Sommario

Munus 3/2024
issn 2240-4732
doi 10.26321/munus/3_2024

Editoriale

Fulvio Cortese, *Che cosa succede in città?* v

Saggi

Christian Iaione e Mario Manna, *Le società a partecipazione pubblica come custodi dei beni comuni?* 725

Emanuele Guarna Assanti, *Il principio della fiducia nell'equilibrio normativo stabilito dal nuovo Codice dei contratti pubblici: profili critici* 767

Lucrezia Corradetti, *La cooperazione tra pubbliche amministrazioni come alternativa alle procedure ad evidenza pubblica* 807

Giovanni Botto, *PNRR e prevenzione amministrativa antimafia: uno sguardo prospettico* 843

Giovanni Mulazzani, *La* governance *multilivello nell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza dopo la revisione: il ruolo dello Stato nell'"amministrazione disaggregata"* 877

Articoli

Andrea Capurso, *L'autorizzazione amministrativa all'iniziativa economica privata sulla Luna* 931

Edoardo Scelsi, *Il governo della spesa dei dispositivi medici* 965

Nicola Granato, *L'industria del tessile: tra insostenibilità ambientale e alti margini di circolarità* 995

Martina Cardone, *L'interoperabilità nella pubblica amministrazione* 1043

Opinioni

Marco Dugato, *Le società pubbliche tra Stato e mercato a fronte del PNRR* 1071

Stefano Civitarese Matteucci, *Diritto al lavoro e diritto al reddito universale di base. Divagazioni in tema di interpretazione costituzionale* 1079

Recensioni

Maria De Benedetto, Recensione: "*Cura e amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni, di Alessandra Pioggia (il Mulino, 2024)*"..... 1099

Notizie sugli autori 1113

Indice Annuale..... 1115

Rapporto Annata 2024..... 1129

Table of Contents
Munus 3/2024
issn 2240-4732
doi 10.26321/munus/3_2024

Editorial

Fulvio Cortese, *What's going on in the city?* v

Essays

Christian Iaione and Mario Manna, *Publicly owned companies as custodians of commons?* 725

Emanuele Guarna Assanti, *The principle of trust in the regulatory balance established by the new Public Procurement Code: critical aspects* 767

Lucrezia Corradetti, *Cooperation between public administrations as an alternative to public procurements* 807

Giovanni Botto, *NRRP and administrative antimafia prevention: a perspective* 843

Giovanni Mulazzani, *Multi-level governance in the implementation of the National Recovery and Resilience Plan after the review: the role of the state in "unbundled administration"* 877

Articles

Andrea Capurso, *Administrative authorisation for private economic initiative on the Moon* 931

Edoardo Scelsi, *The governance of medical device expenditure* 965

Nicola Granato, *The textile industry: between environmental unsustainability and high circularity margins* 995

Martina Cardone, *Interoperability in the public administration* 1043

Opinions

Marco Dugato, *Publicly owned companies between State and market in the face of the NRRP* 1071

Stefano Civitarese Matteucci, *Right to work and right to universal basic income. Digressions on constitutional interpretation* 1079

Reviews

Maria De Benedetto, *"Cura e amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni, di Alessandra Pioggia (il Mulino, 2024)"* 1099

List of Contributors 1113

Annual Index 1115

Annual report 2024 1129

EDITORIALE

Fulvio Cortese

CHE COSA SUCCEDE IN CITTÀ?*

Cosa succede
Cosa succede in città?
C'è qualche cosa
Qualcosa che non va
Guarda lì, guarda là
Che confusione
Guarda lì, guarda là
Che maleducazione

(V. Rossi, *Cosa succede in città*,
dall'album omonimo, 1985)

1. Negli ultimi anni è naturale, e diffuso, chiedersi che cosa stia succedendo *alla* e *nella* città. Ciò, segnatamente, avviene dismettendo la prospettiva storicamente privilegiata dello studio delle funzioni e dei "corpi" degli enti che se ne occupano, e guardando, invece, a come la città si sviluppa e a quanto essa tenda a configurare, fisiologicamente, sul piano della produzione di specifiche istanze prescrittive.

Esiste, infatti, una sorta di disciplina originale e sopravvenuta, o, meglio, di un modo, ormai in via di consolidamento, eppure ancora disorientante, di definire problemi in parte conosciuti e in parte inediti: è ciò che si avverte chiaramente quando si discute di *diritto della città* (o, preferibilmente, di *diritto delle città*); una locuzione che, per vero, è spesso intesa con intenzioni differenti, e che tuttavia nel discorso giuspubblicistico italiano agglutina, da più di un decennio, una serie di interrogativi, tuttora ricorrenti.

Si tratta, se visti da vicino, degli interrogativi che ruotano attorno ad alcune parole-chiave o a specifiche *espressioni*, a loro volta identificative di

* Il testo che segue riproduce, in formato diverso e senza il relativo apparato di note, l'intervento svolto dall'Autore in occasione del Convegno *Sanità, controlli, collaborazione e autonomie – XXIV Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo* (Università di Torino, 23-25 maggio 2024).

Munus, n. 3, 2024 – issn 2240-4732 – doi 10.26321/munus/3_2024
Editoriale Scientifica srl

fenomeni ben precisi, singolari, eppure tutti accomunati da una localizzazione (non certo esclusiva, ma) preminente, quella, per l'appunto cittadina.

Sussidiarietà orizzontale, cittadinanza attiva e beni comuni urbani; democrazia partecipativa; rigenerazione urbana e riuso; sicurezza urbana; *housing* sociale; periferie; mobilità sostenibile e *climate change mitigation*; locazioni brevi per finalità turistiche; residenza e servizi pubblici locali; monumenti e toponomastica; *smart city*; verde urbano; tutela dei locali storici; comunità energetiche; accesso allo (e gestione dello) spazio pubblico: questo elenco, meramente esemplificativo, racchiude soltanto taluni degli argomenti la cui evocazione opera, nell'ambito del diritto delle città, quale rinvio a corrispondenti *parole d'ordine*; a contenuti che si vogliono paradigmatici di un complessivo flusso trasformativo della vita delle comunità cittadine.

Si noti subito un profilo importante.

Dal punto di vista astratto, la grande maggioranza dei temi da ultimo enumerati è facilmente riconducibile, a stretto rigore, a spezzoni classici del *diritto amministrativo speciale*; dunque, del diritto urbanistico, del diritto degli enti locali, del diritto regionale, del diritto dei beni culturali, del diritto dell'ambiente, del diritto dei servizi pubblici, etc.

Tuttavia, la caratteristica qualificante delle discussioni concrete che si animano al riguardo sta nel fatto che, come si vedrà, l'operazione di riconduzione a schemi e lessici tradizionali viene per lo più rigettata, esplicitamente o implicitamente, dal momento che i protagonisti di quelle stesse discussioni intendono agitarne i rispettivi elementi materiali come *occasioni di forte cambiamento*, vuoi normativo, vuoi amministrativo. È da questo movente che deriva la spinta a veicolare tali discussioni nel quadro di un *autonomo* diritto delle città.

Di più: vi è l'ambizione ad agevolare mutazioni sensibili del diritto amministrativo generale ovvero del diritto pubblico in senso lato: in alcuni casi, vengono in primo piano approcci più moderni a livello, per così dire, strumentale, ma con percepibile ricaduta sul modo stesso di configurare il rapporto tra soggetti privati e poteri pubblici; in altri casi, invece, lo scopo è deliberatamente quello di catalizzare forze capaci di ri-orientare il senso profondo di intere discipline, con attitudine, pertanto, sistematica e con connessa vocazione ri-definitoria.

Già in via preliminare, dunque, occorre essere coscienti che quando si affronta il diritto delle città non solo ci si imbatte – come secondo la più nota delle impostazioni teoriche in materia (Auby) – in arene pratiche e argomentative in cui non si intende ragionare, *sic et simpliciter*, di comuni o città metropolitane, o di infrastrutture, servizi alla persona, trasporti, etc. Ciò di cui bisogna essere consapevoli è che, sia pur dalle prospettive anche molto

eterogenee che sono indotte dalla trattazione di fattispecie altrettanto varie, ci si muove sul crinale della distinzione tra *ordine* e *disordine*; meglio: della critica a un assetto istituzionale determinato e riconoscibile, formulata per il tramite della ricognizione e dell'accompagnamento proattivo di innovazioni prescrittive o sperimentazioni operative, interpretate alla stregua di fattori di rottura e contestuale metamorfosi.

Si può sostenere sin d'ora che elaborare un diritto delle città equivale, oggi, in prima battuta, al duplice tentativo di costruire *dal basso* o un percorso ambizioso di legittimazione alternativa del rapporto tra autorità e libertà (e del governo rappresentativo della cosa pubblica) ovvero un *set* di esperienze generative di modalità amministrative suscettibili di trasmettere efficacemente correzioni puntuali nei processi di attuazione effettiva delle politiche pubbliche. Nell'una come nell'altra ipotesi alla città si guarda in quanto *luogo proteiforme*, connotato da lineamenti cangianti e funzionali, "popolato" da una cittadinanza in transizione costante, la cui fisionomia è parimenti distinta da quella che si è usualmente abituati a categorizzare.

Non va dimenticato, peraltro, che con tali tendenze convivono – sovente con risultati contraddittori o cortocircuitanti – altre correnti del cambiamento cittadino, che in linea di massima possono raggrupparsi sotto l'etichetta di indicazioni *dall'alto*, in quanto tali canalizzate da incentivi o piani o programmi che attribuiscono alla città (e alla cittadinanza) una valenza specifica, quella di costituire la leva irrinunciabile di istanze regolative di dimensione più elevata. Si discute, in altre parole, e pur sempre, di città, perché la si considera l'ecosistema o il laboratorio o la piattaforma più decisivi per realizzare certi obiettivi di scala maggiore.

Anche di questa curvatura occorre tenere conto, non solo perché non sempre coordinata con gli *input* che derivano dal diritto delle città che si promuove in un movimento *bottom-up*, quanto, piuttosto, per la circostanza che essa mette in prima luce l'idea che quella cittadina sia un'arena indispensabile anche per mettere alla prova la tenuta e la capacità di risposta delle *istituzioni di governo* latamente intese, nell'esercizio delle loro competenze, amministrative e normative: ciò perché – e questo aspetto, in realtà, accomuna ogni riflessione contemporanea sulla città, specie dopo la pandemia da Covid-19 – quello cittadino è sia lo spazio privilegiato in cui le persone sono propense a concentrarsi, sia il nucleo d'attenzione da cui nascono anche migrazioni centrifughe e procedimenti di valorizzazione di grandezze del tutto opposte.

2. Assumendo lo sguardo degli studiosi del diritto delle amministrazioni pubbliche, può affermarsi che, in Italia, il diritto delle città, nei tratti

sopra brevemente abbozzati, e specialmente nella sua versione *dal basso*, ha il suo esordio "ufficiale" nel 2014, quando compie i primi passi un progetto pilota del Comune di Bologna, frutto della collaborazione con l'associazione *Labsus-Laboratorio per la sussidiarietà*. Viene, allora, approvato e pubblicato il primo regolamento comunale in tema di cura e rigenerazione di beni comuni urbani; e il relativo testo è subito "offerto" in rete alla consultazione e alla libera adozione da parte di tutte le amministrazioni comunali che intendano intraprendere la medesima strada[1].

È una vicenda esemplare, non solo per la rapida e virale imitazione cui essa dà luogo nell'arco di pochi anni[2], bensì per il metodo seguito e per i contenuti prescrittivi che ne sono derivati.

In quella sede si sono disciplinati *fatti* che, prima di allora, restavano costitutivamente assorbiti nel corpo del consueto circuito politico-amministrativo e delle sue determinazioni, finendo, però, per lasciare insoddisfatti taluni bisogni effettivi della popolazione residente. Si pensi, ad esempio, alla sistemazione dei parchi pubblici e delle attrezzature in essi allestite, alla riparazione di aiuole e marciapiedi, alla pulizia e conservazione di portici privati soggetti ad uso pubblico, alla ritinteggiatura di scuole e asili, alla valorizzazione sociale di aree verdi di proprietà pubblica (orti urbani)[3].

Nella logica delle attribuzioni amministrative, è chiaro che si tratta di attività che orbitano, formalmente e prevalentemente, nella sfera dell'ente pubblico. Ma è altrettanto chiaro che tali attività spesso "si perdono" nella difficoltà di darvi continuità quotidiana, di vigilare in modo proattivo sull'azione dei gestori del servizio pubblico locale di riferimento, di instaurare relazioni giuridicamente formalizzate con i privati interessati oppure, banalmente, di disporre di adeguate risorse economiche. Qui, in buona sostanza, la "città" corrispondente al "Comune" tende a generare, quasi strutturalmente, una serie di "buchi neri", che si frappongono al benessere della "cittadinanza". Sicché è quest'ultima che "pretende" di esprimersi e di essere

[1] Il testo di quel primo regolamento («sulla collaborazione cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani») è consultabile online al seguente indirizzo: www.labsus.org/wp-content/uploads/2014/11/pregolamentoamministrazionecondivisa_new_w03dib.pdf. Per la presentazione del regolamento e dell'iniziativa ad esso collegata si v., sempre online, a questo indirizzo: www.labsus.org/cose-il-regolamento-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/.

[2] In rete è disponibile anche l'elenco delle amministrazioni che hanno, finora, deciso di seguire tale percorso: www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/.

[3] Il censimento periodico delle attività realizzate in applicazione di una siffatta disciplina è svolto dall'associazione *Labsus*, che elabora annualmente un rapporto. I relativi testi sono tutti disponibili online: www.labsus.org/pubblicazioni/.

"riconosciuta" come "alleato" fattivo e, dunque, come costruttrice di prassi relazionali e cooperative altrimenti non previste, perché veicolo di azioni private di massima vietate.

A tale scopo, nei regolamenti del "tipo Bologna"[4], sono state compiute, simultaneamente, molte operazioni: si è data diretta applicazione all'art. 118, comma 4, Cost., valorizzando l'autonomia normativa dell'ente locale nel definire fattispecie e modi in cui favorire l'iniziativa di cittadini, singoli o associati, in attività di realizzazione materiale di *interessi generali* (secondo il principio di sussidiarietà orizzontale); si è data, così, copertura a tutte le esperienze in cui i cittadini si prendono carico direttamente di singole *cose* di cui dovrebbe occuparsi solo l'ente pubblico, e lo si è fatto mediante un'operazione strumentale di *labeling*, etichettando *come* beni comuni urbani tutto ciò che possa rivelarsi idoneo a stimolare la collaborazione sinergica di amministrazione e cittadini; si è coniato un istituto (i c.d. patti di collaborazione) deputato a regolare compiti e responsabilità dei soggetti privati e dell'autorità pubblica; si è anche prevista la ri-organizzazione dell'amministrazione comunale e delle sue attività, in modo tale da internalizzare e raccordare efficacemente i risultati di queste iniziative con le altre politiche locali.

Si può constatare agevolmente che una tale prospettiva non si colloca in un ambito peculiare di studio (come si è precisato, di diritto amministrativo speciale), non avendo in alcun modo l'obiettivo di intercettare, mutandola, la disciplina dei beni pubblici, della pianificazione territoriale o dell'edilizia. Né è implicata, per l'ovvio impedimento del principio di legalità, la revisione della disciplina generale sull'azione amministrativa (la gerarchia delle fonti lo impedisce). Eppure, non si può non osservare che, per il tramite dell'espediente dell'*occasionalità* legata al processo di *labeling*, l'istituzione pubblica si autovincola, optando per modalità d'azione specifiche (i "patti"), ma senza rinunciare alle proprie prerogative (di approvazione e di sintesi) e, soprattutto, creando le condizioni per permettere a discussioni teoriche (di per sé non semplici e, spesso, "divisive", o troppo "vaste", come sono quelle sui beni comuni *tout court* considerati o sulla c.d. amministrazione condivisa o sulla democrazia partecipativa) di trovare margini reali di sperimentazione, verifica e disseminazione. Margini – questo è il punto fondamentale – in cui

[4] *Labsus* ha messo a disposizione, nello specifico, versioni via via più accurate, aggiornate ed elaborate del regolamento (sulla base delle prassi applicative e delle problematicità concrete riscontrate dalle diverse amministrazioni), confermando e perfezionando la strategia *open source* scelta sin dal principio. L'ultima di tali versioni (fornita anche con una traduzione inglese) è disponibile a questo indirizzo: www.labsus.org/2024/06/dieci-anni-dopo-un-nuovo-prototipo-del-regolamento/.

coltivare un modo diverso di essere cittadini e, per ciò solo, un modo diverso di "fare città", semplificando la formazione del "brodo di coltura" (ideale, socio-economico, tecnico-giuridico, politico) cui il legislatore, statale come regionale, potrebbe accedere per promuovere, a sua volta e in maniera sistemica, *best practices* e modelli organizzativi[5].

È passando per l'approfondimento di questi snodi che la dottrina ha cominciato a riconoscere un fenomeno di più ampia portata, originale (ma per taluno anzitutto *originario*: Giglioni, Cavallo Perin, Lauri), foriero di nuove esperienze regolatorie e amministrative, perché idoneo – anche al di là dell'impegno o del "peso" del legislatore – a farsi specchio immediato di una dimensione cittadina che non è incasellabile in principi o regole tradizionali, che si nutre di soluzioni ibride tra diritto pubblico e diritto privato, e che, nonostante ciò, richiede di potersi manifestare a tutti gli effetti, trovando appigli importanti nella fonte costituzionale (il menzionato art. 118, c. 4, Cost.) e impegnandosi nella ri-vitalizzazione dei più classici pubblici poteri.

