dal paziente, così da rendere l'intero sistema più personalizzato¹²¹. Inoltre, la sanità digitale è utile per razionalizzare il carico di lavoro dei professionisti sanitari che, soprattutto nel pieno dell'emergenza, è aumentato a dismisura con conseguente caos organizzativo e abbassamento della qualità dei servizi¹²².

Nobili obiettivi per i quali, tuttavia, lo stanziamento di somme, seppur ingente, non è garanzia di risultato perché la digitalizzazione non è solo

¹²⁰ vale a dire di "benessere psico-fisico della persona", così definito già nel 1946 dall'OMS. Sul valore ampio e polisemantico che il fondamentale diritto alla salute assume nel nostro ordinamento, si rinvia a N. Posteraro, *La "reviviscenza" dell'istituto della difesa civica alla luce della legge Gelli-Bianco: il Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute*, Osservatorio di diritto sanitario, in *federalismi.it*, 2018. Sull'evoluzione della nozione di "salute" e sull'individuazione del contenuto del relativo diritto, si rinvia a A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2017, 19 ss.; Si veda inoltre, C.E. Gallo e B. Pezzini, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, 1998; M., Luciani, *Salute*, voce in *Enciclopedia Giuridica XXVII*, Roma 1991; P.Vincenti Amato, *Articolo 32*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976; M. Santilli e M. Giusti, *Tutela della salute*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova 1998; N. Aicardi, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003; *La sanità in Italia: organizzazione, governo, regolazione e mercato*, a cura di C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi e A. Tardiola, Bologna, Il Mulino, 2010; E. Cavasino, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

¹²¹ Si v. World Health Organization, *What do you need to know about digital health system*, 2020. Inoltre, per un programma d'azione nell'immediato futuro, si veda *Global strategy on digital health 2020-2025*, in www.who.int.

¹²² Con riferimento all'utilità della sanità digitale per garantire l'assistenza alla popolazione durante la pandemia, si veda Istituto Superiore della Sanità, *Rapporto ISS Covid-19 n. 12/2020 – Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19*, in www.iss.it.

questione di «transizione delle attuali procedure in formato digitale», il che equivarrebbe ad un mero «cambiamento di forma», ma richiede «una profonda riorganizzazione delle strutture e una altrettanto radicale reingegnerizzazione delle procedure»¹²³.

Ciò che serve, dunque, è un cambio strutturale e di sistema della pubblica amministrazione e una revisione della legislazione di riferimento che ne regga l'organizzazione e l'azione¹²⁴. Quanto alla trasformazione amministrativa, il lungo processo è già stato avviato grazie ai sopra menzionati programmi previsti nel PNRR¹²⁵: tutti i punti chiave della recente riforma assistenziale¹²⁶ ridisegnano l'organizzazione sanitaria con l'obiettivo di rafforzarla, creando un sistema strutturato con molteplici servizi adeguati ai bisogni dei pazienti, dei loro familiari, nonché dei professionisti sanitari e da garantirsi in piena efficienza nella ordinarietà, non solo nelle eventuali future situazioni di emergenza¹²⁷.

¹²³ Così L. Torchia, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid Rassegna* 2021, n. 6-7 secondo cui è più corretto esprimersi in termini di "trasformazione digitale" piuttosto che di mera "transizione digitale".

¹²⁴ Così G. Piperata, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Aa.Vv., Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 317.

¹²⁵ Si rinvia alla nota 81 di questo contributo per i risultati fino ad ora raggiunti. In dottrina, per un'analisi generale sull'attuazione del PNRR, si rinvia a 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, 1 ss.; E. Catelani, *PNRR e ordinamento costituzionale. Un'introduzione*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3; N. Lupo, *Il PNRR e i poteri dello Stato*, in *Astrid Rassegna*, 2022; L. Fiorentino, *Il Piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689 ss.; V. Cerulli Irelli e A. Giurickovic dato, *Sugli interventi normativi necessari per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 245.

¹²⁶ Le Case di comunità, gli Ospedali di comunità, l'assistenza domiciliare integrata, la centrale operativa 116117, la centrale operativa Territoriale (COT), l'Unità di continuità assistenziale, la rete delle cure palliative, l'infermiere di famiglia e comunità, i Servizi per la salute dei minori, delle donne, delle coppie e delle famiglie e la telemedicina: trattasi dei pilastri della riforma regolata dal decreto 23 maggio 2022, n. 77. In www.pnrr.salute.gov.it si legge: «La riforma dell'assistenza territoriale definisce un nuovo modello organizzativo del Sistema Sanitario Nazionale che mira a una sanità più vicina alle persone e al superamento delle disuguaglianze. Il nuovo assetto istituzionale e organizzativo dell'assistenza sanitaria primaria consentirà al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati, in linea con le migliori prassi europee».

¹²⁷ Si v. G. Piperata, L. Saltari e A. Sandulli, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, in cui, con una riflessione di più ampio respiro rispetto al settore sanitario, si evidenzia l'importanza di un recupero della comunità per un rafforzamento dei servizi finalizzati a garantire adeguati sistemi di protezione.

Quanto alla normativa a sostegno dell'organizzazione e dell'azione, l'attenzione va rivolta alla dimensione europea e nazionale: sul piano europeo, rimarcando l'importanza di un disegno accentratore nel governo dell'innovazione tecnologica della sanità pubblica, è stata ravvisata l'esigenza di un'accelerazione nella definizione di un sistema regolatorio unitario e di una strategia europea condivisa al fine di raggiungere adeguati livelli di efficienza per la tutela della salute, garantiti in modo uniforme al fine di superare ogni forma di disuguaglianza.

Sul piano nazionale, invece, un aspetto rilevante è la connessione tra i LEA e le prestazioni sanitarie digitali¹²⁸: come è noto, infatti, le prestazioni di base che il Sistema Sanitario Nazionale deve assicurare in modo equo a tutti i cittadini devono essere individuate alla stregua del principio di appropriatezza¹²⁹ in forza del quale il Sistema Sanitario si fa carico delle sole prestazioni che possono ritenersi efficaci da un punto di vista clinico in base alle evidenze scientifiche (appropriatezza clinica) e che, a parità con altre prestazioni, risultano meno costose (appropriatezza organizzativa)¹³⁰.

Ciò posto, oggi la difficoltà risiede proprio nel far rientrare nei LEA, le prestazioni mediche tecnologicamente più avanzate, stante il costo elevato delle stesse e la probabile non solidità scientifica data dal loro carattere innovativo. In questo senso, sarà dunque importante l'aspetto relativo alla definizione dei LEA e al loro continuo aggiornamento per far in modo

¹²⁸ Lo strumento utilizzato per la definizione dei LEA è stato il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 rubricato «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'art. 1, c. 7, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502».

¹²⁹ Il riferimento normativo è l'art. 1, c. 7, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 che recita: «Sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate. Sono esclusi dai livelli di assistenza erogati a carico del Servizio sanitario nazionale le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al c. 2; b) non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza, ovvero la cui efficacia non è dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili o sono utilizzati per soggetti le cui condizioni cliniche non corrispondono alle indicazioni raccomandate; c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse, ovvero non garantiscono un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza».

¹³⁰ Per un'analisi sull'appropriatezza in sanità, si v. F. Aperio Bella, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, cit., 230 ss., spec. 233 che rinvia, per un'analisi generale sul principio *de quo* a V. Antonelli, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza, in federalismi.it*, 2018.

che il Sistema Sanitario Nazionale proceda di pari passo con il progresso scientifico e tecnologico garantendo una organizzazione amministrativa e un'azione terapeutica effettivamente improntate all'utilizzo efficace degli strumenti digitali, con annesse garanzie di equità. Si tratta, in sostanza, di un passo fondamentale per consentire all'amministrazione sanitaria l'esercizio appropriato della funzione, in un percorso di ammodernamento del concetto di appropriatezza che, come sostenuto dalla più attenta e moderna dottrina, non va riferita solo al risultato, ma al *modus operandi* della pubblica amministrazione¹³¹.

Inoltre, l'inserimento e l'aggiornamento continuo delle prestazioni sanitarie digitali nei LEA, frutto dell'impegno congiunto tra Governo e Regioni, risulta doveroso se si pensa alle aspirazioni universalistiche e di equità nell'accesso alle cure che caratterizzano da sempre il Servizio Sanitario Nazionale. Al riguardo, è auspicabile una valorizzazione del principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, quale preconditione necessaria per la realizzazione di un Sistema Sanitario inclusivo, innovativo, equo e sostenibile fondato sulla *Digital Public Health*.

Riaffiorano le parole di monito pronunciate nel 2019 dall'allora Presidente della Corte Costituzionale che, dedicando gran parte del suo intervento al richiamato principio, affermava conclusivamente: «In un tale frangente, se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della “leale collaborazione” – il risvolto istituzionale della solidarietà – su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, affinché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico, condiviso obiettivo»¹³².

Abstract

Since the Lisbon Treaty, the health matter has been the subject of an increasing number of acts, interventions and directives of the European Union, with a “Health

¹³¹ Così 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., che, a conclusione delle sue riflessioni, evidenzia come è riduttivo limitare l'appropriatezza agli indicatori di risultato, ma occorre riferirla all'azione che ne è il presupposto; pertanto, la stessa appropriatezza non può prescindere dalla valorizzazione del sistema organizzativo e delle competenze.

¹³² M. Cartabia, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it.

in all” policies approach, found in various articles of the TFEU. After the pandemic, one of the crucial points of European and internal regulation is the digital innovation of the health systems of each EU country, in order to guarantee data interoperability, make access to medical care more equitable and reduce costs. Important tools are the electronic health record, telemedicine and digital therapies. However, the introduction of technology risks infringing on certain social rights and freedoms. Protecting these rights requires a profound reorganization of healthcare facilities, which must be able to integrate technology and make it available to the population for healthcare based on guarantees of treatment efficacy, data security, fair access and cost sustainability. In this way, it is possible to put an end to the current fragility and weaknesses of health systems and to guarantee “good administration”, understood as the right of every citizen as set out in Article 41 of the EU Charter of fundamental rights.

ARTICOLI

ELISA VALERIANI

LA RISPOSTA DIGITALE AL CONFLITTO TRA TUTELA E VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE: IL CASO DEI NON FUNGIBLE TOKENS

SOMMARIO: 1. La definizione giuridica di bene culturale: evoluzione della definizione e statuto giuridico attuale. – 2. L'immaterialità del bene culturale. – 3. L'immagine del bene culturale. – 4. *Non fungible tokens*. – 5. *Non fungible tokens* come strumento di valorizzazione culturale. – 6. *Non fungible tokens* e valorizzazione economica. – 7. Conclusioni.

1. La definizione giuridica di bene culturale: evoluzione della definizione e statuto giuridico attuale

La legislazione in materia di beni culturali è frutto di un'evoluzione dottrinarie e normativa che attraversa secoli di storia della legislazione pre e post-unitaria. Volendo risalire alle prime fonti di tutela, occorrerebbe infatti partire probabilmente dalla legge del Granducato di Toscana del 30 maggio 1571 («Legge contro chi rimovesse o violasse Armi, Inscrittioni, o Memorie esistenti apparentemente negli edifizii così pubblici come privati»), seguita dal fondamentale editto del Cardinal Pacca del 7 aprile 1820, in cui già potevano enuclearsi le basi del sistema di protezione che ancor oggi definiscono l'impianto dell'attuale disciplina di tutela¹. Per ciò che riguarda, in particolare, la nozione dell'oggetto di tutela, occorre dar conto che le prime importanti norme unitarie in materia di beni culturali, ossia la

¹ Ad esempio, i proprietari di oggetti di antichità aventi «singolare e famoso pregio per l'Arte o per l'Erudizione» dovevano notificarne l'alienazione alle competenti autorità pontificie, sotto pena di «perdita degli Oggetti per qualunque mancanza», e «qualunque Articolo e Oggetto di Belle Arti, che voglia, estrarsi dalle Provincie dello Stato per l'Estero, o da quest'alma Città di Roma per le Provincie o per l'Estero» doveva essere sottoposto ad ispezione e la relativa «estrazione» autorizzata dalle autorità medesime. Per una raccolta delle leggi pre-unitarie in materia di protezione degli oggetti d'arte e d'antichità, si rinvia a A. Emiliani, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei Beni Artistici e Culturali negli antichi stati italiani 1571-1860*, Bologna, Ed. Alfa, 1978.

l. 20 giugno 1909, n. 364 (c.d. legge Rosadi) e la l. 1° giugno 1939, n. 1089 (c.d. legge Bottai) facevano ancora riferimento a una nozione estetizzante di cultura: oggetto di tutela potevano essere, infatti, le «cose d'arte»², ossia quelle cose che possedevano un pregio e una rarità artistica³. È soltanto negli anni Sessanta, con la pubblicazione dei lavori della Commissione Franceschini⁴, che la nozione di cose d'arte viene sostituita con quella di «beni culturali», il cui significato doveva ora cogliersi facendo ricorso ai nuovi concetti provenienti dalle scienze antropologiche⁵: secondo questa definizione, infatti, il bene è «culturale» se e in quanto esso rappresenta una testimonianza di civiltà⁶. La nozione di bene culturale consiste dunque non già in un giudizio di valore meramente estetico, tale per cui possono divenire oggetto di tutela solamente le cose che possiedono un qualche interesse per la storia dell'arte⁷, bensì una nozione aperta ad accogliere nello spazio della tutela anche quelle cose che, a prescindere dall'intrinseco valore artistico,

² M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1952. Sulla legge si veda anche R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*², Milano, Giuffrè, 2000, 12 ss.

³ Che le leggi e la prassi applicativa precedenti ai lavori della Commissione Franceschini nel fare riferimento alla tutela delle «cose d'arte» tradissero concezioni elitarie ed estetizzanti è un fatto noto alla dottrina che si è occupata della complessa definizione di bene culturale e della sua evoluzione. Tra i molti, si vedano M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 14; A. Bartolini, *Beni culturali*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, 93; S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rass. Arch. Stato*, 1975, 126; B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in Onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 118; A.L. Tarasco, *Il patrimonio culturale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 38; G. Severini, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, a cura di G. Caia Milano, Giuffrè, 2000. Si veda, inoltre, la risalente voce enciclopedica curata da G. Piva, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962.

⁴ La Commissione Franceschini fu istituita con l. 26 aprile 1964, n. 310 con l'incarico di «condurre una indagine sulle condizioni attuali e sulle esigenze in ordine alla tutela e alla valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio» e di formulare proposte concrete al fine di perseguire, tra le altre cose, la revisione delle leggi di tutela.

⁵ A. Bartolini, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n.1.

⁶ Sul punto L. Casini, *Patrimonio Culturale*, in *Enc. dir.- I tematici*, III, Milano Giuffrè, 2022, 817.

⁷ Si veda ancora G. Piva, *Cose d'arte*, cit., per il quale nell'espressione «cosa di interesse artistico» di cui alla legge Bottai vi si doveva scorgere «un giudizio sul valore della cosa d'arte non già estetico ma "storico", puntualizzante cioè la rilevanza – espressa quantitativamente: per esempio eccezionale, notevole, scarsa, ecc. – che l'opera abbia nello svolgimento della scienza e della storia dell'"arte", con più precisione della storia dell'espressione e della tecnica d'espressione plastica e figurativa». Se è pur vero che sembra possibile scorgere qui un riferi-

posseggono purtuttavia una rilevanza per la storia del divenire della civiltà umana. Ciò che può venire a costituire il patrimonio culturale soggetto a tutela sono allora tutte quelle cose che rappresentano le vestigia del movimento evolutivo tracciato dall'uomo nelle varie epoche della sua esistenza⁸: nelle parole della dichiarazione I della Commissione, infatti, «Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà» ed è, quindi, soggetto alla legge di tutela ogni bene «che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà». Tuttavia, sebbene già con i lavori della Commissione Franceschini la nozione storicistica di «beni culturali» fa la sua prima comparsa nella letteratura giuridica⁹, occorrerà attendere fino al d.lgs 31 marzo 1998, n. 112 affinché la definizione di bene culturale come testimonianza di civiltà venga formalmente recepita nel nostro ordinamento¹⁰.

Le statuizioni di principio elaborate in seno alla Commissione Franceschini furono ulteriormente sviluppate nella seminale elaborazione giuridica di Massimo Severo Giannini (della quale Commissione fu membro lui stesso), che pose le basi teoriche per il definitivo superamento della nozione estetizzante di «cose d'arte»¹¹ in favore di una concezione storicistica (e “storicizzata”) di cultura e di patrimonio culturale. In particolare, il Giannini metteva in luce come quello di bene culturale fosse in verità un concetto indeterminato e “aperto”: nelle sue parole, infatti, tale nozione si caratterizzava per essere «una nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conchiusi, bensì opera[n]te mediante rinvio a discipline non

mento al valore storico della cosa oggetto di tutela, questa pare esser degna di interesse solo in quanto collocabile nell'ambito della storia dell'arte.

⁸ «Il bene culturale diventa, così, oltre che testimonianza di civiltà, “strumento di incivilimento”, racchiudendo le eterogenee manifestazioni di civiltà dell'uomo, indipendentemente dal fatto che queste raggiungano o meno la dimensione dell'arte, a prescindere dal fatto, cioè, che siano, tecnicamente, cose d'arte» A.L. Tarasco, *Il patrimonio culturale*, cit., 43.

⁹ A. Bartolini, *Beni Culturali*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 94.

¹⁰ Infatti, il citato decreto legislativo definiva all'articolo 148 i beni culturali come «quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demotnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge». Sulla definizione contenuta nel d.lgs. n. 112/1998 si vedano N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 49; M.P. Chiti, *La nuova nozione di “beni culturali” nel d.l. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1998, n. 1; S. Cassese, *Problemi attuali dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1064 ss.

¹¹ L. Casini, “*Todos es peregrino y raro...*” Massimo Severo Giannini e i beni culturali, in *Riv. dir. pubbl.*, 2015, 993.

giuridiche»¹². In questa prospettiva cioè, la definizione normativa di bene culturale non è predeterminata dalla legge con caratteri di definitività, ma è riempita di significato attraverso rinvii a discipline non giuridiche. Una nozione metagiuridica che deve essere messa in relazione con saperi appartenenti ad altre scienze e discipline; non soltanto, quindi, la storia dell'arte o della filosofia estetica, ma la storiografia in genere, la scienza, l'antropologia e le ulteriori discipline scientifiche o umanistiche. Per questa via, allora, definire il concetto di bene culturale significa in ultima analisi riflettere su che cosa è cultura e, quindi, su che cosa è manifesto di civiltà, che cosa è rappresentazione di un passato degno di memoria e preservazione, che cosa, infine, è "arte".

Oggi, la definizione giuridica di bene culturale è formulata all'art. 2, d.lgs 22 gennaio 2004, n. 42¹³, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio (che per brevità chiameremo il "codice") il quale, dopo aver specificato che il patrimonio culturale è composto dai beni culturali e paesaggistici, definisce i primi come «le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà». Nel solco dell'interpretazione del concetto di cui si è detto, i beni culturali sono quindi *cose*, vale a dire oggetti come dipinti, mobili d'antiquariato o reperti archeologici, ovvero palazzi, edifici e altri luoghi di interesse culturale, accomunate dall'essere dotate di un valore di testimonianza della cultura di epoche precedenti¹⁴: sono invero rappresentazioni materiali¹⁵ dello spirito

¹² M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 8.

¹³ Per approfondimenti G. Severini, *Art. 2, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2012, 3 ss. Sul codice si vedano, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, con il coordinamento di C. Barbatì, G. Sciullo Il Mulino, Bologna, 2007, *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di G. Leone e A.L. Tarasco, Padova, Cedam, 2006, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, Torino, Giappichelli, 2005.

¹⁴ Infatti, ai sensi dell'art. 10 del codice, possono diventare beni culturali soltanto le cose, mobili o immobili, aventi più di cinquant'anni, una soglia temporale idonea ad escludere le manifestazioni della civiltà contemporanea. Per un commento all'articolo G. Morbidelli, *Sub art. 10, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 118.

¹⁵ Nonostante che, come si dirà *infra par. 2*, i beni culturali possiedano anche una (o più) dimensione immateriale, il codice sembra fare riferimento a una nozione materialistica di bene culturale; vale a dire che possono essere definiti tali, e quindi essere assoggettati alle forme di tutela, gestione e valorizzazione previste dal codice, solamente quelle *res* dotate di una sostanza materiale. Conferma di questa concezione "materialistica" è data dall'art. 7-bis del Codice che limita la protezione delle «espressioni di identità culturale collettiva contem-

il caso dei non fungible tokens

umano, ossia dei modi di sentire, pensare e vivere propri di un gruppo sociale determinato nel tempo e nello spazio¹⁶.

Ma non tutte le cose dotate dei caratteri di testimonianza di civiltà sono, per ciò solo ed immediatamente, beni culturali. Quella di bene culturale è infatti una qualificazione normativa che presuppone un ulteriore passaggio procedimentale di ordine amministrativo. Affinché una cosa, mobile o immobile, possa assurgere alla qualifica di bene culturale, occorre infatti che la competente autorità amministrativa, vale a dire la soprintendenza, organo dell'amministrazione periferica del Ministero della cultura, abbia emanato un provvedimento amministrativo "di vincolo", dichiarando ovvero riconoscendo¹⁷ il valore di testimonianza di civiltà insito nella cosa, che solo allora si "trasforma" in un bene culturale acquisendo dunque il suo particolare status giuridico¹⁸. Fino a tale momento, quindi, la cosa può sì dimostrare, *ictu oculi*, un qualche valore culturale, ma non possiede ancora lo statuto giuridico di bene culturale. Una volta qualificato tale, il bene culturale sarà quindi assoggettato alla densa disciplina amministrativistica raccolta nel co-

plate dalle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali» alle loro rappresentazioni materiali. Più diffusamente sul tema della concezione "coseificante" della definizione normativa di bene culturale v. S. Cassese, cit., 136 ss.; A. L. Tarasco, "Gli "intoccabili": i beni culturali in una prospettiva internazionale e comparata", in *Il patrimonio culturale*, cit., 93 ss. nonché, ID, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm.*, 2008, 2261 ss.

¹⁶ Mutuiamo la cristallina definizione di "civiltà" dalle parole di M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 7.

¹⁷ Infatti, per i beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici territoriali o a persone giuridiche senza fine di lucro l'interesse culturale si presume già sussistente, salvo esito negativo del procedimento di "verifica" disciplinato all'art. 12 del codice; diversamente, per le cose appartenenti ai privati, il valore culturale non sussiste fintantoché questo non viene "dichiarato" in esito al procedimento di cui agli artt. 13 e 14 del codice. Occorre dar conto, infine, del fatto che alcuni beni culturali sono dichiarati tali *ex lege*: sono essi le raccolte e gli archivi di musei, enti espositivi ed altri enti pubblici (art. 10 c.2 del codice). Si v. G. Morbidelli, *Sub Art. 10*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 129 ss.

¹⁸ B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà*, cit., 123. Prima di allora, anzi, potrebbe non esservi nemmeno un "bene" giuridico. Infatti, se, secondo una certa interpretazione economicistica, sono beni le cose dotate di valore economico, allora un rudere o un insieme di tessere di un mosaico irricostruibile sono cose ignorate dall'ordinamento giuridico in quanto non meritevoli di protezione. Ma quelle stesse cose possono divenire beni giuridici dotati di rivelante valore economico e soggetti a particolare tutela laddove sia riscontrato in esse quel valore testimoniale idoneo a dichiararle beni culturali: «In quanto bene culturale la cosa è di per sé testimonianza avente valore di civiltà, mentre in quanto bene patrimoniale può addirittura non esistere», M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 26.

dice. Il valore artistico, storico, archeologico etnoantropologico deve essere inoltre particolarmente qualificato affinché la cosa possa essere dichiarata bene culturale: infatti, ad eccezione delle cose di appartenenza pubblica che richiedono un interesse culturale c.d. “semplice”, occorre che l’interesse sia particolarmente ovvero eccezionalmente importante (in termini assoluti o in relazione alla storia della cultura o del patrimonio culturale nazionale) affinché cose di appartenenza privata possano essere dichiarate beni culturali¹⁹.

Come dicevamo, la qualificazione dell’interesse culturale della cosa è rimessa all’autorità amministrativa, dotata di un corpo di funzionari esperti nelle varie materie umanistiche. Infatti, tale valutazione richiede particolari competenze tecniche afferenti alle discipline umanistiche; essa è, in ultima analisi, una valutazione tecnica, poiché attiene all’accertamento e alla qualificazione di fatti alla luce di criteri scientifici²⁰.

Dal punto di vista teorico occorre specificare che, sempre secondo la tesi gianniniana che ancora domina la teoria dei beni culturali, la *cosa* su cui insiste l’interesse culturale diviene crocevia di un dualismo giuridico che definisce la peculiarità dello statuto giuridico dei beni culturali: da un lato esso costituisce il bene patrimoniale oggetto di diritti di proprietà di un soggetto, pubblico o privato, dall’altro rappresenta la specificazione materiale di un interesse pubblico immateriale, ossia l’interesse culturale, il quale diviene oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico funzionali alla preservazione della sua fruibilità²¹. In altre parole, il bene culturale, come si vedrà meglio oltre, è un bene immateriale destinato alla pubblica fruizione che insiste sulla cosa materiale, pur essendo da questa nettamente distinto²².

¹⁹ Si distingue, infatti, tra «interesse semplice», necessario affinché un manufatto culturale di appartenenza pubblica possa essere dichiarato bene culturale, e «interesse particolarmente qualificato», vale a dire la più intensa gradazione di interesse culturale che un manufatto in mano privata deve possedere per poter essere dichiarato *ex art.* 13 del codice.

²⁰ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015, 125; A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 223. Più diffusamente sull’ampiezza della discrezionalità tecnica nelle valutazioni in merito alla sussistenza dell’interesse culturale nell’ambito dei procedimenti di autorizzazione all’esportazione, e sull’evoluzione delle posizioni del giudice amministrativo in merito alla sindacabilità delle valutazioni tecniche dell’amministrazione, A. Pirri Valentini, *Il patrimonio culturale tra separazione dei poteri e controllo giurisdizionale: il caso dell’esportazione di opere d’arte*, in *Paper del convegno annuale Aipda 2018*, disponibile qui www.aipda.it/paper-convegno-annuale-aipda-2018/.

²¹ «Siamo arrivati qui al nucleo effettivo della teoria dei beni culturali; detto in termini concreti il quadro del grande pittore è una cosa, che è supporto insieme di uno o più beni patrimoniali, e di un altro bene che è il bene culturale» M. S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 24.

²² Il bene culturale «non è bene materiale, ma immateriale: l’essere testimonianza avente valore di civiltà è entità immateriale, che inerisce ad una o più entità materiali, ma

il caso dei non fungible tokens

Quanto al suo regime giuridico, il bene culturale è bene pubblico nel senso che esso è destinato alla fruizione dei cittadini²³. La pubblicità prescinde dall'appartenenza soggettiva, nel senso che tanto i beni culturali (*rectius*, la cosa sulla quale insiste il bene culturale) in mano pubblica che quelli in mano privata sono pubblici poiché pubblica è la destinazione comune a tutti, appunto la destinazione alla fruizione dei cittadini. La destinazione alla pubblica fruizione è l'elemento unificante tutti i beni culturali, di qualsiasi specie e qualunque ne sia l'appartenenza²⁴. La fruizione è solamente potenziale, nel senso che essa può anche non verificarsi ma essere solamente attesa, di probabile ma incerta verifica; anche se esso non sarà mai effettivamente *fruito*, il bene culturale deve comunque essere reso potenzialmente *fruibile*. La fruizione deve essere quindi il fine che orienta l'azione dell'amministrazione, che viene incaricata del compito di conservare il valore culturale immanente al patrimonio culturale anche a favore delle generazioni future. Per raggiungere tale obiettivo, all'amministrazione sono quindi attribuiti particolari poteri e prerogative «che non riguardano l'utilizzabilità patrimoniale della cosa, bensì la conservazione della cultura e la fruibilità nell'universo culturale»²⁵.

I beni culturali, dicevamo, possono essere di appartenenza pubblica o di appartenenza privata. Se di appartenenza privata, le facoltà dominicali subiscono rilevanti limitazioni²⁶. Essendo infatti il bene culturale sempre de-

giuridicamente è da queste distint[o] nel senso che queste sono supporto fisico ma non bene giuridico», M.S. Giannini, *op. cit.*, 26

²³ *Il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione* M.S. Giannini, *op. cit.*, 31.

²⁴ «Le garanzie di conservazione e di fruizione appaiono, allora, come gli elementi unificanti del regime giuridico dei beni culturali», A. L. Tarasco, *Il patrimonio culturale*, cit., 44; in senso critico, B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà*, cit., 124, il quale si appresta a smentire il carattere di unitarietà del regime giuridico dei beni culturali in favore di una molteplicità di regimi dipendenti dalla loro appartenenza soggettiva.

²⁵ La citazione è ancora una volta da M. S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 26.

²⁶ La limitazione alla libertà di impresa e all'utilizzo della proprietà privata è tornata di stretta attualità con la vicenda del noto ristorante "Il Vero Alfredo". In particolare, è stata sottoposta al giudizio dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa, di fatto, all'imposizione di un «vincolo di destinazione d'uso del bene culturale», e dunque dell'attività commerciale del locale, così da «garantirne la continuità d'uso» in considerazione del fatto che «il patrimonio immateriale de "Il Vero Alfredo" sia costituito dall'insieme de «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *know-how* – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale». La sentenza si è pronunciata a favore dell'ammissibilità di un «vincolo culturale di destinazione d'uso» sulla base della osservazione per cui «la tutela del bene culturale non può che estendersi anche al

stinato alla pubblica fruizione²⁷, il godimento della *res* sottostante è soggetto ad obblighi, limitazioni ed autorizzazioni della pubblica amministrazione²⁸. Ad esempio, i beni culturali non possono essere definitivamente esportati, la loro vendita è soggetta a uno speciale diritto di prelazione dello Stato, sono poi soggetti alla vigilanza della competente Soprintendenza, la quale può disporre inoltre ispezioni per accertare il corretto assolvimento degli obblighi conservativi. Le ragioni di un tale conculcamento del diritto di proprietà risiedono proprio nella necessità di garantire l'interesse alla pubblica fruizione cui è funzionalizzato il bene culturale. In conclusione, secondo la tesi oggi più diffusa, i beni culturali rappresentano la più importante tipologia di beni di interesse pubblico²⁹.

2. L'immaterialità del bene culturale

Come visto, il bene culturale viene a identificarsi con il bene immateriale che coesiste con la *res* sulla quale esso insiste, pur essendo da questa nettamente distinto³⁰. Il bene culturale coincide cioè con l'interesse artistico, storico, archeologico ed etnoantropologico di testimonianza avente valore di civiltà. È, in altre parole, il valore immateriale immanente alla *cosa*. Per cogliere appieno il senso del dualismo che contraddistingue il concetto di bene culturale possiamo intendere il bene culturale (*rectius*, il valore culturale), come il *corpus mysticum* che insiste sul *corpus mechanicum*, ossia la cosa materiale sottostante: così come la proprietà intellettuale protegge il dato di espressione individuale e creativa che si estrinseca fisicamente nelle pagine del libro, lo Stato tutela l'interesse culturale immanente alla tela che incorpora l'opera del celebre pittore quattrocentesco rappresentativa dei valori culturali di quell'epoca³¹. Del resto, come Giannini metteva già in evidenza

suo uso, ogni qualvolta anche quest'ultimo contribuisca alla sua rilevanza culturale». Cons. St., ad. pl., 13 febbraio 2023, n. 5.

²⁷ Sul concetto si vedano, tra gli altri, M. S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 32 ss.; T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, 4, Milano, Giuffrè, 2001, 417 ss.; M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, 2007, n.2.

²⁸ In questo senso, cioè per il fatto di essere destinato alla pubblica fruizione, il bene culturale diviene quindi un bene "funzionalizzato", E. Boscolo, *Art. 20, Interventi vietati, Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, cit., 242.

²⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 416.

³⁰ Si v. *supra* nota 22.

³¹ E in questo modo lo spirito di un'epoca oramai superata viene racchiuso in un oggetto tangibile che ci consente una conoscenza sensibile del sistema di valori, credenze,

il caso dei *non fungible tokens*

nello scritto che definiva lo statuto teorico dei beni culturali a più riprese citato sopra «l'essere testimonianza avente valore di civiltà è entità immateriale, che inerisce a una o più entità materiali, ma giuridicamente è da queste distinte nel senso che esse sono supporto fisico ma non bene giuridico» e «il carattere immateriale del bene culturale è sempre individuabile»³².

La teorizzazione successiva che si è occupata della materia ha enucleato tuttavia ulteriori momenti di immaterialità del bene culturale.

Si è parlato infatti di immaterialità “estrinseca”, riferendosi a quelle proiezioni del valore del bene culturale che si direzionano verso l'esterno, agendo su altri oggetti o soggetti³³. Ne è un esempio l'istituto della sponsorizzazione. La sponsorizzazione, disciplinata nel codice all'art. 120, consiste in «ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante». La promozione del soggetto erogante, spiega in particolare il c. 2 dell'articolo, avviene per mezzo dell'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo. In questo modo, il valore del bene culturale viene estrinsecato verso l'esterno, valorizzando in termini di immagine ed attrattività il soggetto che associa i propri elementi identificativi all'iniziativa avente ad oggetto il bene culturale. È, in altre parole, una proiezione del valore intrinseco del bene culturale.

Similmente alla sponsorizzazione, che coinvolge il rapporto pubblico-privato, l'immaterialità del bene culturale si manifesta anche nella disciplina sui marchi delle pubbliche amministrazioni, introdotta dal nuovo c. 3 dell'art. 19, d.lgs 10 febbraio 2005, n. 30 (recante il codice della proprietà industriale) il quale consente ai soggetti pubblici di registrare marchi aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio. Anche qui è il segno, il simbolo immediatamente riconoscibile del bene culturale (ad. es. la cupola del Brunelleschi, il Colosseo) a dare valore al marchio registrato.

Sono così enucleati due primi momenti di immaterialità del bene culturale: da un lato il valore culturale immateriale intrinseco alla cosa, ossia il valore che gli deriva dall'essere testimonianza di civiltà³⁴, definito anche

costumi che ha contraddistinto l'umanità che ci ha preceduto nella storia. È proprio questo il meccanismo epistemologico attraverso il quale possiamo conoscere l'esperienza umana passata.

³² M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 27.

³³ G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1.

³⁴ La proiezione immateriale del bene culturale è stata oggetto di una accurata disami-

l'«immateriale funzionale»³⁵; dall'altro l'immaterialità “estrinseca” che si manifesta invece nella proiezione del valore culturale-identitario della *res* culturale verso l'esterno³⁶.

Oltre ai due momenti di immaterialità del bene culturale appena discussi sembra oramai chiaramente delineato un terzo profilo di immaterialità, coincidente questo con il valore economico che soggiace alla *res*. La manifestazione tangibile più evidente di questa terza essenza immateriale della cosa culturale è sotto gli occhi di tutti, sol che si pensi al fatto che ogni anno migliaia di visitatori, provenienti da tutto il mondo, pagano un biglietto per accedere in uno dei molti musei e luoghi della cultura italiani e vedere, *fruire di* un'opera d'arte, d'un ritrovamento archeologico o dei molti altri beni componenti il nostro patrimonio. Non solo, ma l'indotto economico che l'esposizione di beni culturali può generare porta addirittura ad investire nella loro circolazione internazionale: si pensi alle grandi mostre destinate ad essere ospitate da diversi e prestigiosi musei nel mondo.

Sebbene la nostra legislazione in materia di patrimonio culturale abbia avuto come principale e preponderante obiettivo la protezione del bene culturale, secondo un approccio statico e conservativo, non pare più possibile ignorare l'insopprimibile valore economico che promana dai beni culturali³⁷, similmente all'aurea che circonfonde i lingotti d'oro nelle rappresentazioni fumettistiche. L'uso del bene culturale genera ricchezza, e i benefici economici che ne derivano possono diventare strumento della funzione pubblica del bene culturale, nel senso che l'impiego del valore economico consente di espandere le potenzialità della protezione e della fruizione³⁸. Un

na ricognitiva delle posizioni giurisprudenziali emerse negli anni più recenti con la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2023 – *supra* nota 26 –, la quale giunge a ritenere che l'art. 7-*bis*, d.lgs n. 42/2004, consenta di riconoscere non soltanto la conservazione del valore culturale incorporato nella *res*, ma anche il valore immateriale della cosa già qualificata come bene culturale, così da garantire «continuità dell'espressione culturale di cui la cosa costituisce testimonianza». Secondo l'Adunanza plenaria, infatti, tra manifestazione immateriale e *res* materiale intercorre un «rapporto bilaterale», poiché il valore culturale è determinato dalla coesistenza di materialità ed immaterialità. In altri termini, anche in considerazione dell'evoluzione sociale ed economica della comunità, la nozione di bene culturale deve essere oggi intesa in una accezione più ampia ed estesa che tenga in considerazione l'evoluzione del contesto sociale e culturale della comunità e che pertanto, pur avendo per presupposto la *res* materiale, possa ricomprendere anche il «valore culturale che essa esprime».

³⁵ G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, 2015, n. 3.

³⁶ G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.

³⁷ G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit.

³⁸ «Il capitale economico immateriale immanente al singolo bene genera un utile economico se viene collegato a un'organizzazione della fruizione. Così compone un attivo im-

il caso dei non fungible tokens

tale impiego dell'immateriale economico non sarebbe quindi in antitesi con gli scopi della conservazione e della promozione, che assurgono a valori di rango costituzionale, ma diviene semmai consentaneo alla realizzazione di tali scopi³⁹. Ne è un esempio, ancora, il meccanismo della sponsorizzazione attraverso la quale, contribuendo finanziariamente o tecnicamente⁴⁰ ad attività di tutela o valorizzazione del bene culturale (vale a dire mediante iniziative afferenti alla tutela quali la manutenzione e il restauro, ovvero mediante l'implementazione delle – migliori – condizioni di accessibilità universale), il soggetto privato può mettere a profitto il valore estrinseco che questo proietta sul marchio. Occorre osservare in particolare che, in questo caso, è il fine egoistico lucrativo che muove il soggetto privato a perseguire, pur indirettamente, l'interesse pubblicistico in termini di miglioramento delle condizioni di protezione e fruizione del bene culturale.

Sponsorizzazioni e altri impieghi economici del patrimonio culturale sono alcuni degli istituti ricompresi nella funzione della “valorizzazione”⁴¹. La parola valorizzazione trova un primo riconoscimento legale nell'art. 148, d.lgs n. 112/1998⁴², e viene poi ripresa anche nel testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (adottato con il

materiale, per quanto difficilmente contabilizzabile. Vi interagiscono un capitale intellettuale e un capitale cognitivo», G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit.; S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1991, 674.