Attorno al perno di queste esperienze e delle riflessioni che le hanno accompagnate si è sviluppata una letteratura particolarmente attenta a "incamerare" in molti altri contesti gli stimoli provenienti dall'idea, più generale ancora, che si possa, nella città, fare un *nuovo diritto*; anzi, che si possa realizzare, in via pregiudiziale, una *nuova città*, diversa da quella istituzionale, ad essa sovrapposta e con essa variamente collegata: vuoi per rafforzarne o rivederne le basi legittimanti; vuoi per allargarne i confini e le capacità amministrative; o vuoi, viceversa, per rivederne l'azione e l'organizzazione in senso *ulteriormente* democratico.

In proposito è bene sottolineare che, rispetto alle esperienze pilota già ricordate, questo secondo filone del diritto delle città, per un verso, ha ampi collegamenti ideali con il primo, ma s'inizia in un periodo cronologicamente precedente, in coincidenza con gli studi – maturati in sedi di ricerca interdisciplinare – che hanno cercato di razionalizzare la scissione progressiva tra le istituzioni cittadine e il fenomeno urbano, marcando, in questo modo, una sorta di insufficienza o inadeguatezza strutturale dei modelli del governo territoriale locale nella canalizzazione di speciali (o in ogni caso, più avanzate) istanze di regolazione.

Per altro verso, poi, non si può non constatare che è su questa medesima linea che si sono fatti via via più intensi i dibattiti sulle politiche

[5] Alcuni legislatori regionali si sono, per l'appunto, attivati: si v. l.r. Umbria, 6 marzo 2023, n. 2 («Disposizioni in materia di amministrazione condivisa»), e l.r. Emilia-Romagna, 13 aprile 2023, n. 3 («Norme per la promozione ed il sostegno del Terzo Settore, dell'Amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva»). Ma si v. già l.r. Lazio, 26 giugno 2019, n. 10.

europee in materia di città, così come sullo sviluppo della *smart city* quale strumento efficiente per la vita e le attività concrete dei soggetti che operano in città.

Le elaborazioni e le declinazioni di un simile modo di osservare e "rilanciare" la città sono assai diverse, anche se paiono tutte animate da una dinamica convergente, quella tra la reviviscenza della concezione dell'amministrazione (anche cittadina, ma non solo) come *servizio* e la ridefinizione del cittadino in funzione del suo essere (prevalentemente) *utente*.

Dal primo punto di vista, va rammentato anche quanto stabilito dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) in tema "città", in una combinazione organizzativa nella quale gli enti e i rispettivi organi del governo cittadino sono coinvolti, quali soggetti attuatori, anziché quali titolari di una sfera di autonomia, in una peculiare inversione del rapporto politica-amministrazione: le esigenze di risposta a specifici bisogni, valutati come essenziali in una sede extra-cittadina, precedono e condizionano le elaborazioni e le opzioni che possono sortire direttamente dall'interno della sola collettività locale e da chi è titolare, in essa, di poteri di indirizzo.

Sul piano, invece, della visione del cittadino-utente, non si può certo dire che sia prospettiva rivoluzionaria. Ma non v'è dubbio sulla circostanza che, anche per l'effetto di innovazioni di rilievo (come sono quelle, ad esempio, in materia di comunità energetiche), la trasformazione del ruolo della cittadinanza non si limita a facilitare l'emersione di una soggettività amministrativa plurale e cangiante (come è tipico delle cc.dd. cittadinanze amministrative), né si ferma alla verifica sulla programmatica perdita di corrispondenza tra la dimensione del governo rappresentativo territoriale e la dimensione delle organizzazioni relative all'erogazione di servizi pubblici di primaria importanza (com'è, ormai, dagli anni Novanta del Secolo scorso, quella del servizio idrico). Questa nuova forma di cittadinanza, infatti, ambisce all'affermazione di un nuovo grado di "sovranità", nella cui sfera produrre effetti o creare formule aggregative (comunità contrattuali, imprese comunitarie, start-up a vocazione sociale, fondazioni di comunità, *Community Land Trusts*, iniziative di *civic crowfunding*, etc.) che la collettività e le autorità a quest'ultima collegate (e legittimate, secondo il circuito politico-rappresentativo) dovrebbero riconoscere, accogliere e coordinare nel modo migliore.

Ciò che può colpire, al riguardo, è proprio la sensazione di *disordine* cui si è accennato. Essendo chiaro che con il rinvio a questa nozione non si vuole intendere (solamente) la proliferazione di luoghi (più o meno "grandi") di regolazione specifica e strumentale, e di per sé sfuggenti rispetto alla cornice istituzionale di riferimento e al potere degli organi di governo che la conducono. Si vuole enfatizzare l'idea di una domanda trasversale di

neo-istituzionalizzazione, che – secondo impostazione del tutto conosciuta e basilare – proviene dalla crescita di interessi determinati e, sulla base di quelli, attende una risposta organizzativa, non trovandola nell'*ordine* esistente.

In verità, questa traiettoria non dovrebbe stupire, perché insita nel dispositivo della città medesima, da intendere, con Max Weber, quale idealtipo del potere non legittimo, ovvero come perenne esperimento di una mutazione che mette continuativamente in discussione ogni assetto predefinito alla ricerca di un nuovo equilibrio, oggi apertamente de-territorializzato, ossia non più "risolto" nella posizione previa di una delimitazione istituzionale.

3. La veloce rassegna su alcune delle principali ispirazioni delle manifestazioni del nuovo diritto delle città permette di isolare l'esistenza di aspetti problematici comuni, che a loro volta aiutano a individuare anche *altri* fenomeni tipicamente cittadini, non necessariamente coerenti, eppure, a ben vedere, particolarmente in sintonia con le *agitazioni* che quel nuovo diritto sembra favorire o assecondare.

Un primo, rilevante, profilo trasversale è dato da una sorta di invasiva *logica progettuale*, sia sul versante della comunità attiva – che dev'essere in grado di proporre soluzioni o accomodamenti gestionali in ipotesi alternativi rispetto a quelli esistenti nella prassi, ma pur sempre rispondenti ai limiti di quanto è consentito per legge all'amministrazione – sia sul versante degli enti territorialmente competenti – che non possono più "contare", se così si può dire, sulla capacità onnicomprensiva e totalizzante del proprio circuito politico-rappresentativo, ma sono costretti a dialogare intensamente e continuativamente con la base sociale di riferimento, ma anche con livelli di governo impegnati ad occuparsi di specifici "servizi" e delle "urgenze" sistemiche a quelli collegate.

Plasticità, da una parte, e *responsabilità*, dall'altra, sono le due forze motrici idonee a polarizzare entrambi i versanti di questa logica progettuale: laddove per plasticità si deve alludere alla capacità degli interlocutori, privati come pubblici, di negoziare traguardi, tempi, obbligazioni reciproche, in funzione di una soluzione *tailor-made*, fondata sulla prevalenza del problema amministrativo da risolvere (dunque, della "natura della cosa"); e per responsabilità si deve pensare al fatto che quella politica non è più sufficiente, ma si accompagna a proiezioni di più aperta e trasparente *accountability* nonché di altrettanto (e più) diffusa *liability*, con un'estensione (a quest'ultimo riguardo) che ricomprende sia i soggetti pubblici sia quelli privati.

Si è accennato, in proposito, al dato della potenziale inversione del rapporto tra politica e amministrazione (sia nel senso di una forte domanda dal basso, come si è detto; sia nel senso di una parimenti forte domanda dall'alto,

a favore di un piano politico-amministrativo differente), con tutto ciò che ne può conseguire in merito allo "svuotamento" del margine decisionale della comunità locale intesa *as a whole*.

È senz'altro, questo, un fattore di disarmonia, se non di esplicita de-legittimazione del sistema democratico locale come espressione di rappresentanza. Anche se è necessario evidenziare che simile disarmonia può funzionare altrettanto bene come fattore di *ri-posizionamento*, e dunque di rilancio, del livello "di governo" propriamente detto. Nel senso che i "decisori" democraticamente legittimati non sono meno forti ove se ne rimarchi il dovere di essere *imparziali* a tutto tondo, e, di conseguenza, di internalizzare in maniera propositiva anche gli interessi – e le aspirazioni ad una maggiore *qualità* della vita cittadina – di coloro che, semplicemente, prospettino azioni pur sempre rivolte al "bene comune" (ovvero, utilizzando il lessico di cui all'art. 118 Cost., all'*interesse generale*). In questo modo lo spazio di quei "decisori" non è più ristretto, ma è vieppiù *elevato di grado*, dovendosi esprimere, inevitabilmente, in termini cooperativi e strategici, il che vuol dire di *più lungo periodo*. Lungi dal comportare un arretramento della politica e del discorso democratico, ciò ne favorisce, anzi, un potenziale rafforzamento.

Altro profilo critico, che merita una meditazione, quanto meno ai fini di una maggiore consapevolezza, consiste nel fatto che operare in modo cooperativo e strategico, lasciando spazio a *contesti operativi funzionali* più o meno grandi, a seconda delle fattispecie, implica agire, in un certo senso, fuori dai confini o, meglio, fuori dai ruoli preassegnati.

In altri termini, le progettualità che emergono nel contesto cittadino non chiamano in gioco solo *organi* amministrativi e *destinatari* di funzioni (poteri) e prestazioni; le progettualità di cui si discute nel nuovo diritto delle città possono avere come protagonisti sostanziali anche soggetti privati e possono affidare compiti precisi, su cui attivare forme di controllo *ad hoc*, anche ai soggetti pubblici di volta in volta coinvolti.

Si badi che in questo modo non si replica, semplicemente, il fenomeno, storicamente affermato e studiatissimo, dell'urbanistica contrattata, dove ai privati è dato, in effetti, un ruolo per definizione determinante. Lo scenario che si prefigura è quello di una negoziazione o di un partenariato molto più diffusi, che pur potendosi sostenere anche sulla base di specifici incentivi, secondo uno schema di reciprocità immediata, o circostanziata, può, se non deve, fondarsi – quasi alla maniera delle attività di regolazione strettamente intese – su un quadro più ampio di pianificate (e, come si è avvertito, responsabili) *autolimitazioni*, nel quale al ritrarsi di talune prerogative se ne intensificano altre. Ciò a patto, naturalmente, di ammettere che queste autolimitazioni possono riguardare, se del caso in modo anche accentuato, pure

la dimensione dell'iniziativa privata e/o del mercato e (allo stesso modo) quella di poteri pubblici posti in necessario dialogo con altri poteri pubblici. Due semplici esempi possono supportare l'argomento.

Da un lato, si pensi alle grandi questioni correlate al numero crescente, in specifici contesti cittadini, delle locazioni brevi ad uso turistico come delle tante altre fattispecie di *sharing economy*, assai diffuse a livello urbano.

In tema, non si può non immaginare che nella cornice di quei contesti sia del tutto legittimo veicolare le spontanee tendenze dei proprietari degli immobili come dei singoli cittadini verso finalità di maggiore utilità sociale, purché una tale operazione avvenga nel quadro, a medio-lungo termine, di uno sviluppo strategico complessivo e condiviso, e attribuendo valore, anche sul piano del condizionamento decisionale, a chi *vive concretamente* le attività cittadine di cui si tratta. L'opzione in parola rappresenta un orizzonte quanto mai irrinunciabile, perché l'unico limite all'affermarsi quasi inarrestabile di soluzioni gestionali del tutto eteronome (*i.e.* governate più dall'economia che dal diritto) è creare per la cittadinanza margini concretamente afferrabili di *buona amministrazione*, garantendo in tal modo un accesso effettivo alla città e al godimento dei diritti di chi la anima.

Dall'altro lato, poi, si pensi alle – sempre varie – contese sullo spazio pubblico, sulla toponomastica o su statue e monumenti.

Non è, questo, un fatto di sola maggioranza politica, né è, esclusivamente, un fatto di pura competenza tecnica (sicché al ritrarsi della prima dovrebbe dominare solo la seconda); è, piuttosto, un fatto da "governare", da "gestire" in processi partecipati in cui la comunità concreta possa interagire, se del caso sulla base delle opinioni qualificate delle autorità preposte alla tutela di specifiche categorie di beni e nell'ottica di una progettualità sinergica. Il più delle volte, in simili frangenti, non si tratta di obbedire alla scelta secca cancellare/abbattere/rinominare o confermare/riaffermare/rilanciare: si tratta, spesso, di *riqualificare/spostare/contestualizzare*.

È facilmente comprensibile che – come dimostrano i due esempi ora riferiti – il motore di questo nuovo modo di amministrare, senz'altro più complesso e articolato, richiede expertise peculiari, saperi adeguati e una comune cultura di trasparenza e comunicazione, sia da parte degli amministratori pubblici, sia da parte della società civile organizzata. Più di tutto, però, questo tipo di approccio esige disponibilità a intraprendere un percorso incrementale di *apprendimento*, che non si basa (non si può più basare) sull'adozione di soluzioni *a-priori* e auto-esplicative, caratteristiche di ogni teoria moderna sull'*institution building*, bensì si alimenta di (molteplici, ripetute e varie) situazioni di messa alla prova, perfezionamento progressivo e riconoscimento reciproco.

Vi è, infine, un altro elemento che esige di essere preso in considerazione e valutato, ed è costituito dal meccanismo di "vasi comunicanti", che si crea allorché di diritto delle città tende progressivamente ad allontanare la sfera del governo concreto della quotidianità urbana dalla sfera del politicamente dominabile. Di questo rischio (che, tuttavia, è anche opportunità), in generale, si è già detto. Va aggiunto, ora, che, se le istituzioni locali che si occupano della città non riescono più a garantire alla maggioranza democratica che le legittima una espressione visibile, esse tenderanno ad occupare in modo più forte altri ambiti; e che un tale movimento può essere anche incentivato da altri livelli di governo. Il caso della sicurezza urbana è, forse, quello più lampante, dal momento che, nella disciplina normativa, si può verificare agevolmente la crescita progressiva del ruolo del Sindaco, anche sul piano regolatorio. D'altra parte, in materia, l'integrazione (o la condivisione), più che tra potere pubblico e società civile, si ha specialmente tra poteri pubblici diversi: a conferma, certo, che quest'ultimo tipo di integrazione è del tutto possibile (e che dunque si può individuare un *interesse generale* prodotto, in concreto, dalla convergenza di interessi pubblici amministrati da soggetti diversi); ma anche della circostanza che le funzioni del governo cittadino tendono a intensificarsi e a specializzarsi nei settori in cui gli organi politici non hanno ancora perduto la "presa" sui rispettivi servizi e funzioni, con la conseguenza che quegli stessi settori aspirano, quasi inevitabilmente, ad "allargarsi", permeando di sé – discutibilmente – buona parte dello spazio pubblico.

4. Se c'è una conclusione per il quadro finora illustrato, essa non può che essere collegata alla ricognizione del carattere ormai strutturalmente variabile della dimensione e dell'esperienza cittadine e delle molteplici discipline in cui si esprimono e da cui sono condizionate, e così, di conseguenza, alle questioni relative all'individuazione delle competenze *sulle* città medesime.

Lo stato dell'arte è contrassegnato da un vistoso *disallineamento*.

Da un lato, si è constatato che vi sono istanze di regolazione e gestione amministrativa che nascono dal basso e che, come tali, pur auto-promuovendosi in modo quasi seriale e ambendo, per tali vie, a un riconoscimento di più ampia portata (da parte del legislatore statale e/o regionale), trovano un margine di espressione originale nella valorizzazione dell'autonomia locale strettamente intesa, e dunque del potere regolamentare che è attribuito ai Comuni e che viene, però, declinato nel senso dell'affermazione di un'autonomia normativa generale e presupposta (indipendente, cioè, da un conferimento legislativo specifico).

Si tratta sicuramente di uno spazio disciplinare che merita di essere conservato e opportunamente coltivato: perché può raccogliere al meglio i bisogni della popolazione più prossima alle fattispecie da affrontare; perché può permettere anche un coordinamento con le altre fonti locali; e perché può adattarsi a realtà cittadine della più diversa grandezza (il punto non va sottovalutato, giacché, come è noto, in Italia – nonostante i forti "inviti" alla fusione o alle gestioni associate che si sono susseguiti negli ultimi quindici anni – esistono ancora 7.896 comuni, dei quali solo 44 hanno una popolazione superiore alle 100.000 unità).

Al contempo, però, occorre segnalare che il pur lodevole intervento del legislatore statale, come di quello regionale, in ambiti materiali vicini, se non quasi o integralmente sovrapponibili, rispetto a quelli affrontati dai regolamenti comunali sulla manutenzione, cura e rigenerazione dei beni comuni urbani ha in parte bloccato le potenzialità espressive dell'autonomia sperimentata a livello territoriale, finendo per ricondurre molte situazioni concrete a logiche prescrittive non sempre coincidenti con quelle originarie.

Più in generale, del resto, continua a sussistere la reiterata, e tradizionale, "difficoltà" dello Stato ad ammettere una più ampia differenziazione locale, anche sul piano organizzativo: un traguardo, questo, che neppure la conclamata autonomia statutaria è riuscita a realizzare; e che è, per così dire, aggravato – con l'eccezione di quanto, invece, possibile, almeno parzialmente, nel contesto delle autonomie speciali – dall'assenza in capo alle regioni del potere di disciplinare l'ordinamento degli enti locali.

Esiste, poi, un altro problema, non meno rilevante. Visto che sussistono, all'opposto rispetto alla tendenza da ultimo segnalata, ipotesi in cui non è per nulla irrazionale che il legislatore (statale e/o regionale) si occupi direttamente di taluni fenomeni cittadini. Sia perché vi sono fattispecie che fuoriescono in modo vistoso dai confini territoriali degli enti locali, e ciò anche per quanto concerne l'esercizio di classiche funzioni amministrative (si pensi, in via meramente esemplificativa, alle forti istanze di pianificazione che sono correlate alla localizzazione e allo sviluppo degli snodi e dei magazzini della grande logistica, oppure alla riqualificazione urbana di aree industriali o commerciali dismesse, dislocate sul territorio di più comuni, eppure gravitanti nell'orbita "economica" di un centro cittadino più grande). Sia perché vi sono (altre) fattispecie (si pensi ai centri storici delle grandi città turistiche) che meriterebbero una legislazione speciale o singolare, dinanzi alla quale l'ordinario riparto delle potestà normative potrebbe anche cedere a favore di un'intensificazione del protagonismo di un certo tipo di fonte (statale e/o regionale).

Per quanto il primo profilo potrebbe essere in parte risolto mediante

un più frequente ricorso a formule negoziali di accordo tra amministrazioni diverse (*ex* art. 15, l. n. 241/1990), il secondo aspetto, viceversa, richiederebbe, specie nei riguardi di alcune grandi aree metropolitane, un'azione normativa capace non solo di riconoscere l'importanza del rispettivo spazio cittadino (così è già avvenuto con l'istituzione delle città metropolitane), ma anche di "uscire" dall'approccio "di omogenea entificazione" e favorire, invece, sul modello della legislazione speciale per Venezia, differenziazioni disciplinari più intense (il che significa, in buona sostanza, permettere che alcuni spazi metropolitani abbiano una dotazione di poteri volta per volta distinti).

Vi sono, peraltro, due "tensioni" che si fronteggiano.

Una è in qualche senso *naturalmente evolutiva*, perché prende atto del mutamento del livello di alcuni interessi, che finiscono per essere confinabili, sul piano della normazione, solo in maniera assai artificiosa, e che, dunque, possono stimolare spostamenti, anche sul piano del ruolo dei legislatori (e di quello regionale *in primis*), verso modelli di federalismo d'esecuzione.

Altra tensione, invece, è più delicata, perché corrisponde all'*assolutizzazione del diritto cittadino auto-prodotto*, secondo proiezioni che, allo stato, pur se rese più afferrabili in ragione dei progressi della scienza e della tecnologia, possono parere (anzi, lo sono esplicitamente) del tutto utopistiche e che, per vero, l'assenza di risposte pronte e soddisfacenti alle trasformazioni urbane, in uno con il peso sempre maggiore del mercato, può indicare, anche nel discorso pubblico e politico, come obiettivo preferibile, se non addirittura virtuoso.

Le due tensioni, in ultima istanza "opposte", vedono al centro proprio tutto ciò che sta accadendo nelle città: riconoscerne meglio il *nuovo diritto* è il primo passo per cercare una composizione costruttiva ed evitare strappi dalle conseguenze imprevedibili e disaggreganti.

Bibliografia

Aa.Vv., *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, a cura di C. Buzzacchi e P. Costa, F. Pizzolato, Milano, Giuffrè, 2019.

Aa.Vv., *La Co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Napoli, Jovene, 2019.

Aa.Vv., *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, a cura di F. Corvaja, F. Pizzolato e A. Scalone, Torino, Giappichelli, 2019.

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 città oltre lo Stato*, a cura di F. Pizzolato, G. Rivosecchi, A. Scalone, Torino, Giappichelli, 2022.

Aa.Vv., *La sicurezza urbana: attuazioni e prospettive. La situazione in Italia a confronto con le esperienze francese e spagnola*, a cura di P. Vipiana, Torino, Giappichelli, 2024

Aa.Vv., *Utopia Giudecca*, a cura di C. Poli, Conegliano (TV), anteferma, 2024.

R.A. Albanese e E. Michelazzo, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, con introduzione di A. Quarta e saggi di U. Mattei e R. Cavallo Perin, Torino, Lexis, 2020.

A. Algostino, *Sicurezza urbana e conflitto. L'ostracismo sociale e politico della città neoliberista e la città futura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 261 ss.

G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

J.B. Auby, *Droit de la ville. Du functionnement juridique des villes au droit de la ville*, Paris, LexisNexis, 2013.

M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, n. 5, 559 ss.

M. Brocca, *La selva nella città: stato dell'arte e panorama giuridico*, in *Sylva. Città, nature, avamposti*, a cura di S. Marini e V. Moschetti, Milano, Mimesis, 2021, 74 ss.

G. Calderoni, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon-Rivista di arti e diritto* on line, 2016, n. 2.

M. Cammelli, *Governo delle città: profili istituzionali*, in *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di G. Dematteis, Venezia, Marsilio, 2011, 335 ss.

M. Cacciari, *La città*, Villa Verrucchio (RN), Pazzini, 2004

R. Cavallo Perin, *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2019, n. 2, 365 ss.

E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio e F. Giglioni, Bologna, il Mulino, 2017, 15 ss.

F. Cortese, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, n. 2, 5 ss.

F. Cortese, *Il nuovo diritto delle città: alla ricerca di un legittimo spazio operativo*, in *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, Mimesis, 2020, 79 ss.

F. Cortese, *Nuovi principi costituzionali e ridefinizione progettuale dello spazio operativo degli enti territoriali*, in questa *Rivista*, 2021, n. 2, V ss.

F. Cortese, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, n. 1, 361 ss.

C. Donolo, *Su ponti leggermente costruiti. Considerazioni intermedie su menti e istituzioni*, Milano, FrancoAngeli, 2021.

P. Duret, Status activae civitatis. *Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel* community empowerment, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023.

M. Falcone, *Le politiche europee per le città: agenda urbana e "aree interne"*, in *Diritto delle autonomie territoriali*^{2}, a cura di E. Carloni e F. Cortese, Wolters Kluwer, Milano, 2024, 247 ss.

M.V. Ferroni, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 2017, n. 3.

S.R. Foster e C. Iaione, *Co-Cities: Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, Cambridge (MA), The MIT Press, 2022.

L. Giani, G. Iacovone e A. Iacopino, *"Commoning" e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Dir. soc.*, 2022, 643 ss.

F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, n. 2, 271 ss.

F. Giglioni, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, n. 1, 46 ss.

F. Giglioni, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il Comune*, in *Diritto delle autonomie territoriali*^{2}, a cura di E. Carloni e F. Cortese, Milano, Wolters Kluwer, 2024, 277 ss.

A. Giusti, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in R.A. Albanese, E. Michelazzo e A. Quarta, *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive Atti del convegno di Torino, 27-28 febbraio 2019*, Torino, Università di Torino, 2020, 19 ss.

E. Guarnieri, *Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell'insieme*, in *federalismi.it*, 2022, n. 16.

C. Iaione, *The right to the Co-city*, in *Italian Journal of Public Law*, 2017, n. 1.

C. Iaione e L. Kappler, *Governing for the extreme self-sustaining diverse co-cities for just adaption*, in *Riv. giur. edil.*, 2023, n. 2, 373 ss.

G.M. Labriola, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, n. 1, 5 ss.

C. Lauri, *L'ordinamento giuridico della smart city. Sovranità e autonomie urbane*, Napoli, Jovene, 2023

H. Lefebvre, *Le droit à la ville*, Éditions Anthropos, Paris, 1968, ed. it. *Il diritto alla città*, Verona, Ombre Corte, 2014

U. Mattei, *Una nuova stagione nel governo dei beni comuni. Una bozza di lavoro oltre i patti di condivisione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2017, n. 2, 87 ss.

G. Menegus, *Appunti per un governo della città turistica*, in *Italian Papers on Federalism*, 2024, n. 1, 79 ss.

T. Montanari, *Le statue giuste*, Roma-Bari, Laterza, 2024

B. Niessen, *Abitare il vortice. Come le città hanno perduto il senso e come fare per ritrovarlo*, Torino, Utet, 2023

C. Olmo, *Città e democrazia. Per una critica delle parole e delle cose*, Roma, Donzelli, 2018

L. Parola, *Giù i monumenti? Una questione aperta*, Torino, Einaudi, 2022.
M.C. Romano, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, Jovene, 2012.
F. Saitta, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, 2020, n. 2, 53 ss.
C. Salati, *Città e sussidiarietà orizzontale: orientamenti dottrinali dal caso italiano per l'Unione Europea*, in *Italian Papers On Federalism*, 2024, n. 1, 46 ss.
A. Scaglia, *Max Weber e la città democratica. Idealtipo del potere non legittimo*, Roma, Carocci, 2007.
E. Tatì, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, Milano, Franco-Angeli, 2020.

SAGGI

Christian Iaione – Mario Manna

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA COME CUSTODI DEI BENI COMUNI?

Sommario: 1. Interesse sociale e beni comuni. – 2. L'eterno dibattito sull'interesse sociale e il ruolo delle crisi come acceleratore del cammino verso il "corporate purpose". – 3. Appunti per un modello di "*commons-oriented corporate governance*". – 4. La "*commons-oriented corporate governance*" nel flusso normativo europeo: EU Taxonomy, CSRD, CSDDD. – 5. Casi di studio. – 6. Le società a partecipazione pubblica come "stewards of the commons"?.

1. Interesse sociale e beni comuni

Il principio dello sviluppo sostenibile[1] impone un radicale ripensamento del ruolo e degli obiettivi del mercato e, più in generale, delle attività economiche.

[1] Sebbene il presente lavoro sia il frutto di riflessioni comuni i paragrafi 1, 3 e 6 sono attribuibili a Christian Iaione; i paragrafi 2, 4 e 5 a Mario Manna. Gli autori desiderano ringraziare Ludovica Fabrizi, Marijana Krstic e Maria Elisabetta Realdon per il supporto nelle attività di ricerca scientifica ed empirica.

Come rilevato da S. Quadri, *Business e Finanza Sostenibile: non solo green,* in *Sostenibilità e mercato finanziario. Questioni aperte e profili comparati*, a cura di E. Corapi, Milano, Wolters Kluwer, 2023, 34. Il concetto di sviluppo sostenibile ha trovato una prima definizione nel Rapporto Bruntland stilato nell'ambito della Commissione Mondiale su Ambiente e sviluppo composta da rappresentanze di 21 Stati ed insediata nel 1983 su mandato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Secondo il rapporto è sostenibile «uno sviluppo che soddisfi i bisogni delle generazione presente senza compromettere la capacità di quelle future di soddisfare le proprie necessità» (World Commission on Environment and Development – WCED, Bruntland Report, *Our Common Future,* Oxford, 1987). Il significato del principio si è ulteriormente arricchito con la Conferenza di Rio de Janeiro sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992; il Vertice Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile di Johannesburg del 2002; la Conferenza sullo sviluppo sostenibile del 2012 'Rio + 20'; il Summit sullo sviluppo sostenibile di New York del 2015, nel quale è stata approvata l'Agenda che contiene gli obiettivi di sviluppo sostenibile al 2030 (i c.d. *SDGs – Sustainable Development Goals*). Per una ricognizione delle origini del principio dello sviluppo sostenibile si veda per tutti: F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, n. 1-2, 15 ss.

In particolare, la conformità al principio dello sviluppo sostenibile implica che gli investimenti siano mirati verso aziende, prodotti e servizi che perseguano l'obiettivo di migliorare le condizioni economiche e sociali della collettività, generando contemporaneamente un impatto ambientale positivo: in definitiva, che siano orientati verso il raggiungimento del bene comune[2].

Sia nel contesto italiano che in quello unionale sono presenti numerosi riflessi normativi del menzionato principio. In Italia rileva la modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione introdotta con la legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022. Segnatamente, con la modifica dell'art. 9 sono stati introdotti tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Quanto all'art. 41 della Costituzione, la nuova formulazione ha modificato in primo luogo il secondo comma aggiungendo alla previgente previsione – in base alla quale l'iniziativa economica privata è libera e non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana – l'ulteriore vincolo che essa non possa svolgersi in modo tale da recare danno alla salute e all'ambiente. In secondo luogo, è stata prevista l'aggiunta, al terzo comma, della possibile destinazione e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata anche ai fini ambientali: in base al testo previgente la legge poteva determinare i programmi e i controlli opportuni per indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata verso fini sociali. Con la modifica del 2022 viene aggiunto il riferimento ai fini ambientali accanto a quelli sociali[3].

[2] S. Quadri, *Business e Finanza Sostenibile: non solo green*, cit., 36.

[3] Sulla modifica di tali disposizioni costituzionali si veda, tra gli altri: G. De Muro, *I diritti della Natura*, in *Federalismi.it*, rivista *on-line*, 23 febbraio 2022; G. Grasso, *Appunti per l'audizione informale resa il 4 febbraio 2020 presso la prima Commissione (Affari costituzionali) del Senato della repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi (tutela costituzionale dell'ambiente*), in *Oss. AIC*, 2020, n. 2, 6 ss.; L. Conte*, Ambiente, Paesaggio, Cultura. Il "Lessico" Costituzionale dopo la Riforma*, in *Oss. AIC*, 2023, n. 3, 77 ss.; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1, 2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, n. 1, 7 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it,* 2023, n. 1, 86 ss. Con particolare riguardo alle modifiche che hanno interessato l'art. 41 Cost. cfr. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2021, 3; M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 2, 59; F. Bertelli, *Autonomia negoziale e iniziativa economica privata alla luce delle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost*., in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2023, n. 3, 499; G. Capo, *Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giustizia civile*, 2023, n. 1, 81; F.M. Maffezzoni, *Riflessioni sui "nuovi" limiti ed orientamenti dell'iniziativa economica privata (intorno al "nuovo" art. 41 Cost.)*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 5, 53; M. Milanesi,

D'altro canto, in ambito eurounitario, sono molteplici le iniziative politico-legislative con cui l'UE ha inteso definire obiettivi e regole per la transizione verso un'economia sostenibile. Tra le principali figura senz'altro il *Green Deal* Europeo, il quale consiste in un pacchetto di iniziative strategiche teleologicamente orientate verso la transizione verde, con due obiettivi principali: *i*) il raggiungimento della c.d. neutralità climatica entro il 2050; *ii*) rendere l'economia eurounitaria sostenibile sotto il profilo ambientale.

Da ultimo, l'8 novembre 2024, la Presidente della Commissione Europea Ursula von der Leyen ha annunciato l'intenzione di consolidare gli obblighi di rendicontazione c.d. ESG esistenti e futuri dell'UE in un unico regolamento "*omnibus*", con l'obiettivo di semplificare i requisiti per le imprese. In particolare, l'intenzione è quella di combinare e allineare le prescrizioni spesso sovrapposte contenute nella c.d. Tassonomia Europea di cui al Regolamento UE 2020/852[4], nella direttiva (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (CSRD)[5] e nella direttiva 2024/1760 (UE) sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (CSDDD)[6]. L'annuncio è stato effettuato durante un incontro a Budapest tra i capi di Stato dell'UE e la Commissione Europea, culminato nella "Dichiarazione di Budapest sul Nuovo Patto per la Competitività Europea", che delinea un piano in 12 punti per garantire prosperità economica, sicurezza e resilienza[7]. Sebbene il contenuto e la tempistica della c.d. iniziativa *omnibus* debbano ancora essere definiti[8], essa si inserisce in una più ampia strategia dell'UE

Il ritorno dello Stato programmatore: transizione ecologica, riforma dell'art. 41 Cost. e nuovi modelli d'intervento pubblico. Con una nota sul ruolo di Banca d'Italia, in *ambientediritto.it*, 2023, n. 3, 166; M. Cecchetti, *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla "straordinarietà" delle situazioni di fatto alla "ordinarietà" di un diritto radicalmente nuovo*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 17, 64.

[4] Regolamento (Ue) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

[5] Direttiva (Ue) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

[6] Direttiva (Ue) 2024/1760 Del Parlamento Europeo E Del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

[7] Dichiarazione di Budapest sul Nuovo Patto per la Competitività Europea, 8 novembre 2024, disponibile in italiano sul sito: www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/11/08/the-budapest-declaration/.

[8] Il 27 marzo 2025, il Consiglio ha formalmente adottato la propria posizione sulla direttiva della Commissione denominata "Stop-the-clock" – uno dei pilastri centrali del più ampio Pacchetto Omnibus – posticipando le scadenze di attuazione sia della CSRD sia della

per rafforzare la competitività economica e garantire standard elevati, come indicato nelle "Linee Guida Politiche per la prossima Commissione 2024-2029"[9] e nel recente rapporto "Il Futuro della Competitività Europea" redatto da Mario Draghi[10], oltre che nel cd. Rapporto Letta il quale preconizza la creazione di un "ventottesimo ordinamento" nell'ambito della riforma del mercato interno, quello derivante da un più deciso processo di armonizzazione del diritto societario[11].

In tale contesto, sembra delinearsi un ruolo inedito per le società di capitali, tradizionalmente orientate al perseguimento del profitto, ma oggi sempre più chiamate a bilanciare l'interesse economico con la tutela di interessi sociali e ambientali. La sfida principale per le imprese consiste, dunque, nel coniugare la creazione di valore economico con il rispetto di rigorosi criteri di sostenibilità, superando la tradizionale contrapposizione tra profitto individuale e prosperità collettiva. Questo inevitabilmente implica il tentativo di fare delle società di capitali lo strumento per perseguire una prosperità economica compatibile con la preservazione, la rinnovabilità e il ripristino dei beni comuni[12].