³⁹ G. Piperata, *Cultura e sviluppo economico nella riflessione del giurista*, in *Arte cultura e ricerca scientifica, Annuario 2018 Aipda*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 126.

⁴⁰ Infatti, la prestazione dovuta dallo sponsor può consistere non solamente in una prestazione di dare, ossia di contribuire finanziariamente corrispondendo una somma di danaro, ma può anche avere ad oggetto un'obbligazione di *facere*, come l'esecuzione dell'intervento di restauro o l'organizzazione e gestione di una mostra. Il d.m. 19 dicembre 2019 recante «Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate» parla, nel primo caso, di sponsorizzazione “pura”, mentre la diretta esecuzione degli interventi da parte dello sponsor rientra nella nozione di sponsorizzazione “tecnica”.

⁴¹ La disciplina sulla sponsorizzazione è infatti contenuta nel capo II del titolo II del codice, dedicato alla fruizione e valorizzazione, in cui trovano regolamentazione ulteriori istituti quali l'uso (individuale e precario), i servizi aggiuntivi per il pubblico, gli accordi con le fondazioni bancarie per l'erogazione di contributi a sostegno di iniziative sul patrimonio culturale. Più diffusamente sugli strumenti della funzione di valorizzazione previsti nel codice si v. M. Cammelli, *Strumenti giuridici della valorizzazione economica del patrimonio monumentale*, Atti del convegno *La valorisation économique des biens culturels locaux en France et en Italie*, tenutosi a Tolosa il 21 novembre 2014, raccolti in *Aedon*, 2016.

⁴² L'art. 148 definiva la valorizzazione come «ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione». In questa definizione si trovano già fissate le finalità principali della funzione, ossia l'implementazione della fruizione, anche attraverso attività di protezione e conservazione.

d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 1990). Tuttavia, per molto tempo la valorizzazione è rimasta una funzione in cerca di contenuti e istituti tramite i quali essere messa in atto⁴³. È con il codice attuale che questa funzione, all'art. 6, viene a distinguersi come il complesso delle attività «dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura», solo in parte riprendendo l'originale definizione contenuta nel decreto n. 112/1998. Le attività ricomprese in tale funzione sono poi descritte all'art. 111: «Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali» finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità della fruizione. In ogni caso, l'elenco delle attività non è esaustivo poiché la nozione di valorizzazione è una nozione aperta ad includervi ogni attività idonea a perseguire lo sviluppo della cultura attraverso la diffusione dei valori culturali cognitivi⁴⁴.

Quindi, valorizzare il patrimonio storico-artistico significa migliorare le condizioni della sua fruizione per promuoverne la conoscenza e consentire di diffondere i valori culturali sottostanti; è questo il fine posto a questa funzione dal citato art. 6 del codice⁴⁵. In questo senso, valorizzare significa migliorare le condizioni di accesso ai valori culturali del patrimonio per conseguirne la più ampia conoscenza. Una funzione dinamica poiché implica l'esercizio della funzione per promuovere nuove occasioni di incontro e confronto dei cittadini-fruitori col patrimonio culturale, e che si contrappone alla staticità che caratterizza invece la funzione conservativa esercitata per preservare lo stato materiale dei beni culturali. Accanto a questa forma di valorizzazione che definiamo culturale, tuttavia, la dottrina ha interpretato la funzione anche nell'accezione economica del concetto, ossia nel senso dello sfruttamento economico del bene culturale⁴⁶. Ciò che si vuole mettere

⁴³ S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, cit., 675.

⁴⁴ «In sostanza, quella di valorizzazione appare come una nozione 'aperta', adatta a comprendere ogni possibile iniziativa diretta ad incrementare la fruizione dei beni culturali», L. Casini, *La valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2001, 690.

⁴⁵ G. Severini, *Artt. 6-7, valorizzazione*, in *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, cit., 68.

⁴⁶ «Emergono, cioè, le due prospettive che nell'evoluzione storica sinteticamente tracciata qualificano ormai la funzione della valorizzazione: vale a dire la promozione della cultura, quale finalità intrinseca e prioritaria della stessa, e l'utilità economica che può derivare dalla fruizione del bene, quale finalità accessoria e indiretta che la valorizzazione del bene culturale può contribuire a generare» M.C. Cavallaro, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione*

in luce è che l'utilizzo del bene culturale, volto alla sua migliore fruizione, quale ad esempio l'impiego di un palazzo vincolato per l'organizzazione di eventi o manifestazioni (privati o aperti al pubblico), consente al tempo stesso di ingenerare profitti per i privati e recuperare risorse importanti per i soggetti consegnatari; la generazione di utili, in ultima analisi, rende particolarmente attrattivo lo svolgimento delle attività di valorizzazione da parte dei soggetti privati, la partecipazione dei quali può certamente favorire le finalità della tutela e della fruizione consentendo di recuperare le preziose risorse necessarie al loro perseguimento⁴⁷. La valorizzazione riguarda allora anche l'aspetto economico del patrimonio culturale nel senso della sua gestione imprenditoriale⁴⁸, ma non si esaurisce in ciò. È certo, infatti, che la *mise en valeur* dell'immateriale economico del patrimonio culturale attraverso la valorizzazione⁴⁹ deve comunque essere finalizzato al perseguimento degli obiettivi della protezione e della fruizione, che restano la stella polare posta dall'art. 9 della Costituzione alla quale ogni utilizzo del bene culturale deve necessariamente intendersi subordinato⁵⁰. La valorizzazione economica del valore culturale del bene è semmai uno strumento funzionale al perseguimento di tali obiettivi⁵¹. Sulla base di questo presupposto, le attività di impiego economico del patrimonio culturale non possono essere orientate alla logica del mero profitto, vale a dire che non tutti gli usi economici dei beni culturali sono legittimi: come chiarisce il c. 2 dello stesso art. 6, infatti, «La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze». Le ragioni della tutela dovrebbero escludere, in

economica, in *Aedon*, 2018, n. 3. La distinzione tra le due forme di valorizzazione, culturale ed economica, è stata messa in luce e discussa anche da G. Piperata, *La valorizzazione economica dei beni culturali: il caso dei musei e delle collezioni*, atti del convegno *La valorisation économique des biens culturels locaux*, cit.

⁴⁷ Per una riflessione approfondita sulla valorizzazione del patrimonio culturale ed il ruolo dei privati, il saggio di L. Casini, *Ereditare il futuro*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁴⁸ S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, cit., 674; N. Perlo, *La valorisation économique des biens culturels locaux : un nouveau référentiel d'action publique ? Le cas italien*, in atti del convegno *La valorisation économique des biens culturels*, cit.

⁴⁹ A. Bartolini, *Beni Culturali*, in *Enc. dir.*, cit., 122.

⁵⁰ Per approfondimenti M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, Cedam, 1991; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002, 183 ss.; M. Cecchetti, *Sub art. 9*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, Giappichelli, 2006; F. Merusi, *Sub art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975.

⁵¹ «La valorizzazione, dunque, è oggi intesa come una gestione imprenditoriale del patrimonio storico e artistico – inquadrata in una strategia di *mise en valeur* dei beni culturali – che prevede interventi mirati ad attrarre risorse finanziarie per migliorare lo stato fisico dei beni e la loro accessibilità», L. Casini, *La valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., 659.

particolare, non soltanto quegli utilizzi del bene che possano recare pregiudizio alle condizioni fisiche di conservazione (ad esempio l'uso materiale del bene culturale) ma anche impieghi che mal si conciliano con la preservazione di un dato affatto immateriale, eppure altrettanto importante, come il decoro.

La valorizzazione deve essere intesa come una funzione distinta ed ulteriore a quella della tutela e della conservazione, concernendo non tanto il bene in sé stesso, bensì la sua gestione⁵². La Corte costituzionale ha interpretato la funzione della valorizzazione come una funzione ulteriore e ben distinta da quella della tutela e conservazione, mettendo in luce come «attraverso le operazioni di restauro può giungersi anche alla valorizzazione dei caratteri storico-artistici del bene, che è cosa diversa, però, dalla valorizzazione del bene al fine della fruizione; quest'ultima, infatti, non incidendo sul bene nella sua struttura, può concernere la diffusione della conoscenza dell'opera e il miglioramento delle condizioni di conservazione negli spazi espositivi»⁵³. Eloquente, al riguardo, il fatto che la riforma costituzionale del titolo V, introdotta con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, abbia ripartito le competenze in materia di beni culturali assegnando la tutela alla competenza esclusiva dello Stato, e la valorizzazione invece alla legislazione concorrente con le regioni⁵⁴.

Nella nostra contemporaneità, che sembra aver abbracciato un proces-

⁵² S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, cit., 674.

⁵³ C. cost., 13 gennaio 2004, n. 9.

⁵⁴ La Corte costituzionale, in un giudizio di incostituzionalità concernente i c. 1-bis e 1-ter dell'art. 52 del codice nella parte in cui «non preved[evano] l'intesa a garanzia della leale collaborazione fra Stato e Regioni», ha tuttavia osservato come «all'interno di questo sistema [di ripartizione delle competenze legislative di cui all'art. 117 della Costituzione], appare indubbio che “tutela” e “valorizzazione” esprimano – per esplicito dettato costituzionale [...] aree di intervento diversificate. E che, rispetto ad esse, è necessario che restino inequivocabilmente attribuiti allo Stato, ai fini della tutela, la disciplina e l'esercizio unitario delle funzioni destinate alla individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale nonché alla loro protezione e conservazione; mentre alle Regioni, ai fini della valorizzazione, spettino la disciplina e l'esercizio delle funzioni dirette alla migliore conoscenza, utilizzazione e fruizione di quel patrimonio [...]. Tuttavia, nonostante tale diversificazione, l'ontologica e teleologica contiguità delle suddette aree determina, nella naturale dinamica della produzione legislativa, la possibilità (come nella specie) che alla predisposizione di strumenti concreti di tutela del patrimonio culturale si accompagnino contestualmente, quali naturali appendici, anche interventi diretti alla valorizzazione dello stesso; ciò comportando una situazione di concreto concorso della competenza esclusiva dello Stato con quella concorrente dello Stato e delle Regioni». Per un commento di questa e ulteriori sentenze in tema di patrimonio culturale, G. Sciuolo, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2017, n. 1.

so di dematerializzazione dell'esperienza umana dove le interazioni sociali ed economiche, la fruizione culturale e gli stessi servizi pubblici vengono goduti nella dimensione digitale, l'immagine del bene culturale rappresenta un'importante risorsa ai fini della valorizzazione culturale ed economica del patrimonio nazionale⁵⁵. È forse proprio attraverso l'immagine che, oggi, il valore economico del bene culturale può essere messo a valore con particolare efficacia.

3. L'immagine del bene culturale

Il principale e più importante esempio di immaterialità estrinseca è rappresentato certamente dall'immagine del bene culturale⁵⁶. L'immagine, elemento immateriale per definizione, assume centrale rilevanza nella "società delle immagini" e rappresenta forse per questo l'esempio più interessante⁵⁷. Essa può essere vista come il *medium* che consente al valore culturale conoscitivo di circolare verso il più ampio pubblico dei fruitori, così realizzando la valorizzazione intesa come promozione della conoscenza del patrimonio culturale, e contribuendo quindi a perseguire lo scopo della pubblica fruizione⁵⁸.

È facile inoltre intuire che l'immagine del bene culturale possiede anche un innegabile valore economico⁵⁹. Cataloghi, *merchandise*, *database* sono

⁵⁵ M. Cammelli, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, 2017, n. 1.

⁵⁶ «Una volta messo in sito il bene culturale acquisisce il carattere dell'immaterialità e della virtualità (c.d. dematerializzazione della res tangibile). È dunque un'ulteriore ipotesi di immaterialità estrinseca», G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.

⁵⁷ A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Arte cultura e ricerca scientifica, Annuario 2018 Aipda*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 48.

⁵⁸ R. De Meo, *Quale disciplina per accesso e uso delle immagini digitalizzate di opere d'arte in pubblico dominio?*, in *Il diritto dei beni culturali*, a cura di B. Cortese, Roma, Tre-press, 2021, 195.

⁵⁹ «Il valore immateriale dei beni artistici è evocato dalle immagini di essi e rende le loro riproduzioni digitali particolarmente intrise di significato, anche economicamente apprezzabile», R. De Meo, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 672; A. Bartolini, *L'immaterialità dei beni culturali*, cit. In Francia, in particolare, il dibattito sorto intorno allo sfruttamento economico del patrimonio pubblico immateriale («les actifs imatériels») ha messo in luce il valore economico insito nelle immagini dei beni culturali pubblici auspicando, e questo è curioso, l'introduzione di una disciplina concessoria della riproduzione che guardasse proprio al modello italiano, si veda l'ormai datato rapporto della Commissione sull'economia dell'immateriale a cura di M. Levy e J.P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel, La croissance de demain*, 2006, 111 ss.

esempi di sfruttamento commerciale della riproduzione del bene culturale, che ha raggiunto oggi il suo apice con la diffusione del fenomeno degli NFTs, di cui si dirà più oltre. Anche qui, il valore culturale intrinseco alla cosa si proietta verso un oggetto (immateriale) esterno, attribuendo un valore commerciale all'oggetto-immagine che diventa così suscettibile di impieghi autonomi, oggetto di relazioni giuridiche indipendenti a quelle che concernono il bene culturale originario, e valutabile in termini economici: ciò che consente all'immagine del bene culturale di qualificarsi forse come un bene giuridico autonomo⁶⁰.

Il vasto impiego, soprattutto commerciale, delle riproduzioni del patrimonio culturale ha sollevato nuove questioni riguardanti in particolare la libera riproducibilità delle immagini dei beni culturali di appartenenza pubblica e i limiti all'impiego di tali riproduzioni. Per quanto concerne la prima questione, la dottrina è divisa tra liberalizzazione delle immagini dei beni culturali e, quindi, della loro riproduzione, e chi ritiene invece che la riproduzione dovrebbe essere sempre sottoposta a limiti, autorizzazioni ed eccezioni da parte degli istituti pubblici che li hanno in consegna.

In Italia, la riproducibilità del patrimonio culturale è oggi sottoposta ad un regime concessorio che è stato solo in parte liberalizzato con la riforma del 2008. Infatti, se fino al d.l. 31 maggio 2014, n. 83, la riproduzione dei beni culturali in consegna ad enti pubblici era generalmente sottoposta ad un provvedimento di concessione, con la sola esclusione delle riproduzioni ad uso privato o richieste da istituti pubblici per finalità di valorizzazione, il nuovo testo dell'art.108 del codice ha parzialmente liberalizzato la riproduzione dei beni culturali in pubblica consegna, introducendo una distinzione fondamentale basata sulla finalità, commerciale o meno, della riproduzione. Infatti, è sostanzialmente libera la riproduzione richiesta per uso personale, per attività di valorizzazione⁶¹ ovvero per «finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale», ad eccezione solamente dei beni archivistici sottoposti a restrizioni alla consultazione, realizzate senza scopo di lucro e purché attuate nel rispetto del diritto d'autore e con modalità che non richiedano il contatto con il bene culturale. Diversamente, ogni riproduzione richiesta per uso commerciale delle immagini resta sottoposta ad

⁶⁰ In tema di beni culturali digitalizzati, l'originale riflessione di P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 2, 262 ss.

⁶¹ Merita osservare che il nuovo testo dell'art. 108 ha incluso anche i soggetti privati tra quelli avverti diritto alla libera riproduzione per finalità di valorizzazione, ulteriore dimostrazione dell'apertura dei privati alla valorizzazione del patrimonio.

il caso dei *non fungible tokens*

un provvedimento di concessione dell'ente pubblico consegnatario, che è subordinato al pagamento di un canone che dovrà essere stabilito tenendo anche conto, tra gli altri criteri, dei possibili profitti che possano derivare al richiedente dall'impiego economico⁶². Dunque, la riforma del 2008 ha reso sostanzialmente libere le riproduzioni richieste per utilizzi non commerciali delle immagini, ma resta ancora limitato ogni utilizzo commerciale. Appunto, una liberalizzazione soltanto parziale.

Si registra un'ulteriore chiusura dell'ordinamento anche nell'ambito del libero riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni e, tra queste, delle riproduzioni digitali del patrimonio culturale. Infatti, se con la dir. 2019/1024/UE il legislatore europeo ha inteso promuovere la condivisione libera e gratuita dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, prevedendo il generale principio del loro libero riutilizzo⁶³, il legislatore ha disatteso queste aspirazioni nella norma di attuazione prevedendo che, diversamente dagli altri dati pubblici, la digitalizzazione di risorse culturali può essere concessa in esclusiva da parte dell'amministrazione per sette anni, rinnovabili⁶⁴.

⁶² Nel merito della riproducibilità dell'immagine, si è espresso recentemente il Tribunale di Venezia con ordinanza emessa in esito a un reclamo cautelare promosso dal Ministero della cultura unitamente alle Gallerie dell'Accademia di Venezia avverso l'utilizzo dell'immagine dell'Uomo vitruviano da parte della società Ravensburger, la quale, da anni, commercializza in tutto il mondo un puzzle recante la riproduzione dell'immagine senza aver richiesto, né ottenuto, l'autorizzazione da parte dell'amministrazione. A parere del Collegio – che ha affermato l'applicabilità della legge italiana e, dunque, del Codice dei beni culturali anche all'attività avvenuta all'estero, poiché le conseguenze dell'illecito si verificano nel luogo in cui il bene è custodito – si tratta in effetti di una attività lesiva dell'immagine e del nome dell'opera, poiché il bene culturale non possiede autonomia soggettiva rispetto alla *res* su cui insiste; di conseguenza, il soggetto legittimato ad agire per la tutela è il soggetto titolare del potere autorizzativo. Pertanto, al fine di sfruttare l'opera occorre che l'iter autorizzativo valuti «l'appropriatezza della destinazione d'uso e delle modalità di utilizzo del bene in rapporto al suo valore culturale» affinché il bene non sia danneggiato, seppur non materialmente, da una «riproduzione indiscriminata». Trib. Venezia, sez. civ. II, ord. caut., 24 ottobre 2022.

⁶³ L'art. 12 della direttiva, tuttavia, ammette eccezionalmente la possibilità di concedere in esclusiva la digitalizzazione dei beni culturali «per un periodo il più breve possibile», comunque non superiore a dieci anni. Come spiega il considerando n. 49, tale eccezione, riservata ai soli dati derivanti da risorse culturali, è stata prevista per consentire al privato che abbia investito nella digitalizzazione di recuperare l'investimento, e non già per garantire all'istituzione culturale pubblica in possesso delle risorse culturali di trarre sicuri profitti da tali attività.

⁶⁴ Art. 11, c. 3, d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, che attua la direttiva 2019/1024/UE relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. «In buona sostanza, la diffusione dei contenuti digitali relativi ai beni culturali pubblici è sottratta al regime ampiamente liberale sulla riproducibilità dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni.

L'assoggettamento ad autorizzazione delle riproduzioni dei beni culturali pubblici è motivato soprattutto da timori di natura economica e culturale. Anzitutto, infatti, lo sfruttamento commerciale del patrimonio culturale sembra mettere in concorrenza tra loro i musei italiani e i soggetti privati, i quali ultimi potrebbero sottrarre profitti ai primi attraverso iniziative commerciali su beni di "proprietà" dello Stato⁶⁵. Diversamente, si ritiene che spetti allo Stato il diritto di trarre profitto dallo sfruttamento delle immagini del patrimonio appartenente a tutti i cittadini⁶⁶. Inoltre, consentire ai privati di trarre profitti dall'utilizzo di beni in proprietà pubblica condurrebbe verso la privatizzazione dei profitti e la socializzazione delle perdite⁶⁷. Ma la limitazione della riproducibilità dei beni culturali pubblici risponderebbe anche alla necessità di garantire un controllo degli utilizzi delle immagini dei beni culturali, oggi reso tanto più difficile dalla rapida circolazione delle immagini su Internet e sui *social networks*⁶⁸. Consentire alle amministrazioni di scegliere se e a quali condizioni autorizzare l'utilizzo delle riproduzioni rappresenterebbe soprattutto una forma di tutela del decoro contro utilizzi che possano arrecare un danno alla dignità del bene culturale⁶⁹. La tutela del

La politica legislativa europea di trasparenza e accessibilità del settore pubblico, favorevole a considerare l'open data come strumento di democrazia e crescita, vede in Italia nel campo dei beni culturali una decisa controtendenza» R. Di Meo, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale*, cit., 680.

⁶⁵ L. Mansani, *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, in *AIDA-Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2013, 126.

⁶⁶ Infatti, secondo G. Resta, *L'immagine dei beni*, in Aa.Vv. *Proprietà intellettuale e beni culturali*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 554, dal regime concessorio della riproduzione dei beni culturali traspare evidente «una strategia giuspolitica oggi prevalente, volta alla valorizzazione economica del "patrimonio immateriale" dello Stato (dalle frequenze elettromagnetiche, ai marchi di enti pubblici, sino appunto all'immagine dei beni)».

⁶⁷ G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.

⁶⁸ Come messo in luce dai giudici del Tribunale di Palermo che, in un procedimento avente ad oggetto il diritto alla riproduzione senza autorizzazione di beni culturali esposti alla pubblica vista (nel caso di specie, il Teatro Massimo di Palermo), ha chiarito come l'art. 108 intenda consentire «una qualche forma di controllo finalizzato ad evitare un uso comunque distorto e contrario alle finalità tipicamente culturali», sottintendendo quindi una destinazione ad impieghi di tipo culturale del patrimonio nazionale. Tribunale di Palermo, sentenza 21 settembre 2017, n. 4901.

⁶⁹ L. Casini, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 2018, n. 3; M. Pangallozzi, *La fruizione del patrimonio culturale nell'era digitale: quale evoluzione per il "museo immaginario"*, in *Aedon*, 2020, n. 2. Un esempio di utilizzo commerciale di un bene culturale ritenuto pregiudizievole è rappresentato dall'arcinota vicenda del "David armato", dove l'immagine del noto eroe greco fu modificata facendogli imbracciare un fucile d'assalto prodotto dalla società statunitense Arma Lite Inc. Ma ogni lettore potrà cogliere l'essenza della tutela del decoro pensando alle innumerevoli immagini di capolavori-simbolo dell'arte

il caso dei *non fungible tokens*

decoro sembra attribuire un'aurea di sacralità al bene culturale, che viene quindi collocato a un livello superiore della gerarchia che costituisce l'edificio valoriale della società e diviene così un valore particolarmente importante cui è dovuta una forma particolare di reverenza e protezione⁷⁰.

Come accennato in precedenza tuttavia, in Italia si è diffuso un movimento di opinione che mira a liberalizzare completamente la riproducibilità del patrimonio culturale, non solamente per finalità creative o di studio o ricerca, bensì anche per finalità lucrative. Una delle tesi a sostegno della libera riproducibilità del patrimonio culturale mette in risalto l'esigenza di garantire la fruizione universale delle opere che costituiscono il patrimonio culturale, che sarebbe resa tanto più efficace dalla circolazione di immagini in alta risoluzione dei beni culturali. Sono questi motivi ad aver spinto ad esempio il RijksMuseum a mettere *on-line* sul proprio sito internet immagini ad altissima risoluzione di opere quali La ronda di notte di Rembrandt, che gli utenti possono ora apprezzare fin nei minimi dettagli (forse nemmeno osservabili ad occhio nudo) in qualsiasi momento e in qualsiasi luogo⁷¹.

italiana riprodotte su grembiuli, tazze, magliette e altra paccottiglia offerta a poco prezzo dalle molte bancarelle strategicamente posizionate vicino ai centri storici e monumentali. Tra l'altro, una recente ordinanza del Tribunale di Firenze ha inibito l'uso commerciale non autorizzato di riproduzioni del David di Michelangelo originariamente realizzate a fini didattici da una scuola di lavorazione del marmo. Ciò che qui interessa osservare è che, nell'accogliere il ricorso del Ministero contro una precedente ordinanza di rigetto di un provvedimento cautelare, il Tribunale ha riconosciuto in capo all'amministrazione concedente un potere discrezionale sulla valutazione degli usi commerciali delle riproduzioni di beni culturali, atteso che questi possono arrecare un danno immateriale al valore collettivo del bene culturale e, pertanto «non è sufficiente per la legittima riproduzione del bene culturale il pagamento (ancorché ex post) di un corrispettivo, poiché elemento imprescindibile dell'utilizzo lecito dell'immagine è il consenso reso dall'Amministrazione, all'esito della valutazione discrezionale circa la compatibilità dell'uso richiesto (e la sua eventuale conformazione) con la destinazione culturale ed il carattere storico-artistico del bene»; Trib. Firenze, 11 aprile 2022, ord. n. 1910

⁷⁰ La protezione del decoro del patrimonio culturale, che si trova espressamente disciplinata all'art. 45 del codice seppur nell'ambito della regolamentazione delle attività commerciali, sembra essere una particolarità della nostra normativa di tutela. Ad esempio, la nozione di decoro risulterebbe difficilmente comprensibile a uno studioso statunitense, il cui approccio alla protezione del *cultural heritage* è semmai aperto al libero riutilizzo dei prodotti della cultura precedente e finanche di quella coeva, dunque ancora soggetta al diritto d'autore, nei limiti della dottrina del *fair use*. Agli occhi di tale studioso, forse, la tutela del decoro apparirebbe quasi come un eccessivo potere di sindacato statale sugli utilizzi creativi di opere d'arte cadute in pubblico dominio e, in ultima analisi, una prerogativa dello Stato di poter determinare il significato stesso dell'opera d'arte. In questo senso F. Caponigri, *Originality and Heritage: Copyright Standards between the U.S. and Italy*, relazione al convegno *The Italian Law of Cultural Heritage: A Dialogue with the United States*, Università di Firenze, 17-18 giugno 2022.

⁷¹ Il progetto RijksStudio, che consente all'utente di visualizzare le opere della colle-

Il progetto del Rijks si pone in linea con l'attività di sensibilizzazione portata avanti dalla rete Open GLAM, organizzazione che promuove l'*open access* alle riproduzioni del patrimonio culturale, nella convinzione che «everyone should be able to access and re-use the digital Cultural Heritage». Non sono pochi i musei internazionali ad aver abbracciato il libero accesso alle immagini digitalizzate delle proprie collezioni: ad esempio, il Metropolitan museum of art (MET) di New York consente di scaricare liberamente, distribuire ed utilizzare anche per finalità commerciali le immagini digitalizzate raccolte sul proprio sito internet⁷².

A chi teme di far perdere allo Stato importanti fonti di profitto, consentendo invece ai privati di arricchirsi sui «giacimenti culturali» pubblici⁷³, si risponde osservando che gli introiti derivanti dai canoni di concessione sono pressoché irrilevanti, e ulteriormente diminuiti dai costi di gestione del sistema di concessione⁷⁴. A fronte di scarsi profitti in capo allo Stato, si pone poi un freno allo sviluppo del settore delle “industrie creative” che potrebbero invece favorire riutilizzi del patrimonio culturale innovativi.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, il regime concessorio previsto nel codice rivela una concezione proprietaria del patrimonio culturale ove lo Stato si vede garantita l'esclusiva sul suo sfruttamento economico.

zione, modificarle, scaricarle o condividerle, è visitabile a questo indirizzo www.rijksmuseum.nl/en.

⁷² Si legge infatti sul sito del museo (www.metmuseum.org/about-the-met/policies-and-documents/open-access) che il MET rende liberamente utilizzabili le immagini caricate sul proprio sito secondo la licenza *Creative Commons Zero*, che consente il libero riutilizzo delle immagini anche a fini commerciali. Una lista dei musei che ad oggi hanno reso accessibili on-line le proprie collezioni è stata redatta dalla nota rivista *Apollo Magazine* (www.apollo-magazine.com/open-access-image-libraries-a-handy-list/).

⁷³ La fortunata espressione «giacimenti culturali», inizialmente coniata dal Ministro del lavoro De Michelis nell'ambito di un progetto portato avanti di concerto con il Ministero dei beni culturali nel 1984, viene oggi spesso impiegata nel dibattito intorno allo sfruttamento del patrimonio culturale, talvolta anche con accezione negativa.

⁷⁴ L. Casini, *Riprodurre il patrimonio culturale? I “pieni” e i “vuoti” normativi*, cit., ove si osserva che, ad esempio, gli introiti derivanti alla Galleria degli Uffizi dalla riproduzione dietro corrispettivo della propria collezione incideva, almeno nel 2018, per una percentuale assai poco rilevante sul bilancio del museo, laddove altre importanti istituzioni museali hanno invece adottato una politica di libera riproducibilità delle opere dopo un'attenta valutazione dei maggior benefici che ne deriverebbero. Una rassegna dei benefici che deriverebbero dalla liberalizzazione delle immagini del patrimonio culturale è stata condotta dall'*International council of museums* (ICOM) durante un'audizione informale davanti alla XIV Commissione permanente del Senato sul disegno di legge n. 1721. In generale sul tema della valorizzazione economica si veda A.L. Tarasco, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, Giappichelli, 2006.

il caso dei non fungible tokens

Realizza inoltre l'effetto di costituire un equivalente del diritto d'autore su opere cadute nel pubblico dominio (per scadenza del termine settantennale previsto dalla legge sul diritto d'autore) assoggettandole ad una privativa perpetua. Si è osservato poi che i limiti posti dallo Stato al libero utilizzo delle immagini sarebbero contrari anche alle fonti del diritto sovranazionale. Si fa riferimento in particolare alla *Convention on the value of cultural heritage for society* del 2005 del Consiglio d'Europa, detta Convenzione di Faro, che all'art. 4 introduce il diritto di ciascun individuo di beneficiare del patrimonio culturale: «everyone, alone or collectively, has the right to benefit from the cultural heritage and to contribute towards its enrichment»⁷⁵.

Nel contesto della riproduzione dei beni culturali occorre dar conto anche degli indirizzi provenienti dall'Unione europea. Infatti, oltre alla dir. 2019/1024/UE relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico cui si è già fatto cenno sopra, la dir. 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale riconosce l'importanza della riproduzione dei beni culturali ai fini didattici e di protezione. Infatti, spiega il considerando n. 25, le esigenze della conservazione potrebbero rendere necessario effettuare riproduzioni delle opere o dei documenti presenti nella collezione museale, e il considerando 53 spiega invece che «nel settore delle arti visive, la circolazione di riproduzioni fedeli di opere di dominio pubblico favorisce l'accesso alla cultura e la sua promozione e l'accesso al patrimonio culturale». Sulla base di queste premesse, l'art. 5 prevede eccezioni alla protezione dei diritti d'autore per consentire ai musei e altri «istituti di protezione del patrimonio culturale» di eseguire riproduzioni a scopo illustrativo e didattico, mentre l'art. 6 estende le medesime eccezioni alla riproduzione finalizzata a scopi di protezione e conservazione del patrimonio. Ma è l'art. 14 della direttiva ad aver destato l'attenzione di chi promuove la libera riproduzione, laddove raccomanda che «alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore». Tale disposizione è stata salutata come l'occasione per porre fine a qualsiasi forma di condizionamento e controllo delle istituzioni pubbliche alla libera circolazione delle immagini di beni culturali caduti nel pubblico dominio⁷⁶.

⁷⁵ M. Modolo, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, in *Aedon*, 2021, n. 1.

⁷⁶ M. Modolo, *op. cit.*, il quale, interpretando teologicamente il citato considerando n.

4. *Non fungible tokens*

La valorizzazione del bene culturale mediante la sua riproduzione trova oggi un nuovo potenziale nelle più avanzate tecnologie cibernetiche. Il riferimento è in particolare alla tecnologia *distributed ledger technology* (DLT) e alla rete *blockchain*, che rappresenta forse il prodotto più importante di tale innovazione.

La *blockchain* è una sorta di registro pubblico virtuale distribuito in cui vengono registrate, in maniera condivisa e immodificabile, specifiche informazioni relative alle transazioni eseguite. Entrando più nel dettaglio, la *blockchain* consiste in una rete distribuita di “blocchi” che si serve della crittografia⁷⁷ per rendere sicure e segrete le transazioni registrate su ciascun blocco attraverso un meccanismo basato sul consenso tra gli utenti partecipanti alla catena. Infatti, all’interno della rete distribuita operano i c.d. “nodi validatori”, vale a dire utenti dotati di pari poteri⁷⁸ che svolgono la fondamentale funzione di verifica delle informazioni che vengono via via

53 della direttiva, ritiene che l’art. 108 del codice, che sottopone la riproduzione a fini di lucro ad autorizzazione dell’istituzione pubblica e al pagamento di canone concessori, si ponga in conflitto con gli scopi che intende perseguire l’art. 14, orientati alla libera circolazione transfrontaliera delle immagini. Se è vero che con la riforma introdotta dall’*art bonus* all’art. 108 la potestà concessoria dello Stato è stata limitata alle riproduzioni destinate allo sfruttamento commerciale delle immagini, rendendo sostanzialmente libera ogni riproduzione non avente scopo di lucro, è stato ulteriormente osservato che tale regime si pone comunque in contrasto con l’articolo 14 della direttiva, il quale non sembra fare distinzioni tra utilizzi commerciali e non. Si veda anche, M. Arisi, *Riproduzioni di opere d’arte visive in pubblico dominio: l’articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, *ivi*. A favore del superamento di ogni limitazione d’uso, anche commerciale, si è espressa anche l’Icom nell’audizione di cui si è detto *supra* nota 74.

⁷⁷ L’elemento fondamentale che presiede al funzionamento di una *blockchain*, consentendole di conseguire la sicurezza e l’anonimato necessari, è la crittografia. La crittografia è una complessa funzione matematica che consente di trasformare un’informazione in una stringa alfanumerica, vale a dire trasformare un’informazione da un formato leggibile a un formato codificato, come tale leggibile solamente da chi possiede la chiave di de-crittazione della stringa alfanumerica. In particolare, la tecnologia *blockchain* si serve della crittografia c.d. a chiave a-simmetrica. La crittografia a chiave a-simmetrica presuppone l’utilizzo di due chiavi, una pubblica e l’altra privata, legate tra di loro da una funzione matematica che consente la crittazione e la de-crittazione di un messaggio. Infatti, la chiave pubblica consente di codificare l’informazione in maniera tale che solamente mediante l’utilizzo della corrispondente chiave privata sarà possibile decodificare il messaggio e ricavarne informazioni leggibili. La chiave pubblica è nota e deve essere condivisa con gli altri utenti. La chiave privata, viceversa, è quella che consente di accedere alle informazioni codificate e deve quindi essere tenuta nascosta agli altri utenti.

⁷⁸ È infatti un sistema *peer to peer*, in cui ciascuna macchina partecipante agisce insieme

il caso dei *non fungible tokens*

registrate su ogni nuovo blocco: prima di essere aggiunte, le informazioni vengono convalidate attraverso un processo di calcolo svolto dalle macchine messe a disposizione dai nodi validatori; soltanto quando la maggioranza (il cinquanta per cento più uno) dei nodi validatori raggiunge il consenso circa la veridicità delle informazioni inserite, il nuovo blocco viene aggiunto. Ciascun blocco, inoltre, contiene informazioni (espresse in forma numerica in un *hash*) riferite al blocco precedente, cosicché ogni blocco successivo “punta” a quello precedente, e modificare il blocco significa “scollegarlo” dalla catena di transazioni che lo precede. L'immodificabilità delle informazioni inserite nei blocchi precedenti è garantita dal fatto che, essendo la rete distribuita e accessibile su ciascun *server* di ciascun nodo validatore, occorrerebbe modificare l'informazione registrata su tutti gli altri servers, operazioni oltremodo complessa. Inoltre, ciascun blocco contiene, tra le ulteriori informazioni che possono essere registrate, la data e l'ora esatta in cui tale blocco, dopo aver superato il processo di verifica, è stato aggiunto (c.d. *time-stamping*). In questo modo, la catena dei blocchi procede secondo una logica cronologica che consente di tracciare l'evoluzione delle transazioni nel tempo⁷⁹.

Nell'ambito di tale nuova tecnologia digitale a base crittografica si inseriscono i *Non fungible tokens* (NFT), vale a dire *token* non fungibili che consentono di rendere unici i file cui sono associati. Nella *blockchain*, un *token* è una sorta di gettone digitale contenente informazioni assegnate univocamente a colui che ne risulta intestatario sulla base delle transazioni registrate sulla rete distribuita⁸⁰. I *token* si suddividono in due classi: *token* fungibili e *token* non fungibili. I primi si caratterizzano proprio per essere fungibili: ad esempio, una criptovaluta (come *bitcoin*) è una «rappresentazione digitale di valore»⁸¹ identica ad ogni altra criptovaluta. Così come una moneta da un euro è scambiabile con un'altra moneta da un euro, allo stesso modo un *bitcoin* è interscambiabile con un altro *bitcoin*. I *token* non fungibili sono

come *client* e come *server*, vale a dire che ciascuna macchina possiede una copia dei blocchi che compongono la catena distribuita.

⁷⁹ In ciò la *blockchain* funziona secondo il principio di continuità delle trascrizioni comune ai pubblici registri. G. Donadio, *Dalla “nota di banco” all'informazione via Blockchain*, in *Giust. civ.*, 2020, 179.

⁸⁰ F. Sarzana, S. Ippolito e M. Nicotra, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Milano, Wolters Klower, 2018, 42.

⁸¹ La definizione normativa, contenuta nell'art. 1, lett. q), d.l. 25 dicembre 2017, n. 231, definisce infatti le valute virtuali come Bitcoin od Ether quali «la rappresentazione digitale di valore, non emessa ne' garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente».

invece resi unici dal fatto di possedere un numero identificativo unico, che li contraddistingue da ogni altro *token*, e dall'essere non divisibili ossia non frazionabili in parti più piccole (come accade invece per le criptovalute, per cui ad esempio un bitcoin è suddivisibile in 0.5 bitcoin). Ciascun NFT si distingue quindi da ogni altro. Gli NFT sono incorporati in uno *smart contract*, vale a dire un algoritmo programmato per eseguire un'azione predefinita secondo una causalità “*if=then*”: al verificarsi di un dato evento, l'algoritmo eseguirà immediatamente il risultato predeterminato⁸². Sono quindi protocolli informatici finalizzati a conseguire in automatico determinati esiti al verificarsi di determinate condizioni⁸³. Lo *smart-contract*, in particolare, con-

⁸² Lo *smart contract*, come la *blockchain*, ha trovato una definizione normativa all'art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135: «Si definisce “smart contract” un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse». Discussa è la sua natura giuridica contrattuale, ma si ritiene che lo *smart contract* non possa qualificarsi come un vero e proprio contratto, difettando di alcuni dei requisiti essenziali come la volontà delle parti, qualificandosi tutt'al più come un programma che si colloca nella fase esecutiva della relazione contrattuale, i contenuti della quale sono stati inclusi in un separato documento (appunto, il contratto vero e proprio). V.M. Cerrato, *Appunti su smart-contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2020, 373; F. Greco, *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario*, in Aa.Vv. *Il diritto nell'era digitale*, a cura di G. Rosaria, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi e M. Proto, Milano, Giuffrè, 2021; G. Nava, *I non-fungible token*, *ivi*, 249. Favorevole, invece, ad attribuire efficacia negoziale allo *smart-contract*, nell'intento di aprire l'ordinamento al recepimento delle novità tecnologiche ed economiche è S. Rigazio, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 386 ss., cui si rimanda anche per un'utile rassegna delle posizioni dottrinarie in tema di qualifica contrattuale dei “contratti intelligenti”. Per una più approfondita analisi circa la natura contrattuale di questa tecnologia, si rinvia in particolare a B. Cappiello, *Dallo “smart contract” computer code allo smart (legal) contract. I nuovi strumenti (para)giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2020, 477 ss.