Il presente contributo – all'interno di tale quadro ordinamentale e dogmatico strutturalmente interdisciplinare – partendo da un'analisi dell'annoso dibattito sull'interesse sociale (in inglese *corporate purpose*), si propone

CSDDD. Tale misura mira a concedere agli Stati membri e alle imprese un tempo supplementare per adattarsi al quadro normativo in evoluzione, in linea con gli sforzi più ampi volti ad alleggerire gli oneri di conformità. Il Parlamento europeo ha successivamente approvato la proposta il 3 aprile, attraverso una procedura legislativa d'urgenza, con una larga maggioranza di 531 voti favorevoli, 69 contrari e 17 astensioni. Il meccanismo "Stop-the-clock" introduce un rinvio di due anni per gli obblighi previsti dalla CSRD applicabili alle grandi imprese non ancora ricomprese nell'ambito di applicazione e alle PMI quotate, spostando i loro obblighi di rendicontazione dal 2027 al 2029. Per quanto riguarda la CSDDD, il termine per il recepimento slitta da luglio 2026 a luglio 2027, con la prima applicazione degli obblighi di conformità prevista ora per il 2028 anziché per il 2027.. Con l'approvazione del Parlamento, la proposta è ora in attesa del via libera formale finale da parte del Consiglio per entrare in vigore".

[9] U. von der Leyen, *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2024-2029*, 18 luglio 2024, disponibile in italiano sul sito: www.commission.europa.eu/priorities-2024-2029_it.

[10] M. Draghi, *The Future of European Competitiveness*, European Commission, 2024, disponibile sul sito: www.documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/AT033.pdf.

[11] E. Letta, *Much More than a Market: Speed, Security, Solidarity*, European Commission, 2024, disponibile sul sito: www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/muchmore-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf.

[12] C. Mayer, *Prosperity: Better business makes the greater good*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

di mettere in evidenza come, a livello globale, le – ormai permanenti – crisi economiche e ambientali abbiano rappresentato momenti di svolta verso una declinazione "sostenibile" dell'interesse sociale. Verrà quindi presentata l'ipotesi di un modello di *corporate governance* – delineato partendo dagli studi di autori quali Deakin[13], Serafeim[14], Ostrom[15], Foster e Iaione[16] – che possa meglio allinearsi al perseguimento di un *purpose* sostenibile e per questa via configurare le imprese, specie quelle che operano sotto forma di società di capitali, come "custodi dei beni comuni" (in inglese *stewards of the commons*).

L'ipotesi qui avanzata – mantenendo un taglio di carattere interdisciplinare, comparativo e, prevalentemente, eurounitario – verrà verificata attraverso una duplice lente di ricerca:

i) l'allineamento con il recente flusso di regolamentazione europea suindicato ossia la c.d. Tassonomia Europea, la CSRD e la CSDDD come strumenti centrali per istituzionalizzare la responsabilità sociale e ambientale delle imprese;

ii) un'analisi empirica avente ad oggetto tre esempi concreti rispondenti a tre tipologie di impresa: un'impresa familiare, un'impresa "*foundation owned*" e una *non profit utility.*

Nelle conclusioni si rifletterà su quale delle tre tipologie analizzate si attagli meglio all'ipotesi di ricerca perseguita in questo studio. I primi risultati sembrano far emergere che le società a partecipazione pubblica (in inglese *State Owned Enterprises* – SOEs), specie quelle operanti nei servizi di preminente interesse generale quali energia, trasporti, servizi idrici, rifiuti, trasformazione urbana e altri servizi pubblici[17] potrebbero essere le più

[13] S. Deakin, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, in *Queen's Law Journal*, 2019, 339 ss.

[14] G. Serafeim, *Investors as Stewards of the Commons?,* in *Journal of applied corporate finance*, 2018, n. 2, 8 ss.

[15] E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

[16] S. Foster, C. Iaione, *Co Cities – Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, Cambridge, MIT Press, 2022.

[17] Con specifico riferimento alla valorizzazione del ruolo delle società pubbliche all'interno del Green Deal si veda European University Institute et Al., *The EU Green Deal*, 2022, 144 ss., disponibile sul sito: www.data.europa.eu/doi/10.2870/00714; quanto al settore dei trasporti si veda European Union Agency for Railways, *Fostering the Rail Sector through the European Green Deal: Rail – Port Synergies*, 2022, disponibile sul sito: www.data.europa.eu/doi/10.2821/66464; sulle iniziative urbane, si veda E. Durieux e M. Hidson, *Local Green Deals:A Blueprint for Action: The European Commission's 100 Intelligent Cities Challenge*, 2023, disponibile sul sito: www.data.europa.eu/doi/10.2826/674358.

adeguate, ferma la necessità di dover procedere in ulteriori studi all'approfondimento della disciplina delle società pubbliche nel contesto nazionale[18].

2. L'eterno dibattito sull'interesse sociale e il ruolo delle crisi come acceleratore del cammino verso il "corporate purpose"

Il dibattito attorno al concetto di interesse sociale, *topos* ricorrente nel diritto societario a livello globale, ha visto contrapporsi, sin dallo scorso secolo, la teoria contrattualista: secondo cui la società è il risultato di un accordo volontario tra i soci che si configura come un contratto finalizzato alla gestione collettiva di un'attività economica ove l'interesse sociale coincide con la somma o la convergenza degli interessi individuali dei medesimi soci espressi nello statuto; e la teoria istituzionalista, che concepisce la società come un'entità autonoma e distinta rispetto ai suoi soci, dotata di un interesse sociale proprio che trascende la mera somma degli interessi individuali. In questa prospettiva, l'interesse sociale è inteso come un concetto oggettivo, che riflette la finalità economica e la funzione sociale dell'impresa. Tale approccio attribuisce alla società una natura istituzionale, riconoscendole un ruolo giuridico ed economico che va oltre la volontà dei soci, con l'obiettivo di garantire la sostenibilità economica e l'equilibrio tra gli interessi coinvolti[19].

[18] Sul tema, più di recente, cfr. F. Cerioni, *Le Società pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2023. Sulle società pubbliche locali preposte alla gestione di servizi pubblici locali sia consentito rinviare a C. Iaione, *Le Società in house*, Napoli, Jovene, 2012.

[19] Nella copiosa letteratura sul tema si vedano tra gli altri: E. Rock, *For whom is the corporation managed in 2020?: The debate over corporate purpose*, in *ECGI Working Paper*, 2020 n. 515; H. Fleischer, *Corporate Purpose: A management concept and its implications for company law*, in *ECFR*, 2021, n. 2, 161 ss.; D. Kershaw, E.P. Schuster, *The purposive transformation of company law*, in *ECGI Working Paper*, 2021, n. 616,; I. Lynch Fannon, *working within two kinds of capitalism*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2003; K. Greenfield, *The failure of corporate law: fundamental flaws and progressive possibilities*, Chicago, The University of Chicago press, 2008; L.E. Talbot, *Why shareholders shouldn't vote: a marxist-progressive critique of shareholder empowerment,* in *Mod. L. Rev.*, 2013, n. 5, 791 ss.; C. Mayer, *Firm commitment: why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford, Oxford University Press, 2013; Id., *The Governance of Corporate Purpose,* in *ECGI Working Paper*, 2021, n. 609: L.A. Stout, *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public,* San Francisco, Berret Koheler Publisher, 2012; C. M. Bruner, *Corporate governance in the common-law world: the political foundations of shareholder power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; A. Edmans, *Grow the pie: how great companies deliver both purpose and profit*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; nella dottrina italiana, si veda T. Ascarelli, *Sulla tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. Prat. Comm.*, 1932, n. 1, 3 ss., Id. *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.*, in *Riv. Soc.*, 1956, 93

Di recente, anche grazie al crescere della rilevanza del filone riconducibile alla c.d. responsabilità sociale d'impresa[20] è stata impressa nuova linfa al dibattito sull'interesse sociale, facendo riemergere la necessità di ripensare

ss.; L. Mengoni, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni,* 1956, 445 ss.; G. Minervini, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle delibere assembleari e di consiglio*, in *Riv. Dir. Civ*., 1956, 332; A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. Soc.*, 1958, 725 ss., A. Asquini, *I Battelli sul Reno*, in *Riv. Soc.*, 1959, n. 6, 617 ss., P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964; Aa.Vv, *Atti del Convegno, L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011; G. Ferrarini, *An Alternative View of Corporate Purpose: Colin Mayer on Prosperity,* in *Soc.*, 2020, 27 ss.; AA.VV., *La S.p.a. nell'epoca della sostenibilità e della transizione tecnologica*, Atti del Convegno di Venezia 10 – 11 novembre 2023*,* in *Riv. soc.*, 2024, *passim*.

[20] La teoria della responsabilità sociale d'impresa, in inglese *corporate social responsibility* (C.S.R.), sostiene che la gestione delle società deve tenere in considerazione, nel perseguimento degli obiettivi dell'impresa, anche questioni inerenti i temi sociali e ambientali e, più in generale, le istanze dei differenti *stakeholder* che entrano in contatto con l'impresa, tenendo insieme scopi economici, ambientali e sociali (c.d. *Triple Bottom-Line Approach*) coniugando in tal modo gli interessi degli azionisti e, appunto, degli *stakeholder*. Come ben evidenziato, tra gli altri da M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa,* in *Riv. soc.*, 2009, 19, si può dire che «[g]li elementi tipologici propri della C.S.R., come abitualmente intesa, possono così indicarsi: – impegno volontario, oltre il minimo legale e regolamentare (le imprese hanno un comportamento socialmente responsabile se decidono di andare oltre le prescrizioni minime e gli obblighi giuridici derivanti dai contratti collettivi per rispondere alle esigenze della società; l'idea di fondo è che sia possibile l'apertura di una competizione virtuosa, incentrata sulla riconoscibilità sociale dei propri meriti); – selezione delle scelte produttive con criteri di sostenibilità sociale ed ambientale; – politiche avanzate del lavoro e di *customer satisfaction*. Sul piano dell'organizzazione d'impresa la teoria porta a favorire la formulazione di codici di autodisciplina a livello di categoria e di codici etici di C.S.R. all'interno della singola impresa. Favorisce la partecipazione degli *stakeholders* e la negoziazione collettiva degli interessi coinvolti». Tra i primi ad occuparsi *ante litteram* dei temi di CSR a livello internazionale figura senz'altro si veda E.M. Dodd, *For whom are corporate managers trustees?,* in *Harvard Law Review*, 1932, 1145 ss., secondo cui, in estrema sintesi così come le persone fisiche sono destinatarie di un novero di obblighi e doveri stante la loro capacità giuridica e di agire, di tal guisa le imprese dovrebbero essere destinatarie dei medesimi obblighi e doveri in relazione al contesto nel quale le stesse operano e con cui si rapportano. Le evoluzioni del concetto di C.S.R. nel corso del dopoguerra sino alla prima parte degli anni 80'si ritrovano altresì in R.E. Freeman, *Strategic management: stakeholder approach*, Londra, Pitman, 1984, *passim*., secondo cui, *in nuce*, al fine di raggiungere un modello di *governance* virtuoso è necessario porre al centro le relazioni con tutti gli *stakeholder* coinvolti nel business. Imprescindibili sul punto appaiono gli spunti di M. Blair, L. Stout, *A team production theory of corporate law*, in *Virginia Law Review*, 1999, 245 ss.; L. Stout, *The shareholder value myth*, cit. Tale teoria, come meglio si vedrà nel prosieguo, è stata comunque oggetto di critiche da parte della dottrina, anche italiana: si veda, in proposito, in luogo di molti, G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006; C. Angelici, *Divagazioni sulla responsabilità sociale d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 12 ss.

il modello tradizionale di società verso una visione più ampia e complessa, che include gli interessi di una pluralità di soggetti, per un superamento della teoria dello *shareholder value* (declinazione statunitense della teoria contrattualista).

In estrema sintesi, la teoria dello *shareholder value*, che ha dominato il pensiero economico e giuridico per gran parte del ventesimo secolo, si fonda sull'idea che l'obiettivo primario di una società per azioni sia – per l'appunto – la massimizzazione del valore per gli azionisti. Questo principio trova una sua formulazione paradigmatica nella storica sentenza *Dodge v. Ford Motor Company* del 1919, in cui la Corte Suprema del Michigan affermò che una società per azioni è organizzata e gestita principalmente per il profitto dei suoi azionisti. Secondo tale storica pronuncia, i poteri degli amministratori devono essere esercitati esclusivamente per perseguire questo fine, limitando l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo nell'utilizzare le risorse della società per finalità che non siano direttamente collegate alla generazione di profitto[21].

[21] Nella decisione si legge: *«[a] business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end and does not extend to a change in the end itself»*. Il caso *Dodge v. Ford* è considerato un *landmark case* nel diritto societario statunitense, spesso citata in relazione al principio base dello *shareholder value*. Nello specifico la controversia ebbe origine nel 1916 quando Henry Ford, fondatore e principale azionista della Ford Motor Company, decise di ridurre drasticamente i dividendi distribuiti agli azionisti. Ford giustificò questa decisione con l'intenzione di reinvestire gli utili nell'espansione dell'azienda, in particolare nella costruzione del complesso industriale integrato di River Rouge, e nell'implementazione di politiche salariali innovative, come l'introduzione del salario giornaliero di 5 dollari per i dipendenti. I fratelli Dodge, John e Horace, azionisti di minoranza della Ford Motor Company e fornitori di componenti automobilistici, contestarono la decisione di Ford. Essi sostenevano che la riduzione dei dividendi danneggiava i loro interessi finanziari e accusavano Ford di perseguire finalità filantropiche a scapito dell'obbligo di massimizzare i profitti per gli azionisti. I fratelli Dodge intentarono causa chiedendo la distribuzione di dividendi adeguati e sostenendo che le azioni di Ford rappresentavano un abuso della discrezionalità del consiglio di amministrazione. La Corte Suprema del Michigan si pronunciò a favore dei fratelli Dodge. Nella sentenza, la corte – come riportato *supra* – affermò che una società per azioni è organizzata principalmente per il profitto dei suoi azionisti e che il consiglio di amministrazione ha il dovere di perseguire questo obiettivo. La corte ordinò alla Ford Motor Company di distribuire un dividendo straordinario, sottolineando che le decisioni aziendali non devono deviare dall'obiettivo primario della massimizzazione del valore per gli azionisti. Tuttavia, un'analisi approfondita del contesto industriale e sociale dell'epoca, come argomentato da M. Roe, *Dodge v. Ford: what happened and why?*, in *Ecgi Working Paper*, 2021, n. 619, rivela che le decisioni di Henry Ford erano guidate da strategie economiche mirate al consolidamento della posizione monopolistica dell'azienda nel mercato delle automobili popolari. L'introduzione del salario giornaliero di 5 dollari

Questa concezione è stata ulteriormente rafforzata dalla teoria economica sviluppata dal premio Nobel Milton Friedman, magistralmente sintetizzata in un celebre articolo pubblicato sul *New York Times Magazine* nel 1970, in cui Friedman sostenne che la responsabilità sociale di un'impresa è – esclusivamente – incrementare i suoi profitti. Friedman fondava questa affermazione su un'interpretazione proprietaria dell'impresa, secondo cui gli azionisti, in quanto sottoscrittori del capitale sociale, sono i legittimi destinatari del valore generato dall'attività sociale. Secondo questa prospettiva, l'impresa non ha alcuna responsabilità diretta nei confronti della collettività o dell'ambiente, poiché tali funzioni spettano al governo e alla società civile[22].

non era semplicemente un atto filantropico, ma una misura strategica per garantire la lealtà e la produttività della forza lavoro, contrastando le pressioni sindacali e prevenendo potenziali agitazioni che avrebbero potuto compromettere la produzione su larga scala introdotta con la catena di montaggio. La costruzione del complesso di River Rouge rappresentava un investimento significativo volto alla verticalizzazione della produzione, riducendo la dipendenza da fornitori esterni e aumentando l'efficienza operativa. Queste iniziative richiedevano ingenti capitali, giustificando la necessità di ridurre i dividendi per finanziare l'espansione senza ricorrere a finanziamenti esterni, ai quali Ford era tradizionalmente contrario. Secondo Roe, le azioni di Ford erano dunque motivate da ragioni strategiche legate alla sostenibilità e all'espansione del monopolio aziendale, piuttosto che da puri intenti filantropici. La riduzione dei dividendi non era principalmente uno strumento per danneggiare gli azionisti di minoranza come i fratelli Dodge, ma una conseguenza delle esigenze finanziarie derivanti dalle strategie di investimento volte a consolidare la posizione dominante dell'azienda. Roe sostiene che questa vicenda evidenzia una tensione intrinseca tra gli interessi degli azionisti e quelli degli *stakeholder*, e che il successo di iniziative orientate alla responsabilità sociale d'impresa è spesso legato alla presenza di rendite economiche significative, come quelle generate da una posizione monopolistica.

[22] M. Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits, New York Times,* 13 settembre, 1970, disponibile in formato digitale sul sito: www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html. Più nello specifico, secondo Friedman, la nozione di responsabilità sociale delle imprese è spesso vaga e analiticamente debole, in quanto attribuisce all'"impresa" responsabilità che, in realtà, possono essere assunte solo da individui. Friedman sostiene che il dirigente d'impresa, in qualità di agente degli azionisti, ha come principale obbligo quello di perseguire i loro interessi economici. Qualsiasi azione che comporti una deviazione da questo obiettivo, come ad esempio sostenere costi per promuovere obiettivi sociali non direttamente legati al profitto aziendale (ad esempio, ridurre l'inquinamento o assumere personale svantaggiato oltre i requisiti di legge), rappresenta, secondo l'economista, un abuso del ruolo di dirigente e una distorsione del libero mercato. Tali azioni equivarrebbero a una forma di tassazione non autorizzata, poiché impongono costi agli azionisti, ai clienti o ai dipendenti, senza alcuna legittimazione democratica. Friedman critica, inoltre, l'idea che i dirigenti aziendali siano qualificati per prendere decisioni su questioni di interesse pubblico, sottolineando che tali responsabilità competono alle istituzioni politiche attraverso processi democratici e trasparenti. L'interferenza delle imprese nelle decisioni sociali, secondo Friedman, apre la strada a pratiche inefficaci e antidemo-

Il modello dello *shareholder value* si basa dunque su questi due presupposti fondamentali:

i) da un lato, la convinzione che la massimizzazione del profitto rappresenti il modo più efficiente per allocare risorse nel sistema economico;

ii) dall'altro, l'idea che gli azionisti siano i legittimi proprietari dell'impresa e, quindi, gli unici soggetti a cui gli amministratori nella gestione della società debbano rendere conto.

Tuttavia, questa impostazione è stata – invero da sempre – oggetto di critiche.

Come osservato sin dagli anni Trenta da Berle e Means, la separazione tra proprietà e controllo nelle grandi società per azioni ha reso gli azionisti sempre meno coinvolti nella gestione quotidiana delle imprese, trasformandoli in soggetti passivi, spesso interessati esclusivamente a rendimenti di breve termine.

Questo fenomeno, noto come apatia razionale, ha generato una crescente distanza tra gli interessi degli azionisti e quelli delle altre parti coinvolte nell'attività della società[23]. Inoltre, l'enfasi esclusiva sul profitto ha spesso portato a strategie gestionali che, pur rispettando formalmente le regole del mercato, hanno avuto conseguenze negative sul piano sociale e ambientale. La crisi finanziaria del 2008 ha paradigmaticamente messo in luce i limiti di un modello di *governance* basato sulla ricerca ossessiva di rendimenti elevati e immediati (cd. *Shortermism*[24]) a scapito della sostenibilità economico a lungo termine.

cratiche che minano i principi fondamentali di una società libera, trasferendo compiti propri dello Stato al settore privato.

[23] A Berle, G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Transaction Publishers, 1932, *passim*.

[24] Il fenomeno dello *short-termism* rappresenta una delle principali criticità dei mercati finanziari contemporanei, caratterizzandosi per la tendenza di imprese e intermediari a privilegiare obiettivi a breve termine rispetto a strategie di sviluppo sostenibile e di lungo periodo. Tale inclinazione è attribuita, in larga misura, alla competizione tra intermediari professionali, che hanno sostituito gli investitori al dettaglio come attori dominanti del mercato, generando un problema di azione collettiva. Questa dinamica evidenzia un conflitto strutturale tra l'interesse sistemico per uno sviluppo sostenibile e l'orientamento degli intermediari verso risultati immediati, incentivati da pressioni competitive e dalle aspettative degli investitori. Le conseguenze dello short-termism si manifestano su diversi livelli: sul piano economico, attraverso la riduzione degli investimenti in innovazione e infrastrutture sostenibili; su quello ambientale e sociale, ostacolando il raggiungimento di obiettivi di sostenibilità; e infine sul piano della *governance* aziendale, con una progressiva erosione della fiducia tra le imprese e i loro *stakeholder*. Questo fenomeno solleva interrogativi rilevanti sull'efficacia delle attuali strutture di *governance* e sulla necessità di politiche volte a incentivare approcci orientati al

Ben prima di tale crisi, tuttavia, il modello dello *shareholder value* nel contesto statunitense è stato progressivamente affiancato dallo *stakeholderism* (anche in questo caso si tratta di una versione statunitense/britannica della teoria istituzionalista, che invero ha trovato la sua più profonda applicazione in Germania[25]).

Questa teoria propone una concezione dell'impresa come rete di relazioni, in cui gli interessi di una pluralità di soggetti – dipendenti, fornitori, clienti, comunità locali e ambiente – devono essere considerati e bilanciati nella definizione delle strategie aziendali.

Lo *stakeholderism* si oppone alla visione proprietaria dello *shareholder value*, sottolineando – in linea con la teoria istituzionalista – che l'impresa non è un'entità isolata, ma un'istituzione sociale che opera in un contesto complesso e interdipendente.

A differenza del principio pronunciato in Dodge vs. Ford e dei sintetizzati punti cardine dello *shareholder value*, come sostenuto tra gli altri da E. Elhauge, il diritto societario riconoscerebbe agli amministratori una certa discrezionalità, anche grazie alla *business judgement rule*, che consentirebbe loro di sacrificare parte dei profitti per perseguire obiettivi di interesse pubblico o morale. Tuttavia, nella pratica, questa discrezionalità è stata spesso

lungo termine; sul punto, per tutti F. De Nozza, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, n. 1, 29 ss.

[25] Sul punto, ha puntualmente notato P. G. Jaeger, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo),* in *Giur. Comm.*, 2000, n. 6, 796-797: «ad esempio, nel diritto tedesco, l'affermazione della teoria dell'*Unterrehmen an sich,* la cui origine si fa risalire a W. Rathenau, ha comportato la scelta di una disciplina molto diversa, per non dire opposta, a quella che si basa sulla concezione della società per azioni come prodotto di una particolare forma di contratto sociale; e dell'identificazione dell'interesse sociale come interesse di gruppo. Prescindendo dalle formulazioni estreme della teoria dell'*Unterrehmen an sich*, che sono state espresse dopo l'avvento del regime nazista, il quale trasfuse in essa degli *slogans* hitleriani, primo fra tutti quello del *Fürherprinzip* (che attribuiva agli amministratori poteri quasi assoluti, eliminando in massima parte qualsiasi forma di tutela delle minoranze azionarie), sono rimaste, pur dopo la caduta del regime, delle concezioni di chiara marca istituzionalista. Infatti, il campo degli interessi sociali si estende a categorie diverse da quella dei "soci attuali". In tale prospettiva va, almeno, ricordato che, nella *Corporate Governance* del diritto tedesco, contenuta nell'*Aktiengesetz* del 1949 (più volte riformato, ma senza sostanziali variazioni nel carattere delle istituzioni societarie), esiste un organo di primaria importanza: l'*Aufsichtsrat*; il quale in applicazione della c.d. *Mitbestimmung* (cogestione), è composto, in parti uguali, da rappresentanti degli azionisti e dei dipendenti, ai quali si aggiunge un membro dispari: *der elfte Mann*. Fra i suoi vari compiti, *l'Aufsichtsrat* ha quello di nominare i membri del *Vorstand* (che può essere unipersonale o pluripersonale) il quale costituisce l'organo direttivo della società».

subordinata alla pressione degli azionisti, interessati per l'appunto e a rendimenti di breve termine[26].

Ebbene – anche in tal caso in estrema sintesi – è possibile identificare il "cuore" dello *stakeholderism* nella critica alla dicotomia tra profitto e responsabilità sociale. Come sostenuto da Colin Mayer, il profitto non dovrebbe essere considerato un fine in sé, ma una conseguenza naturale dell'impegno della società nell'esercizio della propria attività economica, a contemperare le proprie esigenze con la risoluzione di problemi sociali e ambientali. In tale ottica, Mayer propone una definizione del *corporate purpose* come la capacità dell'impresa di generare soluzioni profittevoli ai problemi delle persone e del pianeta, senza trarre profitto dalla loro creazione[27]. Questa prospettiva evidenzia l'importanza di un modello di *governance* che allinei gli interessi

[26] E. Elhauge, *Sacrificing corporate profits in the public interest,* in *New York University Law Review*, 2005, n. 3, 733 ss. Secondo l'A. gli amministratori debbono disporre di una discrezionalità legale nell'adottare decisioni che comportano il sacrificio di profitti aziendali in favore dell'interesse pubblico, in contrapposizione alla visione tradizionale che impone un obbligo esclusivo di massimizzazione del profitto. Tale discrezionalità troverebbe fondamento nella *business judgment rule*, che tutela gli amministratori da un intervento giudiziario nel merito economico delle decisioni, in ragione dell'impossibilità per i tribunali di valutare con precisione l'effetto delle decisioni aziendali sul profitto, sia nel breve che nel lungo periodo. Tale discrezionalità sarebbe ulteriormente giustificata dalla necessità di integrare le lacune delle sanzioni previste dalla legge nei confronti delle imprese, inevitabilmente imperfette, con meccanismi sociali e morali capaci di orientare i comportamenti aziendali verso risultati socialmente desiderabili. In particolare, la struttura delle società con azionariato diffuso, su cui si concentra la riflessione dell'A., limita l'efficacia delle sanzioni sociali e morali sugli azionisti, sia per problemi di azione collettiva (si veda la *rational apathy* teorizzata da Bearle e Means, citata *supra*), sia per l'assenza di esposizione diretta a tali pressioni. La discrezionalità degli amministratori consentirebbe, quindi, di riequilibrare questa mancanza, garantendo una gestione della società più conforme agli interessi pubblici. Al contempo, tale discrezionalità dovrebbe essere contenuta entro limiti ragionevoli, derivanti sia dai vincoli di mercato (ad esempio concorrenza, controllo degli azionisti, e responsabilità legali), sia da restrizioni normative che impediscano sacrifici eccessivi di profitto. Nelle società con azionisti di controllo, questi ultimi possono influire direttamente sull'adozione di decisioni che coniughino profittabilità e interessi pubblici. Nelle società con azionariato diffuso, invece, risulta essenziale garantire agli amministratori l'autonomia necessaria per rispondere alle pressioni sociali e morali, che sarebbero altrimenti inefficaci. Anche le donazioni aziendali o le scelte operative che sacrificano i profitti possono essere giustificate, purché sussista un chiaro nesso con le attività aziendali e vengano rispettati limiti ragionevoli, evitando abusi. In ultima analisi l'a. critica il dogma della massimizzazione del profitto come regola assoluta rilevando che un approccio flessibile che contempli una discrezione degli amministratori, seppur limitata e bilanciata dalla legge, sia più idoneo a promuovere sia il benessere economico degli azionisti sia la sostenibilità sociale ed economica dell'impresa.

[27] C. Mayer, *Firm Commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, cit.; Id., *The governance of corporate purpose,* cit.

economici della società con quelli degli *stakeholder*, promuovendo la creazione di valore condiviso.

Sul punto, a livello positivo – per quanto riconosciuta come sintesi tra *shareholder value* e *stakeholderism e* perciò definita come prima manifestazione del c.d. "*enlightened shareholder value*" – è d'uopo menzionare la *Section* 172 del *Companies Act* inglese, rubricata *«[D]uty to promote the success of the company»*[28], secondo cui gli amministratori hanno l'obbligo di promuovere il successo della società. Ciò implica agire secondo quello che l'amministratore considera in buona fede costituire il perseguimento del successo della società a beneficio dei suoi membri, complessivamente considerati, e nel fare ciò avendo riguardo ai fattori di seguito elencati: conseguenze probabili nel lungo periodo; sviluppo dei rapporti della società con i fornitori, clienti e altri; interesse dei dipendenti; impatto dell'attività della società su comunità e ambiente; desiderabilità di mantenere una buona reputazione della società per alti standard di condotta; necessità di agire equamente tra i soci[29].

In linea con gli assunti teorici dello *stakeholderism,* a livello internazionale, anche le dichiarazioni della *Business Roundtable* del 2019[30] e del

[28] *«[(1) a] director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to:(a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees, (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company. (2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes. (3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company»*.

[29] Sulla sezione 172 del CA si vedano tra gli altri: A. R. Keay, *The duty to promote the success of the company: is it fit for purpose?,* in *WorkingPaper, Centre for Business Law and Practice, School of Law, University of Leeds*, 2010; C. Mallin et Al., *The interpretation of the director's duty under section 172 Companies Act 2006: insights from complexity theory,* in *Journal of Business Law, 2013,* 417-433; J. G Hill, *Evolving directors' duties in the common law world,* in *ECGI Working Paper*, 2013 n. 209; S. Bruno, *The 'enlightened shareholder value' in uk companies ten years later: what the european directive 2014/ 95& ec can do,* in *Le droit compare des affaires au XXI siècle. Mélanges à la mémoire de Claude Ducouloux-Favard, ed. Bruylant,* a cura di AA.VV., 2017, 315 ss.

[30] Si tratta dell'influente think tank di oltre 200 CEO nordamericani fondato nel 1972 dagli allora amministratori delegati di Alcoa e General Electric – ha annunciato una revisione della sua concezione dello "scopo" delle società. La dichiarazione della BRT è stata firmata dagli amministratori delegati di 187 grandi società quotate che insieme hanno una capitalizzazione di mercato superiore a 13.000 miliardi di dollari. Con tale dichiarazione i componenti della BRT si sono impegnati a «guidare le loro società a beneficio di tutti gli *stake-*

Davos Manifesto 2020[31] hanno rappresentato importanti momenti di svolta, riaffermando la necessità di superare il modello tradizionale dello *shareholder capitalism* in favore di uno *stakeholder capitalism*.

Tuttavia, nonostante i progressi teorici, normativi e di policy, lo *stakeholderism* è stato (ed è) oggetto di critiche significative.

Una delle obiezioni principali riguarda la difficoltà di bilanciare gli interessi di una pluralità di *stakeholder*, spesso confliggenti tra di loro. Come osservato da Bebchuk e Tallarita[32] il rischio principale dello *stakeholderism* sarebbe quello di ampliare eccessivamente la discrezionalità degli amministratori, rendendo difficile stabilire criteri chiari per valutare il loro operato. Questa mancanza di parametri definiti potrebbe tradursi in un indebolimento della responsabilità degli amministratori, con conseguenze negative per la trasparenza e l'efficienza della governance societaria. A tale rilievo, tuttavia, si è obiettato che la questione degli endemici conflitti di prospettiva sia, in realtà, un problema soltanto apparente, posto che gli interessi rispettivamente perseguiti da azionisti e *stakeholder* sono complementari tra loro e, anzi, ugualmente necessari per la crescita delle società e del sistema economico in generale[33].

holder» e ad «offrire valore» non solo agli azionisti, ma anche a dipendenti, clienti, fornitori e comunità locali: *Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation* (19 agosto, 2019), disponibile presso il sito: www.businessroundtable.org/opportunity-commitment. Già prima della dichiarazione della BRT, in ogni caso, grande eco avevano avuto le parole del presidente ed amministratore delegato di BlackRock, L. Fink, *Annual letter to Ceos*, 2018, disponibile presso il sito: www.corporance.es/wp-content/uploads/2018/01/Larry-Fink-letterto-CEOs-2018-1.pdf, secondo cui «[*s]ociety is demanding that companies, both public and private, serve a social purpose. […] To prosper over time, every company must not only deliver financial performance, but also show how it makes a positive contribution to society. Companies must benefit all of their stakeholders, including shareholders, employees, customers, and the community in which they operate*».

[31] World Economic Forum, *Davos Manifesto*, 2020: *The universal purpose of a company in the fourth industrial revolution*, disponibile presso il sito: www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto- 2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/, ove si legge che *«[t]he purpose of a company is to engage all its stakeholders in shared and sustained value creation. In creating such value, a company serves not only its shareholders, but all its stakeholders»*.

[32] L.A. Bebchuk, R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, in *Cornell law review*, 2020, n. 106, 91 ss.

[33] Vd., tra gli altri, C. Mayer, *Shareholderism versus stakeholderism – a misconceived contradiction. a comment on the illusory promise of stakeholder governance by Lucian Bebchuk and Roberto Tallarita*, in *Cornell Law Review*, 2022, n. 106, 1877 secondo cui *«[t]he shareholder/stakeholder contradiction is not a contradiction at all. They are neither always one and the same, nor are they always in conflict. They are in general complementary ways of delivering the plurality of outcomes that we should be seeking of our economic systems, particularly in an era where the dire consequences of promoting one at the expense of the other has become all too clear. Now more than ever we need a multiplicity of purposes*

Ancor più di recente un ulteriore fenomeno – che non potrà essere analizzato *funditus* in questa sede – ha incrementato il dibattito sul tema dell'interesse sociale ossia: la c.d. *Climate Change litigation*[34]. Incardinata principalmente nei confronti degli Stati[35], tale forma di *Public Interest Litigation*[36] ha successivamente preso piede anche nei confronti delle società di capitali[37],

and corporate forms to address the multitude of problems that have been of our own creation». Nella dottrina italiana, si veda già R. Sacchi, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, cit., 142, ad avviso del quale «[l]a contrapposizione fra *shareholders* e *stakeholders* è decettiva, in quanto presuppone la possibilità di operare una netta distinzione tra due classi di soggetti, ciascuna delle quali caratterizzata da confini ben definiti e da una omogeneità interna. Non è così, né sul piano formale, né sul piano sostanziale», nonché, più di recente, G. Ferrarini, *An Alternative View of Corporate Purpose: Colin Mayer on Prosperity*, cit., 35, per il quale «*corporate purpose should be seen from the intermediate perspective of the enlightened shareholder value theory, which represents a sort of compromise between the traditional shareholder primacy theory and the stakeholder approach to the corporation. Moreover, corporate purpose should be specified and implemented in practice mainly by the board of directors and the top managers, who should reconcile the interests of the shareholders with those of other stakeholders and the community in general*».