⁸³ F. Greco, *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario*, *cit.*, 197. Secondo il suo ideatore «The basic idea behind smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as collateral, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher»; un meccanismo, quindi, che dovrebbe rendere più efficiente e controllabile l'esecuzione del programma contrattuale concordato tra le parti, semplificando le loro modalità di interazione e riducendo i rischi di violazione delle obbligazioni dedotte in contratto. In ciò lo *smart-contract* funzionerebbe come le macchinette automatiche: «A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine [...] The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor [...] Smart contracts go beyond the vending machine in proposing to embed contracts in all sorts of property that is valuable and controlled by digital means. Smart contracts reference that

il caso dei non fungible tokens

sente la circolazione degli NFT sulla *blockchain*, mediante la quale sarà possibile tenere traccia di ogni precedente trasferimento del *token*.

Gli NFT possono essere associati a un oggetto, fisico o digitale, svolgendo la funzione di un certificato di proprietà digitale. Infatti, all'interno dell'NFT sono contenuti, oltre all'ID univoco e al numero identificativo del *wallet*⁸⁴ del suo proprietario, alcune informazioni definite "metadati", che consentono di identificare l'oggetto fisico o il file associato all'NFT. Ad esempio, tra i metadati dell'NFT, possiamo trovare un link al file di un'immagine JPEG o di un documento PDF⁸⁵. In questo modo, l'NFT viene associato al file sottostante e chi lo "possiede" può affermarne la titolarità contro altri utenti della rete, alla stregua appunto di certificato di proprietà. La grande novità portata dagli NFT è dunque la possibilità di rendere unico il file digitale e introdurre il concetto di scarsità nel mondo digitale, tradizionalmente caratterizzantesi per essere invece infinitamente replicabile (o, meglio, "copia-incollabile"). Rendere un file digitale unico ed appropriabile per mezzo di un certificato digitale che lo individua e lo associa alla titolarità di un unico utente della *blockchain* consente di creare un valore di scambio e, quindi, un'utilità economica: si è quindi creato un mercato degli NFT che ha raggiunto volumi rilevanti, trasformandoli in *assets*⁸⁶ alternativi utilizzati per operazioni finanziarie speculative o trovando impiego come collaterali in operazioni di mutuo⁸⁷.

La rapida diffusione del fenomeno socioeconomico e la suscettibili-

property in a dynamic, often proactively enforced form, and provide much better observation and verification where proactive measures must fall short», N. Szabo, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in 2 *First Monday* (1997).

⁸⁴ Un *wallet* digitale è simile a un conto corrente attraverso il quale è possibile depositare, gestire o trasferire le proprie criptoattività (ad es. criptovalute o NFT). In particolare, il *wallet* digitale è rappresentato da una stringa alfanumerica unica, rappresentante la chiave pubblica necessaria a ricevere gli *assets* crittografici.

⁸⁵ Nel caso di file digitali, l'NFT contiene solitamente un indirizzo (ossia un *link*) al file, che viene spesso depositato sulla rete *Interplanetary file system* (IPFS), vale a dire una rete *peer to peer* che garantisce la sopravvivenza ed autenticità del file. Infatti, nella maggior parte dei casi i file sottostanti non sono registrati *on-chain*, bensì *off-chain*.

⁸⁶ La vertiginosa crescita del valore dei *token* non fungibili ha infatti attratto l'attenzione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), che ha predisposto una bozza di *Crypto Assets Reporting Framework* che include gli NFT tra i valori digitali oggetto di scambio di informazioni, segno che tali attività finanziarie sono ritenute nuove fonti di ricchezza da assoggettare a tassazione.

⁸⁷ Uno dei pochi casi aventi ad oggetto NFT giunti davanti alle corti riguardava proprio un'ingiunzione di restituzione di un NFT posto a garanzia di un mutuo. Il provvedimento è stato adottato da una corte di Singapore, che ha ritenuto esperibile una *proprietary injunction* verso un asset digitale.

tà degli NFT di venire valutati economicamente impongono di qualificare giuridicamente questa tipologia di *token*. Orbene, nel caso di NFT associati a file digitali (come file immagini) essi sembrano potersi qualificare come beni giuridici (immateriali) *ex art.* 810 c.c. a tutti gli effetti⁸⁸. Anzitutto, abbiamo detto che l’NFT consente di rendere unici file digitali altrimenti infinitamente riproducibili; in altre parole, l’NFT introduce il concetto di scarsità nell’ambiente digitale. In quanto rara, poiché unica o esistente in pochi esemplari, l’informazione digitale ricondotta all’NFT acquisisce così un valore patrimoniale. Il file reso unico o limitatamente disponibile può inoltre essere collegato a un unico e determinato utente della *blockchain* che, quindi, sarà in grado affermarne la titolarità. Infatti, il soggetto che ha accesso, mediante la chiave privata, al *wallet* in cui sono conservati gli NFT può farne valere la titolarità ad esclusione degli altri utenti della *blockchain*, rivendicandone la proprietà. Sarebbero così integrati gli elementi essenziali affinché una cosa, seppur immateriale, possa qualificarsi come un bene in senso giuridico⁸⁹. L’NFT acquista un valore economico che lo rende oggetto

⁸⁸ I primi tentativi di inquadramento giuridico del fenomeno degli NFT, e delle “criptoattività” in generale, si devono alla dottrina tributarista, stante anche la vicinanza di questa branca del diritto ai nuovi fenomeni socioeconomici, cui deve prontamente dare una risposta per soddisfare le ragioni impositive garantendo la certezza degli adempimenti fiscali degli operatori economici. In questo ambito, hanno proposto un inquadramento nell’ambito dei beni giuridici P. Carriere, *La “cripto-arte” e i non fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in *Diritto Bancario*, 2 agosto 2021 (www.dirittobancario.it/art/la-cripto-arte-e-i-non-fungible-tokens-nfts-tentativi-di-inquadramento-giuridico); P. Cardella, *Prime osservazioni in tema di non-fungible token (NFT) e imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. tel. Dir. trib.*, 2022, 883 ss. F. Greco, *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario*, cit., 269, ritiene che gli NFT possano qualificarsi come titoli di credito atipici *ex art.* 2002 codice civile, rappresentanti non già il bene digitale bensì la chiave di accesso al file digitale, mediante la quale l’utente digitale può disporre attraverso un meccanismo di autenticazione crittografico. Ancora A. Tomassini, *Criptovalute, NFT e Metaverso*, Milano, Giuffrè, 2022, 203, in cui, dopo averne ricondotto la natura giuridica ai titoli rappresentativi di merci, afferma poi che «ovviamente gli NFT, posto che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti (810 c.c.), sono essi stessi beni (immateriali)». Ci pare tuttavia di dover escludere la riconducibilità degli NFT (quantomeno quelli collegati ad *assets* digitali come *files* immagine) alla fattispecie dei titoli di credito o dei titoli rappresentativi di merci, poiché gli NFT non rappresentano il diritto ad una prestazione o alla consegna materiale di merci. Si veda, a tal proposito, Cass., sez. trib., 10 ottobre 2019, n. 25492 in cui veniva esclusa la natura di titoli di credito ai certificati di emissione CO2 di cui alla dir. 2003/87/Ue sulla base del fatto che «non conferiscono il diritto a una specifica prestazione (*ex art.* 1992 c.c.), riannodabile a un rapporto obbligatorio», difettando quindi del requisito della relatività a un rapporto giuridico sottostante, né incorporando un’obbligazione di consegna, dovendosi semmai qualificare come beni giuridici immateriali.

⁸⁹ Sebbene il codice civile all’art. 810 faccia riferimento alle *cose*, la dottrina ha oramai

dell'interesse dei consociati, un interesse che, stante la sussistenza di un mercato per questo genere di attività digitali, lo rende certamente meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico⁹⁰. È inoltre distinto da tutte le altre entità esistenti nella dimensione digitale, in quanto unico e distinguibile da ogni altro *token* e obiettivamente isolabile come oggetto di diritti. In quanto tale, è appropriabile, ossia può costituire oggetto di un diritto reale, e il suo godimento è esclusivo, in quanto il titolare del *token* può rivendicarne l'utilizzo ad esclusione degli altri utenti della *blockchain*⁹¹.

La stessa giurisprudenza, dovendo definire la natura giuridica dei *tokens*

definitivamente superato la concezione “fisicista” per abbracciare semmai una nozione affatto immateriale di bene giuridico. In particolare, i primi tentativi di superamento della concezione materiale della cosa, presupposto di ogni bene giuridico, si sono manifestati nell'ambito della discussione sulle *new properties*, ossia quelle “nuove proprietà” (*rectius*, beni giuridici) elargite dallo Stato e consistenti in nuove forme di ricchezza quali concessioni o autorizzazioni. Si segnalano nel dibattito dottrinario, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in *Beni culturali e comunità europea*, a cura di M.P. Chiti, Milano, Giuffrè, 1994, 341; Id., *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, I, 140; V. Caputi Jambrenghi, *Postfazione ad un dibattito sulla cultura e i suoi beni giuridici. I beni culturali: gnoseologia e nuove disposizioni*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1999, 424; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002, 281; N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, Giappichelli, 2002, spec. 38 ss.; P. Stella Richter, E. Scotti, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in *I beni e le attività culturali*, a cura di A. Catelani e S. Cattaneo, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXXIII, Padova, Cedam, 2002, 387-388; T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., 25; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 756.

⁹⁰ Parlando dell'immagine del bene culturale, è stato notato che «la moltiplicazione delle possibilità d'uso indotta dalla tecnologia ha prodotto un duplice fenomeno. Innanzitutto, ha creato nuova ricchezza, aumentando in misura esponenziale il valore di scambio delle risorse in questione e conferendo ad esse la qualità di beni in senso economico», G. Resta, *L'immagine dei beni*, cit., 553. Nel dibattito anglosassone, è stato correttamente osservato che «The market, nationally and internationally, is treating crypto-tokens with various characteristics as economic assets. Of course, the law can decline to follow the market. But it does so at its peril», G. Vos, *Cryptoassets as property: how can English law boost the confidence of would-be parties to smart legal contracts?*, atti del convegno del *Joint Northern Chancery Bar Association and University of Liverpool Lecture*, 2 maggio 2019.

⁹¹ Nella Dottrina anglosassone una delle prevalenti scuole di pensiero nella teoria delle *properties* è la *exclusionary theory*, secondo la quale ciò che contraddistingue una cosa come una *property* è la sussistenza del diritto del proprietario di escludere gli altri dal suo godimento: «the right to exclude others is more than just 'one of the most essential' constituents of property – it is the *sine qua non*», T.W. Merrill, *Property and the Right to Exclude*, in 4 *Nebraska Law Review* (1998), 730. Occorre tuttavia chiarire che il termine “*property*”, nel *Common Law*, viene indifferentemente utilizzato per indicare, all'un tempo, il diritto di proprietà e la cosa, ossia il bene, su cui grava tale diritto.

nell'ambito di procedimenti cautelari o di pronunce di condanna, ne ha ammesso la natura di beni giuridici (immateriali)⁹².

Osservando bene il fenomeno poi, accade che l'NFT dell'immagine del bene culturale si separa definitivamente dalla cosa originaria, venendo a costituire un bene giuridico autonomo. E questo nuovo bene potrà destinarsi ad autonome iniziative commerciali o di valorizzazione culturale⁹³.

5. *Non fungible tokens* come strumento di valorizzazione culturale

Gli NFT possono trovare un sicuro impiego nell'ambito della valorizzazione del patrimonio culturale nella sua dimensione digitalizzata, nel senso di «mette(re) in circolo contenuti cognitivi di un bene culturale»⁹⁴. La cronaca recente ha visto alcune istituzioni culturali sperimentare impieghi di questa tecnologia aventi ad oggetto i propri tesori artistici.

Nel 2019, le Gallerie degli Uffizi hanno concesso alla *start-up* Cinello S.r.l. un'autorizzazione all'organizzazione di mostre ed altri eventi con gli NFT creati dalle riproduzioni delle opere in collezione⁹⁵. Il provvedimento di concessione prevedeva che per ciascuna mostra o evento organizzata, Ci-

⁹² Così, con riguardo specifico a NFT, la High Court of England and Wales in *Osbourne Vs. Persons Unknown/Ozone* del 10 marzo 2022 ha ritenuto di dover concedere il sequestro di NFT sul presupposto che «there is at least a realistically arguable case that such tokens are to be treated as property as a matter of English law»; similmente ha disposto il sequestro e restituzione di NFT la già citata Corte di Singapore. In Italia, con riferimento alle criptovalute (e, quindi, a *tokens* non fungibili), Trib. Firenze 21 gennaio 2019, n. 18 ove si legge che «le criptovalute, dunque, possono essere considerate “beni” ai sensi dell'art. 810 c.c., in quanto oggetto di diritti, come riconosciuto oramai dallo stesso legislatore (Sic!) nazionale, che le considera anche, ma non solo, come mezzi di scambio, evidentemente. In un sistema pattizio e non regolato».

⁹³ «Il punto è che la digitalizzazione ci sta conducendo dritto diritto ad una condizione nella quale le due dimensioni che apparentemente riguardano un solo oggetto (l'originale “analogico”) non sono la mera replica l'una dell'altra, ma l'una una sorta di versione arricchita dell'altra, e perciò distinguibile ancorché necessariamente connessa: siamo già oggi di fronte alla possibilità che le due dimensioni “viaggino” distintamente, circolino e stiano nel mondo, generino senso e valore, vengano usate, siano oggetto di lavoro, di scambi e contratti, di detenzione e maneggio, persino di discussione e critica, indipendentemente l'una dall'altra», P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato*, cit.

⁹⁴ P. Forte, *op. cit.*, 273.

⁹⁵ La concessione fa riferimento in verità a Digital Art Works (DAW), vale a dire digitalizzazioni ad altissima risoluzione dei beni culturali, a ciascuna delle quali viene associata un NFT che ne certifica la provenienza dall'istituzione museale concedente.

il caso dei *non fungible tokens*

nello dovesse corrispondere al museo determinati corrispettivi che variavano in base al numero di *digital art works* (daw) utilizzati; se, poi, l'ingresso alle mostre era soggetto al pagamento di un biglietto, Cinello avrebbe dovuto corrispondere anche una quota percentuale dei ricavi incassati dall'esposizione. Infine, nella concessione si prevedeva che l'eventuale commercializzazione degli NFT ricavati dalle immagini concesse sarebbe stata oggetto di separato atto contenente le condizioni di vendita.

Utilizzare riproduzioni ad altissima definizione in sostituzione degli originali beni culturali consente di promuovere la valorizzazione culturale del patrimonio ovviando alle difficoltà insite nell'organizzazione di grandi eventi espositivi. Si pensi ai rischi connessi al trasporto di opere spesso fragili o che richiedono particolari condizioni ambientali per la loro conservazione. La conservazione dei beni culturali è uno degli obiettivi della disciplina afferente alla protezione⁹⁶, che assoggetta ad autorizzazione il prestito dei beni culturali a fini espositivi. Infatti, l'art. 48 del codice richiede, per il prestito nazionale di beni culturali (non solamente di appartenenza pubblica ma anche privata) una preventiva autorizzazione del Ministero, allo stesso modo dell'art. 66 per i prestiti destinati a mostre fuori dai confini nazionali. I rischi materiali posti alle ragioni di preservazione dell'integrità del bene è uno dei principi fondamentali che devono orientare l'amministrazione concedente nella valutazione circa l'opportunità di rilasciare l'autorizzazione ai sensi del d.m. 29 gennaio 2008⁹⁷. La gradazione dell'interesse culturale/scientifico dell'esposizione differisce in base allo status conservativo del bene culturale: infatti, il decreto in parola richiede al personale tecnico delle istituzioni consegnatarie la redazione di un elenco pubblico delle opere d'arte per le quali lo spostamento dalla propria sede può costituire un rischio materiale. Ma la conservazione dell'integrità materiale del bene non è l'unico criterio guida. Ad esso si affianca infatti la valutazione circa il rischio culturale del prestito, vale a dire la possibilità che il prestito dell'opera, e la temporanea indisponibilità che ne deriva per l'istituzione consegnataria originale, sottraggano alla fruizione del pubblico un'opera di particolare rilievo per l'insieme della collezione (quando questa non rappresenta addirittura l'unica opera di rilievo, o comunque la più iconica). È evidente, infatti, che l'indisponibilità di una o

⁹⁶ Ai sensi dell'art. 29 del codice, infatti, sono ricomprese nelle attività di protezione quelle di prevenzione, intese come il «complesso delle attività idonee a limitare le situazioni di rischio connesse al bene culturale nel suo contesto».

⁹⁷ È questo il principio della "normalità" del prestito introdotto dal citato decreto del 2008, che richiede che l'esposizione per cui si richiede l'esposizione e la fuoriuscita del bene dalla sua sede di conservazione sia ordinaria e finalizzata all'accrescimento della qualità dell'offerta culturale nel suo complesso.

più opere appartenenti alla collezione permanente di un museo può arrecare pregiudizio alle esigenze della fruizione. Si pensi ai molti turisti, non soltanto stranieri, che vengono a visitare un museo come gli Uffizi soprattutto per poterne apprezzare le opere più importanti; ma il pregiudizio alle normali condizioni di fruibilità della collezione è forse tanto più evidente nel caso di istituzioni più piccole, la cui collezione richiama i visitatori proprio per la presenza di poche opere ma di grande richiamo. Il peso che tali principi hanno sulle decisioni relative alla movimentazione dei beni culturali si è reso di tutta evidenza in un caso recente che ha destato particolare clamore mediatico per l'importanza dei beni coinvolti e per il prestigio dell'evento cui erano destinati⁹⁸.

Simili limitazioni, come accennato, sono poste anche all'esportazione temporanea dei beni culturali per prestiti espositivi. Infatti, l'art. 66 del codice prevede che possono essere temporaneamente esportati i beni culturali (ancora, non solamente quelli di appartenenza pubblica ma anche quelli in mano privata) «per manifestazioni, mostre o esposizioni d'arte di alto interesse culturale», e sempre che ne siano garantite «l'integrità e la sicurezza». Ancora una volta quindi, e questa volta la condizione è prevista *expressis verbis* dalla norma, il prestito è subordinato a una valutazione circa la sussistenza di un interesse culturale particolarmente qualificato dell'esposizione, nonché dei rischi che possono derivare alla conservazione materiale delle opere o degli oggetti d'antichità esposti. Ma, nel caso dell'autorizzazione a prestiti internazionali, si prevede un vincolo assoluto di inespportabilità laddove i beni sono «suscettibili di subire danni nel trasporto o nella permanenza in condizioni ambientali sfavorevoli», ovvero «costituiscono il fondo principale di una determinata ed organica sezione di un museo, pinacoteca, galleria, archivio o biblioteca o di una collezione artistica o bibliografica».

Tuttavia, alle ragioni della tutela e della protezione del patrimonio culturale si affiancano, seppur in una posizione subordinata per espressa previsione costituzionale, le ragioni della valorizzazione culturale dello stesso. La promozione della conoscenza del nostro patrimonio passa attraverso la sua fruizione, che deve essere rivolta al complesso dell'umanità. Del resto, la Convenzione di Faro promuove la protezione e la valorizzazione del patri-

⁹⁸ Il riferimento è al decreto monocratico emanato dal presidente della seconda sezione del TAR del Veneto con il quale, accogliendo il ricorso presentato da Italia Nostra, sospendeva l'efficacia del provvedimento di prestito al Louvre dell'Uomo Vitruviano di Leonardo, che doveva essere esposto in una grande mostra sul pittore italiano in occasione del suo quinto centenario. Il ricorso è stato poi respinto nella successiva udienza collegiale. Per un commento sul decreto monocratico cautelare e sulla vicenda in generale, G. Sciuillo, *Valori freddi' del diritto e cose d'arte: il caso dell'Uomo Vitruviano*, in *Aedon*, 2019, n. 3.

il caso dei non fungible tokens

monio che costituisce l'eredità culturale europea in una dimensione comunitaria, così come la Convenzione Unesco (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura) sulla protezione del patrimonio culturale del 1972 è diretta soprattutto alle generazioni future dell'umanità unitamente considerata.

Ecco allora che gli NFT rappresentano una possibile risposta al conflitto tra tutela e valorizzazione mediante la movimentazione, anche internazionale, delle opere⁹⁹. Con questo non si vuole certo dire che si possa pensare di sostituire le mostre con riproduzioni digitali delle opere; tuttavia, è innegabile che laddove, ad esempio, un'opera non possa essere prestata per i vincoli che sono stati esposti sopra ovvero perché sottoposta a restauro, si possa ipotizzare di colmare la lacuna della mostra esponendo una riproduzione dell'opera, dove la tracciabilità della provenienza dall'istituzione culturale originale assicura uno standard di qualità, originalità e scientificità che gli consente di essere impiegata come surrogato del bene culturale in una mostra. Infatti, è compito dell'amministrazione garantire che le riproduzioni dei beni culturali utilizzate per accrescerne la loro conoscenza siano riproduzioni autentiche degli originali, un'attività che può essere intesa come il risvolto digitale della funzione di tutela e protezione del patrimonio¹⁰⁰. Si è osservato che nell'ambiente digitale, dove le immagini dei beni culturali circolano e vengono destinate ad usi autonomi rispetto agli originali materiali, viene ad assumere rinnovata importanza la funzione certativa¹⁰¹ posta in capo alla pubblica amministrazione, che deve garantire l'autenticità dell'informazione incorporata nell'immagine digitale, e ciò in maniera tanto più cogente poiché coinvolge il fine della diffusione della conoscenza posto dall'art. 9 Cost.¹⁰².

⁹⁹ «La digitalizzazione e la virtualizzazione dei beni – quali cimeli spesso fragili, si pensi ai reperti archeologici – può efficacemente rispondere alla loro stessa conservazione fisica, in ragione della sottrazione del bene all'esposizione», R. De Meo, *La riproduzione digitale delle opere museali*, cit., 671.

¹⁰⁰ Garantire l'autenticità del dato digitale culturale è uno degli obiettivi posti dall'Unesco nella Carta per la conservazione del patrimonio digitale del 2003, il cui articolo 6 richiede appunto la «progettazione di sistemi e procedure affidabili per la produzione di oggetti digitali autentici e stabili» e prosegue all'articolo 8 specificando ulteriormente che «un quadro di riferimento tecnico e giuridico è fondamentale per poter prevenire la manipolazione o l'alterazione intenzionale del patrimonio digitale. Tanto per l'aspetto tecnico quanto per quello giuridico, il contenuto, la funzionalità dei file e la documentazione annessa devono essere mantenuti in modo adeguato a garantire l'autenticità dei documenti».

¹⁰¹ In argomento M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960; B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, Cedam, 2003.

¹⁰² «In sostanza, la disciplina (anche) pubblicistica della riproduzione dei beni culturali sembra

6. *Non fungible tokens* e valorizzazione economica

Volendo mettere da parte le considerazioni relative alla libera riproducibilità del patrimonio in punto di politica del diritto, il fenomeno degli NFT rappresenta certamente un'importante occasione di sfruttamento dell'immateriale economico del bene culturale attraverso l'uso della sua immagine. Infatti, la possibilità di rendere rara e appropriabile l'immagine consente di aumentarne sensibilmente il valore commerciale. Così, gli enti pubblici possono mettere a profitto il valore immateriale che soggiace alle cose culturali che possiedono in consegna¹⁰³. Gli strumenti giuridici per realizzare tali iniziative sono già predisposti dal codice: l'art. 108 del codice prevede infatti che l'istituzione consegnataria deve richiedere il pagamento di un corrispettivo al privato richiedente il diritto alla riproduzione, il cui importo deve essere determinato «con provvedimento dell'amministrazione concedente», anche in considerazione «dell'uso e della destinazione delle riproduzioni, nonché dei benefici economici che ne derivano al richiedente». Stanti i rilevanti ricavi conseguibili dalla commercializzazione degli NFT di beni culturali in edizione unica o limitata, è di tutta evidenza che le istituzioni museali possono richiedere cospicui corrispettivi concessori che possono costituire un'ulteriore occasione di *fundraising* in regime di autonomia finanziaria¹⁰⁴, alternativo alla bigliettazione e alle tradizionali iniziative commerciali¹⁰⁵.

In Italia, ancora una volta, sono state le Gallerie degli Uffizi il capofila di simili iniziative concessorie. Già nel 2016, infatti, il museo concedeva la

trovare il proprio fondamento anche nella esigenza di assicurare una forma di "controllo" sull'originalità, sulla autenticità e sulla "veridicità" delle cose che costituiscono il patrimonio culturale», L. Casini, Riprodurre il patrimonio culturale? I pieni e i vuoti normativi, in Aedon, 2018, n. 3. Si veda anche P. Forte, Il bene culturale pubblico digitalizzato, cit., 292.

¹⁰³ Del resto, l'impiego economico dei dati digitalizzati di enti pubblici quali musei, archivi o biblioteche è raccomandato dalla direttiva 2019/1024/UE, al cui considerando n. 65 si dichiara che «le biblioteche, comprese le biblioteche universitarie, i musei e gli archivi detengono una notevole quantità di preziose risorse di informazione del settore pubblico, in particolare dal momento che i progetti di digitalizzazione hanno moltiplicato la quantità di materiale digitale di dominio pubblico. Tali raccolte del patrimonio culturale e i relativi metadati possono costituire una base per i prodotti e servizi a contenuto digitale e hanno un enorme potenziale per il riutilizzo innovativo in settori quali la formazione e il turismo». Tuttavia, la norma attuativa (d.lgs. n. 36/2006) esclude la riutilizzabilità dei dati di appartenenza di istituzioni culturali quali i musei.

¹⁰⁴ La determinazione di un equo corrispettivo per concedere la riproduzione, ad uso commerciale, di NFT dei beni culturali è anzi un dovere imposto all'amministrazione dal principio di economicità dell'attività amministrativa.

¹⁰⁵ F.Valenti, *Crypto Collectibles, Museum Funding and OpenGLAM: Challenges, Opportunities and the Potential of Non-Fungible Tokens (NFTs)*, in *Applied Science* (2011).

riproduzione di alcune opere della propria collezione alla *start-up* Cinello S.r.l., che le avrebbe utilizzate per creare dei *digital art works*, vale a dire riproduzioni ad altissima risoluzione, in scala uno a uno, protette dalla tecnologia crittografica. Su richiesta del collezionista poi, Cinello creava un NFT che ne certificasse la proprietà sulla *blockchain*. Come accennato sopra, nel 2021 un'edizione digitale del Tondo Doni di Michelangelo, una delle opere centrali della collezione del museo fiorentino, ha trovato un acquirente per circa 240.000 euro; parte del ricavato, 70.000 euro, sono stati incassati dal museo secondo gli accordi presi con la *start-up*¹⁰⁶. L'iniziativa del museo non è rimasta isolata ma è stata seguita da altri enti museali pubblici come la Galleria Borghese, la Pilotta di Parma, la Pinacoteca di Brera, che hanno stipulato accordi con la medesima *start-up* per concedere la riproduzione dei propri capolavori per utilizzi commerciali. In un certo senso, questi musei hanno virtualmente superato i vincoli di inalienabilità posti dagli artt. 53 e 54 del codice, che rende sostanzialmente inalienabili i beni culturali appartenenti alle raccolte di istituzioni museali pubbliche, consentendo di fare cassa attraverso la cessione di esemplari unici di immagini ad altissima riproduzione incastonate in una cornice fisica. Una sorta di “*deaccessioning* digitale” che ovvia alle problematiche legate alla cessione delle raccolte fisiche, recentemente praticate da alcuni musei d'oltreoceano tra molte polemiche¹⁰⁷.

7. Conclusioni

La legislazione italiana sulla riproduzione dei beni culturali pubblici, per quanto segnata da timori sia di natura culturale che economica, consente già oggi alle istituzioni pubbliche di digitalizzare le proprie opere d'arte e di concederle a soggetti privati che intendano sfruttare dal punto di vista

¹⁰⁶ G. Harris, *Uffizi gallery makes only €70,000 from Michelangelo NFT that sold for €240,000*, *The art newspaper*, 13 giugno 2022, in www.theartnewspaper.com/2022/06/13/uffizi-gallery-makes-only-euro70000-from-michelangelo-nft-that-sold-for-euro240000. Secondo quanto dichiarato dallo stesso museo, i ricavi derivanti dalla vendita, realizzata da Cinello, del DAW dell'opera michelangeloesca hanno contribuito a risollevarne i bilanci privati dalla riduzione delle visite fisiche dovute alla pandemia, www.uffizi.it/news/numeri-2021.

¹⁰⁷ Infatti, per consentire ai musei americani di far fronte all'impatto che i *lockdowns* da Covid-19 hanno avuto sulle loro casse, l'*American Association of Museum Directors* ha ammesso il *deaccessioning* delle collezioni museali, oltre che per perseguire la missione del museo mediante nuove acquisizioni, anche per raccogliere fondi da destinare a coprire le spese connesse alla cura e alla gestione delle collezioni. Più diffusamente sul tema C. Gallo, *La pratica del deaccessioning. Una comparazione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento inglese*, in *Il dir. econ.*, 2020, 707 ss.

commerciale l'immagine. Si tratta, tuttavia, di una disciplina che ha inteso razionalizzare e regolare lo sfruttamento commerciale dell'immagine e non è stata concepita per rispondere alle ultime innovazioni tecnologiche e, in particolar modo, al crescente ricorso ai NFT.

Infatti, occorre considerare che qualora la produzione di NFT in edizione unica o limitata delle opere d'arte di proprietà dei musei italiani da caso isolato diventi una modalità operativa ordinaria per generare profitti economici ulteriori ed aggiuntivi rispetto ai ricavi generati dall'attività tradizionale, così contribuendo all'equilibrio di bilancio di queste istituzioni, si produrrà inevitabilmente una condizione di mercato, caratterizzata da domanda ed offerta ed oscillazione dei prezzi, nella quale le immagini, più verosimilmente in edizione unica, saranno a loro volta oggetto di scambio e di valorizzazione nel mercato privato, incrementando la concorrenza tra opera fisica e opera digitalizzata: potrà quindi verificarsi sovente che l'NFT di una opera di proprietà di un ente pubblico sia ceduta tramite asta ad un valore assai superiore a quello ottenuto dalla stessa istituzione per la emissione del NFT.

Allo stesso modo il proprietario dell'opera in edizione digitale potrà sfruttare economicamente la propria immagine con finalità non coerenti con quelle della tutela dell'immagine del patrimonio culturale pubblico, o ancora dovrà immaginarsi che il proprietario di NFT unici allestisca una mostra virtuale il cui accesso sarà consentito a visitatori disposti a pagare un biglietto con moneta elettronica per giungere poi a librerie di opere d'arte digitali consultabili solo attraverso una corresponsione economica di denaro così come avviene oggi per le librerie di contenuti musicali.

D'altra parte, la disciplina nazionale non sembra oggi rispondere alla crescente richiesta di liberalizzazione della circolazione delle immagini né al più generale modello di fruizione e libero accesso alle informazioni ed ai dati della pubblica amministrazione che il legislatore comunitario individua, al contrario, come un elemento imprescindibile della propria politica sociale.

Infatti, è indubbio, che il destino del settore artistico e culturale sia quello di una sempre maggiore interoperabilità tra bene materiale e immateriale, in cui le immagini digitalizzate si affiancheranno alle opere fisiche, e, di conseguenza, anche quello dello sviluppo di un mercato "parallelo" di collezionismo e consultazione che pur formandosi in un territorio virtuale andrà riproponendo le regole di gioco dei mercati tradizionali; come questo influirà sul valore economico delle opere fisiche di proprietà di istituzioni pubbliche è un interrogativo attualmente senza risposta.

il caso dei non fungible tokens

Abstract

The phenomenon of non-fungible tokens (NFTs) lies between the protection of cultural heritage and its valorization, which certainly represents an important opportunity to exploit the economic intangible of the cultural asset through the use of its image. Indeed, the possibility of making the image rare and appropriate allows its commercial value to be significantly increased. In this way, public institutions can capitalize on the intangible value of the cultural goods they are entrusted with. The legal tools to carry out these initiatives are already provided by the Code: art. 108 of the Code stipulates that the consignee institution must charge a fee to the private party for the “right to reproduce”. However, although the revenues generated by the commercialization of NFTs of unique or limited edition cultural objects can be significant and contribute to the financial and economic balance of museum institutions in terms of financial autonomy, many questions remain open about the creation of a “parallel market” of digitized images of publicly owned works.

ARTICOLI

DARIO ZANELLI

LA CITTADINANZA DIGITALE TRA DIRITTI E DOVERI. QUALE SPAZIO NELL'ORDINAMENTO PER IL SERVIZIO PUBBLICO DIGITALE?

SOMMARIO: 1. Premesse sulla digitalizzazione della p.a. e sul concetto di cittadinanza digitale. Diritti, doveri e «strumenti» del cittadino digitale. – 2. Cenni sul diritto all'uso delle tecnologie per la partecipazione al procedimento amministrativo. – 3. Dalla funzione al servizio. Il processo di digitalizzazione del servizio pubblico nell'ordinamento italiano. – 4. *Segue*. Le dimensioni del servizio pubblico digitale e il rapporto con il regime dei servizi pubblici. – 5. L'estensione del principio di doverosità tra obblighi di transizione, migrazione in *cloud* e interoperabilità dei dati. – 6. L'interruzione del servizio come *worst case scenario*. La prospettiva dell'utente tra tutele reali e apparenti. – 7. Uno sguardo d'insieme tra luci e ombre. Dall'«instabilità» originaria del servizio digitale alle prospettive di equilibrio.

1. Premesse sulla digitalizzazione della p.a. e sul concetto di cittadinanza digitale. Diritti, doveri e «strumenti» del cittadino digitale

Il percorso scientifico che si intende promuovere col presente scritto parte da una riflessione sulla rapida diffusione delle tecnologie, che ha mutato il contesto socioculturale ed economico, e che incide profondamente nell'ordinamento giuridico pubblicistico. Invero, le tecnologie, fondate sostanzialmente sull'uso degli algoritmi e sull'intelligenza artificiale, e basate sulla gestione dei dati personali, condizionano in maniera quasi preminente il rapporto tra amministrazioni pubbliche e cittadini-amministrati. Un rapporto che, nei tempi e nei modi, viene così dettato dalla digitalizzazione, assunta la piena supremazia della tecnica sulle attività umane¹, in un contesto definito di «sovranità digitale»².

¹ Per utilizzare una brillante intuizione del filosofo U. Galimberti, tratto dalla sua opera *L'etica del viandante* (edizione Feltrinelli, 2023), secondo il quale «la tecnica non tende a uno scopo, non apre scenari di salvezza, non svela la verità: la tecnica *funziona*». Estrapolando questo assunto e declinandolo nella realtà giuridica, si cercherà di capire se la cittadinanza digitale funziona.

² In tal senso, G. Finocchiaro, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 3, 809 ss.

A fronte della digitalizzazione dell'amministrazione, o meglio, della creazione di un sistema di «amministrazione digitale»³, innanzitutto si tenta, senza pretesa di successo, di definire il perimetro ontologico della cittadinanza digitale, spostando progressivamente l'attenzione sulla figura del servizio pubblico digitale, che a seguito della crisi pandemica ha visto una sempre più costante presenza nell'ordinamento⁴.

Invero, trattandosi di un concetto giuridico *relativamente* recente, tanto per gli studiosi del diritto amministrativo quanto per quelli concentrati sulle altre discipline pubblicistiche, la cittadinanza digitale sembra essere entrata in punta di piedi nell'alveo delle diverse tipologie di cittadinanza⁵ esistenti, senza che, sino agli ultimi tempi, ci si fosse accorti della sua rilevanza nell'ordinamento, rispetto alla cittadinanza politica⁶ e

³ Sul rapporto tra amministrazione pubblica e digitalizzazione, cfr. B. Marchetti, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, I tematici, III – Funzioni amministrative, Milano, Giuffrè, 2022, 75 ss., spec. 108, secondo la quale «la tecnologia digitale, il ricorso alle *Information and communications technology* (ICT) e ai sistemi esperti, l'uso di algoritmi sono fattori di incremento dell'efficienza e della celerità dell'azione amministrativa», benché il processo non sia ancora del tutto compiuto. Inoltre, R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 305 ss., spec. 306, pone in luce la dicotomia nell'approccio (esogeno ed endogeno) al fenomeno digitale, tra chi «relega la tecnica a strumenti d'ausilio [...]», secondo cui sarebbe possibile «un controllo dall'esterno dell'innovazione (ad opera del diritto e dell'etica)», e altri, invece, che sostengono «che l'innovazione investe la pubblica amministrazione» in maniera radicale, vedono l'innovazione scientifica come «parte determinante» dell'attività.

⁴ Come evidenziato dall'indice dell'economia e della società digitale («Indice DESI») della Commissione europea del 2022, utilizzato per monitorare i progressi verso il conseguimento degli obiettivi digitali. Nel rapporto, la diffusione del servizio pubblico digitale emerge come primo punto, ritenuto strategico per il progresso della società, di cui peraltro si richiedono tuttora ingenti investimenti. Secondo lo studio condotto dalla Commissione, «the online availability of public services has been growing steadily over the last decade, accelerated by the COVID-19 pandemic during which digital interaction had to become the norm [...]. However, progress is uneven across and within Member States. Services for citizens are less likely to be available online when compared to services for businesses. While the roll-out of basic digital public services is progressing steadily (e.g., access to online forms, online appointment booking, etc.), the availability of more advanced public services that make use of innovative digital technologies (e.g., AI, big data, robotics, etc.) still requires significant investment» (par. 1, p.3).

⁵ Configura «l'idea di una multicittadinanza, o meglio, di una cittadinanza a forme plurime» E. Grosso, *La cittadinanza: appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia contemporanea*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, L. Minervini, Torino, Giappichelli, 1998, 107 ss.

⁶ Non è questa la sede per approfondire le vicissitudini relative alla cittadinanza in senso stretto. Si segnalano, senza pretesa di completezza, gli scritti di A. Morrone, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quad. cost.*, 2015, 2, 303 ss., G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, *passim*, e G. Biscottini, voce *Cittadinanza* (*dir.*

a quella amministrativa⁷.