[34] Sul punto si veda per tutti L. Serafinelli, *Responsabilità contrattuale e cambiamento climatico*, Torino, Giappichelli, 2024, *passim*.

[35] Numerosissimi sono i casi trattati e pendenti dinanzi alle autorità giurisdizionali di tutto il mondo incardinati nei confronti degli Stati, inerenti alla loro responsabilità in ordine al mancato contrasto ai cambiamenti climatici; tra i più significativi è possibile annoverare: *Friends of the Irish Environment v.* Irlanda, *High Court of Ireland*, 24 aprile 2020, *Urgenda Foundation v.* Paesi Bassi, *Supreme Court of the Netherlands*, 20 dicembre 2019, *Neubauer et al. v.* Germania, Corte Costituzionale Federale Tedesca, 29 aprile 2021; *Sharma v. Minister for the Environment Australia, Federal Appeal Court of Australia*, 15 marzo 2022, *Future Generations v. Minister of the Environment and others*, Suprema Corte della Colombia, 5 aprile 2018.

[36] La *public interest litigation* è una forma di contenzioso in cui soggetti privati o associazioni agiscono per la tutela di interessi collettivi, colmando spesso lacune normative o ovviando all'inazione delle istituzioni pubbliche. Questo strumento si è affermato in diversi ambiti, tra cui soprattutto la tutela ambientale e i diritti civili, e, sebbene nato come espressione di supplenza rispetto all'inerzia pubblica, sta progressivamente assumendo un ruolo complementare, integrando e rafforzando le tradizionali funzioni regolatorie dello Stato; sul punto cfr. per tutti: L. Serafinelli, *Responsabilità contrattuale e cambiamento climatico*, cit.

[37] Tra le cause concluse e pendenti intentate nei confronti di società di capitali si segnalano: *Lliuya v. RWE AG, Oberladensgericht di Hamm*, causa pendente in secondo grado, *McVeigh v. Retail Employees Superannuation Trust,* Corte Federale Australiana, novembre 2020, *Smith v. Fronterra Co-Operative Group Limited et altri*, Corte Suprema della Nuova Zelanda, 21 ottobre 2021, *ClientEarth v. Enea SA*, Corte regionale di Ponzan, 1 agosto 2019, *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil*, Corte Suprema degli Stati Uniti, 20 maggio 2013, *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil, District Court of Massachusetts*, causa pendente, *State of New York v. Bp p.l.c, United States Court of Appeal for the Second Circuit*, 1 aprile 2021, *Ramirez v. ExxonMobil, United States District Court for the Northern District of Texas, Dallas Division*, 14 agosto 2018; ivi, Corte Federale del Texas, 31 marzo 2022.

ciò poiché le attività delle società di capitali rientrano tra le principali cause di emissioni di gas serra e, più in generale, nell'impatto ambientale delle attività economiche. Le società, in particolare quelle operanti in settori ad alta intensità di carbonio, come energia, trasporti e industria pesante, sono responsabili di una parte significativa delle emissioni globali, e spesso i loro piani strategici e operativi non sono in linea con gli obiettivi climatici internazionali, come quelli stabiliti dall'Accordo di Parigi del 2015. Inoltre, la scelta di rivolgere le azioni legali contro le società, piuttosto che limitarsi agli Stati, deriva anche dalla crescente consapevolezza che le società di capitali possiedono un'autonomia decisionale rilevante e risorse significative per implementare strategie di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico.Vieppiù che, le normative emergenti – come la *Corporate* CSRD e la CSDDD che verranno analizzate *infra* – impongono alle imprese obblighi più stringenti di rendicontazione e gestione del rischio climatico, facendo sì che la mancata conformità a tali requisiti possa costituire il fondamento di azioni legali[38].

Ebbene, così come "in passato" le crisi economiche e finanziarie, ormai endemiche ai sistemi capitalistici, hanno imposto un ripensamento degli schemi di operatività delle società di capitale anche la crisi climatica, con i doveri di mitigazione e adattamento che ne derivano, pongono le società di fronte a una sfida epocale che richiede – con urgenza – una ridefinizione del concetto di interesse sociale. La sostenibilità, intesa in senso ampio come un elemento strategico complesso e multilaterale, che richiede alle imprese di rispondere alle aspettative di una pluralità di *stakeholder*, dai lavoratori alle comunità locali, fino alla tutela dei beni comuni globali come il clima e la biodiversità, non appare più una scelta etica opzionale, ma un requisito giuridico ed economico, che condiziona la stessa legittimazione sociale delle società.

[38] Sul rapporto tra società per azioni e cambiamenti climatici si vedano per tutti i lavori di S. Bruno, *Climate Corporate Governance: Europe vs. USA*, in *ECFR*, 2019, n. 6, 687 ss.; Id., *The world economic forum principles on 'climate governance on corporate boards': can soft law help to face climate change around the world?*, in *CGR&DS*, 2020, 37 ss. Id., *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la proposta di direttiva ue su "*corporate sustainability due diligence*". nasce la* stakeholder *company?*, in *Diritti Comparati*, 2022, n. 3, 303 ss.; sia permesso altresì il rinvio a S. Bruno, M. Manna, *Rischio Climatico e responsabilità degli amministratori: il caso ClientEarth vs Shell, High Court of Justice*, in *Foro It.*, 2024, n. 1, 46 ss.; M. Manna, *Il caso* Milieudefensie et al. Royal Dutch Shell plc *e la proposta di direttiva della Commissione europea sulla* corporate sustainability due diligence*, l'alba di una nuova giustizia climatica?*, in *Comparative Law Review*, 2024, 83 ss.

3. Appunti per un modello di "*commons-oriented corporate governance*"

Partendo dunque dalle elaborazioni teoriche volte a ridefinire il ruolo e l'ambito operativo delle società nel fronteggiare le sfide contemporanee, emerge la necessità di sviluppare un nuovo modello teorico che prioritizzi la condivisione del potere decisionale e degli utili con le comunità in cui le imprese operano al fine di tentare un superamento della dicotomia interesse pubblico/interesse privato. Per elaborare, seppur in via del tutto embrionale, un nuovo modello di *governance* societaria che "superi" la suddetta dicotomia, appare funzionale compiere un'analisi speculare con un attore di natura pubblicistica: la città.

Nonostante la diversa natura della società di capitali, quale soggetto giuridico privato, e della città, concepita per l'appunto come ente amministrativo pubblico, è possibile ipotizzare una riconciliazione tra le due in virtù delle problematiche comuni relative alla gestione delle risorse, alla proprietà dei beni e alla armonizzazione della molteplicità di interessi che ivi gravitano: in altre parole alla *governance*.

Oggi, le città sono riconosciute come organizzazioni particolarmente idonee a garantire la protezione, la rinnovabilità, il ripristino dei beni comuni appartenenti a tutti i loro abitanti[39]. Secondo Frug, la cui analisi della città come concetto giuridico si ispira all'opera di Mumford *"The City in History"*[40], le città, che in passato erano prive di potere e autonomia, non furono originariamente istituite nella forma pubblicistica in cui le conosciamo oggi[41]. Piuttosto, i borghi medievali erano concepiti come una corporazione, un'entità intermedia diversa sia dalla persona fisica che dallo Stato, né puramente politica, né economica, né pubblica, né privata, ma che godeva di un'autonomia protetta dal potere centrale. Nel medioevo, dunque,

[39] S. Foster, C. Iaione, *Co Cities – Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, cit., 2022.

[40] L. Mumford, *The City in History: Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects*, Harcourt, Brace and World, 1961. In tale opera, Mumford sviluppa un'analisi storico-critica dell'evoluzione urbana, evidenziando le interazioni tra sviluppo urbano, struttura sociale e trasformazioni culturali. L'autore ripercorre l'origine della città dalle prime comunità neolitiche, esaminandone le trasformazioni attraverso le epoche antica, medievale, moderna e industriale, fino a delinearne le prospettive future. Mumford sostiene che l'urbanizzazione moderna, caratterizzata da crescita incontrollata e dipendenza dalla tecnologia, rischia di compromettere l'equilibrio sociale ed ecologico. Egli propone un modello urbano più organico, centrato sul ruolo della comunità e su una pianificazione che contemperi esigenze sociali, funzionali e ambientali.

[41] G. Frug. *The City as a Legal Concept*, in *Harv. L. Rev.*, 1980, 1057 ss.

il potere cittadino emergeva come legato all'attività comunitaria nella vita sociale, piuttosto che all'azione individuale o statale. D'altro canto, agli albori degli Stati Uniti, le città svolsero un ruolo cruciale nell'esercitare l'autorità in forma collettiva e nel rivendicare diritti e poteri come gruppo, agendo come corporazioni ossia il mezzo più tipico per acquisire potere collettivo e difendere i diritti del gruppo.

In tale contesto, la Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* (1819), presieduta dal *Chief Justice* John Marshall, intervenne per tracciare una distinzione fondamentale tra le "*public corporation*" e le "*private corporation*". Le *public corporation*, tra cui le città, venivano qualificate come enti creati per fini pubblici e soggetti a un controllo più ampio da parte dello Stato. Al contrario, le "*private corporation*", come il *Dartmouth College*, venivano qualificate come: «*a contract within the meaning of that clause of the Constitution of the United States, art. 1, s. 10, which declares that no state shall make any law impairing the obligation of contracts. The charter was not dissolved by the Revolution. An act of the State Legislature of New Hampshire altering the charter without the consent of the corporation in a material respect, is an act impairing the obligation of the charter, and is unconstitutional and void. Under its charter, Dartmouth College was a private, and not a public, corporation. That a corporation is established for purposes of general charity, or for education generally does not, per se, make it a public corporation, liable to the control of the legislature*» [42].

Questa distinzione ebbe un impatto significativo nel definire la natura giuridica delle entità corporative private e nel rafforzarne i diritti. Collocando le città nella sfera dello Stato e le corporazioni private nell'ambito dei soggetti giuridici privati operanti nella società civile, veniva definitivamente tracciata la dicotomia pubblico/privato in linea con i dettami della filosofia liberale[43].

Tuttavia, nonostante la citata sentenza della Corte Suprema abbia definito la differente configurazione di città e enti corporativi privati – tra cui rientrano a pieno titolo le società di capitali – questo passaggio dimostra come le origini e lo sviluppo storico di tali enti siano strettamente intrecciati.

Volgendo l'attenzione alla configurazione della città in tempi più recenti, un tema di rilievo centrale è rappresentato della lotta contro la merci-

[42] United States Supreme Court, *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 1819.

[43] La distinzione tra pubblico e privato per le società si era generalmente delineata a partire dalla Rivoluzione americana. Secondo Frug: «*The constructed public and private identities were the result of the liberal assault on corporation advantages and oligarchic authority that had become ubiquitous*». Così G. Frug. *The City as a Legal Concept*, cit., 1057 ss.

ficazione delle risorse urbane e la riappropriazione degli spazi cittadini[44]. Segnatamente, parte della dottrina ha mirato a ricostruire la *governance* urbana andando oltre l'idea del "*droit a la ville*" così come inizialmente concepito e descritto da Lefebvre[45]. Più nello specifico, è stata sollevata la necessità di riconoscere agli abitanti (ossia ai soci della città come impresa comune) forme più intense di partecipazione ai processi decisionali a livello locale e ulteriori forme di cooperazione al fine di rivendicare il diritto di gestione diretta o co-gestione di spazi e risorse urbane come "beni comuni" (in inglese "*commons*"). Il potenziale della "categoria" dei beni comuni è stato quindi concepito come un quadro teorico e al contempo come un insieme di strumenti capaci di promuovere forme di governance urbana o "costruzione della città" più inclusive e democratiche. La teoria dei beni comuni – declinata nel contesto urbano – non si limita, infatti, a descrivere le caratteristiche delle risorse, ma rappresenta un'opzione di disegno istituzionale che, con l'intento di massimizzare utilità individuale e utilità sociale, mira a garantire alla comunità l'accesso, l'uso, la gestione diretta o la co-gestione di risorse che, diversamente, potrebbero essere soggette a modelli di gestione e governance chiusi, esclusivi, proprietari, affidati ad un soggetto privato o pubblico.

La governance dei beni comuni urbani si è quindi posta come un ponte tra la rivendicazione sociale e politica del diritto alla città, le necessità di gestione sostenibile delle risorse urbane e le modalità di *governance* che regolano il funzionamento e l'organizzazione di una città. Questa prospettiva ha proposto un approccio innovativo per affrontare il tema dell'allocazione e gestione delle risorse urbane proponendo un modello di gestione cooperativo e multipolare più aperto alle esigenze e al contributo della comunità di riferimento. Da un punto di vista operativo nel contesto urbano sono stati identificati e analizzati strumenti di gestione collaborativa di risorse urbane essenziali, come strade, parchi, immobili, servizi da parte di gruppi di utenti eterogenei. In definitiva, attraverso questo approccio è emersa una

[44] U. Mattei, *Protecting the Commons: Water, Culture, and Nature: The Commons Movement in the Italian Struggle against Neoliberal Governance*, South Atlantic Quarterly 112, n. 2, 2013, 366-376.

[45] H. Le Febvre, *Le Droit à la ville*, Parigi, Ed. du Seuil, 1961. In estrema sintesi, il "diritto alla città", delineato da Henri Lefebvre si configura come un diritto collettivo e politico che supera la semplice accessibilità agli spazi urbani, enfatizzando il ruolo degli abitanti nella partecipazione attiva alla produzione e alla trasformazione dello spazio urbano. Lefebvre critica l'alienazione derivante dall'urbanizzazione capitalista, che riduce la città a merce e frammenta le relazioni sociali, proponendo invece una concezione della città come opera sociale, espressione di relazioni umane e luogo di emancipazione. Secondo Lefebvre il "diritto alla città" implica quindi l'appropriazione degli spazi urbani e la possibilità di definirne gli usi, promuovendo un modello urbano più inclusivo e democratico.

prospettiva nuova negli studi sulla democrazia urbana in senso collaborativo e nuovi modelli di governance urbana, la governance dei beni comuni urbani o *co-governance* urbana: in questa prospettiva, specularmente a quanto proposto da Ostrom con riferimento alle risorse naturali, al fine di garantire l'auto-sostenibilità economica ed ecologica delle risorse urbane i processi decisionali e i modelli gestionali devono essere ispirati a maggiore cooperazione tra attori pubblici, privati e di comunità[46].

Sebbene l'eterogeneità degli interessi e delle risorse oggetto degli studi sulla co-governance urbana sia peculiare, si potrebbe tracciare un'analogia con la molteplicità degli interessi e delle risorse gestite dalle società di capitali, anche in ragione della richiamata comune origine condivisa da città e *corporation*. In altri termini, se l'approccio ostromiano della *commons-based governance* può fornire un quadro concettuale e operativo per disegnare forme inclusive e democratiche di gestione delle risorse naturali o artificiali[47] tramite una gestione virtuosa e cooperativa, così le società di capitali potrebbero beneficiare di un approccio decisionale più collaborativo e democratico che tenga conto degli interessi diversificati degli *stakeholder.*

L'analogia proposta tra la categoria dei *commons* e i nuovi modelli di *governance* delle società di capitali trova riscontro in alcuni filoni della letteratura gius-commercialistica internazionale. In questa direzione si spinge Simon Deakin, elaborando una critica della teoria della società di capitali negli studi giuridici ed economici, rilevando come la stessa si fondi su un modello di conflitto di agenzia tra i vari *stakeholder* che risulterebbe essere fuorviante. Più nello specifico, Deakin sostiene che la società dovrebbe essere considerata come uno strumento giuridico autonomo, da non confondere con le "*constituencies"* che la compongono[48]. In questa prospettiva, il sistema giuridico non dovrebbe considerare gli amministratori come agenti degli azionisti né, tantomeno, riconoscere ai soci la proprietà della società. Al contrario, il ruolo del diritto dovrebbe essere quello di armonizzare i diritti di proprietà e le rivendicazioni che si sovrappongono e confliggono all'in-

[46] S. Foster, C. Iaione, *Co Cities – Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, cit., 103 e 149.

[47] Sull'applicazione dell'approccio ostromiano pensato prevalente per risorse naturali alla *governance* di risorse artificiali diverse dalla città vd. B. Frischmann, *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*, Oxford, Oxford University Press, 2012; C. Hess, E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons*, Cambridge, MIT Press, 2007; B. Frischmann, M. Brett, M.J. Madison, K.J. Strandburg, *Governing Knowledge Commons,* Oxford, Oxford University Press, 2014.

[48] S. Deakin, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise,* cit., 339 ss.

terno della società. La società di capitali, dunque, secondo Deakin, potrebbe essere concepita come un "*commons*" con la garanzia per diverse categorie di *stakeholder* di accedere alle risorse aziendali secondo termini definiti, contribuendo al mantenimento e alla valorizzazione del patrimonio della società quale fonte di valore produttivo[49]. Questa rivisitazione del concetto di proprietà nella società rappresenta un passaggio fondamentale per comprendere meglio il ruolo della forma societaria nella promozione di sviluppo sostenibile. La società, non più ridotta a un semplice insieme di contratti, viene considerata – in ottica istituzionalista "forte" – come un'istituzione che detiene diritti e obblighi sia di natura pubblica che privata. In questa visione, che propone un ripensamento della società di capitali come bene comune, appare essenziale il proposto ampliamento della partecipazione degli *stakeholder* al processo decisionale, favorendo una *governance* collaborativa che consenta di condividere le responsabilità nella gestione e di rendere più equo l'impatto delle decisioni sulle parti coinvolte.