La novità essenziale – per spiegare la scelta dell'argomento, ed altresì del perché dell'utilizzo dell'avverbio *relativamente* – non è tanto nell'ideazione della fattispecie, plasmata dal legislatore già a partire dalla riforma del Codice dell'amministrazione digitale (CAD) del 2016, di cui d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82⁸.

L'*aliquid novi* che si tenterà di comprovare, piuttosto – con un metodo di indagine basato su una costante oscillazione tra la prospettiva del singolo e quella dell'amministrazione – consiste nella definizione sostanziale e sistematica dei diritti di cittadinanza digitale, del perimetro attuativo degli

vig.), VII, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, 140 ss. Sulla storia e l'origine della cittadinanza, v. P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

⁷ Sulla cittadinanza amministrativa, si v. su tutti A. Bartolini, A. Pioggia, *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in Aa.Vv., *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, Firenze, 2016, 295 ss., spec. 299 ss. Per R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 201 ss., spec. 204, la cittadinanza amministrativa è da intendersi come «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legittimazione a posizioni soggettive che non dipendono dallo status di cittadino-sovrano», ma che indubbiamente comporta la «titolarità di posizioni soggettive». Secondo G. Arena, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Joaçaba*, 2010, 11, 2, 522 ss., spec. 524, nel contesto odierno si intravede sempre più un cambio di paradigma del cittadino da amministrato a risorsa, dal momento che «si è preso finalmente atto che nella cittadinanza, intesa come «rapporto fra l'individuo e l'ordine politico-giuridico nel quale si inserisce», rientra a pieno titolo la cittadinanza amministrativa, intesa in questo caso come rapporto tra l'individuo e l'amministrazione di cui quell'ordine politico-giuridico si avvale per la realizzazione delle proprie finalità». Si v. altresì Id., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, 179 ss. Altre fonti bibliografiche in materia si devono a F. Cortese, *Cittadinanza e liberalizzazioni*, in Aa.Vv., *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, a cura di F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 17 ss.; F. Manganaro, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, F. Manganaro, A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2004; S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015 ss. Infine, cfr. E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 471 ss., spec. 481 ss., secondo il quale la cittadinanza digitale costituirebbe una nuova dimensione della cittadinanza amministrativa, «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».

⁸ L'istituto denominato «Carta della cittadinanza digitale» è stato introdotto nella rubrica della sezione II del CAD dal d. lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, integrativo e correttivo della «riforma Madia» (d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179). Per un'analisi *post* riforma, cfr. B. Carotti, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 2, 131 ss.

stessi e delle ragioni che sottendono la scelta legislativa di dotare l'ordinamento amministrativo di «diritti digitali». Una scelta che segna il passaggio dalla digitalizzazione dell'amministrazione⁹, come opera di intervento sulle amministrazioni, all'attività amministrativa svolta (ove possibile) in forma esclusivamente digitale.

Trattare della digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, invero, non significa semplicemente asserire che le istituzioni, gli enti pubblici, le amministrazioni pubbliche in generale, vengono coinvolte passivamente dalle tecnologie e abbandonano, in tutto o in parte, la modalità analogica. Non si tratta solo di un processo di sostituzione delle modalità di esercizio dell'attività, ma il processo di digitalizzazione ha portato alla nascita di un sistema giuridico nuovo, fatto di diritti, doveri, «strumenti», ma anche di nuove strutture e metodi di azione, in nome dell'eguaglianza e del buon andamento dell'amministrazione pubblica (artt. 3 e 97 Cost.). In altri termini: la nascita della stessa cittadinanza digitale e delle piattaforme digitali.

Ripercorrendo sinteticamente quello che è stato il processo di transizione digitale delle amministrazioni, si può immaginare una linea del tempo, che inizia a decorrere dal 1993¹⁰ e che si divide in tre fasi, di cui si tratterà a breve. Nondimeno, a livello legislativo si è avuta una maggiore consapevolezza dell'impatto delle tecnologie soltanto dopo sette anni dall'emanazione del CAD, la cui prima versione risale al 2005.

Invero, soltanto con l'attuazione delle linee programmatiche dell'Agenda digitale italiana (ADI) del 2012¹¹, il legislatore si è reso conto del cambiamento *extra ordinem* apportato dalle tecnologie, e quel preciso momento segna un cambio di passo del processo innovativo: l'inizio di una

⁹ In materia, senza pretesa di esaustività, v. altresì P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 6, 768 ss.; D. U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo tra diritto UE e tecnologie ICT)*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D. U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2020, 85 ss.; J.-B. Auby *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 619 ss.; A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 117 ss.; B. Carotti, *La digitalizzazione*, in *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, a cura di B.G. Mattarella e E. D'Alterio, Milano, Giuffrè, 2017, 73 ss.; E. Carloni, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 2, 148 ss.; G. Duni, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 13 ss.

¹⁰ Anno del primo atto normativo in materia: d. lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 – «Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 2, comma 1, lettera mm), della legge 23 ottobre 1992, n. 421».

¹¹ L'Agenda digitale italiana, a sua volta, è frutto del recepimento dell'Agenda digitale europea, che rappresenta uno dei sette pilastri della «Strategia Europa 2020».

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

nuova fase, di maggiore consapevolezza e di attenzione alla dimensione soggettiva della digitalizzazione. Occorre pertanto chiarire che cosa si intendesse per «digitalizzazione dell'amministrazione pubblica» prima del recepimento dell'ADI.

Nella prima fase, il processo di digitalizzazione si identificava come prettamente riferito alla «macchina amministrativo-burocratica», ossia riguardava la trasmissione dei documenti, degli atti endo-procedimentali, dei certificati, delle comunicazioni e notificazioni tra stesse amministrazioni, ovvero tra queste e gli amministrati, che dovevano avvenire per via telematica, per garantire il buon andamento, e quindi l'efficienza, l'efficacia e l'economicità, dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (in ossequio a quanto previsto dall'art. 97 Cost., e dall'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241). Tant'è vero che inizialmente la dottrina si concentrava per lo più sull'atto amministrativo informatico¹² e la sua forma, e intendeva le tecnologie come mero strumento di ausilio dell'amministrazione a fini di semplificazione ed efficienza.

Le prime riforme in materia tra il 1993 e il 2005, prima di arrivare all'emanazione del CAD, si concentrano sulla struttura e sull'attività delle amministrazioni pubbliche, e mirano a semplificare, o razionalizzare, grazie all'utilizzo degli strumenti tecnologici, la complessità della «macchina» dal punto di vista organizzativo e procedurale. Ma in verità, neanche la prima versione del codice determina quel cambio di passo verso un'evoluzione del sistema, volendo soltanto rappresentare un punto di riferimento nell'ottica della semplificazione amministrativa.

Negli ultimi anni invece, rispetto a quella stagione iniziale, si è avuta una vera e propria rivoluzione copernicana del processo di digitalizzazione. E in specie si è entrati in una seconda fase, durante la quale, diffusasi una maggiore consapevolezza del fenomeno in atto, ci si è iniziati a riferire ai soggetti «passivi» del rapporto, cioè gli amministrati.

Qualche anno dopo l'adozione dell'ADI, in particolare con la riforma del 2016¹³, si è spostata l'attenzione dal processo di digitalizzazione della «macchina burocratica» al riconoscimento di nuovi diritti, definiti «diritti digitali», di cui fanno parte quei diritti che rientrano nell'odierna «Carta della Cittadinanza digitale». Quindi, si pone sostanzialmente al centro del processo il cittadino-amministrato, anche nella sua dimensione economica, d'impresa, nel rapporto con l'amministrazione.

¹² Come rilevato da R. Cavallo Perin, *op. ult. cit.*, 305.

¹³ Di cui al d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179, attuativa della legge delega «Madia» di cui alla L. 7 agosto 2015, n. 124 per la riforma delle pubbliche amministrazioni.

Il codice è stato così oggetto di plurime riforme, tra le quali risaltano quella del 2017¹⁴, in seguito alla quale è stato definito precisamente il perimetro della cittadinanza digitale, con dedizione ai contenuti dell'identità digitale, nonché le riforme del «biennio Covid» 2020-2021, consacrate nei «Decreti semplificazione»¹⁵, adottati per far fronte all'emergenza pandemica e sopperire ai ritardi delle amministrazioni pubbliche nell'*iter* evolutivo di digitalizzazione.

Proprio durante la pandemia, invero, si è avvertita la necessità di dare maggiore contenuto a quei diritti digitali da far valere verso l'amministrazione. E con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) si arriva ad identificare – nell'ambito della prima *mission*¹⁶, tra gli obiettivi da raggiungere per (continuare a) beneficiare dei fondi europei del *Next Generation EU* – proprio nei servizi pubblici *on-line* la *milestone* fondamentale da garantire ai cittadini-utenti.

In verità, della «digitalizzazione della pubblica amministrazione» si discute, seppur con un lessico differente, già dagli anni Settanta, a partire dagli studi di Alberto Predieri¹⁷, e dal celebre «Rapporto Giannini» sull'uso dell'informatica nell'attività amministrativa¹⁸.

Tale processo innovativo ha portato anche ad interrogarsi anche sulle diverse sfaccettature nell'ordinamento del concetto di cittadinanza, che si trova improvvisamente dilatato rispetto al passato.

¹⁴ D.lgs. n. 217/2017 cit., introduttivo di disposizioni correttive e integrative del d. lgs. n. 179/2016 cit.), il quale implementa le norme sull'identità digitale.

¹⁵ Si tratta del d. lgs. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, in l. 11 settembre 2020, n. 120, che introduce l'obbligo per le pp.aa. di garantire l'accesso ai servizi *on-line* tramite l'app «IO», punto di accesso telematico *ex art.* 64-*bis* CAD; e del d. lgs. 31 maggio 2021, n. 77 («Semplificazioni *bis*»), convertito, con modificazioni, in l. 29 luglio 2021 n. 108, primo decreto attuativo del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

¹⁶ Piano «Italia Domani», PNRR: «*Mission 1* – Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo», per il quale sono stanziati fondi per 49,86 miliardi di euro. Cfr. <https://www.governo.it/it/approfondimento/digitalizzazione-innovazione-competitivita-e-cultura/16701>.

¹⁷ Cfr. A. Predieri, *Gli elaboratori elettronici nelle Amministrazioni dello Stato*, Bologna, il Mulino, 1971.

¹⁸ «Rapporto Giannini» trasmesso alle camere il 16 novembre 1979, spec. punto 3.7 – «L'attività di informatica», quando M.S. Giannini era ministro della Funzione Pubblica. Focalizzandosi sui problemi principali delle amministrazioni dello Stato, Giannini evidenziava che «l'informatica» avrebbe avuto un ruolo sempre più significativo, e rilevava come, già all'epoca, le amministrazioni pubbliche si trovassero totalmente impreparate, per la carenza di professionalità specializzate al loro interno (dovendosi affidare costantemente alla consulenza esterna). Nei tempi correnti si può attestare che il problema, sotto questo profilo, permane, considerata la scarsa conoscenza che si ha delle nuove tecnologie e l'insufficiente risposta ordinamentale alla diffusione delle conoscenze in tale campo. In altre parole: il problema del *digital divide*, che interessa tanto il cittadino quanto il funzionario pubblico.

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

Come dato di partenza, si deve anticipare che, nel corso degli ultimi anni, col susseguirsi delle riforme previste in materia di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, si è cercato di riempire un vuoto lasciato in precedenza dal legislatore.

La «Carta della cittadinanza digitale», da mero contenitore programmatico, è stato celermente riempito di contenuti (*rectius*: posizioni) di tipo soggettivo: per prima cosa, si sono riconosciuti nuovi diritti e doveri, supportati da nuovi «strumenti»¹⁹, i quali consentissero una piena manifestazione sia dei medesimi diritti, sia degli altri diritti o interessi già previsti dall'ordinamento giuridico.

In questo percorso ricognitivo, seguendo un'impostazione anche di tipo pragmatico, si è rivelata essenziale la realizzazione di spazi idonei all'esercizio delle facoltà che tali diritti contemplano: in particolare, le piattaforme digitali, come il sistema di accesso telematico ai servizi della p.a. e il sistema di pagamento elettronico.

E a ciò si è accompagnata la definizione di più rigorosi doveri di «transizione digitale»²⁰ delle amministrazioni pubbliche, come il diritto-dovere di alfabetizzazione informatica, di cui lo Stato e gli altri soggetti, pubblici e privati, che esercitano attività di pubblico interesse si devono fare promotori, favorendo «la diffusione della cultura digitale» (come disposto dall'art. 8 CAD).

Dapprima, a fini di un'adeguata contestualizzazione della materia, si deve rilevare che non sussiste, allo stato attuale, una definizione codicistica del concetto di cittadinanza digitale. Quindi, di primo acchito le maglie definitorie della *digital citizenship* appaiono alquanto larghe. Nondimeno, il legislatore rivela l'esistenza di una pluralità di elementi ad essa riconducibili in alcune disposizioni normative, a partire dal codice, e che si ritiene necessario approfondire.

Il primo elemento identitario consiste nel diritto all'uso delle tecnologie (*ex art. 3 CAD*), definito come il «diritto di usare, in modo accessibile ed efficace» le soluzioni e gli strumenti previsti dal codice stesso nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, con i gestori di servizi pubblici e con gli altri soggetti previsti dall'art. 2, c. 2, CAD. Tale diritto, innanzitutto, viene riconosciuto a «chiunque» e si collega funzionalmente al dovere di «alfabe-

¹⁹ Termine utilizzato da S. D'Ancona e P. Provenzano, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 223 ss.

²⁰ Per una ricognizione del fenomeno, cfr. G. Sgueo, *La transizione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 6, 746 ss.

tizzazione informatica dei cittadini» di cui all'art. 8, sopra menzionato²¹. Esso presenta, inoltre, due caratteristiche fondamentali: l'accessibilità e l'efficacia.

Funge altresì da raccordo normativo con il disposto di cui all'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990²², relativa all'uso delle tecnologie nel procedimento amministrativo, per agevolare sia la partecipazione²³, sia l'accesso agli atti delle amministrazioni pubbliche.

Il secondo elemento anagrafico della cittadinanza digitale è rappresentato dall'identità digitale, prevista all'art. 3-*bis*, c. 01, del CAD. Il concetto di identità digitale²⁴, in specie, si può ricondurre all'identità personale del cittadino come autenticata dai sistemi identificativi previsti dall'ordinamento, e caratterizzati da vari livelli di sicurezza idonei a garantirne la veridicità. Un sistema identificativo pubblico, che nel contesto attuale trova due riferimenti (art. 64 CAD) nel Sistema pubblico di identità digitale (SPID) e in quello della Carta d'identità elettronica (CIE). Tali sistemi rappresentano la condizione essenziale per l'accesso telematico ai servizi e alle altre attività delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti, anche privati, di rilievo pubblico.

Un accesso che viene garantito tramite l'innovativo strumento dell'applicazione «IO» (art. 64-*bis* CAD), la quale semplifica le operazioni di rilascio di certificati, consente il pagamento elettronico di imposte e altri oneri (tra cui quelli previdenziali), e che concede la fruizione di servizi pubblici in forma digitale²⁵.

Da ultimo, vi sono altri due elementi che scrivono la Carta della cittadinanza digitale: il domicilio e la firma digitale. Sia il primo, cui il codice dedica plurime disposizioni²⁶, sia la seconda, strettamente collegata all'uti-

²¹ Sebbene la lettera dell'articolo si riferisca solo allo Stato e ai soggetti dell'art. 2, c. 2, si ritiene di dover interpretare estensivamente la norma, includendo altresì (e dapprima) gli enti locali, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata della norma alla luce del principio di sussidiarietà verticale.

²² Articolo modificato ad opera del citato d.l. n. 76/2020.

²³ Si rinvia al § 2 per le considerazioni relative al rapporto tra partecipazione e «uso delle tecnologie» nel procedimento amministrativo.

²⁴ Per un commento recente, v. G. Sgueo, *Le identità digitali*, in Aa.Vv., *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di V. Bontempi, 2022, Roma, Roma3Press, 127 ss.

²⁵ In dottrina, sui servizi pubblici digitali, si cfr. V. Brigante, *Digitalization and public services: critical notes concerning emerging ways of administrating*, in *It. jour. publ. law*, 2021, issue 1, 203 ss.; A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., spec. 121 ss.; G. Sgueo, *I servizi pubblici digitali*, in Aa.Vv., *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Le identità digitali*, cit., 119 ss. Da ultimo, cfr. G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

²⁶ Il domicilio digitale si trova disciplinato nei commi 1-4-*quinquies* dell'art. 3-*bis* CAD

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

lizzo dei servizi digitali, si pongono come strumenti di certezza del diritto nell'ottica di minimizzare gli effetti della «cattiva» burocrazia nell'interazione con le amministrazioni pubbliche.

Ultimo strumento disciplinato dalla Carta, infine, consiste nel dovere da parte dei soggetti dell'art. 2, c. 2, CAD, di accettare pagamenti elettronici da parte dei cittadini-utenti, tramite la piattaforma elettronica²⁷ messa a disposizione per tutte le tipologie di versamento di prestazioni derivanti dall'esercizio di funzioni.

Trattando del fenomeno della digitalizzazione, non può peraltro sfuggire che un ruolo di notevole interesse assumono il trattamento e la gestione dei dati personali, che si inseriscono nel discorso incentrato sulla cittadinanza digitale per due aspetti in particolare: la migrazione in *cloud* dei dati, e la necessaria interoperabilità dei medesimi²⁸ tra le banche-dati delle amministrazioni pubbliche, e tra queste e quelle utilizzate dai gestori dei servizi. Le nuove frontiere del servizio pubblico in forma digitale, invero, si proiettano sulla scala del coordinamento, della condivisione dei dati relativi ai procedimenti e agli utenti, con il «monito» peraltro che i dati di quest'ultimi devono essere acquisiti una sola volta (c.d. principio *once only*) e devono navigare in banche dati omogenee o quanto meno allineate, e sicure.

Sotto questo profilo, non possono essere ignorate le criticità che emer-

come forma di comunicazione principale con le amministrazioni pubbliche e i soggetti esercenti attività di pubblico interesse. In dottrina, v. di recente G. Sicchiero, *Il domicilio digitale*, in *Contr. e impr.*, 2022, 4, 1006 ss. Per gli aspetti processuali v. G. Carullo, *Elezione del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. Amm.*, 2019, 1, 228 ss.

²⁷ Trattasi della «piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizio a pagamento abilitati» ex art. 5, c. 2, CAD, ossia la piattaforma «PagoPA», creata con d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in l. 11 febbraio 2019, n. 12, società per azioni con socio unico, in quanto interamente partecipata dal ministero delle Economie e delle Finanze), a seguito di un accorpamento di precedenti piattaforme e attività svolte dalla presidenza del Consiglio dei ministri, dal «team digitale» e dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID). Per un commento al sistema dei pagamenti digitali, cfr. A. Palladino, *PagoPA e pagamenti digitali*, in *Aa. Vv.*, *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 133 ss.

²⁸ Cfr. A. Sandulli, *Lo "Stato Digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazioni strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 513 ss. spec. 514. L'A. riconosce l'interoperabilità dei dati come «ulteriore modalità di coordinamento tra pubbliche amministrazioni, messa a disposizione dall'innovazione tecnologica», in termini di «coordinamento digitale, e pertanto, di leale cooperazione sul piano della gestione dei dati». Sull'argomento, si cfr. altresì G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, cit., 129 ss., secondo il quale lo strumento di maggior utilità per la realizzazione di sistemi interoperabili è rappresentato dalla «standardizzazione», momento quasi inevitabile del processo tecnologico.

gono e potrebbero emergere nel rapporto tra «migrazione nella nuvola» e interoperabilità dei dati, da una parte, e diritto alla riservatezza degli utenti, dall'altra.

Esaminati succintamente i principali profili in materia di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, compresi le componenti della cittadinanza digitale – posto, come asserito in precedenza, che si tratta di un concetto aperto, in via di espansione – si passa ora alla disamina del diritto all'utilizzo degli strumenti informatici nell'ambito del procedimento amministrativo, che anticipa le riflessioni più generali in sede di analisi del rapporto tra cittadinanza digitale e cittadinanza amministrativa, per poi accendere il fuoco dell'attenzione sui servizi pubblici digitali.

2. Cenni sul diritto all'uso delle tecnologie per la partecipazione al procedimento amministrativo

Nel sistema giuridico vigente, l'utilizzo delle ICT²⁹ nei rapporti con le amministrazioni pubbliche si manifesta, come anticipato, in termini di diritto, rientrando nel concetto generale di cittadinanza digitale. Una posizione giuridica soggettiva, riconosciuta a «chiunque» – a prescindere dallo *status civitatis* – di sfruttare in modo accessibile ed efficace³⁰ i vantaggi apportati dai sistemi digitalizzati nell'interazione con i soggetti legittimati all'esercizio delle funzioni e all'erogazione dei servizi pubblici. La pervasività della tecnologia a livello giuridico, in particolare, si deve al fondamentale ed imperativo principio generale del *digital first*³¹, o dell'«innanzitutto digitale».

²⁹ Nell'ambito delle quali divengono essenziali la ricezione, gestione e trasmissione dei dati. In materia, cfr. G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017. Sull'utilizzo delle tecnologie ICT nel procedimento amministrativo, in dottrina si v. per tutti D. U. Galetta, *Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass*, in D. U. Galetta, J. Ziller, *Information and Communication Technology challenging Public Law, beyond Data Protection*, Nomos, 2018, 119 ss., e Id., *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, 7, 103 ss., secondo la quale l'introduzione delle ICT «nel contesto dei procedimenti amministrativi deve servire, innanzitutto, all'obiettivo di rendere più efficiente la pubblica amministrazione, migliorando da un lato la qualità dei servizi pubblici forniti ai cittadini e, dall'altra parte, diminuendone i relativi costi per la comunità [...], al fine di garantire così "maggiore efficienza, ma anche trasparenza e semplificazione" dell'attività delle amministrazioni pubbliche».

³⁰ Per un commento all'art. 3 CAD, v. S. D'Ancona, P. Provenzano, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, cit., spec. 226 ss.

³¹ Principio scaturente dal disposto dell'art. 2 CAD, e che rappresenta il nuovo canale

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

Per ciò che qui rileva, senza con ciò esaurire l'ampio ventaglio di questioni riferibili al procedimento amministrativo, il diritto in questione impatta in maniera sostanziale sulla partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, apparentemente in senso ampliativo, ma con delle riserve (di cui si darà conto).

Dapprima, si deve premettere che, a fronte del funzionale collegamento di tale norma con l'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990, ad opera del citato d.l. n. 76/2020³² che è intervenuto su quest'ultima disposizione, affiora un elemento di novità dirimente.

Invero, in base al combinato disposto delle citate previsioni normative, viene riconosciuto il carattere di prescrittività all'art. 3-*bis*, prima considerata norma «meramente programmatica»³³. In tal modo, si delinea, a partire dal suddetto principio, oltre a uno «*ius utendi*» della soluzione tecnologica da parte del cittadino, anche un preciso dovere di azione in via digitale da parte delle amministrazioni pubbliche, al fine di garantire maggiore efficienza a livello procedimentale.

Sempre il criterio dell'efficienza viene richiamato dal successivo art. 12 CAD in tema di organizzazione dell'attività amministrativa, disposizione che si rivela anch'essa cruciale, giacché il profilo organizzativo si riflette ineludibilmente sulla virtuosità dell'attività posta in essere. Infine, anche il disposto dell'art. 41, c. 1, CAD sembra consolidare quanto previsto dal nuovo 3-*bis*, prevedendosi un obbligo di gestione, da parte delle amministrazioni pubbliche, dei procedimenti amministrativi mediante l'uso delle tecnologie, che viene accompagnato dal dovere di garantire l'interoperabilità dei dati³⁴ acquisiti.

privilegiato nell'attività di *e-government* delle amministrazioni pubbliche, sia statali che territoriali. Tale principio, invero, capovolge la regola formale e sostanziale di interlocuzione tra amministrazioni pubbliche e tra queste e il privato, dall'analogico al digitale.

³² Convertito, con modificazioni, in l. n. 120/2020 cit.

³³ In tal senso, D. U. Galetta, *Le legge n. 241/1990 nell'era dell'amministrazione digitale: brevi riflessioni introduttive*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B. G. Mattarella, M. Ramajoli, Torino, Giappichelli, 2021, 379 ss., spec. 380. A sostegno di ciò, l'A. si sofferma sull'importanza dell'introduzione del verbo «agiscono», sostitutivo del più ambiguo «incentivano», nello stesso art. 3-*bis* l. proc., teorizzando così la nascita di un «vero e proprio obbligo, in capo alle amministrazioni, di agire mediante strumenti informatici e telematici». In tal senso, v. altresì S. Rossa, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, Milano, Giuffrè, 2021, 51, secondo il quale il verbo agire sarebbe «più deciso», che sostanzia in maniera effettiva il processo di digitalizzazione del procedimento amministrativo. La natura programmatica della norma in questione, ante riforma, era sostenuta da F. Cardarelli, *L'uso della telematica. Commento all'art. 3-bis della l. 241/90*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.S. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 509 ss., spec. 510-511.

³⁴ Sull'interoperabilità dei dati nell'attività amministrativa, si v. A. Sandulli, *Lo "Stato*

Da una prima lettura congiunta delle disposizioni richiamate, si può allora affermare che l'uso delle tecnologie nel procedimento amministrativo diviene centrale per il rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa, sia per l'organizzazione interna sia altresì per l'esercizio del potere discrezionale³⁵. Particolare enfasi, come detto, viene posta sull'elemento dell'efficienza, che rivela l'intento di collocare l'amministrare in via digitale nell'orbita del buon andamento³⁶, e dell'imparzialità.

Prima di trattare della dimensione partecipativa nel mutato contesto «filo-digitale», è bene approfondire brevemente l'impatto del diritto all'uso delle tecnologie nelle singole fasi del procedimento, considerando che attualmente non si tratta più solo di un utilizzo strumentale allo stesso³⁷, bensì di una metamorfosi radicale tanto nell'approccio dell'amministrazione nel momento di esercizio delle funzioni attribuite³⁸, quanto nella dimensione

Digitale», cit., secondo il quale l'interoperabilità si innesta «nella piena interazione e nella massima condivisione dei dati da esse detenuti, volta a facilitare anche i rapporti con i cittadini, sulla base del principio *once only*» (richiamato nel Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2022-2022 e nell'aggiornamento 2021-2023), che prevede che i dati siano richiesti una volta sola e poi condivisi tra le amministrazioni. Si v. altresì G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione*, cit., spec. 129 ss.

³⁵ Sul rapporto tra tecnica e potere discrezionale, cfr. A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, spec. 227 ss. Si v. altresì M. Falcone, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

³⁶ Da questo punto di vista, si condivide l'assunto per cui la tecnologia «soddisfa sia il principio di buon andamento, declinato come efficienza amministrativa, sia il principio d'imparzialità, declinato come oggettività». In questi termini, A. Police, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 299. L'A. afferma inoltre che «le potenzialità derivanti dalla digitalizzazione consentono la riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e l'esclusione (o, meglio, la diminuzione) di errori umani», ancorché richiedano «una riorganizzazione interna degli apparati amministrativi» e un «ripensamento dei procedimenti concepiti pressoché integralmente in epoca pre-digitale, fatto salvo in ogni caso «il giusto bilanciamento tra l'efficienza dell'attività amministrativa e la garanzia delle situazioni soggettive coinvolte», e il principio di trasparenza.

³⁷ C. Notarmuzi, *Il procedimento amministrativo informatico*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 36, 1 ss., spec. 2, evidenzia come l'introduzione delle tecnologie «comport[] necessariamente la riorganizzazione dei sistemi di lavoro», dal momento che «l'informatizzazione di un procedimento» non può limitarsi a una mera «trasformazione dal manuale all'automatico».

³⁸ Funzioni che presuppongono nuove competenze dell'amministrazione, come evidenziato da C. Acocella, A. Di Martino, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione digitale*, in *Digital politics*, 2022, 1-2, 93 ss. Rileva da tempo la necessità di una operazione di «adattamento dei vecchi istituti alle nuove situazioni» A. G. Orofino, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 12, 1382.

dei diritti di partecipazione riconosciuti ai soggetti che prendono parte al procedimento.

Per quanto concerne la fase di iniziativa, da un lato si potrebbe sostenere che dal disposto cogente del riformato art. 3-*bis* L. proc. derivi una rafforzata facoltà in capo al privato di presentare l'istanza d'avvio del procedimento in modalità telematica, e il contemporaneo dovere dell'amministrazione di garantire tale modalità³⁹ e conseguentemente di avviare il procedimento. Dall'altro lato, con riferimento al contenuto dell'istanza, rileva di conseguenza che al privato dev'essere riconosciuta la possibilità di compilare i moduli, le autocertificazioni e le dichiarazioni sostitutive in formato digitale⁴⁰.

In relazione alla fase istruttoria, la questione si fa più complessa, data la necessità in questa sede di acquisire tutti gli elementi (fattuali, documentali, dichiarativi ecc.) che si reputano essenziali per la logica e ragionevole ponderazione degli interessi in gioco.

Sul punto, giova evidenziare, in primo luogo, che la novella dell'art. 3-*bis* si riflette essenzialmente sul ruolo del responsabile del procedimento nell'utilizzo delle ICT, e delle relative modalità di utilizzo delle stesse tecnologie «per conseguire maggiore efficienza».

Un ruolo che viene così ampliato e ancor più valorizzato⁴¹, e di conseguenza responsabilizzato massimamente. Invero, l'art. 41 del CAD, ancorché

³⁹ *A fortiori* in seguito all'abrogazione dell'art. 57 del CAD (ad opera del d. lgs. n. 33/2013) che originariamente stabiliva, al c. 1, che «Le pubbliche amministrazioni provvedono a definire e a rendere disponibili anche per via telematica l'elenco della documentazione richiesta per i singoli procedimenti, i moduli e i formulari validi ad ogni effetto di legge, anche ai fini delle dichiarazioni sostitutive di certificazione e delle dichiarazioni sostitutive di notorietà», e altresì dopo l'introduzione nell'art. 65 CAD del c. 1-*ter* (ad opera del d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni, in l. n. 221/2012), il quale sottopone a responsabilità (anche disciplinare) l'amministrazione che non consente l'avvio del procedimento su istanza di parte con le modalità elettroniche (di cui al precedente c. 1).

⁴⁰ Possibilità, tuttavia, già prevista in precedenza da alcune regioni. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle presentazioni delle dichiarazioni, comunicazioni o segnalazioni certificate in materia edilizia (come nel caso della piattaforma «*OnlyOne*» del Comune di Milano, che consente la trasmissione delle richieste edilizie in via telematica).

⁴¹ In tal senso D. U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione, op.cit.*, spec. 88 ss. L'A. eleva il responsabile del procedimento a «punto di snodo essenziale del rapporto tra digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e diritto a buona amministrazione» come sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche ai fini della trasparenza «reale ed effettiva» del procedimento. Sul punto, cfr. altresì Id., *Transizione digitale e diritto a 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, 7, 103 ss.

indirettamente, si rivolge proprio al responsabile per l'utilizzo delle ICT e per la creazione, aggiornamento e creazione del fascicolo informatico, oltre che per la comunicazione di avvio del procedimento in modalità digitale⁴².

In secondo luogo, l'art. 41 si connette funzionalmente all'art. 8 l. proc., come da ultimo novellato⁴³, prevedendo che la comunicazione di avvio del procedimento debba necessariamente contenere, oltre agli elementi già prima previsti, anche il «domicilio digitale» dell'amministrazione (art. 8, c. 2, lett. *c*), le modalità con cui «accedere al fascicolo informatico» di cui all'art. 41 CAD⁴⁴, e quelle mediante le quali «esercitare in via telematica i diritti» (lett. *d*) di partecipazione al procedimento *ex art.* 10 L. proc., come precisato dal c. 2 dell'art. 41. Infine, si prevede, soltanto in via sussidiaria, che venga indicato altresì l'ufficio dove si possa prendere visione degli atti che non sono disponibili in via telematica (lett. *d-bis*).

In terzo luogo, si segnala per mero dovere di completezza ricognitiva, stante la sua vigenza già dal 2016⁴⁵, che nell'ambito della conferenza di servizi si intrecciano misure di semplificazione e digitalizzazione. Da una parte, la conferenza semplificata – asincrona prevede l'invio da parte delle amministrazioni dei documenti in via telematica. Dall'altra parte, per ciò che attiene la conferenza simultanea – sincrona, se indetta nei casi strettamente necessari, la riunione potrà svolgersi anche in modalità telematica⁴⁶.

L'impianto dispositivo edificato dalle più recenti riforme sul procedimento amministrativo verso l'interazione digitale tra amministrazioni pubbliche e cittadini, nell'ottica della semplificazione e dell'efficienza dell'azione, si riflette poi sulla partecipazione dei soggetti legittimati. Innanzitutto, la digitalizzazione *nel e del* procedimento genera a livello effettuale una tendenza alla assolutizzazione della «polifunzionalità della partecipazione procedimentale»⁴⁷,

⁴² Previa comunicazione, *ex art.* 5, c. 3, L. proc., della «unità organizzativa competente, del domicilio digitale e del nominativo del responsabile».

⁴³ Il d.l. n. 76/2020 cit. ha disposto, con l'art. 12, c. 1, lett. *d*), la modifica dell'art. 8, c. 2, lettere *c*) e *d*), nonché l'introduzione della lett. *d-bis*) all'art. 8, c. 2.

⁴⁴ Attraverso la piattaforma «IO», *ex art.* 64-*bis* CAD, ovvero altra piattaforma messa a disposizione dalla pubblica amministrazione.

⁴⁵ Ad opera del d. lgs. 30 giugno 2016, n. 127.

⁴⁶ Si ricorda la conferenza di servizi c.d. straordinaria, prevista dall'art. 13 del d.l. n. 76/2020 cit., e modificata dal successivo d. lgs. n. 78/2021, che ha previsto tale modalità in via sperimentale, fino al giugno 2023, per facilitare le riunioni «conferenziali» durante il periodo di emergenza pandemica.

⁴⁷ Si esprime in tali termini T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, BUP, 2022, 21 ss., secondo il quale la partecipazione al procedimento tende a «riempirsi di significati, accezioni e valenze sempre più ampie e diversificate, [...] quale riflesso delle aspettative [...] e delle attese che contraddistinguono il quadro mutevole e cangiante dei rapporti tra le

specialmente nella funzione difensiva⁴⁸, ma anche in quella democratica⁴⁹, della medesima partecipazione: ciò accade non solo in ragione dell'ulteriore (e talvolta più immediato) spazio di manifestazione dei diritti dei partecipanti di «prendere visione degli atti» e di «presentare memorie scritte e documenti» (art. 10 l. proc.), ma anche per la certezza giuridica, in termini probatori, che si riflette nell'eventuale controversia processuale nell'ipotesi di vizio relativo alla partecipazione medesima.

Inoltre, la stessa previsione che obbliga l'amministrazione a predisporre modalità telematiche per la comunicazione, la quale a sua volta consente la partecipazione, implica probabilmente la responsabilità, a carico della medesima amministrazione, in caso di mancato recepimento dell'istanza o degli atti presentati, per disfunzioni tecniche delle piattaforme utilizzate per garantire il contraddittorio.

Sul punto, potrebbe ritenersi a carico dell'amministrazione l'onere di provare che il disservizio non sia dovuto a causa alla medesima imputabile. Si pensi al mancato recepimento di un'osservazione nei termini per un mal-funzionamento della piattaforma utilizzata.

È tuttavia evidente che, ai benefici apportati dagli strumenti tecnologici a livello procedimentale, fanno da contraltare due particolari rischi. Il primo, di tipo operativo, si può identificare nella tendenza a uno svolgimento «esageratamente» automatizzato del procedimento, che svilisca il ruolo del responsabile verso un'eccessiva spersonalizzazione della fase istruttoria: ciò che si riversa negativamente sulla garanzia partecipativa, fonte di possibili vizi di legittimità dell'atto per difetto di istruttoria.

Il secondo (connesso al primo aspetto), su un piano più generale e strettamente giuridico, deriva dall'automazione della decisione a fronte dell'esercizio del potere discrezionale, stante il più frequente utilizzo dei procedimenti algoritmici⁵⁰, compreso il ricorso all'Intelligenza Artificia-

amministrazioni pubbliche e amministrati»: quadro evidentemente mutato anche per effetto del fenomeno digitale, appunto. Sulla partecipazione in chiave democratica, cfr. altresì M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in Aa.Vv., *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, Firenze, 2016, 295 ss., spec. 299 ss.

⁴⁸ T. Bonetti, *op. ult. cit.*, 37 ss., per il quale la partecipazione «integra così – e ancora – gli estremi di una anticipazione delle relative difese [...] che l'amministrazione deve garantire e di cui deve tenere debitamente e compiutamente conto».

⁴⁹ T. Bonetti, *op. ult. cit.*, spec. 48 ss.

⁵⁰ Non è questa la sede per analizzare con attenzione la complessità delle questioni relative all'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale. Sulla legittimità dell'utilizzo della procedura informatica, che conduca alla decisione attraverso lo strumento algoritmico, cfr. Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, che ha espresso un quadro di principi essenziali per addivenire a una siffatta decisione. Nell'ambito della decisione amministrativa, sulla

le⁵¹, che comportano plurime criticità, specialmente nella fase di ponderazione degli interessi, di motivazione del provvedimento adottato, nonché di disparità di trattamento.

Dunque, sebbene siano evidenti i vantaggi apportati a monte dall'utilizzo delle tecnologie e degli strumenti digitali nel procedimento amministrativo, favorendo e ampliando le maglie della partecipazione dei soggetti interessati e legittimati, d'altro canto emergono altresì talune criticità a valle nella sfera della scelta adottata dall'amministrazione che non tenga conto, alla luce del principio di ragionevolezza, delle osservazioni del soggetto partecipante. Su quest'ultimo punto, è necessario richiamare i principi giurisprudenziali in merito alla decisione amministrativa algoritmica⁵², e in particolare la conoscibilità e la non esclusività della decisione algoritmica.

In sostanza, colui che subisce gli effetti del provvedimento adottato a seguito dell'utilizzo di procedure algoritmiche dev'essere reso edotto del meccanismo di funzionamento e della logica sottostante la decisione, e nell'ipotesi in cui tale decisione produca effetti giuridici che incidono in maniera significativa sul soggetto partecipante, questi vanta verso l'amministrazione un diritto a che la decisione medesima non si basi esclusivamente sul procedimento automatizzato.

Analizzato concisamente l'impatto della digitalizzazione sul procedimento amministrativo, per i profili di stretta rilevanza ai fini della trattazione, si passa alla disamina del servizio pubblico digitale, componente essenziale della cittadinanza digitale, partendo dal processo di digitalizzazione del servizio pubblico.

distinzione tra «algoritmi deterministici» e «non deterministici», cfr. A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Dir. econ.*, 2020, 3, 599 ss., spec. 602.

⁵¹ Per uno studio bivalente dell'intelligenza artificiale tra scienza e diritto, si v. su tutti L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, Giuffrè, 2022, secondo il quale sussiste una netta frattura tra intelligenza ed azione, alla base dell'agire artificiale, assunto che l'IA «non è in grado di pensare in modo intelligente». Sul rapporto tra decisione amministrativa e intelligenza artificiale, v. A. Barone, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *ERDAL*, 2020, 1, issue 1-2, 63 ss.; A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 1 ss., spec. 30 ss.; L. Parona, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci, vol. II – *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, il Mulino, 2022, 131 ss. Da ultimo, si v. L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022. Sul rapporto tra giustizia, amministrazione e IA, v. M. Dugato, D. Vese, *Intelligenza artificiale, amministrazione e tutela dei diritti*, in *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline*, a cura di M. Palmirani e S. Sapienza, Milano, Giuffrè, 2022, 183 ss.

⁵² Cons. St., n. 8472/2019 cit. *supra*.

3. Dalla funzione al servizio. Il processo di digitalizzazione del servizio pubblico nell'ordinamento italiano

Fino a tempi relativamente recenti, segnatamente prima dell'avvento della pandemia, nell'ordinamento giuridico il concetto di servizio pubblico digitale risultava del tutto marginale.

L'attenzione del legislatore, invero, si è per lo più concentrata, come anticipato sopra, sulla «digitalizzazione della pubblica amministrazione»⁵³ al fine di rimediare al ritardo delle amministrazioni pubbliche italiane rispetto a quelle operanti negli altri ordinamenti europei⁵⁴.

Una digitalizzazione che, prima dell'adozione del PNRR, ha interessato solo parzialmente l'azione amministrativa, e implicato in maniera prevalente modifiche normative frammentate al CAD. E non sempre gli interventi riformatori sono stati accompagnati da efficaci strumenti di attuazione e coordinamento, considerando altresì che lo stesso codice non fornisce una definizione del concetto di «servizio *on-line*» (o servizio in rete), sebbene vi faccia spesso riferimento⁵⁵.

L'idea è quella di indagare il nucleo essenziale dei servizi pubblici digitali⁵⁶, partendo da un'analisi *de iure condito* in relazione alle innovazioni normative più recenti, in particolare quelle promosse dal citato PNRR⁵⁷, che ha tracciato un sentiero idoneo a definire i tratti essenziali dell'istituto.

La riflessione teorica parte da una distinzione fondamentale, che fotografa le dimensioni esistenti del servizio pubblico digitale. Da un lato, il

⁵³ Per riferimenti dottrinari più recenti, senza pretesa di esaustività, oltre a quanto già citato *supra*, cfr. E. Carloni, *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 698 ss.; Id., *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 2, 148 ss.; M. Di Francesco Torregrossa, *La pubblica amministrazione nella società digitale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo tra diritto UE e tecnologie ICT)*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2020, 85 ss.

⁵⁴ Evidenzia questo profilo empirico A. Sandulli, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 513 ss.

⁵⁵ Come sottolineato da G. Duni, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 13 ss., spec. 38.

⁵⁶ Per un primo studio organico del tema, si v. V. Brigante, *Digitalizzazione and public services*, cit., 203 ss. Da ultimo, si v. G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, cit., 2022.

⁵⁷ Il piano «Italia Domani», approvato dal governo, si suddivide in 16 componenti, raggruppate in 6 missioni. La prima *mission* è proprio dedicata alla «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo», e prevede lo stanziamento di circa 50 miliardi di euro. Cfr. <https://www.governo.it/it/approfondimento/le-missioni-e-le-componenti-del-pnrr/16700>.

«servizio interamente digitale», ancora in una fase embrionale e instabile, e dall'altro il «servizio pubblico digitalizzato», ossia il servizio pubblico esistente, la cui fisicità viene totalmente o parzialmente meno, per trasposizione di procedimenti, azioni e adempimenti su supporti informatici. Tale premessa serve a declinare alcune considerazioni circa il rapporto tra il servizio digitale (nelle due accezioni sopra esposte) e i servizi pubblici (compresi i servizi pubblici locali), nel quadro dei principi che presiedono l'attività di erogazione dei servizi pubblici digitali, e in particolar modo ci si soffermerà sul principio di doverosità.

Dalla dimensione fisiologica del servizio pubblico digitale, poi, non si potrà che passare, in un secondo momento, alla disamina della sfera patologica del fenomeno, che presenta criticità applicative specialmente in termini di interruzione del servizio. In tale ultimo senso, emerge il delicato aspetto della tutela degli utenti contro le disfunzioni dell'infrastruttura digitale che presta il servizio, considerata la scarsa diffusione della connettività alla rete *internet* in talune zone del territorio e il problema relativo alla gestione dei dati⁵⁸.

Come anticipato, soltanto negli ultimi anni si è iniziato ad assistere a un progressivo fenomeno di digitalizzazione del procedimento amministrativo⁵⁹ e dell'azione delle amministrazioni pubbliche⁶⁰. Soltanto con la normazione d'emergenza, unita alla programmazione europea e nazionale per l'informatica nelle amministrazioni pubbliche, si è iniziato seriamente ad affrontare il problema dell'erogazione del servizio pubblico in forma digi-

⁵⁸ In dottrina, sulle carenze infrastrutturali del sistema digitale italiano, cfr. A. Sandulli, *Lo Stato digitale*, cit., spec. 516 ss. Sull'importanza dei dati nell'attività amministrativa, v. G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 191 ss.; ID., *Gestione, fruizione e diffusione*, cit., *passim*; M. Tresca, "Big data", "open data" e algoritmi: i dati al servizio al servizio della pubblica amministrazione, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 545 ss.

⁵⁹ Cfr. J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 619 ss., spec. 623.; G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain*, cit., *passim*.

⁶⁰ Si pensi all'introduzione della decisione algoritmica nel procedimento amministrativo, di cui si è accennato nel precedente paragrafo 2. Sul punto, in aggiunta ai riferimenti già citati, v. E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 273 ss.; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 593 ss., spec. 600; A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 1 ss., spec. 4 ss. Si v. altresì J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., secondo il quale probabilmente la «governance algoritmica» si estenderà a «una varietà di aree in cui le pubbliche amministrazioni stanno prendendo decisioni in contesti multifattoriali [...] come avviene nei casi ammissione a scuole e università [...]», ossia servizi pubblici essenziali.

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

tale. Gli obblighi di distanziamento sociale, invero, hanno improvvisamente portato all'attenzione del legislatore, *in primis* europeo, l'esigenza di garantire la fruibilità dei servizi «a distanza», per quanto possibile.

La svolta della situazione emergenziale deriva, in particolare, dall'approvazione del citato *Next Generation EU*, che, da una parte, ha imposto agli Stati Membri di adottare piani nazionali di ripresa e resilienza, e dall'altra, nello specifico, ha sancito il preciso obbligo di fornire servizi pubblici in formato digitale come condizione per l'erogazione dei fondi. Dunque, la novità risiede proprio nella dimensione digitale del servizio, ciò che differisce ampiamente dalla digitalizzazione del servizio pubblico esistente.

Il primo atto normativo, emanato nel pieno della fase emergenziale, si pone ancora, ma soltanto parzialmente, in linea di continuità con la tendenza riformatrice di cui si è fatto cenno, avendo tale intervento un valevole obiettivo di organicità della normativa medesima: trattasi sempre del d.l. n. 76/2020⁶¹.

In particolare, nel titolo III del decreto si prevede un elenco di modifiche al CAD al dichiarato fine di «semplificare e favorire l'accesso ai servizi in rete della pubblica amministrazione da parte di cittadini e imprese»⁶². Per quel che qui interessa, le modifiche del d.l. 76, da un lato, hanno ribadito l'importanza della creazione di ulteriori identità digitali⁶³, come «*condicio iuris*» per potere accedere alla maggior parte dei servizi pubblici *on-line*⁶⁴. Dall'altro, più in generale, le modifiche apportate hanno cercato di dare contenuto al principio del *digital first*, ossia la diffusione del modello digitale come canale privilegiato per l'espletamento dell'attività amministrativa. Emblematico, da tale punto di vista, è l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di garantire la fruizione dei servizi digitali a mezzo di dispositivi elettronici portatili (*tablet* e *smartphone*), mediante l'applicazione «IO»⁶⁵, la quale

⁶¹ Secondo P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., *passim*, tuttavia, il «Decreto Semplificazioni» non ha contribuito a semplificare le procedure in un'ottica di maggiore accessibilità dei privati ai servizi in rete.

⁶² Cfr. art. 24, c. 1, del cit. d.l., il quale si propone altresì di favorire «l'effettivo esercizio del diritto all'uso delle tecnologie digitali», senza peraltro precisare la portata e il contenuto di tale diritto. Per un commento alla struttura del decreto e ai suoi contenuti, v. P. Clarizia, *op. cit.*, spec. 769 ss.

⁶³ Secondo uno studio statistico degli *Osservatori Digital Innovation*, nel 2021 le identità digitali rilasciate sono più che raddoppiate, passando da circa 12 milioni a un totale di 26,1 milioni di utenze attive alla fine di ottobre dello stesso anno. Cfr. G. Sgueo, *Le identità digitali*, in Aa.Vv., *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 127 ss.;

⁶⁴ Cfr. S. D'Ancona, P. Provenzano, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, cit., 236.

⁶⁵ L'App «IO», come noto, è utilizzabile solamente previa identificazione personale

funge per così dire da anticamera per l'accesso ai servizi erogati direttamente dalle pubbliche amministrazioni⁶⁶.

Il secondo provvedimento della fase emergenziale, di cui al menzionato d.l. n. 77/2021⁶⁷, emanato a seguito dell'adozione del Regolamento Ue 2021/241⁶⁸, spezza la tradizione di mero «interventismo interpolativo» sul CAD, e si presta ad essere il primo provvedimento innovatore (oltre che riformatore della normativa in vigore) di una serie di interventi che verranno emanati per la «governance» del PNRR, cui il decreto stesso è dedito. In particolare, ad avvalorare il primato del fenomeno digitale nell'ambito dei servizi (pubblici e non), emergono due disposizioni del decreto.

La prima disposizione si trova nel dettato dell'art. 43⁶⁹, inserito nel titolo II del decreto, che è dedicato precisamente alla transizione digitale. Da una prima valutazione della norma, rileva innanzitutto una constatazione fondamentale del legislatore: le carenze infrastrutturali ancora presenti sul territorio determinano una *impasse* nel processo di digitalizzazione dell'attività amministrativa, e quindi di riflesso nello sviluppo e nella diffusione dei servizi digitali⁷⁰, anche nel mercato. Pertanto, per superare tale criticità, l'art. 43 consente, anzi sembra prescrivere, al ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (ex MIT)⁷¹ la modalità principale mediante la quale «favorire la digitalizzazione dei servizi». Invero, al primo c. si garantisce al suddetto Ministero la possibilità di avvalersi di Sogei s.p.a.⁷², per

mediante descritti sistemi SPID e CIE.

⁶⁶ In attuazione dell'art. 64-*bis* CAD, come da ultimo modificato.

⁶⁷ Per un commento al d.l. n. 77/2021, cfr. S. Sgueo, *La transizione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 6, 746 ss.

⁶⁸ Reg. Ue n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza. In specie, nel *considerando* n. 12 del predetto regolamento, si prevede che le riforme e gli investimenti in tecnologie e processi digitali dovranno «promuovere la digitalizzazione dei servizi, lo sviluppo di infrastrutture digitali e di dati, *cluster* e poli di innovazione digitale, nonché soluzioni digitali aperte». Dunque, secondo il legislatore europeo, un passaggio fondamentale per l'erogazione dei fondi del Piano consiste nel rendere sempre più digitalizzati i servizi pubblici.

⁶⁹ La *ratio* della norma, esplicitata nella prima parte del c. 1, si rinviene nella volontà di «migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, e di favorire la sinergia tra processi istituzionali afferenti ambiti affini».

⁷⁰ Tant'è vero che la stessa norma auspica «interventi di consolidamento delle infrastrutture», che si legano altresì alla necessità di «razionalizzazione dei sistemi informativi» e di «interoperabilità tra le banche dati».

⁷¹ La nuova denominazione si deve all'art. 5 del d.l. 1 marzo 2021, n. 22.

⁷² La Società Generale d'informatica, società *in house providing*, ha come oggetto sociale prevalente la prestazione di servizi strumentali all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite al MEF (che la possiede al 100 per cento) e alle agenzie fiscali. In particolare, si tratta di

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

stipulare apposite convenzioni, e così poter garantire l'erogazione di servizi informatici «strumentali al raggiungimento dei propri obiettivi istituzionali e funzionali», nonché per definire programmi e progetti la cui realizzazione venga attuata «mediante piattaforme informatiche rivolte ai destinatari degli interventi». Dunque, le innovazioni principali dovrebbero passare soprattutto in via convenzionale e programmatica, oltre che in sede di attuazione del decreto 77/2021.

La seconda disposizione rilevante si rinviene nel disposto dell'art. 53, inserito nel titolo IV del decreto sulle innovazioni relative ai contratti pubblici⁷³. Pur senza entrare nelle dinamiche della materia contrattualistica pubblica, si rileva che la norma riguarda i servizi digitali che l'amministrazione si «procura» nel mercato, ponendosi l'obiettivo di semplificare l'acquisto di beni e di servizi informatici basati sulla tecnologia *cloud*, e di servizi di connettività, proprio al fine di realizzare le *mission* del PNRR. All'uopo, la norma stabilisce che per i procedimenti la cui determina a contrarre, o atto equivalente, sia adottata entro il 31 dicembre 2026, sia prevista la possibilità per le stazioni appaltanti, qualora ricorrano i presupposti, di servirsi della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara⁷⁴, in relazione agli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria (c. 1°), previa acquisizione di un'autocertificazione, sul possesso dei requisiti, dell'aggiudicatario (c. 2°).

I successivi due capoversi dell'art. 53, inoltre, attribuiscono al dipartimento per la trasformazione digitale, istituito presso la presidenza del Consiglio dei ministri, la possibilità di coordinare gli acquisti ICT nell'ambito del

funzioni relative alla conduzione del sistema informativo della fiscalità per l'amministrazione fiscale (ed attività connesse), alle attività informatiche riservate allo Stato e quelle di sviluppo dei sistemi informatici, oltre alle ulteriori attività informatiche di competenza dello stesso MEF. Tale società, inoltre, ai sensi dell'art. 51 del d.l. 26 ottobre 2019 n. 24 («Decreto fiscale»), offre servizi informatici, mediante convenzioni, alla presidenza del Consiglio dei ministri e alla società per la gestione della piattaforma «PagoPA».

⁷³ In materia, si rammenta l'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici – d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, all'interno del quale si dedica un'intera sezione alla «Digitalizzazione del ciclo-vita dei contratti» (titolo II, parte II, artt. 19 ss.). Per un commento alla riforma, cfr. D. U. Galetta, *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, 2023, 12, 4 ss. e G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287 ss. Si veda altresì F. Costantino, *La digitalizzazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Apertacontrada*, 2023.

⁷⁴ L'art. 53, c. 1, del decreto *de quo* rinvia alla procedura di cui all'art. 48, c. 3, il quale a sua volta rinvia all'art. 63 del codice dei contratti pubblici. L'intento è quello di concludere rapidamente la stipulazione del contratto.

cronoprogramma dei singoli progetti del PNRR, e di rendere pareri obbligatori e vincolanti sugli elementi essenziali delle procedure di affidamento.

Da ultimo, gli artt. 28 e 32 del d.l. 30 aprile 2022, n. 36 prevedono ulteriori misure per la realizzazione degli obiettivi di transizione digitale stabiliti dal PNRR, tra le quali la costituzione di una nuova società per la gestione dei costi e dei dati tra le amministrazioni pubbliche coinvolte⁷⁵, nonché norme per favorire l'acquisizione di servizi *cloud* infrastrutturali e l'adozione di misure di sostegno, di attività di assistenza tecnica e di progetti nelle materie dell'innovazione tecnologica, di attuazione dell'agenda digitale italiana ed europea.

Nell'ottica innovativa della legislazione emergenziale, l'AGID ha integrato il piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, previsto per il triennio 2020-2022, attraverso l'aggiornamento del Piano e delle Linee d'azione sul periodo 2021-2023⁷⁶, al fine di instaurare un coordinamento tra normativa PNRR e pianificazione informatica. Il Piano è suddiviso in capitoli, il primo dedicato precisamente ai servizi pubblici digitali.

Obiettivo principe del piano consiste nel favorire il «miglioramento della qualità» dei servizi digitali, quale «premessa indispensabile per l'incremento del loro utilizzo da parte degli utenti». Per raggiungere tale obiettivo, il Piano propone di agire su vari livelli e potenziare la capacità delle Amministrazioni pubbliche di produrre ed erogare servizi digitali efficienti, mediante l'utilizzo di soluzioni *Software as a Service* già esistenti, la condivisione dei *software* e competenze tecniche tra le amministrazioni, e il monitoraggio costante dei propri servizi informatici. In sostanza, il Piano pone l'accento sulla necessità di prevedere una gestione comune ed omogenea dei servizi,

⁷⁵ Si tratta della «3-I S.p.a.», società a capitale interamente pubblico, costituita per lo sviluppo, la manutenzione e la gestione di soluzioni software a favore di enti previdenziali e amministrazioni pubbliche centrali, in particolare di INPS, INAIL e INSTAT, della presidenza del Consiglio dei ministri e del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, nonché dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN).

⁷⁶ L'aggiornamento al piano triennale presenta talune novità in termini di attuazione del PNRR e di vigilanza sugli obblighi di trasformazione digitale, come previsti dall'art. 18-bis del CAD. Tale aggiornamento, inoltre, ha trovato la cooperazione del Dipartimento per la trasformazione digitale, con la società PagoPA S.p.a., cui si è aggiunta la collaborazione con le amministrazioni centrali, ma anche una partecipazione attiva di quelle regionali e locali (con l'ausilio altresì delle città metropolitane). Gli obiettivi del piano, tra l'altro, derivano dalle indicazioni emergenti dalla nuova programmazione europea 2021-2027, e dai principi sanciti dall'«*eGovernment Action Plan*», e dalle disposizioni previste dalla dichiarazione di Tallinn (2017-2021). Cfr. A. Mascolo, *Il nuovo Piano Triennale per l'informatica nella p.a.: alla ricerca di una roadmap per una "Amministrazione 4.0"*, in www.irpa.eu, Osservatorio sullo Stato digitale, febbraio 2021.

riducendo la frammentazione che mina l'efficienza nell'erogazione e nella fruibilità dei medesimi. Sussiste pertanto un'attenzione particolare all'elemento qualitativo e dell'accessibilità in concreto dell'utente.

Analizzato brevemente il contesto normativo e il quadro pianificatorio dei servizi digitali nell'ordinamento, è necessario ora indagare il concetto di servizio pubblico digitale nelle sue dimensioni, e definire il rapporto tra servizi pubblici digitali e il regime dei servizi pubblici, giacché la natura del rapporto si riflette inesorabilmente sulle prospettive ordinamentali della definizione di uno statuto dei servizi digitali. Ciò si rende utile, tra l'altro, per verificare l'attualità della nozione di servizio pubblico, nei limiti valutativi del fenomeno digitale.

4. *Segue.* Le dimensioni del servizio pubblico digitale e il regime dei servizi pubblici

Evidenziate le due dimensioni del servizio pubblico digitale latamente inteso, emerse, come asserito, in tempi differenti e aventi ciascuna un preciso significato, la prima configurazione (anche in termini temporali) è quella del servizio pubblico digitalizzato. L'espressione adottata fa riferimento a una totale o parziale digitalizzazione di un servizio esistente, che comporta una diminuzione della «fisicità», integrata dal supporto informatico-digitale, ovvero in taluni casi del tutto abbandonata per essere sostituita dalla prestazione resa in rete. In questa dimensione, la digitalizzazione opera come strumento di semplificazione e celerità delle procedure del servizio, nonché della prestazione medesima, talora con beneficio per le finanze pubbliche.

In certi ambiti, sia pur provvisoriamente, il servizio pubblico trasposto *in toto* su piattaforma digitale ha consentito di garantire prestazioni altrimenti insuscettibili di essere erogate. Si pensi, a titolo di esempio, al servizio scolastico. Durante le fasi di *lockdown* vissute nel biennio 2020-2021, l'introduzione della didattica a distanza (c.d. «DAD») ha consentito – pur con varie criticità⁷⁷ – di continuare a garantire la prestazione del servizio pubblico d'istruzione, a fronte dell'impossibilità dell'insegnamento «in presenza». Un'altra ipotesi, anch'essa essenziale durante il periodo delle chiusure forza-

⁷⁷ Criticità messe in luce da M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 511 ss., spec. 527, con riferimento agli «studenti che, abitando in frazioni isolate e non raggiunte da adeguate linee o non servite da idonee attrezzature, non hanno potuto partecipare alle lezioni *online*», con grave lesione del diritto fondamentale allo studio, tutelato a livello costituzionale dall'art. 34.

te, è quella della dematerializzazione delle prescrizioni mediche attraverso il Fascicolo sanitario elettronico (FSE)⁷⁸, che rappresenta un essenziale tassello del processo di digitalizzazione del servizio sanitario.

La seconda dimensione consiste, come affermato, nel «servizio interamente digitale», ovvero sia un servizio pubblico erogato esclusivamente tramite piattaforme digitali, senza possibilità di avvalersi dell'alternativa fisica⁷⁹. Si tratta di una dimensione ancora in fase embrionale, e che verrà sperimentata negli anni avvenire ricorrendo al mercato dei servizi ad alto contenuto tecnologico-innovativo (ICT)⁸⁰ ovvero tramite l'autoproduzione affidata a Sogei.

Ciò premesso, per poter fruire di tutti i servizi digitali, è previsto un unico canale di accesso a disposizione di cittadini e imprese, utile altresì per le amministrazioni pubbliche: l'app «IO»⁸¹. In particolare, l'entrata a regime dell'applicazione, che funge per così dire da «ponte telematico» tra privati e pubbliche amministrazioni, costituisce attuazione dell'art. 64-*bis* del CAD, che richiede alle amministrazioni pubbliche e ai gestori di servizi pubblici di rendere disponibili i propri servizi in rete tramite tale punto di accesso telematico.

A sua volta, al fine di poter accedere al canale «IO», è prevista una condizione essenziale, per così dire legittimante, ossia essere titolare di un'identità personale⁸² digitale. Proprio quest'ultima, invero, garantisce a «chiunque»

⁷⁸ Strumento, in verità, non nuovo, essendo stato introdotto con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, ma che si rivela essenziale per facilitare la diffusione dell'*e-Health*.

⁷⁹ Come noto, a livello europeo, l'esempio più lampante viene dall'Estonia, uno dei paesi che presenta i più alti livelli di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e dei servizi pubblici, anche in termini di servizi totalmente digitali.

⁸⁰ Puntualizza G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, cit., spec. 115 ss., che, nel sistema attuale, ancora non si intravede un libero mercato dei servizi digitali, rimanendo, di fatto, un monopolio pubblico, gestito dalle amministrazioni attraverso le piattaforme.

⁸¹ L'App «IO» rappresenta l'esito di un progetto *open source* del governo italiano nell'ambito della strategia di promozione della cittadinanza digitale, la gestione della quale è affidata alla società *in house* PagoPA S.p.a. Tale applicazione, in particolare, permette a cittadini e imprese di interagire con i soggetti pubblici o d diritto pubblico per ricevere comunicazioni e scadenze, per inviare od ottenere documenti, effettuare pagamenti, ecc.

⁸² Sostiene la dottrina che l'identità personale rappresenti il contenuto di un diritto personale, consistente nel «diritto di essere sé stessi». Tuttavia, il diritto non viene delineato come diritto alla percezione di sé, bensì all'immagine socialmente mediata del soggetto interessato. Sull'identità personale, si v. G. Bavetta, voce *Identità (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 952 ss.; A. De Cupis, *Diritto all'identità personale, diritto ai segni distintivi personali e le sue vicende*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2013, 449 ss.; G. Falco, voce *Identità personale*, in *N. dig. It.*, VI, Torino, Utet, 1938, 649 ss.; G. Finocchiaro, voce *Identità personale (diritto alla)*,

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

il «diritto di accedere ai servizi *on-line*» delle amministrazioni pubbliche e dei gestori dei servizi pubblici (art. 3-*bis*, c. 1, CAD). Segnatamente, per esercitare il diritto di accesso alla piattaforma dei servizi digitali, è obbligatorio aver attivato il Sistema pubblico di identità digitale (SPID) ovvero la Carta di identità elettronica (CIE). Esemplificando, si può ricordare il sistema di erogazione dei *bonus* previsti per gli utenti che effettuano pagamenti elettronici tracciabili⁸³, beneficio usufruibile, come detto, soltanto se titolari di un'identità digitale.

Per quanto riguarda il livello di diffusione dell'erogazione in forma digitale dei servizi pubblici, si deve rilevare ancora oggi l'assoluta prevalenza della prima dimensione rispetto alla seconda, per la fondamentale ragione che non tutte le Amministrazioni pubbliche e non tutti i gestori dispongono di infrastrutture telematiche tali da consentire la totale surrogazione della prestazione digitale a discapito di quella tradizionale. Oltre al fatto che non tutti i servizi pubblici, specie quelli «a rete» – si pensi ai trasporti pubblici locali – possono essere sostituiti dalla dimensione solo digitale, basandosi su strutture/infrastrutture fisiche.

A fronte della chiarezza della distinzione interna tra servizio *digital only* e servizio digitalizzato nell'ambito del più ampio concetto di servizio pubblico digitale, più incerta risulta la dinamica relazionale tra il servizio digitalizzato, e i servizi pubblici «tradizionali», nell'orizzonte ordinamentale delineato da una marcata conflittualità di interessi rilevanti, per i servizi di rilevanza economica, tra i quali la tutela della concorrenza, l'efficienza, la qualità e la continuità del servizio, a garanzia dell'utenza, e la coesione sociale e territoriale (anche al fine di garantire livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio).

Una prima considerazione relativa al rapporto con i servizi pubblici locali riguarda un elemento fondamentale di questi ultimi, ovvero sia quello della località. Un presupposto ontologico-giuridico che oramai pretende una radicale revisione⁸⁴, soprattutto a seguito dell'affermazione delle disci-

in *Dig. Disc. Priv., Agg.*, Torino, Utet, 2010, 721 ss. Sul rapporto tra identità personale e identità digitale, G. Resta, *L'identità digitale e l'identità personale*, in *Dir. inform. inf.*, 2007, 3, 511 ss. Secondo la giurisprudenza, si tratta di un bene giuridico, suscettibile di tutela, concepito in termini di «proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si collega un interesse del soggetto ad essere rappresentato con la sua vera identità». In tal senso, si v. Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, nonché Corte Cost. 3 febbraio 1994, n. 13.

⁸³ Si pensi, a titolo esemplificativo, al c.d. *Cashback*, strumento introdotto dalla legge di bilancio 2020 (L. 27 dicembre 2019, n. 160) in via sperimentale e temporanea (in vigore nel periodo gennaio – giugno 2021).

⁸⁴ Evidenzia puntualmente questa necessità M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio*

pline di settore⁸⁵. Per effetto di queste discipline, invero, la località appare svanita, o almeno offuscata, anche per effetto, come noto, dell'opera di decentramento nella gestione, susseguente alla «societarizzazione» degli enti gestori⁸⁶, posta in essere per favorire la libera concorrenza. Nella riflessione concettuale relativa ai servizi digitali, tuttavia, la medesima località non sembra fungere da tratto caratterizzante, poiché l'elemento centrale si rinviene proprio nell'assenza di un riferimento di gestione territoriale, sebbene la località si presenti in forma postuma, in termini di effettività nella sfera giuridica degli utenti sui territori d'interesse⁸⁷.

Da questa prima considerazione, si ritiene opportuno aprire una pa-

pubblico, cit., spec. 513 ss. L'A. chiarisce che «la dimensione originariamente locale di alcuni servizi (si) sia da tempo persa» (come nel caso del trasporto pubblico locale), e che l'evoluzione tecnologica delle realtà locali (soprattutto nelle città più modernizzate) abbia messo «in crisi l'equivalenza collettività locale – utenza», riscontrando un possibile conflitto tra i medesimi utenti dei servizi. In dottrina, sui servizi pubblici locali, cfr. altresì T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla deriva europea*, in questa *Rivista*, 2012, 417 ss.; G. Caia, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, BUP, 2018, 327 ss.; M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati, Torino, Giappichelli, 2010, 127 ss.; S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. Pubbl.*, 1996, n. 5, 5 ss.; R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998; S. Del Gatto, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, 2021, 170 ss., spec. 209 ss.; M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, *Diritto amministrativo speciale*, III, 2581 ss.; F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; P. Marzaro, *Servizi pubblici locali: leale collaborazione e complessità del fenomeno sociale*, in questa *Rivista*, 2017, 633 ss.; F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990; F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *federalismi.it*, 2017, n. 6, 2 ss.; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; A. Romano Tassone, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 855 ss.; S. Valaguzza, R. Villata, *Pubblici servizi*, Torino, Giappichelli, 2021; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁸⁵ M. Dugato, voce *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir.*, I tematici – III, Funzioni amministrative, 2022, Milano, Giuffrè, 1086 ss.

⁸⁶ Sulle società per la gestione dei servizi pubblici locali, si v. M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2001; A. Pajno, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss., spec. 588 ss.; A. Romano Tassone, *I servizi pubblici locali*, cit., spec. 858 ss.; *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. Trimarchi, Atti del Convegno, Messina 22-23 novembre 1996, Milano, Giuffrè, 1999.

⁸⁷ Come perspicacemente sostenuto da 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, 7.

rentesi connessa allo «smarrimento» della località. Si rileva, invero, che il servizio digitale, oltre ai tratti dimensionali finora delineati, sembra assorbire altresì talune attività che in precedenza si traducevano nell'esercizio di una mera funzione delle singole amministrazioni in sede locale. Si pensi, ad esempio, all'istanza per ottenere un certificato agli uffici dell'Anagrafe, nata come mera funzione e oggi prevista a tutti gli effetti quale servizio digitalizzato, che consente, sempre tramite l'*hub* principale (la piattaforma digitale «IO»), di conseguire il certificato in tempi rapidi e senza alcun onere economico, e talvolta di assicurarsi vantaggi legati a operazioni sul territorio di riferimento⁸⁸.

Parrebbe, dunque, che anche l'utilizzo stesso dell'applicazione «IO» costituisca un servizio pubblico, potendosi qualificare, con tutta probabilità, in termini di funzione di servizio. Si tratta, invero, di strumento che consente l'accesso ai servizi in rete delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti gestori.

Dunque, mentre per i servizi pubblici locali la località rimane un elemento essenziale che tuttavia richiede, come affermato, una reinterpretazione in chiave dogmatica⁸⁹, i servizi digitali prescindono da tale caratteristica, pur essendoci «ricadute locali» in termini di effettività giuridica nella prestazione del servizio. E questa destrutturazione e ricomposizione della località in una nuova dimensione potrebbe portare a un ripensamento totale dell'istituto del servizio pubblico locale, come dimostra la consapevolezza del legislatore, che, pur (formalmente) per altri motivi, ha delegato il Governo a riformare l'intero settore dei servizi pubblici locali, auspicando l'adozione di un testo unico che fornisca una dimensione unitaria e pro-concorrenziale delle attività gestite secondo tale regime. Riforma culminata con l'adozione del d. lgs. 23 dicembre 2022, n. 201⁹⁰.

Un secondo aspetto attiene proprio a quanto si è asserito *ex ante* in

⁸⁸ I certificati digitali, invero, non hanno oneri economici né imposizione fiscale (non è richiesta l'imposta di bollo). E sempre in termini di ricadute effettive sulla sfera degli utenti, il d.l. n. 73/2021 («Decreto Sostegni bis») prevede la totale esenzione dall'imposta di registro nelle compravendite immobiliari, per gli acquisti «prima casa», a favore di chi non abbia compiuto trentasei anni di età, e che attestino, con il certificato di stato di famiglia, la composizione del nucleo familiare il cui reddito sia inferiore a una certa soglia (secondo la normativa vigente, 40.000 euro), come rilevato dall'Indicatore situazione economica equivalente (ISEE), mediante attestazione rilasciata dall'INPS.

⁸⁹ In tal senso, M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione*, cit., *passim*.

⁹⁰ D. Lgs. n. 201/2022 – «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». Per un commento al decreto, cfr. B.G. Mattarella, *Le ragioni di una disciplina nazionale dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Bruzzone, R. Chieppa, A. Moliterni, Milano, Giuffrè, 2023, 3 ss.

termini di assorbimento di alcune funzioni nel servizio digitale. Per avvalorare quanto esposto, è necessario richiamare le conclusioni raggiunte da un orientamento espressosi sulla nozione di servizio pubblico. In specie, tale indirizzo, maggiormente attratto dalla configurazione in senso oggettivo del servizio pubblico⁹¹, riconosce che si ha servizio pubblico «indipendentemente da un atto di investitura o preposizione del gestore pubblico o privato all'espletamento delle prestazioni di servizio»⁹², ed essendo irrilevante la natura pubblica o privata del soggetto erogatore.

L'assunto, in sostanza, nonostante la diversa posizione della giurispru-

⁹¹ In dottrina, senza pretesa di esaustività, sostiene la tesi oggettiva (a partire dall'insegnamento di U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964), sulla base della lettura più fedele all'art. 43 Cost., G. della Cananea, *I servizi pubblici*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2023, 417 ss., spec. 423. Conformemente, cfr. S.Valaguzza, R.Villata, *Pubblici servizi*, cit., spec. 3 ss. In giurisprudenza, si v. *ex multis* Cons. St., sez.V, 12 ottobre 2004, n.657, secondo il quale «la delimitazione della nozione di servizio pubblico [...] va compiuta secondo criteri diversi rispetto a quelli tradizionali della c.d. concezione soggettiva, accedendo ad una teoria oggettiva, in base alla quale spetta alla cognizione del g.a. la controversia concernente il servizio connotato dall'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti e dalla sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi (tra i quali quelli di esercizio e tariffari), volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità». Conformi Cons. St., sez.V, 14 febbraio 2013, n. 911 e da ultimo Cons. St., sez.V, 23 marzo 2018, n. 1867, il quale ha affermato che, sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale, per l'identificazione giuridica di un'attività quale servizio pubblico «non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una disposizione normativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione al soggetto pubblico». Inoltre, secondo il collegio, oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative) e che le stesse siano dirette a favore di terzi beneficiari.

⁹² In tal senso G. Caia, *I servizi pubblici*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi ed., 2005, II, 131 ss., spec. 133 ss. Si ricorda, peraltro, la posizione accreditata di vari autori, che sposa un'impostazione «mista» del concetto, fondata sulla scissione tra titolarità del servizio, che rimane in capo al soggetto pubblico, e quella di gestione-erogazione, che viene rimessa al libero mercato. Sarebbe servizio pubblico, in altri termini, quel servizio garantito da un ente pubblico, ovvero da un privato scelto con procedura di affidamento, che è destinato a soddisfare i bisogni di un aggregato, più o meno ampio, di utenti, fermo restando che la relativa titolarità sia in ogni caso riservata all'amministrazione pubblica che assume il servizio entro i propri compiti istituzionali e provvede alla sua organizzazione. Dunque, l'attività, che può essere gestita anche dal privato-concessionario, senza che ciò incida sulla natura «genuinamente» pubblica del servizio, deve essere rivolta ai cittadini e deve essere svolta secondo

denza costituzionale⁹³, nonché della giurisprudenza amministrativa, troverebbe maggiore sostegno nelle previsioni e nei principi che sorreggono la disciplina del servizio digitale. Le finalità e le modalità di erogazione, in particolare, lasciano intendere che le prestazioni, che siano attività di rilevanza economica o prive, rientrino nell'alveo dei pubblici servizi, stante l'indifferenza nella dimensione digitale rispetto all'atto di investitura o preposizione del gestore, basandosi d'altro canto sull'efficienza del servizio per l'utenza. Proprio per il tramite delle piattaforme digitali, il servizio pubblico verrebbe portato a una concezione di tipo oggettivo. Quanto asserito, peraltro, non si pone come risolutivo di un'antica e accesa discussione, ma si prefigura soltanto di collocare i servizi digitali nel perimetro della discussione scientifica sulla materia.

Altri due elementi sostanziali consentono poi di suffragare l'esposta teoria dell'assorbimento di funzioni nel servizio pubblico digitale. Innanzitutto, assume un ruolo preponderante il principio c.d. del *digital first*⁹⁴, ossia della preferenza per un modello «prima di tutto digitale» dell'amministrazione. Tale principio, invero, determina un radicale cambiamento non solo nell'attività amministrativa – nel senso che, come affermato, taluni atti che prima rientravano nell'ambito della funzione amministrativa, vengono oggi assorbiti nell'alveo dei servizi pubblici digitali –, ma anche nelle posizioni dell'amministrazione o del gestore, e dell'utente. Viene, cioè, valorizzato considerevolmente il diritto di questi ultimi, cittadini o imprese, ad avvalersi delle forme digitali di erogazione del servizio, grazie alla ritrovata centralità di un obiettivo essenziale (sovente promosso in plurime riforme normative, ma non sempre effettivamente raggiunto): il miglioramento della qualità dei servizi stessi, affinché ciò sia funzionale a garantire un beneficio per la collettività. E la forte attenzione al fattore qualitativo del servizio da parte del legislatore, recepito anche nell'ambito della pianificazione informatica stra-

canoni strutturali e funzionali di imprenditorialità. In particolare, v. M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Trattato*, cit., *passim*.

⁹³ G. Caia, *ibidem*, 133. L'A. richiama l'arresto della Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, che sembra screditare la tesi oggettiva, incoraggiando la presenza di un atto di gestione (non vi è in realtà una posizione così nitida della Corte sul punto). Si rammenta che la teoria soggettiva, oggi ritenuta da molti superata, rimane peraltro ancora diffusa, condivisa, in specie, da un altro indirizzo giurisprudenziale. *Ex pluribus*, cfr. Cass., sez. un. 27 novembre 2002, n. 16831, in *Urb. e app.* 2003, 529 ss., che, riguardo allo smaltimento di rifiuti, sembra attribuire la natura di pubblico servizio soltanto all'attività di smaltimento dei rifiuti urbani «in quanto obbligatoriamente riservato ai comuni in privata», e ciò comproverebbe l'aderenza del legislatore in tale alla concezione soggettiva.