A partire da queste elaborazioni teoriche, è possibile delineare alcuni punti operativi per tradurre il modello di *governance commons-oriented* in applicazioni concrete per le società di capitali. In tale prospettiva, la riqualificazione della società come istituzione giuridica autonoma orientata ad armonizzare i diritti e le rivendicazioni di una pluralità di *stakeholder*, slegata dalle "pretese proprietarie" dei soci, rappresenta un punto di svolta cruciale. Questa riconfigurazione istituzionale implica una ridefinizione del ruolo della società, che non si limita più alla generazione di valore per i soli azionisti, ma si espande verso la creazione di valore condiviso per tutti gli attori coinvolti, includendo comunità locali, dipendenti e altri portatori di interesse.

Un elemento cardine di questo modello è la partecipazione collaborativa, la quale richiede l'implementazione di meccanismi di co-decisione che vadano oltre il coinvolgimento dei dipendenti – come avviene nel modello tedesco della cogestione (*Mitbestimmung*) – per includere attivamente i membri delle comunità locali in cui le società operano. In tal senso, un'azione prioritaria consiste nella creazione di consigli consultivi con composizioni miste, capaci di riflettere adeguatamente la diversità degli interessi in gioco. Tali consigli, oltre a favorire un dialogo trasparente e inclusivo, potrebbero assumere un ruolo propositivo nelle scelte strategiche, bilanciando interessi economici, sociali e ambientali.

Parallelamente, si propone una riconcettualizzazione delle risorse aziendali come *commons*, ossia risorse il cui utilizzo deve essere orientato a bilanciare la valorizzazione economica del patrimonio sociale con il be-

[49] *Ibidem*.

neficio collettivo. Questo approccio implica l'introduzione di politiche gestionali innovative che promuovano la rigenerazione delle risorse e il loro utilizzo responsabile, prevenendo forme di sfruttamento non sostenibile. Per esempio, potrebbe risultare strategico adottare pratiche aziendali ispirate ai principi dell'economia circolare, in cui le risorse vengono utilizzate, riutilizzate e reintegrate nei cicli produttivi, minimizzando gli sprechi.

Ulteriore impulso al modello di *governance commons-oriented* potrebbe derivare dall'ampliamento dei modelli di proprietà. La valorizzazione di esperienze di proprietà comunitaria o di partecipazioni diffuse può incentivare la cooperazione tra pubblico, privato e comunità, trasformando le società di capitali e l'impresa in strumenti di *governance* sostenibile, dal punto di vista economico, ambientale e sociale, in quanto più inclusivi e democratici. In tale contesto, il ruolo delle istituzioni pubbliche potrebbe essere cruciale nell'offrire incentivi normativi e fiscali per favorire tali modelli di proprietà, incoraggiando o praticando (attraverso le società a partecipazione pubblica) la co-creazione di valore tra attori pubblici, privati e di comunità.

Un aspetto essenziale per il successo di questo modello è rappresentato dal monitoraggio continuo e dalla valutazione dei risultati. È necessario sviluppare e utilizzare indicatori chiari e articolati, che misurino non solo la performance economica, ma anche gli impatti sociali e ambientali generati. Indicatori quali il livello di coinvolgimento degli *stakeholder*, la qualità delle relazioni con le comunità locali, la riduzione delle emissioni ambientali o l'equità nella distribuzione del valore creato potrebbero costituire parametri essenziali per valutare l'efficacia del modello.

Infine, la sostenibilità e la diffusione di un modello di *governance* cooperativa o *commons-oriented* richiedono un investimento significativo nella sensibilizzazione e formazione degli *stakeholder*. Attraverso percorsi educativi mirati, seminari e piattaforme di dialogo è possibile accrescere la consapevolezza dei benefici derivanti dalla gestione collaborativa, favorendo un cambio di paradigma culturale e operativo. Tali iniziative, unite agli elementi sopra delineati, costituiscono le basi di un modello di *governance* che non solo promuove la sostenibilità economica, ma rafforza anche il capitale sociale e ambientale delle comunità in cui le società operano.

Da questo punto di vista, risulta particolarmente rilevante la previsione di cui all'art. 46 Cost. che riconosce ai lavoratori nella *governance* delle politiche aziendali la titolarità di un diritto-dovere degli stessi nel collaborare alla gestione dell'azienda «ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro in armonia con le esigenze della produzione»[50].

[50] A. Michieli, *Contributo allo studio dei profili costituzionali della partecipazione economica*,

Del resto, parallelamente al dibattito sviluppatosi in ambito urbanistico e societario, anche in ambito finanziario, la dottrina del relativo settore scientifico ha cominciato a identificare negli investitori i possibili *stewards of the commons.* In particolare, George Serafeim ha sostenuto che gli stessi investitori istituzionali, dovendo ragionare su orizzonti temporali di lungo termine ed essendo titolari partecipazioni incrociate tra società dello stesso settore, dovrebbero utilizzare le proprie partecipazioni per promuovere pratiche aziendali che bilancino la creazione di valore economico con la responsabilità sociale[51].

Il legame che Serafeim traccia tra investitori istituzionali e *commons* risiede nella loro capacità di influenzare le dinamiche aziendali per proteggere e valorizzare risorse comuni – intese sia come beni tangibili, come il clima e l'ambiente, sia come beni intangibili, come la coesione sociale. Gli investitori istituzionali, attraverso il coinvolgimento attivo e il potere di indirizzare le strategie aziendali, possono agire come custodi dei beni comuni, assicurandosi che le società non solo riducano il proprio impatto negativo, ma contribuiscano attivamente alla protezione, rigenerazione e ripristino di risorse essenziali per la vita sul Pianeta. Questa visione richiede inevitabilmente e a cascata un cambiamento paradigmatico nella *governance* societaria, in cui le imprese diventano strumenti per generare valore condiviso, bilanciando obiettivi economici, ambientali e sociali. Serafeim sottolinea che il successo di questo modello dipende dalla capacità degli investitori di integrare la sostenibilità nei processi decisionali di investimento e di creare incentivi per una gestione responsabile di tali risorse comuni da parte delle aziende sulle quali essi investono. Sebbene riconosca le difficoltà intrinseche – come la complessità nel gestire interessi divergenti e la mancanza di ritorni immediati – Serafeim evidenzia che il coinvolgimento degli investitori può catalizzare un allineamento tra profitto e beni comuni, facilitando la transizione verso un'economia più sostenibile, inclusiva e democratica[52].

Per tentare di verificare tale embrionale ipotesi di ricerca sulla struttura societaria come possibile strumento di *governance* per lo sviluppo sostenibile verrà condotta una duplice analisi di discipline e modelli di *corporate governance* sostenibile:

*i) l*a ricostruzione del flusso di regolamentazione europea suindicato

Torino, Giappichelli, 2022, 2.

[51] G. Serafeim, *Investors as Stewards of the Commons?,* cit., 8 ss.

[52] C. Consolandi, J.P. Hawley, *From ESG to Sustainable Impact Finance: Moving Past the Current Confusion*, 2024, disponibile sul sito: www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4689377.

ossia la c.d. Tassonomia Europea, la CSRD e la CSDDD, in quanto strumenti centrali per istituzionalizzare la responsabilità sociale e ambientale delle imprese;

ii) un'analisi empirica avente ad oggetto tre casi specifici corrispondenti a tre tipologie di impresa: un'impresa familiare, un'impresa "*foundation owned*" e una *non profit utility company.*

4. La "*commons-oriented corporate governance*" nel flusso normativo europeo: EU Taxonomy, CSRD, CSDDD

L'abbozzato modello di *governance* "*commons oriented*" parrebbe allinearsi con il flusso normativo europeo che ha generato un quadro di regolamentazione articolato per favorire una transizione verso un'economia sostenibile e inclusiva. I tre strumenti giuridici principali di questo nuovo paradigma: il Regolamento (UE) 2020/852 sulla Tassonomia Europea (di seguito Tassonomia UE), la Direttiva (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (di seguito CSRD) e la Direttiva (UE) 2024/1760 sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (di seguito CSDDD), non solo istituzionalizzano la responsabilità ambientale e sociale delle imprese, ma mirano, per l'appunto, a ridefinire il loro ruolo nella società. Questi provvedimenti, infatti, seppur in parte distinti nei loro obiettivi, convergono nella costruzione di una *governance* societaria che contempli l'interesse collettivo e la sostenibilità come elementi centrali del processo decisionale.

In estrema sintesi, la tassonomia UE rappresenta il primo tentativo a livello unionale di definire una classificazione uniforme delle attività economiche ecosostenibili. Essa stabilisce criteri chiari e tecnicamente validati per identificare le attività economiche che contribuiscono in modo significativo a uno o più dei sei obiettivi ambientali definiti dal regolamento: *i*) mitigazione dei cambiamenti climatici, *ii*) adattamento ad essi, *iii*) uso sostenibile delle risorse idriche e marine, *iv*) transizione verso un'economia circolare, *v*) prevenzione e controllo dell'inquinamento, *vi*) protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi. Ai sensi della Tassonomia UE, le attività "*green*" sono quelle che contribuiscono significativamente ad almeno uno di questi obiettivi, evitando danni agli altri e rispettando le garanzie sociali minime. Per essere considerate ecosostenibili, tali attività non devono arrecare un danno significativo a nessuno degli altri obiettivi (principio DNSH, *Do No Significant Harm*) e devono rispettare le garanzie minime in materia di diritti umani e di lavoro. La Tassonomia agisce dunque come strumento di trasparenza, richiedendo a società e investitori di divulgare la loro quota di

attività ad essa allineate; tale divulgazione permette ai partecipanti al mercato di confrontare aziende e portafogli di investimento al fine di prendere decisioni informate. Le società possono utilizzare la Tassonomia per pianificare le proprie transizioni ambientali e climatiche, mentre le istituzioni finanziarie possono adoperarla per creare prodotti finanziari sostenibili. Tuttavia, va notato che la Tassonomia UE non impone un catalogo obbligatorio di attività per gli investitori, né stabilisce standard ambientali vincolanti per le società o i prodotti finanziari. In definitiva, la Tassonomia, quindi, si pone non solo come uno strumento per guidare gli investimenti privati verso progetti sostenibili, ma anche come un riferimento normativo per integrare criteri ambientali nelle strategie aziendali. In relazione al modello di *governance* proposto, la Tassonomia fornisce un linguaggio comune e un set di parametri operativi per valutare il grado di allineamento delle decisioni imprenditoriali con gli obiettivi ambientali e collettivi[53].

D'altro canto, la CSRD rappresenta un cambiamento radicale nel panorama della rendicontazione societaria, superando i limiti della precedente Direttiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante modifica della Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni (c.d. NFRD)[54]. Segnatamente, essa estende significativamente il suo ambito di applicazione, includendo non solo gli Enti di Interesse Pubblico di grandi dimensioni, ma anche un numero crescente di imprese, comprese le PMI quotate, imponendo nuovi obblighi di trasparenza sulle tematiche ambientali, sociali e di *governance*[55] .

Una delle innovazioni più rilevanti introdotte dalla CSRD rispetto

[53] Sulla Tassonomia UE si vedano tra gli altri: M. Och, *Sustainable finance and the eu taxonomy regulation – hype or hope?*, in *Jan ronse institute for company & financial law working paper*, 2020, n. 5; F. Schuetze, J. Stede, *EU Sustainable Finance Taxonomy – What Is Its Role on the Road towards Climate Neutrality?*, in *DIW Berlin Discussion Paper*, 2020, n. 1923; A.M. Pacces, *Will the EU Taxonomy Regulation Foster a Sustainable Corporate Governance?*, in *EGCI Law Working Paper*, 2021, 611; A. Giacomelli, *EU Sustainability Taxonomy for non-financial undertakings: summary reporting criteria and extension to SMEs*, in *Working Papers Department of Economics Ca ' Foscari University of Venice*, 2021, n. 29.

[54] Sulla NFRD si veda S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 2018, n. 4, 974 ss.; F. Moslein, K.E. Sørensen, *Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective*, in *Column. J. Eur.*, 2017, 391 ss.; M. Passador, F. Riganti, *Less is more in the age of information overload: the paradigm shift from shareholder- to a stakeholder-oriented market,* in *NYU Journal of Law & Business*, 2019, n. 3, 567 ss.

[55] Si veda sul punto i considerando da 17 a 21 della CSRD.

alla NFRD è il concetto di doppia rilevanza (in inglese *double materiality*) che impone alle società di rendere pubbliche nella rendicontazione di sostenibilità informazioni che rivestano sia una "rilevanza d'impatto" sia una "rilevanza finanziaria". La prima si riferisce agli effetti reali o potenziali delle operazioni di un'azienda sull'ambiente e sulla società, valutando gli impatti positivi e negativi, attuali o futuri, che le attività aziendali possono generare sui soggetti esterni, inclusi l'ambiente e le comunità. Secondo questo principio, un tema di sostenibilità è rilevante da una prospettiva di impatto se determina influenze significative, sia positive che negative, nel breve, medio o lungo termine, lungo tutte le operazioni aziendali e le catene del valore, sia a monte che a valle. La rilevanza finanziaria, invece, si concentra sul modo in cui la sostenibilità può influenzare le performance economiche dell'azienda. Essa valuta i rischi e le opportunità legati alla sostenibilità che possono incidere su aspetti fondamentali come i flussi di cassa, il costo del capitale, l'accesso ai finanziamenti e la solidità finanziaria complessiva. Questo tipo di rilevanza è cruciale per fornire informazioni pertinenti agli investitori e ad altri decisori economici, evidenziando l'interconnessione tra sostenibilità e risultati economici a lungo termine. Tale duplice prospettiva consente di superare l'approccio tradizionale della rendicontazione non finanziaria, ponendo al centro la complementarità tra sostenibilità e redditività.

Per rendere operativi i principi della CSRD, sono stati emanati gli *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS), sviluppati dall'*European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG) e adottati con il Regolamento Delegato (UE) 2023/2772 della Commissione del 31 luglio 2023, che integra la Direttiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio[56]. Gli ESRS ampliano e chiariscono l'approccio basato sulla doppia rilevanza, delineando in modo dettagliato i requisiti di rendicontazione.

In particolare, l'ESRS 1 definisce i due ambiti della doppia rilevanza come segue:

i) il termine "impatti" si riferisce agli effetti positivi e negativi legati alla sostenibilità che sono associati all'attività dell'impresa, individuati attraverso una valutazione specifica della rilevanza d'impatto. Questi includono sia gli impatti effettivi sia quelli potenziali, proiettati nel futuro.

ii) il termine "rischi e opportunità", invece, riguarda i rischi e le opportunità finanziarie connessi alla sostenibilità, inclusi quelli derivanti dalla

[56] F. Di Majo, *The EU regulatory and standard setting action on corporate sustainability reporting and the environmental taxonomy: fighting against greenwashing practices with a global reach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2024, n. 1, 207.

dipendenza dell'azienda da risorse naturali, umane e sociali, identificati mediante un processo di valutazione della rilevanza finanziaria.

La CSRD, dunque, punta a trasformare la sostenibilità da elemento accessorio a componente centrale della strategia aziendale. Attraverso un'integrazione profonda con i dati finanziari, essa promuove una rendicontazione che non solo risponde alle esigenze di investitori e *stakeholder*, ma che contribuisce anche alla creazione di valore condiviso. Questo nuovo approccio rafforza il legame tra le imprese e le comunità in cui operano, favorendo di fatto la costruzione di una *governance commons oriented*, capace di bilanciare gli obiettivi economici con la responsabilità sociale e ambientale in una prospettiva di lungo periodo[57].

Da ultimo, il quadro normativo europeo in materia di *governance* sostenibile si è arricchito con la CSDDD. Questa direttiva impone alle società con oltre 1.000 dipendenti e un fatturato globale superiore a 450 milioni di euro, incluse capogruppo e franchising, nonché a società extra-UE con rilevante fatturato nell'Unione[58] di condurre una due diligence sui diritti umani e sull'ambiente basata sui rischi, riguardante sia gli impatti negativi attuali che potenziali in questi ambiti. Tale obbligo si applica alle operazioni delle imprese stesse, alle attività delle loro controllate e alle operazioni dei part-

[57] Sulla CSRD *v.* G. Galeone, *La rendicontazione non finanziaria e la misurazione dei fattori di sostenibilità: profili teorici e prospettive future,* Torino, Giappichelli, 2023; A Genovese, *L'armonizzazione del reporting di sostenibilità delle imprese azionarie dopo la CSRD*, in *Cont. Impr.*, 2023, n. 1, 88 ss.; T. Fornasari, M. Traversi, *The Impact of the CSRD and the ESRS on Non-Financial Disclosure*, *Symphonya. Emerging* Issues, in *Management*, 2024, n. 1, 117 ss.