⁹⁴ Cfr. G. Pesce, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. 135 ss.

tegica, s'innesta nel processo di parificazione tra amministrazione pubblica e privati, ove i pubblici poteri in tale contesto si pongono, per così dire, «al servizio» degli utenti, in una dialettica operativa improntata alla semplificazione e alla fruibilità immediata del servizio, in attuazione del fondamentale principio della sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.).

In aggiunta, quale secondo elemento di rilievo, si può richiamare l'esperienza dei servizi pubblici nell'ordinamento francese, che ha conosciuto un ampliamento delle attività rientranti nel servizio pubblico anche grazie alla necessità di migliorare la qualità dei servizi esistenti. Invero, a seguito dell'adozione del «Programma SP+» (*Services Publics Plus*⁹⁵), evidente estrinsecazione del principio del *digital first* in quell'ordinamento, è stata creata una piattaforma digitale che consente di misurare la qualità delle attività rese tramite il contatto diretto tra amministrazioni pubbliche e utenti. Nell'ambito delle attività d'interesse generale oggetto di valutazione⁹⁶, rientrano anche i servizi gestiti direttamente dalle amministrazioni pubbliche, ancorché privi di una rilevanza economica, compresi i servizi digitali erogati tramite l'altra piattaforma essenziale messa a disposizione degli utenti, denominata *France-Connect*, simile all'app «IO». Anche l'esperienza dei servizi pubblici francesi, pertanto, risalta il ruolo del servizio pubblico come miglior strumento per la soddisfazione degli interessi collettivi anche nell'assenza di una dinamica competitiva, o a prescindere dalla necessità di garantire prestazioni in regime di servizio sociale.

Alla luce del fenomeno in essere, consistente come detto nella «confluenza» nel servizio digitale di attività di funzione, emerge così un regime a doppio binario, costituito, da un lato, dai servizi digitalizzati erogati direttamente dalle singole amministrazioni, nazionali e locali, tramite IO; e dall'altro lato, quei servizi che dovranno essere progressivamente affidati in gestione nel mercato, qualora emerga una rilevanza di tipo economico, salva la gestione in autoproduzione (come già avviene nel caso di Sogei) che

⁹⁵ Il Programma è stato adottato nel gennaio 2021 dal «*Ministère de la Cohésion des territoires et des Relations avec les collectivités territoriales*».

Per approfondimenti relativi al miglioramento della qualità dei servizi, si v. <https://www.plus.transformation.gouv.fr/lamelioration-continue-des-services-publics>

⁹⁶ Trattasi, in particolare, dei servizi in gestione diretta affidati a un'autorità di servizio pubblico costituita *ad hoc*, come previsto dall'art. L1412-2 del *Code général des collectivités territoriales*. Si rammenta che il *Code* non fornisce un elenco tassativo di attività rientranti nell'ambito dei servizi pubblici locali, così da lasciare all'ampia discrezionalità degli enti territoriali il compito di definirle, a seconda delle esigenze che via via emergono, e di gestirli con le forme previste dallo stesso codice (concessione, gestione diretta, gestione mediante società interamente pubbliche o a capitale misto pubblico-privato, ovvero, in via residuale, mediante *régie*, ossia l'affidamento in autoproduzione).

tuttavia si prospetta come eccezionale (secondo il noto orientamento della giurisprudenza europea).

Un ultimo profilo nella dinamica del rapporto tra servizio pubblico locale e servizio digitale riguarda un elemento comune, che si riflette nell'applicazione del principio di doverosità. Si rinvia al paragrafo successivo la disamina di tale profilo, stante l'inerenza dell'argomento a essere trattato assieme agli altri principi essenziali che presidiano il regime giuridico dei servizi pubblici digitali.

5. L'estensione della doverosità tra migrazione in *cloud* e interoperabilità dei dati

Sulla base delle considerazioni svolte come tentativo di inquadramento sistematico-ordinamentale del servizio digitale, prima di affrontare le criticità che coinvolgono l'utenza, si rende necessario approfondire le nuove direzioni che i principi ispiratori della materia perseguono, tenendo conto dell'impatto irruento del fenomeno digitale sull'attività delle amministrazioni pubbliche. Principi che fungono più che mai da «disciplina giuridica»⁹⁷ del fenomeno in essere, di fronte alle incertezze applicative ancora persistenti, e pertanto è proprio dai principi che si deve partire per trovare una chiave di lettura utile a decifrare le ambigue interazioni tra il mondo digitale e quello delle prestazioni di servizio.

Dapprima, si segnala l'assoluta rilevanza che assume il principio di doverosità, che si configura, come noto, quale principio cardine in materia di servizi pubblici, e che si sostanzia non solo nell'obbligo di provvedere alla gestione, ma anche nella garanzia di soddisfacimento in concreto del bisogno collettivo, costituzionalmente tutelato, tramite il servizio⁹⁸.

Nella disciplina dei servizi pubblici digitali, la doverosità sembra manifestarsi in modo assoluto, come si è visto nel caso della didattica a distanza del servizio scolastico, ma soprattutto si espande a tal punto da non consentire alcun margine di errore, a fronte di un'utenza abituata ad alti livelli prestazionali del servizio digitale erogato da soggetti privati (si pensi alle applicazioni scaricate su *smartphone* dagli sviluppatori privati operanti nel mercato). Da questo punto di vista, il principio *de quo*, nel dialogo con il richiamato canone del *digital first*, implicherebbe un generale dovere di

⁹⁷ Per usare un'espressione coniata da R. Cavallo Perin, *I principi come "disciplina giuridica" del pubblico servizio tra ordinamento interno ed europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.

⁹⁸ In tal senso, M. Dugato, voce *Servizi pubblici locali*, cit., *passim*.

prestazione qualitativamente elevata non solo nei confronti dei gestori, ma anche dei soggetti di diritto pubblico eventualmente titolari delle infrastrutture digitali e dei *server*, nei quali, tra l'altro, transitano e vengono elaborati i dati coinvolti nell'ambito della prestazione dovuta.

Considerata la portata così ampia del principio nell'ambito del servizio digitale e nel rapporto con le attività di «cloudificazione» dei dati e di gestione interoperativa dei medesimi, come si è anticipato nel primo paragrafo, si può mettere in luce un ulteriore aspetto d'interesse giuridico, a conferma dell'estensione esponenziale del principio stesso. L'allargamento deriva, in particolare, dall'introduzione di specifiche sanzioni, comminabili da parte dell'AGID, per la violazione degli obblighi di transizione al digitale, in forza dell'entrata in vigore dell'art. 41 del citato d.l. 77/2021.

Segnatamente, l'art. 41 inserisce nel CAD una disposizione alquanto innovativa⁹⁹, un nuovo art. 18-*bis*¹⁰⁰, il quale, da un lato, attribuisce all'AGID poteri di vigilanza, controllo e monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del Codice, delle altre norme in materia di digitalizzazione ed altresì delle Linee guida e del Piano Triennale per l'informatica (c. 1).

Dall'altro lato, si prevede che l'agenzia possa procedere d'ufficio ad accertare le violazioni da parte dei soggetti di cui all'art. 2, c. 2, del Codice. Proprio la previsione della procedibilità d'ufficio fa emergere la riscontrata dilatazione del principio di doverosità, giacché si fa riferimento a tutti i soggetti dell'art. 2, c. 2, non solo le amministrazioni pubbliche (lett. *a*), ma anche i gestori di servizi pubblici e le società a controllo pubblico (lett. *b* e *c*).

Di conseguenza, il principio di doverosità del servizio pubblico in forma digitale viene esteso massimamente, sotto l'egida dell'AGID, il cui ruolo appare sempre più rafforzato dall'attribuzione poteri propri di una amministrazione indipendente, trattandosi di poteri di regolazione, controllo e anche sanzionatori. L'agenzia, invero, può comminare direttamente la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla normativa attualmente in vigore¹⁰¹, in sostituzione dell'*authority* competente per il settore di riferimento. Il dovere di transizione digitale a carico dei soggetti indicati, inoltre, viene ribadito all'art. 5 del regolamento dell'AGID sulla vigilanza degli obblighi di

⁹⁹ A conferma di quanto si è affermato nel paragrafo secondo circa l'ispirazione innovativa, piuttosto che meramente riformatrice, del d.l. n. 77/2021.

¹⁰⁰ Per un primo commento alla norma, v. G. Sgueo, *I servizi pubblici digitali*, in Aa.Vv., *Lo Stato digitale*, cit., 119 ss., spec. 124.

¹⁰¹ L'art. 18-*bis*, c. 5, del codice prevede la sanzione amministrativa pecuniaria nel minimo di 10.000 euro e nel massimo di 100.000 euro, per la mancata ottemperanza alle richieste da parte dell'agenzia nell'ambito del controllo e vigilanza, e per la violazione delle disposizioni ivi indicate.

transazione, adottato nel novembre 2021 al fine di completare la normativa del codice e di garantire un dettagliato inquadramento dei procedimenti di controllo, di vigilanza e monitoraggio, nonché di quello sanzionatorio.

In relazione al rapporto tra principio di doverosità e gli obblighi di migrazione in *cloud* e di interoperabilità dei dati, in primo luogo, considerato il coinvolgimento di una pluralità di soggetti nel trattamento dei dati personali, che migrano da un sistema informativo ad un altro, ci si può chiedere se le responsabilità collegate alla gestione rimangano autonome per il singolo trattamento, ovvero la condivisione del dato comporti responsabilità solidali delle amministrazioni e dei gestori nei confronti dell'utenza.

In secondo luogo, si sottolinea la necessità di tutelare gli utenti dalle infiltrazioni di *hackers* informatici nei sistemi in rete delle amministrazioni pubbliche, le quali, come risulta da studi recenti, non dispongono di sistemi di protezione adeguate¹⁰², comportando problematiche di c.d. *cybersecurity*¹⁰³, legate cioè alla captazione illegittima di informazioni personali e di dati rilevanti degli utenti¹⁰⁴.

Attesa l'estensione massimale della doverosità del servizio pubblico digitale, è ora possibile chiedersi *mutatis mutandis* se e come si possa addivenire

¹⁰² Secondo un recente studio del 18 dicembre 2020, condotto su circa 21mila siti istituzionali, di cui al rapporto Cert-AgID sulla sicurezza dei siti web delle amministrazioni pubbliche («Monitoraggio sul corretto utilizzo del protocollo HTTPS e dei livelli di aggiornamento delle versioni dei CMS nei portali Istituzionali della PA»), circa il 70 per cento dei siti presenta «vulnerabilità gravi», stante la mancata adozione del protocollo HTTPS nella maggior parte dei casi. Per ulteriori approfondimenti statistici, cfr. <https://cert-agid.gov.it/news/monitoraggio-sul-corretto-utilizzo-del-protocollo-https-e-dei-livelli-di-aggiornamento-delle-versioni-dei-cms-nei-portali-istituzionali-della-pa/>.

¹⁰³ Per una disamina del problema della *cybersecurity* nell'attività amministrativa, cfr. in particolare E. Buoso, *Potere amministrativo e sicurezza nazionale cibernetica*, Torino, Giappichelli, 2023, A. Renzi, *La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 538 ss., P.L. Montessoro, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, in *Ist. fed.*, 2019, 783 ss. e M. Matassa, *Una strategia nazionale a difesa del Cyberspazio*, in *PA Pers. e amm.*, 2022, 625 ss.

¹⁰⁴ In questa direzione, risulta essenziale garantire un sistema di sicurezza dei dati rispetto alle tecnologie che si pongono a fondamento del loro «trattamento», come nel caso di applicazione delle tecnologie 5G. In questa prospettiva, sia l'ordinamento europeo, sia quello italiano hanno adottato strumenti di contrasto avverso i rischi della dispersione dei dati sensibili. In specie, nell'ordinamento italiano, con il d.l. 21 marzo 2022, n. 21 («Decreto Ucraina»), sono stati estesi i poteri pubblici di *golden power* sui piani di sviluppo della 5G, del *cloud* e della *cybersecurity*, al fine di evitare il rischio che imprese straniere, legate a governi «nemici», abbiano accesso alle informazioni dei cittadini italiani. Sulla natura del *golden power*, si v. A. Sandulli, *La febbre del "golden power"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 ss.

a una configurazione universale¹⁰⁵ del servizio pubblico digitale. La domanda pare legittima, ma suscita immediatamente alcune perplessità pratiche, in considerazione del fatto che il servizio digitale, soprattutto «su larga scala», può presentare costi elevati, sia d'infrastrutturazione, sia di gestione della rete, che si ripercuotono sulla determinazione delle tariffe. È chiaro, pertanto, che il problema dell'universalità si pone in particolar modo nelle ipotesi di servizi digitali che abbiano una rilevanza economica, ovvero, secondo il linguaggio dell'ordinamento europeo, «di interesse economico generale» (SIEG)¹⁰⁶, da ricercare e procurarsi nel mercato.

Ai fini della presente trattazione, sono sufficienti due considerazioni di merito. In primo luogo, si rileva che prestazioni alquanto complesse incluse nel servizio pubblico, come ad esempio quelle che utilizzano la banda ultra-larga o la tecnologia 5G, non si prestano ad essere erogate a tutti i richiedenti, qualora non siano ritenute remunerative. Ciò rappresenta dunque un evidente limite alla configurazione del servizio digitale quale servizio tecnicamente universale.

Non si dimentichi, invero, che il gestore, in forza del principio di economicità, deve poter esercitare la propria attività d'impresa per conseguire utili, e nel caso delle tecnologie più avanzate, è noto che la ricerca scientifica comporta costi ingenti che potrebbero fraporsi a un'eventuale calmierazione delle tariffe, soprattutto nell'ipotesi in cui il gestore soffra di perdite incisive, con conseguenti ricadute negative per l'utente in termini di qualità della prestazione. Da questo punto di vista, la regolazione si potrebbe scontrare con l'elevata onerosità della prestazione oggetto del servizio.

In secondo luogo, in termini più generali, per garantire l'universalità del servizio digitale, come «accessibilità diffusa di determinate prestazioni [...], indipendentemente dalle condizioni sociali ed economiche dei singoli utenti e dalle caratteristiche del territorio di riferimento»¹⁰⁷, non si può prescindere, anche in tale contesto, dall'intervento pubblico che corregge le asimmetrie derivanti dal mercato.

¹⁰⁵ Sul servizio universale, senza pretesa di esaustività, cfr. G.F. Cartei, voce *Servizio universale*, in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010, Milano, Giuffrè, 1057 ss.; Id., *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; Id., *Il servizio universale e il diritto dei cittadini utenti*, in *Merc. Conc. reg.*, 2000, 429 ss.

¹⁰⁶ In dottrina, si v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, IV, Milano, Giuffrè, 2007, 1791 ss.; M. Dugato, voce *Servizi pubblici locali*, cit., *passim*; L. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2001, 479 ss.

¹⁰⁷ Così M. Dugato, *op. cit.*, *passim*.

Dunque, il servizio digitale universale rimane forse un'idea astratta, non potendosi ignorare, in questo momento storico, l'ingenza dei costi sia d'infrastrutturazione, sia di gestione della rete, che osteggiano, nel contesto attuale, una erogazione *omnibus* del servizio digitale, che superi il problema della localizzazione e della fascia reddituale dell'utenza.

In relazione alla continuità del servizio, si rimarca l'attinenza della questione ai profili penalistici relativi all'interruzione di pubblico servizio. Tale questione esula dunque dall'ambito disciplinare trattato, salvo per le considerazioni di diritto pubblico, che saranno illustrate nel paragrafo seguente.

6. L'interruzione del servizio come *worst case scenario*. La prospettiva dell'utente tra tutele reali e apparenti

A fronte della recente espansione del servizio pubblico digitale, che preannuncia una fase di crescita esponenziale nei prossimi anni grazie all'impianto delineato dalle politiche economico-sociali europee e nazionali, sintetizzate nel PNRR italiano, si può discutere circa le implicazioni giuridiche derivanti dall'interruzione del servizio, soprattutto per le legittime aspettative vantate dall'utenza.

Per prima cosa, è necessario chiarire che non sussiste nell'ordinamento una definizione giuridica del fenomeno del «disservizio». Ma si può ben constatare, in via del tutto razionale, come il concetto si identifichi nella mancata o inesatta prestazione di un servizio per un determinato periodo di tempo, dovuto a cause attribuibili al gestore del servizio o della rete, ovvero al caso fortuito o alla forza maggiore.

Delimitando il campo agli argomenti che qui interessano, che esulano dalle responsabilità civili e penali¹⁰⁸ che il fenomeno può implicare, si rammenta che la dottrina si è occupata del disservizio in una duplice direzione. *In primis*, ci si è chiesti se il concetto di disservizio si identifichi con quello di «cattivo» servizio, e di conseguenza in che modo possa classificarsi come «buono» un servizio pubblico¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Soprattutto nel caso della responsabilità da reato di interruzione di ufficio o pubblico servizio, o di un servizio di pubblica necessità, come previsto dall'art. 340 c.p.

¹⁰⁹ A. Pioggia, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 1 ss. In materia di tutela degli utenti in caso di disservizi ovvero inefficienze nella prestazione dei servizi pubblici, v. altresì AA.VV., *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Relazioni del Convegno di Copanello 2003, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2004; A. Corpaci, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2003; L. Ieva, *Tutela dell'utente e qualità del*

E partendo da questa valutazione empirica, che si traduce giuridicamente nella efficienza o meno del servizio dal punto di vista dell'utenza, una parte della dottrina¹¹⁰ prospetta l'esistenza di due differenze accezioni di «disservizio»: la prima, che si attesta proprio sul livello della qualità della prestazione di servizio, coincide con la non corrispondenza di quest'ultima agli *standard* quantitativi e qualitativi prefissati, e concerne la relazione tra soggetto erogatore e cittadini utenti. La seconda, invece, risulta più ampia, e viene delineata come «scostamento dal modello di servizio pubblico immaginato in sede costituzionale», e quindi una disfunzione anche in termini di organizzazione del servizio e di non rispondenza al dettato costituzionale.

In secondo luogo, una certa attenzione è stata posta al rapporto tra la tutela degli utenti e il ruolo assunto dalle carte dei servizi¹¹¹, strumento ideato e utilizzato a partire dagli anni Novanta del secolo scorso (in occasione del passaggio dalla gestione delle aziende municipalizzate a quella societaria dei servizi pubblici) al fine di garantire all'utente un parametro idoneo ad operare una valutazione della qualità del servizio (*i.e. standard* qualitativo), sebbene si sia in seguito riscontrato un sostanziale *deficit* in termini di partecipazione dell'utenza¹¹². La carta dei servizi, inoltre, pur prevedendo in concreto alcuni meccanismi di tutela, quali il reclamo al soggetto erogatore ovvero l'indennizzo automatico forfettario da riconoscere per violazione dello *standard* qualitativo, in realtà non offre all'utente una tutela efficace ed effettiva in questo settore, stante la difficoltà nel provare le responsabilità del gestore, che rende incerto l'esito del reclamo stesso, nonché l'esiguità degli indennizzi, sovente lontani dalla configurazione del danno emergente.

Ciò premesso, come primo apprezzamento si può dunque rilevare che in caso di mancata erogazione del servizio, di tardività ovvero di prestazioni inferiori agli *standard* qualitativi prefissati, la tutela dell'utenza (rispetto al ser-

servizio pubblico: dall'organizzazione alla carta dei servizi, Milano, Giuffrè, 2002; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., spec. 288 ss.; M. Ramajoli, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere individuale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss., spec. 414 ss.; C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, il Mulino, 2008.

¹¹⁰ A. Pioggia, *Servizi e disservizi*, cit., spec. 3.

¹¹¹ Per una riflessione sui rapporti di utenza, in relazione alle prescrizioni previste nelle carte dei servizi, cfr. M. Calabrò, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 372 ss.; G. della Cananea, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 737 ss.; L. Ieva, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la Carta dei servizi*, in *Foro amm.*, 2001, 229 ss.; A. Pajno, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, 551 ss.

¹¹² M. Calabrò, *Carta dei servizi*, cit., *passim*.

vizio pubblico in generale, e di riflesso anche rispetto alle esperienze in forma digitale conosciute e che si prospetteranno), rimane tuttora poco incisiva, nonostante la presenza di vari strumenti sia giurisdizionali, sia stragiudiziali.

Sul piano della tutela giurisdizionale degli utenti per le disfunzioni e anomalie del servizio, si rammenta che la dottrina si è per lo più occupata della questione attinente al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Non si ritiene utile riprendere il dibattito relativo al riparto, avendo il legislatore stabilito come criterio la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici *ex art. 133, c. 1, lett. c)* del Codice del processo amministrativo (CPA)¹¹³, fatte salve alcune ipotesi. Tuttavia, alcune considerazioni in materia di giurisdizione si ritengono opportune, in quanto sussistono ricadute in termini di tutela dell'utenza.

Di fronte alle possibili situazioni di disservizio da parte dei gestori di servizi pubblici, lo stesso art. 133 CPA prevede una serie di eccezioni alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come le controversie in materia di servizi pubblici concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, che appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, come affermato dalla giurisprudenza di Cassazione costante¹¹⁴, che ne ha fornito una portata oltremodo estensiva. La stessa giurisprudenza, poi, con orientamento pacifico riassunto nella pronuncia della Cassazione a sezioni unite del 2018¹¹⁵, ha riaffermato che l'utente di un servizio pubblico ha la facoltà di agire davanti al giudice amministrativo se il danno sofferto riguarda l'organizzazione del servizio, per l'esercizio di un potere amministrativo mal esercitato, mentre dovrà adire il giudice ordinario se la controversia attiene al rapporto di utenza, per ottenere il risarcimento del danno derivante dal cattivo funzionamento dell'erogazione del servizio. Dunque, è del tutto evidente che l'ambito più rilevante delle controversie, quelle relative all'interruzione del servizio (che può portare l'utente all'istanza di condanna del gestore e di risarcimento del danno) è attribuito al giudice ordinario, traducendosi la posizione dell'utente danneggiato in un diritto soggettivo che il CPA esclude dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Vi sono peraltro ulteriori forme di garanzia dell'utenza di fronte all'interruzione del servizio. Nell'ambito dei servizi digitali, emergono due strumenti di tutela.

¹¹³ Di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

¹¹⁴ *Ex multis*, Cass., sez. un. 14 maggio 2010, n. 11720 e Cass. 4 febbraio 2016, n. 2182.

¹¹⁵ Cass., sez. un. 21 dicembre 2018, n. 33209, che si è pronunciata a seguito di una controversia relativa al risarcimento del danno proposto nei confronti di un gestore del servizio idrico integrato.

Il primo strumento, anch'esso di tipo giurisdizionale, è quello dell'azione prevista dall'art. 7, c. 4, del CAD, che rinvia all'azione collettiva (c.d. *class action* pubblica), disciplinata dal d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198¹¹⁶. La *ratio* sottostante alla previsione di tale azione di classe è quella di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, e può essere esperita da coloro che sono titolari di interessi, concreti e attuali, giuridicamente rilevanti ed omogenei, per una pluralità di utenti e consumatori, di fronte al giudice amministrativo¹¹⁷. Si tratta, nondimeno, di una azione diversa dall'azione collettiva prevista e disciplinata dal codice del consumo¹¹⁸, come ha chiarito il Consiglio di Stato¹¹⁹.

Nonostante la previsione di tale rimedio giurisdizionale, volto all'ottenimento della condanna dell'amministrazione, o del concessionario di servizi pubblici, in caso di inefficienza del servizio, se ne deve sottolineare la limitata utilizzazione e il frequente esito negativo del giudizio, sovente concluso con declaratoria di inammissibilità della domanda, come si rinviene da alcune pronunce in merito¹²⁰.

Un secondo strumento, che si potrebbe definire di natura stragiudiziale, si identifica con il ricorso al Difensore civico per il digitale, istituito a livello nazionale presso l'AGID¹²¹. Segnatamente, il Difensore civico nazionale per il digitale ha il compito di tutelare i c.d. diritti digitali degli utenti,

¹¹⁶ Il d. lgs. n. 198/2009 cit. costituisce attuazione della l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. In dottrina, v. A. Bartolini, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Law. nelle p.a.*, 2009, 6, 953 ss.; C.E. Gallo, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501 ss.; F. Manganaro, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *www.giustiziamministrativa.it*; F. Patroni Griffi, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *federalismi.it*, 2010, 13, *passim*; G. Pesce, *op.cit.*, spec. 143 ss. e 181 ss.

¹¹⁷ L'azione, invero, rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a., come prevede l'art. 1, c. 7, d. lgs. n. 198/2009.

¹¹⁸ Di cui all'art. 140-bis, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. *class action* privata.

¹¹⁹ Cons. St., atti norm., 9 giugno 2009, n. 1943.

¹²⁰ Recentemente, si v. TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 aprile 2020, n. 4217, che ha dichiarato l'inammissibilità dell'azione collettiva di cui al d. lgs. n. 198/2009, proposta nei confronti del Ministero della giustizia, per carenza dei presupposti previsti dall'art. 1 del decreto, a fronte della richiesta del ricorrente di ottenere la comunicazione, da parte dell'amministrazione, dell'indirizzo PEC da inserire nel Registro generale degli indirizzi elettronici (pp.aa.), detenuto dal medesimo ministero. Cfr. altresì TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7483.

¹²¹ La figura del Difensore civico è stata introdotta con d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179 («Decreto Madia»), che ha modificato il CAD all'art. 17, c. 1-*quater*, prevedendosi una pluralità di uffici del Difensore civico a livello regionale. Figura che, successivamente, è stata riorganizzata in chiave unitaria a livello nazionale con il d. lgs. n. 217/2017 cit. Per un'analisi approfondita

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

i quali possono segnalare malfunzionamenti del servizio erogato dal gestore, oltre alle violazioni del CAD e di ogni altra disposizione in ambito di digitalizzazione. Una volta ricevuta la segnalazione, qualora vi sia fondamento nell'istanza presentata dall'utente, il Difensore civico formula un invito al soggetto responsabile a procedere per rimediare tempestivamente al disservizio, e comunque non oltre trenta giorni dalla segnalazione. Tuttavia, anche la tutela del difensore civico non sembra risolutiva: come si è detto, la figura non rientra tra gli organi tra quelli appartenenti alla giustizia amministrativa. Invero, non vanta alcuna copertura costituzionale¹²², né il ricorso allo stesso rientra tra i ricorsi amministrativi: adire il difensore civico non comporta l'annullamento di atti, né può avere ad oggetto richieste di adempimento dell'amministrazione o del gestore.

Dunque, si può affermare che, nel contesto attuale, una tutela *ex post* per la totale interruzione del servizio in forma digitale non si discosta eccessivamente dai tradizionali rimedi previsti dall'ordinamento, in particolare il sopra richiamato rimedio dell'azione davanti al giudice ordinario, che rappresenta l'*id quod plerumque accidit* a livello casistico. Tuttavia, come si è evidenziato in parte nel corso della trattazione, si rileva che una tutela preventiva, indiretta, sussiste e si concretizza con la previsione dei poteri di vigilanza, controllo e sanzione per l'adempimento degli obblighi di transizione digitale delle amministrazioni e dei gestori, previsti dall'art. 18-*bis* del CAD.

L'agenzia gioca così un ruolo essenziale per prevenire *ab origine* forme di disfunzionamento del servizio, come dimostra la previsione di poteri talvolta sostitutivi di quelli attribuiti alle autorità di regolazione nei singoli settori come si è asserito nel terzo paragrafo. L'AGID, pertanto, assume una responsabilità considerevole in termini di garanzia ed efficienza della fornitura della prestazione *in digital way*, e ciò si rende ancora più importante a fronte di quel processo di «rarefazione»¹²³ del rapporto tra utente del servizio e amministrazione (che si è assunta il compito di assicurarla) già in atto da diversi decenni. L'utente del servizio digitale dispone così di un duplice interlocutore: da un lato, il gestore del servizio o l'amministrazione erogatrice (se presta il servizio sull'app «IO»), e dall'altro, l'AGID (presso la quale, come detto, è presente altresì il Difensore civico per il digitale), la quale agenzia, con le sue funzioni e i suoi poteri così estesi, consente di riscoprire

dita del difensore civico per il digitale, cfr. A. Contaldo, *Il difensore civico nazionale per il digitale presso Agid: cenni su un'istituzione in fieri*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2019, 5-6, 237 ss., spec. 243 ss.

¹²² Il difensore civico è concepito da alcuni autori come organo apitico di salvaguardia dei principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. Si v. A. Contaldo, *Il difensore civico nazionale per il digitale presso Agid*, cit., 244.

¹²³ A. Pioggia, *Servizi e disservizi*, cit., 10 ss.

una autentica «pubblicità» del servizio nel senso costituzionale del termine, quanto meno con riferimento a quello digitalizzato.

Sempre con riferimento alla prospettiva dell'utente del servizio *on line*, si può affermare che la criticità forse maggiore è rappresentata dalla carenze infrastrutturali in un duplice significato.

Il primo si riferisce alle lacune delle infrastrutture digitali non solo delle amministrazioni, ma anche dei gestori, i quali sovente utilizzano la rete fornita dall'amministrazione. Da questo punto di vista, è stato evidenziato che il punto critico della questione si identifica nella grande difficoltà di convincere le pubbliche amministrazioni ad abbandonare le proprie piattaforme e ad aderire alla Piattaforma digitale nazionale dati (PDND)¹²⁴. Questo profilo si lega alla già analizzata tematica dell'interoperabilità delle banche dati dell'amministrazione, pertanto anche il mancato raccordo delle amministrazione si traduce in senso lato in una disfunzione del servizio, e comporta altresì una violazione del principio di doverosità, per come lo si è declinato in questa dissertazione¹²⁵.

Il secondo, che rappresenta un dato empirico, riguarda le infrastrutture di rete che consentono all'utente l'accesso al *web*. Quest'ultimo rimane un elemento essenziale per l'erogazione dei servizi digitali: l'utente, invero, non sempre dispone di una connessione idonea all'esercizio dei propri diritti digitali. Sotto questo profilo, è compito delle istituzioni creare le condizioni per garantire la connettività in rete con le pubbliche amministrazioni e i gestori dei servizi pubblici digitali. La diffusione della tecnologia 5G, in tal senso, potrebbe portare consistenti benefici in termini di rapidità della banda e di espansione della connessione *web* nel territorio.

In definitiva, non si può fare a meno di avanzare alcune perplessità sul funzionamento del sistema di tutela dell'utenza nel contesto attuale, a fronte dell'incapacità del servizio digitale di fungere da *deus ex machina* per la soddisfazione massimale dei beni della collettività, laddove non vi provveda il servizio «tradizionale». È indubbio che alcuni aspetti patologici del servizio digitale, specialmente il totale «disservizio», si riverberino sull'utenza, creando un *vulnus* di ardua ricomposizione, a fronte del quale mancano rimedi

¹²⁴ A. Sandulli, *La febbre del "golden power"*, cit., spec. 517 ss. L'A. evidenzia che per un verso, la mancata adesione è dovuta ai rischi di «disfunzioni a carico delle infrastrutture e dei cittadini» per il periodo transitorio dalla infrastruttura utilizzata a quella nazionale, e per altro verso sussiste una certa riluttanza, in alcuni settori, a voler unirsi a livello infrastrutturale, e quindi a condividere i dati con le altre amministrazioni e gestori.

¹²⁵ È lo stesso codice, all'art. 50-ter, a imporre alle amministrazioni pubbliche di accreditarsi e rendere operativa la piattaforma PDND, rendendo disponibili le proprie raccolte dati e sviluppano le interfacce.

efficaci (si pensi, ad esempio, alle possibili conseguenze per disservizi in ambito sanitario nelle ipotesi di c.d. telemedicina).

7. Uno sguardo d'insieme tra luci e ombre. Dall' «instabilità» originaria del servizio digitale alle prospettive di equilibrio

Appurate le ancora persistenti incertezze dell'interazione tra l'universo digitale e il sistema delle prestazioni in regime di servizio pubblico, è possibile profilare una certa «instabilità» (per usare un termine ricorrente nella dottrina che si è occupata dei servizi pubblici locali) del servizio pubblico digitale, accompagnato sin dal principio da una serie di problematiche rilevanti, sia per il giurista come interprete, sia per l'utente. Un'instabilità originaria dovuta, in particolare, a una serie di ragioni, tra loro collegate.

In termini generali, il primo motivo di instabilità scaturisce dalla difficoltà di garantire un diritto di uso delle tecnologie effettivo «*erga omnes*», come si è visto nell'analisi della partecipazione al procedimento amministrativo (nonostante il collegamento normativo tra l'art. 3-*bis* l. proc. e il CAD). Un diritto che dovrebbe rappresentare il fulcro della cittadinanza digitale, tanto con finalità di maggiori garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo, quanto per la fruizione qualitativa dei servizi in forma digitale.

Il secondo motivo d'instabilità si deve, come si è detto, a un forte dislivello ancora presente tra due sistemi. Il primo, quello infrastrutturale delle amministrazioni e dei soggetti di diritto pubblico coinvolti (in relazione sia alla rete internet, sia alla condivisione dei dati), e il secondo relativo all'impianto – ideato in sede europea con l'ADI prima e con il «*NextGenEU*» poi – di digitalizzazione dei servizi pubblici, in una fase embrionale di realizzazione nell'ordinamento italiano. Sotto questo profilo, assume un ruolo essenziale il principio di doverosità, come si è declinato in senso ampio, in termini di garanzia di attuazione degli obblighi di transizione digitale per soddisfare i beni della collettività mediante il servizio, per superare quel dislivello ancora troppo ampio tra la base strutturale e il momento di elargizione della prestazione *on-line*.

È evidente che la forbice tende ad accorciarsi in quelle realtà locali tecnologicamente più avanzate, soprattutto nelle c.d. *smart cities*, secondo la concezione del diritto europeo¹²⁶, nelle quali il livello delle infrastrutture digitali si eleva anche grazie agli investimenti economici ad esse garantiti, e

¹²⁶ Si definisce come *smart city*, nell'ambito dell'Agenda urbana europea, «a place

a una pianificazione urbanistica razionalizzata e coordinata con le politiche di sviluppo economico perseguite (ad esempio, lo scomputo degli oneri di urbanizzazione ha consentito, in alcune realtà, una più agevole realizzazione delle infrastrutture destinate alle reti ed impianti di comunicazione elettronica in banda ultra-larga). Le problematiche maggiori si pongono per le realtà locali più isolate dai centri urbani, nelle quali il fenomeno del *digital divide* assume una drasticità sostanziale.

Dal punto di vista pratico, inoltre, non si può ignorare un elemento essenziale, relativo al fatto che non tutte le amministrazioni pubbliche, compresi gli enti locali, hanno aderito alla piattaforma «IO», e al conseguente sistema unico di pagamento elettronico, nonostante gli obblighi di transizione digitale di cui si è detto. Il rispetto del principio di doverosità digitale sarà pertanto la sfida più importante per le istituzioni ad ogni livello.

Una seconda ragione che alimenta l'instabilità si rinviene nella mancata previsione di efficaci strumenti di tutela dell'utenza dinnanzi alle ipotesi di mancata prestazione del servizio o «disservizio», se non in termini di tutela risarcitoria o indennitaria e di tutela preventiva. Quest'ultima, in specie, si può intravedere nell'aumento delle competenze dell'AGID, soprattutto per quanto attiene ai poteri di controllo e sanzionatori. Si auspica, pertanto, che l'azione dell'agenzia favorisca un avanzamento dello stato digitale delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti pubblici preposti alla gestione dei servizi.

Non si deve trascurare, inoltre, l'instabilità che deriva dal problema di *cybersecurity*, dovuti ai fenomeni di *hacking* dei siti istituzionali e dei *server* delle amministrazioni pubbliche e dei gestori di pubblici servizi. In questa prospettiva, l'aumento delle competenze tecnologiche del personale preposto e la configurazione di livelli di sicurezza minimi degli stessi siti *web* (come l'adozione generalizzata del sistema HTTPS, di cui si è proferito), potranno servire a contenere gli effetti patologici del fenomeno, che si riversa altresì sulla riservatezza dei dati sensibili e sulla sicurezza nazionale. Senza ignorare, peraltro, il ruolo essenziale che assumerà l'ACN, di recente istituzione¹²⁷, a tutela degli interessi nazionali.

Un'ulteriore motivazione concerne la difficoltà, ancora oggi, nell'individuazione di elementi di definizione del rapporto tra i servizi pubblici locali, e i servizi pubblici digitali. L'unico tratto comune pare essere il rapporto di strumentalità, ma con una precisazione. Non si intende concepire

where traditional networks and services are made more efficient with the use of digital solutions for the benefit of its inhabitants and business».

¹²⁷ La nascita dell'ACN si deve, in particolare, al d.l. 14 giugno 2021, n. 82.

il servizio pubblico locale come elemento strumentale al servizio digitale, bensì il contrario. Ciò si deve all'impossibilità, qui sostenuta, di sostituire il servizio pubblico locale con il servizio digitale, ovvero ricondurlo a un momento meramente esecutivo del servizio digitalizzato. Quest'ultimo, invero, rimane un istituto di ausilio (quindi integrativo) del servizio pubblico locale, che soffre una situazione di perenne instabilità, dovuta alla crisi del concetto di «località», forse superata e declinata nel contesto odierno in termini di effettività del servizio nel territorio per l'utenza di riferimento¹²⁸. Un'effettività che si presta ad essere rafforzata, se e quando il servizio digitale troverà una sua dimensione di vantaggio per la collettività e una operatività costante nell'ordinamento. Questa prospettiva pone al centro dell'attenzione la soddisfazione dei bisogni comuni, in un senso nuovo, in termini rapidità, ottimizzazione e (talvolta) gratuità della prestazione.

Da ultimo, si è trascurato un aspetto d'instabilità alquanto rilevante, che ha una dimensione prettamente soggettiva e a tratti di rilievo sociologico: l'«alfabetizzazione digitale» tanto del personale amministrativo, in termini di acquisizione di nuove competenze, quanto del cittadino (o dell'impresa) utente, interessato all'accessibilità e alla fruibilità del servizio digitale. Trattasi di un fattore sociale, economico e culturale estremamente rilevante, un presupposto logico del fenomeno digitale che si riflette inevitabilmente sulla capacità di «amministrare per servizi»¹²⁹ in forma digitale, che rischia, in caso di inerzia dell'azione pubblica, di comprimere le sfere di libertà dei soggetti che interagiscono con l'amministrazione, i quali devono essere posti nelle condizioni di poter fruire dei beni collettivi anche da remoto, con i nuovi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento. Senza considerare i neologismi giuridici sopraggiunti nella materia, sovente di difficile inquadramento a livello ordinamentale, nei confronti dei quali l'interprete, dalla giurisprudenza alla dottrina, deve ineludibilmente confrontarsi (si pensi, ad esempio al richiamato principio del *digital first*).

Dunque, tali complicazioni alimentano la crisi identitaria dei servizi pubblici digitali, sia come confusione teorica del concetto di servizio pubblico digitale, non essendovi unitarietà e chiarezza nell'identificazione (un tema, dunque, che rimane aperto all'interpretazione), sia altresì quale crisi «relazionale» rispetto ai servizi pubblici, nazionali e locali, di cui si è detto. E questa doppia tensione in atto si riflette inevitabilmente sul rapporto tra amministrazioni o gestori che erogano il servizio digitale ed utenti, i primi

¹²⁸ M. Dugato, *L'intervento pubblico*, cit., *passim*.

¹²⁹ L'espressione è riferibile a G. della Cananea, *I servizi pubblici*, cit., spec. 417.

ancora in fase di assetto strutturale e gestionale, e i secondi alla ricerca (e in attesa) di efficienza e qualità del servizio.

Benché sussistano evidenti segni d'instabilità del servizio pubblico digitale, si possono nondimeno percepire segnali di un'evoluzione graduale dell'ordinamento verso una stabilizzazione, se non un equilibrio.

Innanzitutto, sono le stesse amministrazioni pubbliche che, con l'assorbimento di talune funzioni nel servizio digitale, intervenuto grazie al principio del *digital first*, cercano di ricucire il rapporto con gli utenti venendo incontro alle esigenze collettive. Basti pensare ai servizi erogati tramite «IO», che si connotano per la rapidità, l'efficienza e la gratuità delle prestazioni messe a disposizione sulla piattaforma.

In secondo luogo, si evidenzia la ritrovata centralità dell'azione del governo, che vede un ruolo determinante, come asserito, del Dipartimento per la transizione digitale, di concerto con l'AGID¹³⁰, nella fase di attuazione delle prime «direttive» del PNRR sui servizi pubblici digitali.

Invero, la manovra attuativa dell'esecutivo, per il tramite dei soggetti incaricati di realizzare una vera e propria transizione digitale, sarà determinante nell'elevare il servizio pubblico digitale a strumento di contrasto alla povertà. Una povertà intesa non tanto (e non solo) in senso economico, ma concepita in termini di disuguaglianza nei mezzi e nelle possibilità di realizzazione personale, secondo la lettura offerta da autorevole dottrina¹³¹, sul presupposto che il *digital divide* si traduca a tutti gli effetti in una (nuova) forma di povertà, e che solo l'intervento pubblico possa contribuire a eliminarne gli effetti più deleteri. Il servizio pubblico digitale può allora ergersi a strumento d'inclusione sociale, che arriva laddove vi siano spazi lasciati vuoti dall'ordinamento, e che la pandemia del biennio passato ha contribuito ad alimentare.

È evidente, da quest'ultimo punto di vista, che un contributo importante potrà arrivare da Sogei in termini di semplificazione dei procedimenti e di ausilio all'innovazione, fattori fondamentali per la riduzione delle disuguaglianze. Il suo ruolo, invero, risulta centrale nel campo degli acquisti ICT, per lo sviluppo e la gestione dei *software*, nonché per il monitoraggio della spesa pubblica in tale settore.

Una terza prospettiva di evoluzione deriva sempre dall'azione dell'ese-

¹³⁰ Sull'organizzazione dell'amministrazione digitale, cfr. L. Torchia, *Stato digitale*, Bologna, il Mulino, 2023, spec. 103 ss.

¹³¹ Cfr. C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. L'A. offre una lettura, si potrebbe dire, «costituzionalmente orientata» del concetto di povertà, considerandone tutte le sfumature, partendo dai dati statistici sui livelli di disuguaglianza per poi scorgerne una dimensione esistenziale.

la cittadinanza digitale tra diritti e doveri

cutivo, che nell'attuazione del PNRR sta agendo tempestivamente per risolvere gli evidenziati problemi di migrazione, nei sistemi *cloud* pubblici, dei dati e d'interoperabilità tra le banche dati a disposizione delle amministrazioni, in relazione altresì al problema delle infrastrutture digitali del sistema. In tal senso, è in corso d'ideazione e realizzazione, quale progetto saliente del piano, un Polo strategico nazionale (PSN).

Si tratta, in particolare, di selezionare un'infrastruttura digitale dove far migrare i dati in *cloud* per consentire la piena attuazione, tra gli altri, dei servizi pubblici digitali. Per la gestione del PSN, si ricorre, secondo quanto è stato trasmesso alla Commissione europea dal governo italiano, alla selezione di un operatore tecnologico tramite procedura di evidenza pubblica, mediante ricorso al partenariato pubblico-privato¹³². Accanto a ciò, si può ricordare altresì l'esperienza locale del Tecnopolo di Bologna (realizzato in regime di *project financing*) che vede già operativo di un *Data center* utile per la ricezione di dati rilevanti in materia ambientale e climatica.

Dunque, se da qualche anno il legislatore «è all'affannosa ricerca di un nuovo statuto giuridico da dare ai servizi pubblici locali»¹³³, parallelamente sembra *in fieri*, nonostante la crisi identitaria ancora persistente, la definizione di uno statuto giuridico dei servizi pubblici digitali.

Per quanto si è detto, si può sostenere che i servizi pubblici digitali potrebbero rappresentare, e in parte già rappresentano, un possibile strumento concreto di contrasto alla povertà, in riferimento al *digital divide*, e dal punto di vista giuridico, espressione del canone dell'efficienza del servizio, quindi di buon andamento, dell'azione amministrativa per servizi, in un sentiero sempre più tracciato dall'ideale dell'amministrazione di risultato, improntato altresì al rispetto del principio di uguaglianza in senso sostanziale e quindi dell'inclusione sociale.

In conclusione, si deve in ogni caso insistere sul fatto che la cittadinanza digitale, nonostante le imperfezioni del sistema giuridico, trova un perimetro ontologico minimo (come auspicato all'inizio dello scritto), con ricadute anche di tipo pratico, e più concretamente, gode di un suo spazio di utilità

¹³² Per un primo commento, si v. G. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 703 ss., il quale ritiene corretta la scelta del ricorso al PPP, nella forma della finanza di progetto. Si era espresso, invece, a favore della gestione diretta da parte dello Stato A. Sandulli, *La febbre del "golden power"*, cit., *passim*. Sul partenariato pubblico-privato, si rimanda all'opera di G. Mulazzani, *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale. Da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, Laterza, 2020.

¹³³ G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in questa *Rivista*, 2011, 33.

nell'ordinamento come strumento di ausilio del privato nel procedimento, e del cittadino-utente nell'ambito delle nuove forme di servizio pubblico digitale, che sono e verranno garantite dall'amministrazione «quale piattaforma di servizi digitali»¹³⁴.

Abstract

The article focuses on the concept of digital citizenship, delving into the new configurations of rights, duties and tools under the Digital Administration Code. Based on the regulatory evolution of the last decade, the contribution delves into the principle of “digital first” in the context of administrative activity, in relation to the administrative procedure and the public services system. In addition, the paper considers the legal regime of digital public services and tries to identify the current and future areas in which they can be applied. Finally, the paper discusses the problem of disruption, or interruption of digital public services, between real and apparent protection.

¹³⁴ G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, cit., passim.

OPINIONI

CHIARA DI PIETRO

LA CASA COME PRIMO LUOGO DI CURA: NEXT STEP – LA DECENTRALIZZAZIONE DEGLI STUDI CLINICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cosa si intende per studi clinici decentralizzati o DCT? – 3. Uno sguardo oltre i confini europei: la regolamentazione dei DCT negli Stati Uniti. – 4. La regolamentazione degli studi clinici decentralizzati nell’Ue e l’esempio della Danimarca. – 5. “Il percorso ad ostacoli” della regolamentazione dei DCT in Italia. – 6. Legislatore nazionale *vs* innovazione tecnologica.

1. Introduzione

Molto spesso il legislatore nazionale “fatica” ad adeguarsi ai cambiamenti derivanti dall’innovazione tecnologica. Tale atteggiamento è manifesto anche per la normazione di nuove soluzioni tecnologiche da utilizzare nella conduzione delle sperimentazioni cliniche. A tal proposito, la pandemia da Covid-19 ha rappresentato una “palestra” per valutare l’efficace impiego delle tecnologie digitali nell’ambito delle suddette sperimentazioni, permettendone lo svolgimento poiché diversamente si sarebbero dovute interrompere o non sarebbero mai iniziate.

Gli strumenti digitali offrono soluzioni operative che possono facilitare numerose attività previste nelle sperimentazioni cliniche, rispondendo all’esigenza di implementare modelli di conduzione degli studi che abbinino alla qualità, una maggiore flessibilità procedurale e quindi un più agevole e diffuso accesso agli studi stessi per i pazienti.

Con il termine “sanità digitale” o *e-health* si fa riferimento all’utilizzo di alcune tecnologie nel settore sanitario, per curare i pazienti, raccogliere e condividere le informazioni sulla loro salute. Tali tecnologie possono ricomprendere, a titolo meramente esemplificativo, applicazioni mobili, dispositivi indossabili e intelligenza artificiale. Dunque, con il termine di *e-health* ci si riferisce ad un’ampia gamma di funzioni connesse alla sanità, comprese quelle riguardanti il rapporto tra medico e paziente. In particolare, alcune

chiara di pietra

delle aree implicate sono l'assistenza, la sorveglianza, lo studio per promuovere la prevenzione e la diagnosi, ma anche il trattamento e il monitoraggio delle condizioni cliniche.

La necessità di cercare metodi alternativi di conduzione della sperimentazione clinica ha accelerato lo sviluppo e l'adozione di nuovi processi e di nuove soluzioni tecnologiche, come la telemedicina¹ che ha costituito un vero punto di svolta. Anch'essa rientra nell'*e-health* e viene definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) come «l'erogazione di servizi di cura ed assistenza, in situazioni in cui la distanza è un fattore critico, da parte di qualsiasi operatore sanitario attraverso l'impiego delle tecnologie informatiche e della comunicazione per lo scambio di informazioni utili alla diagnosi, al trattamento e alla prevenzione di malattie e traumi, alla ricerca e alla valutazione e per la formazione continua del personale sanitario, nell'interesse della salute dell'individuo e della comunità».

Anche la Missione 6² del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)³ dedicata alla Sanità⁴ ha previsto un rafforzamento dei servizi e delle prestazioni erogate sul territorio, aumentando il numero di persone assistite a domicilio, secondo lo *slogan* «casa come primo luogo di cura», attraverso lo sviluppo di soluzioni digitali innovative, tra cui la telemedicina. Il Decreto del Ministero della Salute 29 aprile 2022 contenente le «Linee Guida organizzative volte a definire le caratteristiche del “Modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare”» fornisce un elenco dettagliato degli elementi essenziali per la riorganizzazione dell'assistenza territoriale e delle modalità di accesso alle diverse funzioni e attività digitali, soffermandosi sul servizio di cure domiciliari integrato con le prestazioni di telemedicina nelle sue varie declinazioni (dalla televisita sino alla teleriabilitazione).

La situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid-19 ha reso necessario il ricorso all'utilizzo di strumenti digitali, al fine di garantire la continuità terapeutica dei pazienti arruolati negli studi clinici e ciò ha modificato le modalità di conduzione delle sperimentazioni cliniche, ricorrendo

¹ P. Cosmai, *Il Governo torna sulla telemedicina: fissati i requisiti funzionali e i livelli di servizio*, in *Azienditalia*, 2023, n. 1.

² Per un maggiore approfondimento si veda www.pnrr.salute.gov.it/portale/pnrrsalute/homePNRRSalute.jsp.

³ P. Cosmai e A. Buonanno, *Il PNRR Salute 2.0: lo sviluppo dell'assistenza domiciliare conta sulla telemedicina*, in *Azienditalia*, 2022, n. 10, e P. Cosmai e A. Buonanno, *Il PNRR Salute: a 25 anni dalla riforma Bassanini il principio di sussidiarietà garantisce i l.e.a.*, in *Azienditalia*, 2022, nn. 8-9.

⁴ A. Pioggia, *La sanità nazionale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, n. 2.

la casa come primo luogo di cura

a procedure di esternalizzazione e decentralizzazione dei servizi precedentemente svolti all'interno di strutture ospedaliere⁵. Pertanto, nel suddetto periodo si è derogato ad alcune disposizioni nazionali; così la Comunicazione AIFA «Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza Covid-19» ha permesso di “contravvenire” ad alcune norme in materia di sperimentazioni cliniche come, a titolo meramente esemplificativo, a quella che impediva la consegna del farmaco direttamente al domicilio del paziente. Lo stato emergenziale ha reso evidente quanto sia necessario superare l'attuale modello di esecuzione degli studi clinici ancorato al centro clinico, alle visite periodiche e in loco di pazienti; in questo ambito si collocano gli studi clinici decentralizzati (c.d. *decentralised clinical trials* o DCT).

2. Cosa si intende per studi clinici decentralizzati o DCT?

Durante la pandemia, i promotori delle sperimentazioni cliniche, per evitare l'interruzione degli studi clinici in corso, hanno optato per procedure non in presenza, quali: (i) visite telefoniche; (ii) visite in videoconferenza; (iii) consegna dei farmaci al domicilio del paziente; (iv) acquisizione del consenso informato da remoto. In tal modo, è diventato attuale il tema dei (*Remote*) *Decentralised Clinical Trials* (DCTs), che prevedono uno spostamento più o meno spinto delle procedure di conduzione degli studi clinici dal centro di ricerca ospedaliero verso il domicilio del paziente. Essi si distinguono in: *full DCTs* e gli *hybrid DCTs*⁶. L'approccio *full DCTs* è il più complesso da realizzare perché prevede l'assenza di *trial sites* fisici, prevede altresì che tutte le visite ai pazienti siano eseguite tramite telemedicina e che tutti i dati siano raccolti tramite tecnologie digitali a distanza. Il modello che è stato finora maggiormente implementato è quello ibrido con diverso grado di decentralizzazione⁷.

I DCT rappresentano pertanto una “collezione” di strumenti/modalità/attività in remoto che possono essere usati nei diversi passaggi della

⁵ Per un maggiore approfondimento si veda anche www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/covid-19-public-health-emergency-international-concern-2020-23/guidance-developers-companies/covid-19-guidance-research-development.

⁶ Cfr. Fondazione Smith Kline e FADOI, *Implementazione degli Studi Clinici Decentralizzati in Italia: perché e come?*, in *Rivista Tendenze Nuove*, 2022, n. 1, p. 29.

⁷ F. Gabbrielli, M. Zibellini, R. Triola, M. Bocchino, *Decentralized Clinical Trial e telemedicina: nuovo approccio alla sperimentazione clinica per facilitare il paziente e velocizzare la ricerca*, in *Rapporto Istisan*, 2022, n. 4.

pianificazione e della conduzione di uno studio clinico, per consentire un trasferimento di procedure (quali ad esempio: raccolta del consenso, visite mediche, somministrazione del farmaco o utilizzo del dispositivo medico, rilevazione dei parametri clinici, esecuzioni di indagini diagnostiche ecc.) dal centro di ricerca verso il domicilio del paziente. Il modo in cui gli elementi “decentralizzati” vengono utilizzati nelle sperimentazioni cliniche dipende da molti fattori, quali, a titolo meramente esemplificativo, (i) la tipologia di sperimentazione clinica; (ii) la popolazione in studio; (iii) la malattia trattata; (iv) le condizioni del partecipante alla sperimentazione; (v) il tipo di medicinale; (vi) le caratteristiche della sperimentazione stessa nelle varie fasi di sviluppo⁸.

Gli studi clinici decentralizzati apportano al paziente una serie di benefici, favorendo ed incrementando il reclutamento che può avvenire online, molto più rapidamente e a costi più bassi; inoltre riducendo gli ostacoli alla partecipazione, come le difficoltà logistiche nell’accesso alla sede dello studio, si consente la partecipazione alla sperimentazione a popolazioni attualmente sottorappresentate come anziani, persone che vivono in località remote e molte minoranze etniche.

Per quanto riguarda la regolamentazione di tali modalità di conduzione delle sperimentazioni cliniche, purtroppo vi è un “grigio normativo”, non essendoci alcuna disposizione che le disciplini. Per i DCT il quadro regolatorio è sostanzialmente assente, sia al livello europeo che nazionale. Allo stato attuale ai DCT si possono applicare le disposizioni previste dal reg. Ue 536/2014 per le sperimentazioni cliniche, dal reg. Ue 745/2017 (MDR) e dal reg. Ue 746/2017 (IVDR) sui dispositivi medici e sui dispositivi medici diagnostici in vitro, dal reg. Ue 679/2016 (GDPR) e dalle Linee Guida nazionali ed europee in materia di sperimentazioni cliniche⁹ (incluse quelle relative alla gestione degli studi clinici in corso di pandemia da Covid-19).

⁸ Per maggiori approfondimenti si rimanda a Fondazione Smith Kline e FADOI, *Implementazione degli Studi Clinici Decentralizzati in Italia: perché e come?*, op. cit., e F. Gabbriellini, M. Zibellini, R. Triola, M. Bocchino, *Decentralized Clinical Trial e telemedicina: nuovo approccio alla sperimentazione clinica per facilitare il paziente e velocizzare la ricerca*, op. cit.

⁹ Agenzia Italiana del Farmaco, *Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza COVID-19 (coronavirus disease 19)*, versione 3 del 17 settembre 2020, su www.aifa.gov.it/-/gestione-degli-studi-clinici-in-italia-in-corso-di-emergenza-covid-19-aggiornamento-del-17-settembre-2020-.

3. Uno sguardo oltre i confini europei: la regolamentazione dei DCT negli Stati Uniti

Lo scorso 2 maggio 2023, l’Agenzia per gli alimenti e i medicinali (*Food and Drug Administration* o FDA) ha pubblicato una bozza di linee guida intitolata «Decentralized Clinical Trials for Drugs, Biological Products, and Devices, Guidance for Industry, Investigators and Other Stakeholders»¹⁰ che fornisce indicazioni sull’approccio dell’FDA alla regolamentazione delle sperimentazioni cliniche decentralizzate per farmaci, prodotti biologici e dispositivi medici. La bozza di linee guida si basa sulle raccomandazioni dell’FDA pubblicate nel 2020 per facilitare il decentramento delle sperimentazioni in risposta alla pandemia da Covid-19 e alle relative interruzioni delle sperimentazioni cliniche dovute a quarantene, chiusura dei siti e limitazioni dei viaggi. Tale bozza è stata pubblicata per adempiere ad un obbligo normativo previsto dalla *Food and Drug Omnibus Reform Act* (FDORA)¹¹ la quale dispone che la FDA è tenuta a «pubblicare o rivedere una bozza di linee guida che includa raccomandazioni per chiarire e far progredire l’uso degli studi clinici decentralizzati a sostegno dello sviluppo di farmaci e dispositivi medici». Dunque, anche l’FDA ha compreso che attraverso l’implementazione dei DCT si possono ridurre le barriere alla partecipazione, aumentare la diversità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni, migliorando l’accessibilità di coloro che soffrono di una malattia rara.

La bozza definisce i DCT quali studi clinici dove alcune o tutte le attività relative alla conduzione degli stessi si svolgono in sedi diverse rispetto ai tradizionali centri sperimentali. In particolare, i DCT si differenziano dagli studi clinici tradizionali in quanto gli stessi prevedono il coinvolgimento di strutture sanitarie locali, operatori sanitari locali, differenti dal personale sanitario di studio, visite al domicilio del paziente, distribuzione del farmaco sperimentale direttamente nel domicilio del paziente e l’utilizzo di strumenti informatici per interagire a distanza con i partecipanti alla sperimentazione clinica e per la trasmissione dei dati da remoto.

La bozza, rispetto alle raccomandazioni EMA sui DCT, che saranno og-

¹⁰ U.S. Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration (FDA), *Decentralized Clinical Trials for Drugs, Biological Products, and Devices – Guidance for Industry, Investigators, and Other Stakeholders – Draft Guidance*, maggio 2023, su www.fda.gov/media/167696/download.

¹¹ Si veda la *Section 3606(a)* della *Food and Drug Omnibus Reform Act* (FDORA) la quale dispone che la FDA è tenuta a «issue or revise draft guidance that includes recommendations to clarify and advance the use of decentralized clinical studies to support the development of drugs and devices».

getto di analisi nel paragrafo successivo, ammette la possibilità di condurre gli studi clinici totalmente decentralizzati e ibridi, chiarendo che gli studi clinici totalmente decentralizzati possono essere appropriati nel caso in cui il medicinale in sperimentazione sia facile da somministrare e usare, abbia profili di sicurezza ben definiti e non richieda valutazioni mediche complesse; il protocollo deve inoltre specificare come gli eventi avversi identificati da remoto vengano valutati e gestiti. I DCT ibridi invece possono essere utilizzati nei casi in cui la somministrazione di un farmaco sperimentale o la valutazione medica sia eseguita nel centro di ricerca a causa della sua complessità mentre alcune valutazioni di follow-up possono essere eseguite a distanza, tramite strumenti informatici o visite al domicilio del paziente. Nella bozza si chiarisce inoltre che per finalità di controllo è necessario disporre di una sede fisica dove deve essere conservata tutta la documentazione relativa alla sperimentazione per eventuale consultazione e dove il personale di studio può essere intervistato.

Con specifico riferimento al procedimento di acquisizione del consenso informato, viene ammessa la possibilità che il consenso possa essere prestato da remoto e in formato elettronico sotto la supervisione del *Institutional Review Board* (IRB) che svolge le funzioni del nostro rispettivo Comitato Etico e che garantisce l'adeguatezza del procedimento di acquisizione del consenso informato. In particolare, lo sperimentatore può acquisire da remoto il consenso informato a condizione che siano soddisfatti tutti i requisiti normativi applicabili in materia di consenso informato. Tale procedimento deve includere la comunicazione ai partecipanti in cui viene indicato il nominativo della persona a cui rivolgersi per chiedere dei chiarimenti in merito alla conduzione dello studio, i diritti dei pazienti coinvolti nello studio e il nominativo della persona a cui rivolgersi in caso di infortunio legato alla ricerca. Il consenso informato infine deve indicare il nominativo della persona che ha accesso alle informazioni sanitarie personali del partecipante alla sperimentazione.

4. La regolamentazione degli studi clinici decentralizzati nell'Ue e l'esempio della Danimarca

Come riportato precedentemente non esiste al livello europeo una normativa che disciplini i DCT. Nonostante ciò, il primo passo verso la regolamentazione dei DCT è rappresentato dal *Recommendation Paper On Decentralised Elements in Clinical Trials*¹² (Raccomandazioni) pubblicato lo scorso

¹² European Medicines Agency (EMA), *Recommendation paper on decentralised elements in*

la casa come primo luogo di cura

12 dicembre 2022 e redatto dalla Commissione europea (CE), dai Direttori delle Agenzie per i medicinali (HMA) e dall'Agenzia europea per i medicinali (EMA) con l'intento di facilitare la conduzione di sperimentazioni cliniche decentralizzate, salvaguardando al contempo i diritti e il benessere dei partecipanti, nonché la solidità e l'affidabilità dei dati raccolti. Le Raccomandazioni rientrano nell'iniziativa denominata *Act Eu* consistente in una collaborazione tra la CE, l'HMA e l'EMA al fine di trasformare le modalità di avvio, progettazione e conduzione degli studi clinici¹³. L'iniziativa mira a rendere sempre più l'Ue punto focale per la ricerca clinica, a promuovere lo sviluppo di farmaci di alta qualità, sicuri ed efficaci e a integrare meglio la ricerca clinica nel sistema sanitario europeo. Le Raccomandazioni sono state elaborate con la partecipazione di esperti degli enti regolatori responsabili dell'autorizzazione alle sperimentazioni cliniche, membri di comitati etici, ispettori di buona pratica clinica, esperti di metodologia e rappresentanti di organizzazioni di pazienti.

In tale documento viene riconosciuto che da tempo vengono adottati nella conduzione delle sperimentazioni cliniche, elementi decentralizzati (ad es. il diario elettronico del paziente, i *wearable device* sanitari ecc..) e che non tutti questi elementi incidono in maniera significativa sulla validità scientifica, sull'integrità dei dati, sul rapporto benefici/rischi o sulla tutela dei diritti dei partecipanti alla sperimentazione. In particolare, le Raccomandazioni si soffermano sui DCT ibridi e stabiliscono che le procedure relative alla sperimentazione possono svolgersi al di fuori del sito sperimentale, come ad esempio a casa del paziente e possono essere eseguite dal paziente stesso, dal personale dello studio o da una persona delegata a eseguirle, in conformità alla normativa applicabile a livello europeo e nazionale, agli standard e alle linee guida relative alle sperimentazioni cliniche (ad es. le buone pratiche di fabbricazione o GMP, le buone pratiche di distribuzione dei medicinali o GDP) e ai principi etici e scientifici internazionali della ricerca medica (ad es. la Dichiarazione di Helsinki).

Le Raccomandazioni dell'EMA inoltre prevedono i seguenti accorgimenti:

- Lo sperimentatore deve accertarsi che il domicilio del paziente sia idoneo all'esecuzione delle procedure relative allo studio. A tale ri-

clinical trials, dicembre 2022, su health.ec.europa.eu/latest-updates/recommendation-paper-decentralised-elements-clinical-trials-2022-12-14_en.

¹³ www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/clinical-trials/accelerating-clinical-trials-eu-act-eu.

chiara di pietra

guardo, infatti, potrebbero esistere circostanze personali e/o sociali che potrebbero escludere le visite a domicilio;

- Il paziente deve essere informato, durante il processo di consenso informato, sulle procedure di sperimentazione previste nel suo domicilio;
- Tali procedure non devono rappresentare un rischio aggiuntivo per chi aderisce alla sperimentazione;
- Nel caso in cui i pazienti svolgano mansioni correlate allo studio, occorre garantire una formazione adeguata;
- Lo sperimentatore deve monitorare la *compliance* del paziente, considerando la mancanza o diminuzione di visite e/o riunioni “*face to face*” tra il paziente e lo sperimentatore e/o il personale delegato;
- Ai pazienti deve essere data l’opportunità di visitare lo sperimentatore di persona e di disporre di una linea di contatto diretta, in caso di ulteriore assistenza per svolgere un compito relativo allo studio;
- Devono essere predisposte procedure per la segnalazione e la gestione degli eventi avversi notati dal paziente o da qualsiasi persona delegata durante le visite domiciliari;
- Lo sponsor deve fornire alternative nel caso in cui un paziente non sia in grado o non sia disposto ad utilizzare il proprio dispositivo informatico (ad es. telefono cellulare, tablet, ecc.) per acquisire i dati dello studio.

Le Raccomandazioni illustrano anche i ruoli e le responsabilità dello sponsor e dello sperimentatore, le modalità per il rilascio del consenso informato elettronico a distanza, la consegna del medicinale in fase di sperimentazione al domicilio del paziente e la gestione e il monitoraggio dei dati.

Per quanto riguarda il procedimento di acquisizione del consenso informato a distanza, dalle Raccomandazioni si evince che, data l’importanza legale ed etica di questo procedimento, in generale è sempre preferibile un incontro fisico tra lo sperimentatore e il potenziale partecipante alla sperimentazione, nel caso in cui ciò non sia possibile, la motivazione deve essere indicata nel protocollo.

Tuttavia, in alcuni casi può essere giustificata l’acquisizione a distanza del consenso informato, con la garanzia che i partecipanti alla sperimentazione e gli sperimentatori abbiano l’opzione di avere il colloquio per l’acquisizione del consenso informato *in loco*. È sempre necessario un incontro fisico tra il partecipante alla sperimentazione e lo sperimentatore nel caso in cui:

- la popolazione soggetta alla sperimentazione sia vulnerabile;
- sia limitata la conoscenza del profilo di efficacia e sicurezza del medicinale sperimentale;

la casa come primo luogo di cura

- i rischi associati alla sperimentazione siano elevati.

Quando il procedimento di acquisizione del consenso informato avviene a distanza, è necessario svolgere un “incontro virtuale” in tempo reale, permettendo alle parti di vedersi e comunicare tra loro tramite audio e video. L’incontro virtuale in modalità *face to face* (c.d. modalità sincrona) deve consentire la possibilità di porre domande e deve permettere allo sperimentatore di verificare l’identità del partecipante, se non è già noto, e viceversa, deve garantire al partecipante il diritto di chiedere l’identità dello sperimentatore. L’eventuale deroga alla comunicazione *face to face* sincrona dovrà essere giustificata nella domanda di sperimentazione clinica, insieme a una descrizione del modo in cui avverrà la verifica dell’identità dello sperimentatore e del partecipante alla sperimentazione.

Nelle Raccomandazioni si prevede, inoltre, che il modulo del consenso informato possa essere firmato a distanza, con firma autografa, firmando il modulo di consenso cartaceo e rispeditendolo per posta, oppure con firma elettronica. La modalità con cui viene firmato il consenso deve consentire la ricostruzione del procedimento di acquisizione del consenso, compresa la validità delle firme.

Si ritiene opportuno segnalare che le considerazioni espresse nel documento non sono giuridicamente vincolanti. Esso, infatti, mira a fornire una prospettiva armonizzata sull’uso di elementi decentrati nelle sperimentazioni cliniche nell’Ue. A tale riguardo, è a discrezione dei singoli stati membri coinvolti nella valutazione di una sperimentazione clinica, decidere se l’uso di alcuni elementi decentralizzati sia accettabile in una specifica sperimentazione clinica.

Nei singoli Paesi europei una specifica attenzione al tema dei DCT è stata per esempio dedicata dall’Agenzia Regolatoria di Danimarca. La *Danish Medicines Agency*, infatti, ha pubblicato sul proprio sito web istituzionale in data 4 maggio 2021 un documento di indirizzo intitolato *The Danish Medicines Agency’s guidance on the implementation of decentralised elements in clinical trials with medicinal products*, con l’intento di fornire una guida sull’implementazione di elementi decentralizzati nelle sperimentazioni cliniche. In aggiunta ed a complementare tale documento di indirizzo, la *Danish National Center for Ethics* in collaborazione con la *Danish Medical Research Ethics Committees* ha pubblicato nel febbraio 2023 un documento contenente delle raccomandazioni non vincolanti intitolato *Guidance on decentralised clinical trials (DCT)*¹⁴ con l’intento di promuovere una conduzione eticamente corretta dei DCT.

¹⁴ Danish National Center for Ethics, *Guidance on decentralised clinical trials (DCT)*, su

Nella prefazione del documento si legge, infatti, che i DCT impongono ai comitati etici di ripensare al c.d. *gold standard* per l'ottenimento del consenso, basato su informazioni adeguate relative ai rischi e ai benefici derivanti dalla partecipazione alla sperimentazione, in modo tale da bilanciare le nuove opportunità della ricerca clinica, introdotte dai DCT, con i ben noti principi etici per la ricerca, come il principio di autonomia, beneficenza, giustizia e fiducia a cui la progettazione dei DCT si deve ispirare.

Infine, si ritiene opportuno segnalare che la *Danish National Center for Ethics* in collaborazione con la *Danish Medical Research Ethics Committees* nel 2022 ha lanciato un programma sperimentale della durata di due anni su una nuova modalità di acquisizione del consenso informato (c.d. *non-synchronous consent process*)¹⁵. In particolare, i futuri partecipanti alla sperimentazione, che non sentano la necessità di porre domande chiarificatrici, possono prestare il consenso alla partecipazione ad una sperimentazione senza il dialogo preliminare con lo sperimentatore, in seguito alla visualizzazione di materiale video pre-prodotto. Prima dell'introduzione di questo programma sperimentale, in Danimarca, come del resto anche in Italia, non era possibile sostituire il dialogo tra sperimentatore e partecipante, che si caratterizza per la sua simultaneità e specificità per singolo partecipante, con solo materiale informativo basato su video pre-registrato e con acquisizione del consenso attraverso firma elettronica. Il programma sperimentale, però, è limitato a studi clinici a basso livello di intervento, con rischi minimi per il partecipante e può essere autorizzato alle seguenti condizioni:

- venga offerta al partecipante la possibilità di porre domande di chiarimento;
- lo sperimentatore si assicuri in altro modo che le informazioni del partecipante siano comprese correttamente;
- il comitato etico ritenga la sperimentazione adatta al programma.

5. “Il percorso ad ostacoli” della regolamentazione dei DCT in Italia

Non esiste al momento una normativa nazionale di riferimento ad eccezione della Comunicazione AIFA *Gestione degli studi clinici in Italia in corso*

admin.nationalcenterforetik.dk/Media/638001319248700745/Guidance%20on%20decentralised%20clinical%20trials%20Version%201%20Danish%20National%20Center%20for%20Ethics.pdf.

¹⁵ Danish National Center for Ethics, *Experimental programme on new informed consent process in decentralised clinical trails (DCT)*, su *nationalcenterforetik.dk/Media/638001320763843415/Experimental%20programme%20on%20new%20informed%20consent%20processes%20in%20decentralised%20clinical%20trials%20Danish%20National%20Center%20for%20Ethics.pdf*.

la casa come primo luogo di cura

di emergenza Covid-19, pubblicata nella prima versione il 12 marzo 2020 e nei successivi aggiornamenti di aprile e settembre 2020, la quale ha fornito indicazioni per gestire le sperimentazioni a seguito delle misure restrittive durante l'emergenza Covid-19, modificando alcune procedure per permettere la continuità degli studi nella massima tutela dei partecipanti e sotto l'adeguata supervisione degli sperimentatori principali.

In particolare, l'AIFA durante la pandemia ha autorizzato:

- la sottomissione all'Agenzia stessa e ai Comitati Etici delle pratiche di richiesta di autorizzazione per gli studi sulla base di documentazione fornita in forma elettronica o dematerializzata;
- la possibilità di acquisizione del consenso informato del paziente con procedure alternative (ad es. contatti telefonici, seguiti da e-mail di conferma o sistemi elettronici validati) e, nel caso in cui non sia possibile ottenere un consenso informato firmato per iscritto dal paziente, è accettato un temporaneo consenso in forma verbale;
- la possibilità di effettuare procedure previste dal protocollo direttamente a casa del paziente (c.d. *home health care*), effettuate dal personale del centro sperimentale o parti terze che possono ricomprendere l'attività di raccolta di eventi avversi e di segni vitali e la somministrazione di terapie non autosomministrabili;
- la fornitura del farmaco sperimentale direttamente al domicilio del paziente;
- la possibilità di effettuare analisi cliniche o indagini strumentali (ad es. Tac, Rmn, Rx) in strutture vicine al paziente.

Da una prima analisi delle deroghe normative sopra illustrate e che rappresentano elementi caratterizzanti i DCT, la Comunicazione AIFA può essere considerata come la base per la riflessione sull'aggiornamento normativo degli studi decentralizzati. Tuttavia, rispetto a possibili adattamenti procedurali per la conduzione degli studi clinici decentralizzati, sono emerse una serie di criticità normative relative: (i) alla consegna del farmaco direttamente al domicilio del paziente; (ii) al consenso informato; (iii) alla privacy.

Con riferimento alla prima criticità, nelle sperimentazioni tradizionali, ai sensi dell'art. 7 del Decreto del Ministero della Salute del 21 dicembre 2007, i medicinali occorrenti alla sperimentazione devono essere inviati dal Promotore/Cro alla Farmacia della struttura sanitaria, sede della sperimentazione, che provvederà alla loro registrazione, appropriata conservazione e consegna allo sperimentatore; nei DCT, invece il processo cambia in quanto il farmaco o il dispositivo medico può essere consegnato presso il domicilio del paziente. L'AIFA, per la durata del periodo pandemico, ha disposto la pos-

sibilità seppure la via prioritaria resti la consegna del farmaco sperimentale alla Farmacia ospedaliera, di concordare consegne dirette da quest'ultima ai soggetti in sperimentazione sotto la supervisione della stessa Farmacia ospedaliera.

Infine, le Raccomandazioni EMA sulla conduzione degli studi clinici decentralizzati prevedono che nel caso in cui il medicinale in fase di sperimentazione venga consegnato e/o somministrato a casa del partecipante alla sperimentazione, dopo una attenta valutazione del rischio da parte dello sponsor e dello sperimentatore. La valutazione del rischio deve prendere in considerazione almeno i seguenti aspetti: la conoscenza e l'incertezza del medicinale in fase di sperimentazione e del suo profilo di sicurezza, la via di somministrazione, la popolazione dello studio, le condizioni di conservazione e la solidità della logistica di consegna del suddetto farmaco.

Nel documento viene inoltre ribadito che lo sponsor e lo sperimentatore devono prendere in considerazione, durante la fase di pianificazione della sperimentazione clinica, i seguenti aspetti:

- come possono essere rispettate le condizioni di conservazione del medicinale in fase di sperimentazione. Al riguardo, bisogna valutare l'adeguatezza del domicilio del partecipante alla sperimentazione per la conservazione del medicinale;
- lo sperimentatore e lo sponsor devono considerare se la somministrazione a domicilio possa essere fatta a casa da parte degli stessi partecipanti allo studio o se per la somministrazione sia necessario un professionista sanitario esperto e qualificato, in caso di somministrazioni complesse.

Per quanto riguarda la seconda criticità relativa al processo di acquisizione del consenso informato, i DCT prevedono l'acquisizione del consenso da remoto (*e-consent*), attraverso una videochiamata con il personale dello studio e con firma elettronica, dando inoltre la possibilità ai partecipanti alla sperimentazione di poter visionare da casa, attraverso strumenti informatici, la documentazione relativa alla sperimentazione. Prima di poter riflettere sulla possibilità di utilizzare l'*e-consent* nelle sperimentazioni cliniche condotte in Italia, appare necessario illustrare brevemente cosa si intende per consenso informato e qual è la normativa di riferimento.

Il reg. Ue 536/2014 sulla sperimentazione clinica dei medicinali, definisce il consenso informato «l'espressione libera e volontaria di un soggetto della propria disponibilità a partecipare a una determinata sperimentazione clinica, dopo essere stato informato di tutti gli aspetti della sperimentazione clinica rilevanti per la decisione del soggetto di partecipare»; esso deve essere prestato a seguito di un colloquio preliminare con il personale dello studio.

la casa come primo luogo di cura

Oltre alla definizione data dal reg. Ue 536/2014, il d.lgs. n. 211/2003 recante «Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico» definisce all'art. 2, c. 1, lett. l), il consenso informato come «la decisione di un soggetto candidato ad essere incluso in una sperimentazione, scritta, datata e firmata, presa spontaneamente, dopo esaustiva informazione circa la natura, il significato, le conseguenze ed i rischi della sperimentazione e dopo aver ricevuto la relativa documentazione appropriata». Dunque, da tali definizioni normative si comprende come il consenso informato si debba basare su uno scambio comunicativo tra il paziente e il personale dello studio.

Nella prassi il processo di acquisizione del consenso informato si articola in due fasi; la prima fase consiste in un primo colloquio fisico tra il paziente e il personale di studio, finalizzato a fornire al paziente gli elementi informativi necessari a consentire una comprensione degli aspetti centrali dello studio attraverso una informazione esaustiva, concisa, chiara, pertinente e comprensibile. In questa prima fase viene inoltre fornito al paziente il modulo del consenso informato. La seconda fase invece, che avviene a seguito di un lasso di tempo ragionevole per permettere al paziente di arrivare alla decisione, consiste in un incontro successivo utile a fornire chiarimenti ulteriori ed a raccogliere il consenso che avviene attraverso la firma autografa del modulo del consenso informato. Dunque, attualmente, nella prassi nazionale, il consenso viene prestato su un modulo cartaceo e acquisito a seguito di un colloquio con il personale dello studio.

Tale prassi, durante la pandemia, ha subito delle temporanee deroghe per consentire di acquisire il consenso informato a distanza. Al riguardo infatti la Comunicazione AIFA «Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza Covid-19» aveva ammesso la possibilità, nel caso in cui non era possibile acquisire il consenso in modo tradizionale, di acquisirlo tramite procedure alternative come contatti telefonici, seguiti da e-mail di conferma o sistemi elettronici validati; addirittura, nel caso in cui non era possibile ottenere un consenso informato firmato per iscritto, veniva riconosciuta la possibilità di acquisire un temporaneo consenso in forma verbale, derogando all'art. 3, c. 1, lett. d), d.lgs n. 211/2003 che dispone che il consenso venga prestato per iscritto, alla presenza di un testimone imparziale che ne attesti l'avvenuta somministrazione e apponga data e firma sul documento di consenso informato presso il sito.

Anche le «Linee di indirizzo per la raccolta del consenso informato alla partecipazione a sperimentazioni cliniche»¹⁶ pubblicate il 31 luglio 2020

¹⁶ Centro di Coordinamento Nazionale dei Comitati Etici, *Linee Di Indirizzo per la*

dal Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici territoriali per le sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano e sui dispositivi medici prevedono che «in situazioni selezionate da valutare caso per caso, per facilitare la partecipazione di tutti i pazienti potenzialmente interessati si può ricorrere a strumenti telematici interattivi per il processo di informazione al paziente e/o per la raccolta del consenso».

Oltre ai documenti sopra richiamati che potrebbero rappresentare una base giuridica che legittimino il ricorso all'*e-consent* nelle sperimentazioni cliniche, un ulteriore spunto su cui riflettere è dato dalla Circolare AgID n. 1 del 24 gennaio 2018 recante «Linee guida per la dematerializzazione del Consenso informato in diagnostica per immagini»¹⁷ (di seguito, Circolare AgID). Tale circolare si è posta l'obiettivo di mettere le strutture sanitarie in condizione di sostituire la tradizionale documentazione cartacea con documenti digitali, consentendo ai pazienti di fornire il proprio consenso alle prestazioni radiologiche attraverso la firma elettronica avanzata. Nella Circolare AgID si riporta infatti che «la sottoscrizione al consenso può anche essere registrata dal personale medico con strumenti informatici secondo le attuali norme legislative e conformate ai regolamenti europei (Codice Amministrazione Digitale – D.lgs n. 235/2010 e s.m.i. e Regolamento eIDAS – Regolamento UE n. 910/2014)». La Circolare AgID prevede dunque che il paziente, opportunamente identificato mediante un valido documento di riconoscimento, firmi il documento informatico di consenso informato, in formato pdf, tramite Firma Elettronica Avanzata (FEA)¹⁸. Nello specifico

Raccolta del Consenso Informato alla Partecipazione a Sperimentazioni Cliniche (versione del 20 maggio 2022), su www.ajfa.gov.it/documents/20142/1619588/linee_indirizzo_centro_coordinamento_20_05_2022.pdf.

¹⁷ trasparenza.agid.gov.it/moduli/downloadFile.php?file=oggetto_allegati/182410285100__001+-+AGID+CIRC+n.+01+-+24+gen+2018.pdf.

¹⁸ La firma elettronica avanzata possiede i requisiti di cui all'art. 26 del regolamento eIDAS e dell'art. 56 del d.p.c.m. 22 febbraio 2013. Fra i requisiti più importanti troviamo l'immodificabilità del documento dopo la firma, la riconducibilità della firma ad una persona garantendo alla stessa l'uso esclusivo degli strumenti di firma. Buoni esempi di firma elettronica avanzata sono diverse implementazioni basate sulla cosiddetta firma grafometrica. Si tratta di soluzioni di firma che raccolgono le caratteristiche comportamentali e tipiche della firma autografa (attraverso l'uso di tavolette molto evolute) quali la velocità, l'inclinazione, la pressione, l'accelerazione (e rallentamenti), i tratti aerei. Tutte queste informazioni legate in maniera certa al documento, consentono di raggiungere il risultato voluto. Da notare che, ai sensi dell'art. 61 del d.p.c.m. 22 febbraio 2013, queste soluzioni possono essere utilizzabili limitatamente per i rapporti giuridici intercorrenti tra il sottoscrittore e il soggetto che rende disponibile la soluzione. Un tipico esempio è la struttura ospedaliera che rende disponibile presso i propri sportelli soluzioni di firma elettronica avanzata ai fruitori delle prestazioni sanitarie.

la casa come primo luogo di cura

la Circolare AgID consente l'utilizzo della firma c.d. grafometrica che permette l'immodificabilità del documento dopo la firma, la riconducibilità della medesima al paziente, garantendone allo stesso l'uso esclusivo; tale soluzione di firma raccoglie le caratteristiche comportamentali e tipiche della firma autografa, attraverso l'uso di tablet, quali la velocità, l'inclinazione, la pressione e l'accelerazione. La FEA sul piano giuridico dunque ha la stessa validità legale del documento cartaceo sottoscritto con firma autografa e pertanto ha la stessa efficacia giuridica della scrittura privata riconosciuta ai sensi dell'art. 2702 c.c.

Pertanto, sebbene la Circolare AgID si riferisca alla possibilità di dematerializzare il consenso informato nell'ambito della diagnostica per immagini; la stessa può rappresentare una base giuridica che permetta l'utilizzo dell'*e-consent* anche nelle sperimentazioni cliniche. In merito al procedimento di acquisizione del consenso informato, e come è stato rilevato anche dalle Raccomandazioni dell'EMA sui DCT, è sempre preferibile un incontro fisico tra il paziente e il personale sanitario. In questa situazione, il modulo del consenso informato potrebbe essere fornito in formato pdf e firmato con firma grafometrica. Nel caso in cui invece il dialogo tra paziente e il personale sanitario avvenga attraverso strumenti digitali, il modulo potrebbe essere firmato a distanza, previa identificazione del paziente attraverso la visione della carta di identità, tramite FEA con preventivo inserimento del codice OTP ricevuto via sms o tramite app o con firma digitale.

Infine, con riferimento all'ultima criticità legata alla privacy, nei DCT si pone un problema relativo alla legittimità della raccolta e del successivo trattamento di un grande set di dati che riguardano informazioni a livello biologico, comportamentale e sociale molto spesso non collegato agli obiettivi primari della ricerca (c.d. uso secondario). È ben noto infatti che la raccolta dei dati avviene tramite dispositivi digitali (ad es. Wearable Devices, App, software ecc..) che, oltre ai dati di geolocalizzazione, possono raccogliere in modalità passiva dati audio e video attraverso il microfono e la videocamera. In proposito, nei casi in cui esistono grandi quantità di dati (ad esempio, quando sono utilizzate le cartelle cliniche), il consenso al trattamento degli stessi è considerato inadeguato, e spesso è impraticabile informare gli interessati del loro reale utilizzo. In particolare, i tre requisiti fondamentali del consenso, cioè che sia esplicito, specifico e informato, sembrerebbero in questo caso essere problematici.

La base giuridica per il trattamento dei dati personali nelle sperimentazioni cliniche è il reg. Ue 2016/679 (*General Data Protection Regulation* – GDPR) che ha introdotto un novero eterogeneo di basi giuridiche che permettono di trattare lecitamente i dati personali durante la conduzione dello

studio clinico, fermo restando che il consenso del partecipante rimane la base giuridica per eccellenza. In particolare, ai sensi dell'art. 6, il trattamento dei dati personali in generale è lecito solo se e nella misura in cui ricorra almeno una delle sei condizioni ivi elencate, fra le quali vi sono sia il consenso dell'interessato (art. 6, c. 1, lett. a) sia il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi (art. 6, c. 1, lett. f)¹⁹.

In proposito appare meritevole segnalare che il 20 aprile 2023 è stato pubblicato sul sito web di AIFA, un documento redatto dal Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici sulle «Criticità etiche e normative nel trattamento dei dati personali sanitari nella ricerca osservazionale»²⁰. Tale documento è rilevante per comprendere la base giuridica da cui partire per l'uso secondario dei dati raccolti nella conduzione dei DCT, in quanto affronta una serie di criticità relative al trattamento dei dati personali negli studi osservazionali che usano per definizione un grande set di dati con finalità secondaria, la quale può essere diversa da quella per cui i dati sono stati originariamente raccolti. Pertanto, il documento di cui sopra costituisce un ottimo spunto di riflessione per fornire una base giuridica dell'uso secondario dei dati anche nei DCT. Nel documento infatti viene citato l'art. 35 del GDPR il quale prevede che il titolare del trattamento è tenuto a condurre e a rendere pubblica una «valutazione d'impatto sulla protezione dei dati o DPIA» finalizzata a descrivere il trattamento, valutarne la necessità, proporzionalità e facilitare la gestione dei rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche derivanti dal trattamento dei loro dati personali. In aggiunta a ciò, infatti il Garante italiano per la protezione dei dati personali, con provvedimento n. 467 del 11 ottobre 2018²¹, ha approvato l'elenco delle tipologie di trattamento soggette al requisito di una valutazione di impatto in cui rientrano, con particolare riferimento ai DCT, per esempio:

- trattamenti che prevedono un utilizzo sistematico di dati per l'osservazione, il monitoraggio o il controllo degli interessati, compresa la raccolta di dati attraverso reti, effettuati anche on-line o attraverso app;
- trattamenti su larga scala di dati aventi carattere estremamente personale: si fa riferimento, fra gli altri, ai dati connessi alla vita fami-

¹⁹ Per un maggiore approfondimento si veda A.O.R.N. Azienda Ospedaliera Dei Colli Monaldi-Cotugno-CTO, *Il Trattamento dei Dati Personali nei casi di Sperimentazioni Cliniche*, versione 1 del 26 novembre 2020, su www.ospedaliideicolli.it/wp-content/uploads/Procedura-trattamento-dati-in-corso-di-sperimentazioni.pdf.

²⁰ www.aifa.gov.it/documents/20142/1808580/Criticita_etiche_ricerca_osservazionale_06.04.2023.pdf.

²¹ www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9058979.

la casa come primo luogo di cura

liare o privata (quali i dati relativi alle comunicazioni elettroniche dei quali occorre tutelare la riservatezza), o che incidono sull'esercizio di un diritto fondamentale (quali i dati sull'ubicazione, la cui raccolta mette in gioco la libertà di circolazione) oppure la cui violazione comporta un grave impatto sulla vita quotidiana dell'interessato;

- trattamenti effettuati attraverso l'uso di tecnologie innovative, anche con particolari misure di carattere organizzativo (es. IoT; sistemi di intelligenza artificiale; utilizzo di assistenti vocali on-line attraverso lo scanning vocale e testuale; monitoraggi effettuati da dispositivi wearable; tracciamenti di prossimità come ad es. il wi-fi tracking); o
- trattamenti sistematici di dati biometrici, tenendo conto, in particolare, del volume dei dati, della durata, ovvero della persistenza, dell'attività di trattamento.

Oltre a queste disposizioni, il documento redatto dal Centro di coordinamento dei comitati etici cita l'art. 110, c. 1, d.lgs. n. 196/2003, come modificato dal d.lgs n. 101/2018, che prevede che il consenso dell'interessato per il trattamento dei dati relativi alla salute non è necessario quando, a causa di particolari ragioni, risulta impossibile informare gli interessati o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca. In questi casi, la ricerca deve ottenere un parere favorevole motivato dal comitato etico e deve essere sottoposta a preventiva consultazione del Garante italiano per la protezione dei dati personali.

Dunque, nel caso in cui si voglia trasporre queste riflessioni che riguardano gli studi osservazionali ai DCT, i quali hanno in comune con essi un uso prevalentemente secondario dei dati personali, può rendersi necessaria:

- una valutazione d'impatto (considerata necessaria qualora il trattamento dei dati personali presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche);
- l'autorizzazione al trattamento può essere concessa dopo consultazione preventiva del Garante italiano per la protezione dei dati personali nei casi in cui il consenso non sia operativamente possibile o sia particolarmente difficoltoso.

Infine, viene citato il documento intitolato «Schema di Riforma dei Sistemi Informativi Sanitari» (Schema) redatto dal Consiglio Superiore di Sanità nel gennaio 2022²², inteso a favorire la circolazione dei dati e la sem-

²² www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3223_allegato.pdf.

plificazione del quadro normativo. In particolare, lo Schema propone un passaggio dal controllo preventivo al controllo *ex post*; dal momento che è necessario assumere decisioni in modo veloce per poter aderire rapidamente ai progetti di ricerca scientifica, si ritiene che, invece di passare dalla ricerca di autorizzazione da parte del Garante italiano per la protezione dei dati personali, occorra passare ad un altro sistema che prevede un'informazione di carattere generale sulla ricerca e la notifica al Garante, già prevista dalla normativa previgente, ma opportunamente aggiornata, al fine di agevolare una successiva attività di controllo *ex post*, fermo restando una piena responsabilità del titolare del trattamento. Esso deve essere in grado di dimostrare di aver adottato un sistema complessivo di misure giuridiche, organizzative, tecniche, per la protezione dei dati personali, anche attraverso l'elaborazione di specifici modelli organizzativi. Oltre a ciò, lo schema prevede anche di superare «la logica del consenso per i dati pseudonimizzati» ovvero sostituendo, in caso in cui i dati siano pseudonimizzati e trattati per finalità di ricerca, il consenso con un'informazione di carattere generale e fornendo la possibilità all'interessato di esercitare una manifestazione di dissenso.

6. Legislatore nazionale *vs* innovazione tecnologica

Al giorno d'oggi la tecnologia regna sovrana. L'utilizzo infatti delle nuove tecnologie governa il nostro stile di vita, diventando essenziali, apportando molto spesso dei benefici e semplificando lo svolgimento delle nostre attività quotidiane. Si pensi all'utilizzo degli smartphone, smartwatch o gli assistenti digitali (c.d. *smart assistant*) o ai chatbot basati su intelligenza artificiale; ormai sarebbe impossibile anche per un giorno non utilizzare uno di questi dispositivi che agevolano la conduzione delle nostre giornate.

Ovviamente ciò si riflette anche alle sperimentazioni cliniche, le quali, come è stato ampiamente trattato nell'articolo, attraverso l'utilizzo degli strumenti digitali, arrecherebbero una serie di vantaggi tra cui l'incremento delle adesioni, la riduzione degli ostacoli alla partecipazione, come le difficoltà logistiche nell'accesso alla sede dello studio, grazie al monitoraggio e la raccolta dei dati da remoto e la partecipazione di popolazioni sotto-rappresentate.

Attualmente però nel nostro ordinamento non è possibile utilizzare tali elementi decentralizzati nella conduzione delle sperimentazioni cliniche poiché la normativa nazionale che regola la conduzione delle stesse è obsoleta e non è adeguata a regolamentare l'avvento e l'utilizzo di tali tecnologie. Purtroppo, questo è un problema tipico del Legislatore che non riesce ad

la casa come primo luogo di cura

“essere al passo” con i cambiamenti della società e a normare le novità che investono la società medesima.

Una spinta che potrebbe portare il Legislatore nazionale a cercare di “rispolverare la normativa” può essere rappresentata dalla Missione 6 del PNRR che si pone l’obiettivo non solo di rinnovare e ammodernare tutte le strutture tecnologiche e digitali esistenti del Ssn ma anche di aumentare il numero di persone assistite a domicilio secondo lo *slogan* «casa come primo luogo di cura». Anche i DCT infatti mirano a spostare il fulcro delle sperimentazioni dal centro di ricerca verso il domicilio del paziente; pertanto, nell’ottica di soddisfare tale obiettivo, il *next step* per rendere la sanità più vicina e prossima alle persone potrebbe essere quello di garantire la decentralizzazione degli studi clinici.

Il Legislatore però dovrà intraprendere un vero e proprio percorso ad ostacoli per l’implementazione dei DCT in Italia, in quanto, come sempre, da un lato, molte volte si è restii ai cambiamenti e dall’altro esistono una serie di ostacoli; si pensi alle tempistiche della burocrazia, alla resistenza della burocrazia stessa al cambiamento, alla difficoltà di rinnovare le competenze del personale, ai ritardi e alle inefficienze nella allocazione delle risorse e alla obsolescenza delle infrastrutture. Per garantire una implementazione dei DCT in Italia, oltre ad una legittimazione al livello normativo, è necessario provvedere anche ad un aggiornamento tecnologico delle infrastrutture pubbliche. In molti casi infatti i centri sperimentali non sono dotati di tecnologie adeguate e di personale competente a gestire gli elementi decentralizzati.

Infine, appare meritevole segnalare che l’art. 3, c. 2, decreto del Ministero della Salute del 20 marzo 2023, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 giugno, rappresenta un primo passo verso l’ammissione nel nostro ordinamento dei DCT in quanto riconosce la possibilità che l’indagine clinica possa essere svolta con l’ausilio di dispositivi digitali al di fuori della struttura in cui viene svolta l’indagine, con la garanzia che vengano adottati idonei livelli di qualità e sicurezza e vengano predisposti meccanismi di segnalazione e gestione di eventuali eventi avversi che possono verificarsi al di fuori della struttura.

Abstract

Very often the Legislator “struggles” to adapt to changes resulting from technological innovation. This approach is also evident in the regulation of new technological solutions to be used in the conduct of clinical trials. This paper therefore analyzes in a comparative perspective the regulation of decentralized clinical trials in

chiara di pietro

the United States and the European Union and then focuses on the national scenario where critical regulatory issues that hinder the promotion of decentralized clinical trials are highlighted and analyzed with the intention of seeking and proposing solutions that would allow their implementation in Italy.

RECENSIONI

D. GALLO, *Public Services and EU Competition Law. The social market economy in action*, Abingdon, Routledge, 2022

Non sembra esserci periodo migliore per tornare a parlare di servizi di interesse economico generale. Gli avvenimenti cui assistiamo da un triennio su scala interna e internazionale, di ordine sanitario, di rottura delle condizioni di pace in Europa (le cui conseguenze, profondissime, anche sul versante dell'integrazione, sono state messe in luce da pochi), impongono una seria riflessione sull'organizzazione sociale, sulla soddisfazione degli interessi della popolazione, sul ruolo del diritto e delle istituzioni. Con questi temi si lambiscono le alte sfere del ruolo dello Stato nell'economia e nella società. Considerate le scosse telluriche che stanno stravolgendo gli assetti conosciuti, una riflessione in materia può aiutare comprendere le origini della situazione attuale, i punti di rottura, la sostenibilità di alcune scelte, una nuova, solida consapevolezza sociale, istituzionale e giuridica.

È in tale contesto che si inserisce il lavoro di Daniele Gallo, ordinario di Diritto dell'Unione europea all'Università Luiss. Un lavoro che si può inquadrare, sin d'ora, sotto tre profili. Esso conferma, in primo luogo, l'interesse scientifico dell'Autore a ricercare una forma di convivenza degli interessi sociali con le dinamiche economiche, a indagare la tensione verso un equilibrio sostenibile, a superare il mero criterio efficientistico. Orientare il mercato, che ha fatto la ricchezza dell'Europa, verso esigenze di matrice sociale è, infatti, l'operazione costantemente sottesa all'analisi delle pagine di questo volume; la domanda che lo permea si rivela un tentativo intellettuale, prima ancora che giuridico, che stimola la riflessione e genera nuovi dubbi. Domanda antica, che tocca il confine generale dell'economia e della società, il ruolo della prima e il suo impatto sugli individui, sulle libertà, sulle condizioni esistenziali e di vita.

Si tratta, in secondo luogo, di un lavoro agile, che in centoventi pagine affronta un problema attualissimo, ne offre un prisma ricostruttivo e una chiave interpretativa particolarmente vivi. L'analisi è permeata da un metodo rigoroso, che non ha nulla di formalistico o positivistico e sa spiegare al lettore il nucleo della materia; ne tocca la sostanza, ripercorrendo la storia degli istituti, la loro attuale dinamica – chiarendo la portata degli interessi,

definendo la posizione di Stati, istituzioni e soggetti privati che ne sono alla base.

In terzo luogo, il metodo applicato muove dallo studio del diritto di settore, ma l'analisi giuridica è incastonata in un sapere ampio, di prospettiva. Senza perdere la capacità profonda e analitica di comprendere e decrittare gli istituti giuridici e le loro evoluzioni, anche in senso diacronico, il Prof. Gallo si eleva a osservare i nodi che stringono il processo di integrazione europea. Si spinge lì dove l'integrazione economica, attraverso le libertà garantite, il metodo funzionalista, la disciplina della concorrenza sembrano scontrarsi con le istanze più critiche e regressive, che a momenti appaiono idonee ad arrestare il processo; lì dove l'economia non è più sufficiente e deve cedere il passo alla tutela di diritti dei singoli e a valori meta individuali. Terreno difficile, che affronta torsioni e svolte politiche: le quali possono essere colte, come sembra indicare il libro, proprio attraverso la consapevolezza di alcuni basilari meccanismi istituzionali e giuridici.

Per questo, al fondo, il volume ci conduce più in alto: si può ancora parlare di valori, di fronte alla crisi dell'Unione, ricordando, come magistralmente insegnato, che essa vive di crisi? Siamo giunti alla radice dei problemi dell'Europa, senza prospettive future, o siamo ancora in grado di disegnare un percorso comune? Quale la strategia da seguire di fronte alle sfide impareggiabili che abbiamo di fronte e alle critiche che sempre più si insinuano nel dibattito pubblico, mostrando un versante sociale esigente ma a volte contraddittorio? Il non detto del volume, il significato sotteso allo studio che ne è alla base, sembra risiedere in questo tipo di sforzo: notevole, complicato e nobile.

L'Autore intraprende un viaggio in sei capitoli, cui si aggiungono conclusioni complessive. Il primo è dedicato alla nozione "elusiva" dei servizi di interesse economico generale. Si ripercorre l'origine della definizione, a partire dai servizi pubblici e dalle molteplici tradizioni nazionali che hanno dato loro vita. Viene proposta una relazione tra i servizi di interesse economico generale e i servizi di interesse generale, nel quadro di un rapporto da specie a genere; quindi, ne vengono illustrati i caratteri, indicando la creazione di un sistema a cerchi concentrici, dove si innestano, dopo queste due categorie, i servizi sociali di interesse generale, i servizi economico-sociali di interesse generale e, in ultimo, i servizi non economici di interesse generale (pp. 11-13). Nel qualificarli, soprattutto in via giurisprudenziale, è l'attività a rivestire un ruolo primario, e non il soggetto che la svolge (p. 15, con citazioni di giurisprudenza). Da notare come venga posta particolare attenzione, infine, sul carattere economico o non economico *dei servizi*, contestando l'errata impostazione in base alla quale, di converso, questo carattere viene

correlato *all'interesse*. Qui appare un “quasi-ossimoro”, che è chiaramente voluto ed esprime un concetto di fondo, valevole per l'intera opera: i servizi trascendono la dimensione economica – da cui pure promanano – per giungere a toccare il cuore dell'interesse generale e la ricerca della sua soddisfazione (pp. 28-29, dove si sistematizzano i concetti).

La classificazione introdotta, lungi da un mero esercizio retorico, serve a chiarire il quadro concettuale di riferimento; questo avviene senza che il linguaggio giuridico perda le sfaccettature e il contatto con una realtà complessa. Infatti, le modalità in cui le istituzioni organizzano ed erogano servizi ai cittadini sono ricostruite cogliendone e valorizzandone peculiarità, ricorrenze, differenze, dettagli. E la lettura piena e articolata degli istituti consente, sin da questa latitudine, di entrare pienamente nella vita sociale. Oggetto di particolare attenzione, in senso, è l'approccio funzionale (pp. 14 ss.), la sua genesi e il suo sviluppo, così come la sua applicazione attenuata nei campi della sicurezza sociale e della sanità.

Il secondo capitolo esamina in profondità la portata, il significato e l'applicazione dell'articolo 106 del TFUE. L'analisi muove dalla sua interpretazione e relativa evoluzione. Nel contesto delle liberalizzazioni, ne viene sondata la natura di disposizione derogatoria, *sui generis*, ravvivandone l'effetto diretto. Quest'ultimo costituisce un perno nel pensiero espresso nel volume e un caposaldo dell'ordinamento europeo; la sua costruzione teorica e la vita giurisprudenziale che ne scaturisce ne fanno un elemento centrale di riflessione. Si indaga, poi, l'interrelazione tra i diritti speciali e i diritti esclusivi delle imprese pubbliche, quale perdurante endiadi del tessuto economico e normativo. Infine, viene ricercato il ruolo della Commissione nell'applicare la disposizione.

Il terzo capitolo è dedicato alla ricerca di dimensioni ulteriori rispetto alla portata dell'articolo 106. Qui si scorgono i riflessi più originali della ricostruzione offerta. I servizi di interesse economico generale sono ancorati, infatti, alla cittadinanza nazionale ed europea e, con enfasi particolare, ai valori che ne costituiscono il pilastro (pp. 60 e 63, 64). I servizi di interesse economico generale, quindi, sono ricondotti alla dimensione sociale e di coesione territoriale, propria dell'art. 14 TFUE (già art. 16 TCE): una disposizione di rilievo che, come viene ricordato, è frutto di una negoziazione complessa all'epoca della sua scrittura, che vide coinvolti i principali soggetti politici dello scacchiere europeo (p. 61). Si scorge, in questo senso, la capacità della norma di elevarli a una dimensione “filosofica e concettuale”, grazie alla sua natura “non meramente enunciativa”, che ha consentito di modificare, nel tempo, le impostazioni delle istituzioni e della stessa Corte di giustizia; si rileva come l'articolo, “sfortunatamente”, non sia stato utilizzato

quale base giuridica di successivi strumenti attuativi, volti a declinare ulteriormente i servizi. Questo appare un fondamento granitico, un contributo del lavoro dell'Autore che è frutto di rigorosa ricerca scientifica e capacità di analisi giuridica e istituzionale. Di qui il volume approda su lidi ulteriori, come quello offerto dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, che restituisce una costituzionalizzazione delle obbligazioni scandite nello stesso art. 14 TFUE e nel Protocollo n. 26 annesso al Trattato.

Il quarto capitolo tratta la ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri. Viene descritta una tensione di fondo, che nasce dall'ampiezza dell'art. 1 del citato Protocollo n. 26 e dall'esigenza di trovare una definizione comune dei servizi di interesse generale, che operi a livello europeo, sia dotata di forza cogente e permetta una coerente applicazione delle disposizioni. Un percorso tortuoso, difficile, dove si innesta anche l'elaborazione del servizio universale, frutto del diverso percorso seguito dai servizi pubblici liberalizzati. Ne emerge un "doppio legame" (p. 77): da un lato, il rapporto stretto della nozione con l'esercizio dei diritti sociali (all'interno dei servizi di interesse economico generale); dall'altro lato, la sua innata contiguità con lo stesso processo di liberalizzazione.

La ricostruzione prosegue, quindi, con l'analisi degli obblighi di servizio pubblico, distinti in tre categorie: continuità, qualità, costi sostenibili per gli utenti, specie se in difficoltà. Sono separati i piani della tutela della concorrenza dagli interessi di diversa natura: operazione che necessita, per non correre il rischio di vanificare l'intero impianto, di attribuire chiaramente le competenze e riservare un ruolo centrale alle autorità nazionali (p. 80).

Il quinto capitolo si concentra sull'istituto dell'abuso di posizione dominante, offrendo una ricostruzione del sistema economico europeo, del ruolo degli Stati e dei loro vecchi monopoli. In discussione è la sua applicazione ai servizi di interesse economico generale. Da un lato, viene tracciata la sorte congiunta degli art. 106, par. 1, e 102 del TFUE: se, il primo, isolatamente, rappresenta una disposizione che non *aggiunge nulla di nuovo* (p. 81), la connessione ha portato a un sostanziale rovesciamento della "presunzione di legalità" dei monopoli precedentemente esistenti (p. 82). In questo frangente, si aggiunge la lettura "fluida" della Corte di giustizia dell'Unione europea, che presenta caratteri di particolare rilievo. Se, infatti, una prima lettura delle disposizioni ha consentito di non intaccare l'intervento degli Stati nell'economia, una seconda ondata interpretativa ha rovesciato quello che sembrava essere un assioma. In particolare, l'art. 106, par. 2, è stato oggetto di "approccio evolutivo" (p. 84) che ha portato, nuovamente, a una valorizzazione di servizi che superano la mera dimensione concorrenziale. Il volume, in questa parte, consente di apprezzare come l'analisi e l'applicazione

delle norme in via pretoria sia stata in grado di costruire, progressivamente, una lettura orientata alla tutela dei diritti. Di qui la rilevante operazione di “europeizzazione” di principi e valori, secondo meccanismi funzionali che hanno condotto alla flessibilità dell’integrazione, mediante un non sempre agevole contemperamento tra interessi economici e non (p. 89).

Il sesto capitolo, infine, si concentra sugli aiuti di stato, cercando le intersezioni tra il divieto imposto dal diritto dell’Unione e le esigenze sociali potenzialmente compromesse da una eccessiva rigidità applicativa. A partire dall’analisi dei “criteri *Altmark*” e dalla – non sempre coerente – giurisprudenza successiva, sono trattati i pacchetti *Monti* e *Almunia*, volti a conferire un quadro giuridico più preciso, anche in ordine all’aspetto procedurale, che traccia il discrimine tra aiuto di stato e criterio di compensazione (definito un aspetto “scottante”: p. 93). La trattazione conduce a ritenere il pacchetto *Almunia*, al contempo, più stringente e più flessibile: quest’ultimo carattere è dato dall’aumento del numero delle situazioni esentate dalla notifica da parte degli Stati; la sua natura più stringente, invece, dalla riduzione del numero dai casi in cui gli aiuti siano ritenuti legittimi *ex ante*. Nel complesso, emerge la progressiva riduzione della discrezionalità degli Stati, il rilievo della disciplina sugli appalti pubblici, la formazione di una gerarchia dei criteri (p. 100), l’evoluzione di verso una fase definita “*post-Almunia*”. L’esame si sposta, quindi, sui servizi di interesse sociale e sanitario, che richiedono una risposta più flessibile in ordine al loro finanziamento. Attenzione viene posta alla pandemia da Covid-19 e ai suoi effetti, con l’introduzione di un ‘quadro temporaneo’ che si è reso necessario per affrontare le enormi problematiche sollevate a partire dal 2020 e la conseguente risposta istituzionale (l’Autore ricorda come, già nel maggio 2021, fossero state accordate 530 misure di aiuti di Stato da parte della Commissione: p. 110). Tutto questo dovrebbe essere uno stimolo a riflettere in profondità sui meccanismi basilari dell’integrazione e sulla necessità di sottolineare l’importanza dei servizi di interesse economico generale.

L’ultima parte è dedicata a delineare alcune conclusioni, di cui si dirà a breve.

Il volume, nel suo insieme, si presta a diversi livelli di analisi, mostrando molti pregi. Primo, la coerenza logica dell’impostazione. Il superamento della concezione meramente “mercantilista” non è una affermazione di principio, o una posizione “ideologica” (termine molto in voga in questi anni, peraltro con accezione riduttiva, semplicistica e concettualmente sbagliata); al contrario, l’Autore dimostra, con norme e giurisprudenza alla mano, di saper trovare i legami sociali che sono alla base della creazione di questa figura giuridica, i suoi risvolti poliedrici, il contatto diretto con il funzionamento e

l'organizzazione sociale. Va riconosciuta, dunque, la forza con cui il pensiero permea le pagine del volume: non secondo una dimensione di mera attualità o di correnti dominanti, ma andando più a fondo, sondando la tenuta degli istituti e offrendo, più in generale, una prospettiva storica per comprenderli.

Secondo, l'argomentazione giuridica non è mai fine a sé stessa. Parte da premesse chiare e si sviluppa mantenendo un rigore sostanziale; offre una soluzione, cerca una via di uscita anche laddove sembrerebbe profilarsi un'aporia. La premessa della ricerca condotta è essa stessa una sfida: come più volte ricordato, è la coniugazione dell'equilibrio sociale con i meccanismi puri del mercato. Una sfida di grande momento, che impegna filosofi, economisti, politici e giuristi ormai da diversi decenni: l'Autore sa introdursi nel dibattito con un armamentario concettuale e tecnico che gli consente di far sentire la propria voce, e – mi auguro sinceramente – di lasciare il segno verso la ricerca di un maggior equilibrio. In questo senso, il sapere riversato nell'inchiostro delle pagine restituisce la funzione del giurista all'interno della società, come costruttore sociale in grado di dialogare in modo aperto con le diverse istanze sociali; e di farlo preservando la sua specificità, vale a dire ancorando a punti fermi, scientifici e obiettivi (per quanto sia possibile parlare di "obiettività") i "fini liberi" della politica e della sua agenda. Il diritto – nella sua accezione più ampia – emerge come lo strumento di regolazione di fenomeni in costante cambiamento: un'analisi strutturale, di cui il volume è portatore, induce a riflettere in modo rigoroso sulla sua funzione di fronte alle esigenze e alle domande di giustizia sociale. Anche temi apparentemente minori, come l'uso dei regolamenti, costituiscono un'occasione per inquadrare la ripartizione dei poteri e la capacità di offrire risposte adeguate a una società in evoluzione. Nel caso di specie, vale per le politiche della Commissione europea e, ancor prima, per il modo in cui quest'ultima esercita le proprie competenze, ponendosi come propulsore del processo di integrazione o, talvolta, come mediatore tra interessi contrapposti (momento in cui mostra una capacità innovativa, per non dire un coraggio istituzionale, minore).

Terzo, le conclusioni rassegnate – cui si è solo accennato – chiudono perfettamente il percorso in cui si è avventurato il lettore e offrono un bagaglio concettuale utile a controbattere gli argomenti di chi vuole minare il futuro del percorso comune europeo. Potrebbe sembrare una *nuance*, ma non lo è, perché la loro presenza in un volume come questo consente di percepire senza filtri la sintesi delle questioni trattate e di tornare a uno sguardo d'ampia veduta. Quest'ultima concerne il cambio politico-istituzionale, i cambiamenti dell'approccio ai servizi di interesse economico generale, la dinamica normativa e la loro lettura applicativa: l'Autore ci ricorda come l'o-

rientamento istituzionale modifichi l'interpretazione del quadro normativo e le conseguenti decisioni. Il processo, ondulare, è osservabile fino ai nostri giorni, in cui assistiamo a un frequente cambio di rotta. Per non disorientarsi, occorre tornare a elementi essenziali, chiaramente indicati.

L'analisi formale viene allora arricchita – come anticipato in apertura – dalla consapevolezza circa le ricadute sostanziali derivanti da queste oscillazioni. Le pagine finali ricordano sinteticamente al lettore gli interessi sottesi alle scelte istituzionali, all'elaborazione delle politiche, alle modalità di applicazione delle norme (tipico il caso dell'art. 106, par. 2, correlato, come visto, all'art. 102 TFUE), alla genesi dei filoni giurisprudenziali e al loro evolversi. Testimoniando la natura viva della materia, si delinea una consapevolezza maggiore, che sa guardare alla costruzione dell'Europa in un'ottica costruttiva (e di speranza, si potrebbe aggiungere): alla sua base l'Autore pone, quale prima pietra, una dinamica sociale di mercato, propulsore di sviluppo, bilanciata tra le contrapposte visioni, strumento di equilibrio tra gli interessi. Così facendo, traccia una prospettiva futura e frena, al contempo, le torsioni distruttive di euroscettici e sovranisti. Il volume risponde loro con coraggio e sapienza, mostrando ancora una volta quanto alcune voci critiche abbiano capacità attrattiva solo fin quando non ci si immerge nella complessità del reale.

Quarto, l'opera mostra il pregio della vocazione internazionale e l'apertura agli studiosi stranieri. È un volume in inglese, che consente, quindi, il dibattito con altri Paesi. Uno sforzo encomiabile, che preclude steccati immaginari – che però possono divenire reali – e che dovremmo raccogliere in molti. Una scelta perfettamente in linea con il percorso accademico dell'Autore: dalla formazione in istituti e università europee alla ricerca all'estero, dalla costante attenzione ai rapporti con accademici esteri alle iniziative al di là dei confini nazionali.

In conclusione, il Prof. Daniele Gallo mostra di saper aprire ancora una volta vie di fuga ariose, di addossarsi l'onere di ricercare una soluzione realistica a problemi complessi, per rispondere a domande concretissime e a esigenze legate a interessi meta-individuali. Il lavoro è, in questo senso, la dimostrazione di saper praticare un'analisi scientifica e, al contempo, di saper e voler prendere posizione. Le letture offerte, come già scritto, non sono neutrali e distaccate, ma entrano nel cuore dei problemi reali e conducono il lettore a seguire il profondo pensiero che le permea e ad elaborare un pensiero proprio.

Se della profonda conoscenza della materia da parte dell'Autore avevamo già una prova diretta e lampante, con il corposissimo lavoro del 2010, il volume odierno prosegue la crescita intellettuale avviata e, con uno sforzo

bruno carotti

notevole, ci lascia l'idea di un testo aperto: pone le basi per una costante attenzione al tema e al suo futuro, che, come ci viene mostrato, è politico e sociale, prima ancora che giuridico.

Bruno Carotti

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ENRICO CARLONI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Perugia

BRUNO CAROTTI è Professore a contratto di Diritto dell'amministrazione digitale interna e internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma

CHIARA DI PIETRO è collaboratrice amministrativa presso l'ufficio di Trasferimento Tecnologico (TTO) presso l'IRCCS di Reggio Emilia

ANGELO LALLI è Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza

FIRENZO LIGUORI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli

FRANCESCO LIGUORI è Dottorando di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma La Sapienza

CAMILLA RAMOTTI è Dottoranda di ricerca in Law and Social Change: The Challenges of Transnational Regulation, curriculum diritto amministrativo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre

ALDO SANDULLI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma

GABRIELE TORELLI è Ricercatore a tempo determinato di tipo "B" di Diritto amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia

SIMONE TORRICELLI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze

FEDERICO VALENTINI è Ricercatore a tempo determinato di tipo "A" di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Teramo.

ELISA VALERIANI è Professoressa aggregata di Economia e diritto dei contratti pubblici presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

DARIO ZANELLI è Dottorando di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna

Finito di stampare nel mese di novembre 2023
dalla *Grafica elettronica* – Napoli