[58] Più precisamente, ai sensi dell'art. 2 della CSDDD, essa si applica alle società costituite in uno Stato membro che soddisfano almeno una delle seguenti condizioni: aver registrato una media di oltre 1.000 dipendenti e un fatturato netto mondiale superiore a 450 milioni di euro nell'ultimo esercizio; essere capogruppo di un gruppo che raggiunge tali limiti; oppure far parte di un sistema di franchising o licenza nell'Unione, con diritti di licenza superiori a 22,5 milioni di euro e un fatturato netto mondiale superiore a 80 milioni di euro. Si applica, inoltre, alle società costituite in un paese terzo che soddisfano almeno una delle seguenti condizioni: aver generato un fatturato netto superiore a 450 milioni di euro nell'Unione nell'esercizio precedente; essere capogruppo di un gruppo che raggiunge tale limite; oppure far parte di un sistema di franchising o licenza nell'Unione con diritti di licenza superiori a 22,5 milioni di euro e un fatturato netto generato nell'Unione superiore a 80 milioni di euro. La direttiva si applica alle società che rispettano tali condizioni per due esercizi consecutivi e cessa di applicarsi nel caso in cui i requisiti non siano più soddisfatti per due esercizi finanziari consecutivi. Le società capogruppo che si limitano alla detenzione di partecipazioni, senza adottare decisioni gestionali operative o finanziarie, possono essere esentate dagli obblighi della direttiva, a condizione che una filiazione nell'Unione venga designata per adempiervi. Restano escluse dall'applicazione della direttiva i Fondi di Investimento Alternativi (FIA) e gli Organismi di Investimento Collettivo in Valori Mobiliari (OICVM).

ner commerciali lungo le catene di attività delle stesse aziende. Le imprese sono considerate responsabili per eventuali violazioni di tali obblighi. Inoltre, la CSDDD obbliga le imprese a impegnarsi in modo significativo con gli *stakeholder*. Come evidenziato nel considerando 65[59], è necessario prestare particolare attenzione alle esigenze delle categorie vulnerabili, considerando vulnerabilità sovrapposte e fattori intersezionali. In particolare, occorre tenere in considerazione gruppi e comunità potenzialmente interessati, come quelli tutelati dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni o dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Difensori dei Diritti Umani. Anche in tal senso, l'articolo 13 richiede alle imprese di adottare

[59] Il considerando 65 dispone che: «Al fine di esercitare un dovere di diligenza significativo in materia di diritti umani e ambiente, le società dovrebbero adottare misure adeguate per dialogare in modo efficace con i portatori di interessi durante l'intero processo di esecuzione delle azioni relative al dovere di diligenza. Fatta salva la direttiva (UE) 2016/943, un dialogo efficace dovrebbe comprendere la fornitura di informazioni pertinenti e complete ai portatori di interessi consultati, nonché una consultazione continua che consenta un'interazione e un dialogo autentici al livello appropriato, ad esempio a livello di progetto o sito, e con periodicità adeguata. Un dialogo significativo con i portatori di interessi consultati dovrebbe tenere debitamente conto degli ostacoli al dialogo, garantire che i portatori di interessi non subiscano azioni di ritorsione o rivalsa, anche mantenendo la riservatezza e l'anonimato, e dovrebbe essere prestata particolare attenzione alle esigenze dei portatori di interessi vulnerabili nonché alla sovrapposizione di vulnerabilità e ai fattori intersezionali, anche tenendo conto dei gruppi o delle comunità potenzialmente interessati, ad esempio quelli protetti ai sensi della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni e quelli contemplati nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui difensori dei diritti umani.Vi sono situazioni in cui non sarà possibile garantire un dialogo significativo con i portatori di interessi consultati o in cui risulterà utile ricorrere a ulteriori pareri di esperti per consentire alla società di conformarsi pienamente agli obblighi della presente direttiva. In tali casi le società dovrebbero altresì consultare esperti, quali organizzazioni della società civile o persone fisiche o giuridiche che difendono i diritti umani o l'ambiente, al fine di ottenere informazioni credibili sugli impatti negativi potenziali o effettivi. La consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti dovrebbe avvenire in conformità del pertinente diritto dell'Unione, ove applicabile, del diritto nazionale e dei contratti collettivi e fatti salvi i loro diritti all'informazione, alla consultazione e alla partecipazione applicabili, in particolare quelli contemplati dalla pertinente normativa dell'Unione in materia di diritti occupazionali e sociali, tra cui la direttiva 2001/86/CE del Consigli e le direttive 2002/14/CE e 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Ai fini della presente direttiva, la nozione di dipendenti dovrebbe includere il personale interinale e altri lavoratori occupati in forme di lavoro atipiche, purché soddisfino i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia per determinare lo status di lavoratore. Nello svolgimento delle consultazioni, le imprese dovrebbero poter fare affidamento su iniziative del settore nella misura in cui tali regimi siano idonei a sostenere un dialogo efficace. Il ricorso a iniziative di settore o *multipartecipative* non è di per sé sufficiente per adempiere all'obbligo di consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti».

misure adeguate per garantire un dialogo efficace con un'ampia categoria *stakeholder*[60]. Un aspetto rilevante della CSDDD è infatti l'ampliamento del concetto di *stakeholder*, che include non solo le persone direttamente interessate o che potrebbero ragionevolmente ritenersi coinvolte da un impatto negativo, ma anche i loro rappresentanti legittimi, come organizzazioni della società civile e difensori dei diritti umani. Tra gli *stakeholder* rientrano inoltre i Popoli Indigeni, le comunità locali, gli agricoltori e altri soggetti potenzialmente colpiti dalle attività di un'azienda (o dei suoi partner), oltre a sindacati, rappresentanti dei lavoratori e organizzazioni della società civile esperte in settori correlati agli impatti ambientali negativi.

[60] L'articolo 13 dispone che: «Gli Stati membri provvedono a che le società adottino misure adeguate per dialogare in modo efficace con i portatori di interessi, conformemente al presente articolo. 2. Fatta salva la direttiva (UE) 2016/943, quando consultano i portatori di interessi, le società forniscono a questi ultimi, se del caso, informazioni pertinenti e complete, al fine di svolgere consultazioni efficaci e trasparenti. Fatta salva la direttiva (UE) 2016/943, i portatori di interessi consultati sono autorizzati a presentare una richiesta motivata di informazioni pertinenti supplementari, che la società fornisce entro un periodo di tempo ragionevole e in un formato adeguato e comprensibile. Se la società respinge una richiesta di informazioni supplementari, i portatori di interessi consultati hanno il diritto di ricevere una motivazione scritta al riguardo. 3. La consultazione dei portatori di interessi avviene nelle fasi seguenti del processo di attuazione del dovere di diligenza: a) in fase di raccolta delle informazioni necessarie sugli impatti negativi effettivi o potenziali, al fine di individuare e valutare gli impatti negativi e attribuire loro priorità a norma degli articoli 8 e 9; b) in fase di elaborazione di piani d'azione in materia di prevenzione e correttivi a norma dell'articolo 10, paragrafo 2, e dell'articolo 11, paragrafo 3, e in fase di elaborazione di piani d'azione in materia di prevenzione e correttivi rafforzati a norma dell'articolo 10, paragrafo 6, e dell'articolo 11, paragrafo 7; c) in fase di assunzione della decisione di cessare o sospendere un rapporto d'affari a norma dell'articolo 10, paragrafo 6, e dell'articolo 11, paragrafo 7; d) in fase di adozione di misure adeguate per fornire riparazione agli impatti negativi a norma dell'articolo 12; e) se del caso, in fase di elaborazione di indicatori qualitativi e quantitativi per il monitoraggio richiesto in virtù dell'articolo 15. 4. Qualora non sia ragionevolmente possibile dialogare in modo efficace con i portatori di interessi nella misura necessaria per conformarsi agli obblighi della presente direttiva, le società si consultano anche con esperti in grado di fornire informazioni credibili sugli impatti negativi effettivi o potenziali. 5.Nel consultare i portatori di interessi, le società identificano e affrontano gli ostacoli al dialogo e provvedono a che i partecipanti non siano soggetti ad azioni di ritorsione o rivalsa, anche mantenendo la riservatezza e l'anonimato. 6.Gli Stati membri provvedono affinché le società siano autorizzate ad adempiere agli obblighi di cui al presente articolo mediante iniziative di settore o *multipartecipative*, a seconda dei casi, a condizione che le procedure di consultazione soddisfino i requisiti di cui al presente articolo. Il ricorso a iniziative di settore e *multipartecipative* non è sufficiente per adempiere all'obbligo di consultazione dei dipendenti della società stessa e dei loro rappresentanti. 7. Il dialogo con i dipendenti e i loro rappresentanti lascia impregiudicato il pertinente diritto dell'Unione e nazionale in materia di diritti occupazionali e sociali nonché i contratti collettivi applicabili».

Quanto ai doveri inerenti il cambiamento climatico, la direttiva richiede alle imprese di elaborare piani di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici, con l'obiettivo di garantire, attraverso i migliori sforzi, la compatibilità del modello di business e della strategia aziendale con la transizione verso un'economia sostenibile e il contenimento del riscaldamento globale entro 1,5 °C, in linea con l'Accordo di Parigi.

Infine, l'articolo 31[61] stabilisce che il rispetto della legislazione nazionale di recepimento della direttiva possa essere considerato come un aspetto ambientale o sociale da parte delle autorità aggiudicatrici nell'attribuzione di criteri per l'assegnazione di appalti pubblici e concessioni, in conformità con le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Tale conformità può inoltre costituire una condizione ambientale o sociale rilevante per l'esecuzione dei contratti pubblici[62].

La CSDDD si allinea strettamente con il proposto modello *commons-oriented*, promuovendo un'interconnessione sistemica tra responsabilità aziendale e interessi collettivi. La richiesta di coinvolgimento significativo degli *stakeholder* sottolinea l'importanza di una *governance* collaborativa e inclusiva, nella quale gli interessi di comunità locali, Popoli Indigeni e altre categorie vulnerabili divengono rilevanti ai fini delle decisioni aziendali. Allo stesso modo, la pianificazione della transizione climatica e il suo inserimento nelle strategie aziendali rafforzano l'idea che le risorse ambientali e sociali siano beni comuni da tutelare attraverso una gestione responsabile e collettiva. La CSDDD incoraggia quindi una trasformazione strutturale delle imprese, integrando la sostenibilità come elemento fondante e promuovendo il loro ruolo di custodi delle risorse comuni per il beneficio della società nel suo complesso.

[61] L'articolo 31 dispone che: «Gli Stati membri provvedono affinché il rispetto degli obblighi derivanti dalle disposizioni di diritto nazionale che recepiscono la presente direttiva o dalla loro attuazione volontaria sia considerato un aspetto ambientale o sociale che le amministrazioni aggiudicatrici possono, a norma delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, prendere in considerazione nell'ambito dei criteri di aggiudicazione di appalti pubblici e contratti di concessione, e come una condizione ambientale o sociale che le amministrazioni aggiudicatrici possono, in conformità di tali direttive, stabilire in relazione all'esecuzione di appalti pubblici e contratti di concessione».

[62] Sulla CSDDD cfr. per tutti N. Bueno N. Bernaz, G. Holly, O. Martin-Ortega, *The Eu directive on corporate sustainability due diligence (Csddd): the final political compromise*, in *Business and Human Rights Journal*, 2024, n. 9, 294-300.

5. Casi di studio

Verificato l'allineamento dell'abbozzato modello di *governance* "*commons oriented*" con il delineato flusso normativo europeo è stata intrapresa altresì un'analisi empirica avente ad oggetto tre società: un'impresa familiare, una società "*foundation owned*" e una *non profit utility company* al fine di verificare se i proposti elementi qualificanti la *governance* "*commons oriented*" siano già presenti, in tutti o in parte, nelle prassi più virtuose di cui ai casi studio selezionati.

L'analisi si basa su dati qualitativi provenienti da fonti secondarie, quali siti web aziendali e rapporti annuali. Sono state utilizzate parole chiave come "territorio," "comunità," "responsabilità sociale," "*governance*" e "bene comune" per identificare i temi ricorrenti e i *pattern* comuni nei casi esaminati. L'indagine si articola attorno a tre dimensioni principali: il corporate purpose, la *governance* e le performance ambientali e sociali. In particolare, l'analisi del *purpose* si concentra sul legame con il territorio e sull'adozione di una prospettiva di lungo periodo, intesa come superamento del principio di massimizzazione degli utili nel breve termine. La dimensione della *governance* approfondisce il ruolo degli organi societari e le regole che disciplinano la distribuzione dei poteri decisionali, con particolare attenzione alla sostenibilità. Le performance ambientali e sociali, infine, evidenziano il contributo delle imprese alla creazione di valore condiviso attraverso pratiche responsabili.

Il primo caso ha ad oggetto una società familiare. Si tratta della Brunello Cucinelli S.p.A. che si propone come modello di "capitalismo umanistico", una filosofia imprenditoriale che coniuga il perseguimento del profitto con un impegno concreto verso la sostenibilità economica, sociale e ambientale[63].

Il piano strategico di sostenibilità della Brunello Cucinelli S.p.A. "In Armonia con il Creato" (2022-2028) è articolato attorno a obiettivi chiave, tra cui la valorizzazione del territorio, la riduzione degli impatti ambientali e il rafforzamento del benessere delle comunità locali[64] .La missione della società è strettamente legata alla sua collocazione geografica: il borgo medievale di Solomeo, che ospita la sede aziendale, è stato oggetto di un progetto

[63] Disponibile sul sito: www.brunellocucinelli.com/it/humanistic-capitalism-and-human-sustainability.html.

[64] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., 14 Marzo, 2024, 17 – 18, disponibile sul sito: www.Investor.Brunellocucinelli.Com/Yep-Content/Media/Dnf_Fy__2023__Ita.Pdf

di rigenerazione finalizzato a preservarne il valore storico e a favorire una sinergia tra cultura, natura e attività produttive[65].

Il Codice Etico aziendale delinea i principi fondamentali che guidano la gestione delle risorse umane e le relazioni con gli *stakeholder*. Tra questi, particolare rilevanza è attribuita alla promozione del lungo termine e alla creazione di valore condiviso. L'azienda identifica il benessere umano come componente centrale della sostenibilità, integrandolo nei processi decisionali strategici e operativi. La filosofia aziendale si traduce in azioni concrete, quali il sostegno a iniziative filantropiche locali, la promozione di attività culturali e la valorizzazione delle competenze artigianali[66].

La *governance* aziendale è organizzata secondo il c.d. modello tradizionale, con un consiglio di Amministrazione composto da 14 membri, strutturato per includere una rappresentanza bilanciata di genere, diversità professionale e indipendenza. I membri sono selezionati in base a criteri di competenza specifica nei settori del lusso e della moda. Il Presidente Esecutivo, Brunello Cucinelli, mantiene la supervisione strategica e creativa, mentre la gestione operativa è affidata agli amministratori, con deleghe specifiche in ambito commerciale e produttivo[67]. Nel 2023, è stata introdotta la disciplina del voto maggiorato per incentivare la stabilità proprietaria e il coinvolgimento di lungo termine degli azionisti. Parallelamente, il Consiglio per l'Umana Sostenibilità e il Capitalismo Umanistico svolge un ruolo consultivo e di supervisione, supportando il CdA nell'integrazione dei principi di sostenibilità e nel monitoraggio degli impatti generati dalle attività aziendali. Questo organo, composto da rappresentanti interni ed esterni, è incaricato di coordinare le iniziative relative alla sostenibilità ambientale e sociale e di promuovere una cultura aziendale allineata ai principi del capitalismo umanistico[68].

La strategia ambientale di Brunello Cucinelli S.p.A. è supportata da obiettivi ambiziosi approvati dalla *Science Based Targets Initiative* (SBTi). En-

[65] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., cit., *passim*.

[66] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., cit., 19 ss.

[67] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., cit., 62 ss.

[68] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., cit., 42 ss.

tro il 2028, l'azienda mira a ridurre del 70% le emissioni dirette di gas serra (scope 1 e 2) e del 22,5% quelle indirette (scope 3), attraverso interventi specifici sulla catena di fornitura e sull'efficienza energetica degli stabilimenti produttivi[69].

L'approccio all'uso delle risorse naturali è guidato dal principio della sostenibilità, con l'adozione di materiali certificati e il supporto a filiere produttive a basso impatto ambientale[70]. La costruzione di edifici certificati secondo standard LEED e l'utilizzo di energia da fonti rinnovabili evidenziano l'impegno dell'azienda verso la riduzione delle esternalità ambientali[71]. Dal punto di vista sociale, le politiche aziendali si concentrano sulla valorizzazione delle risorse umane attraverso programmi di formazione continua, inclusione e giusta retribuzione. La Scuola di Arti e Mestieri di Solomeo rappresenta un'iniziativa centrale per il trasferimento di competenze artigianali e la crescita personale dei dipendenti, rafforzando il legame tra tradizione e innovazione[72]. Inoltre, l'azienda promuove il benessere lavorativo con misure per il bilanciamento tra vita privata e professionale, come la limitazione dell'orario di invio delle comunicazioni di lavoro[73]. Queste pratiche riflettono l'approccio olistico dell'azienda, che considera i dipendenti non solo come lavoratori, ma come individui dotati di dimensioni spirituali, personali ed emotive[74].

D'altro canto, Patagonia Inc., società "*foundation owned*", fondata nel 1973 da Yvon Chouinard, si distingue per un modello imprenditoriale orientato alla sostenibilità ambientale e alla giustizia sociale. Questo impegno è

[69] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., 106 ss.

[70] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., 114 ss.

[71] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., 30 ss.

[72] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., 162 ss.

[73] Dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, 2023, ai sensi degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 254, 2016, approvata dal Cda della società Brunello Cucinelli S.P.A., 176 ss.

[74] In letteratura sulla Brunello Cucinelli S.p.A. si veda M.R. Napolitano e F. Fusco, *Brunello Cucinelli: la creazione di valore condiviso nell'impresa umanistica*, in *Micro & Macro Marketing, Rivista quadrimestrale*, 2019, n. 2, 335-360; S. Bianchi Martini, A. Corvino e M. Minoja, *Brunello Cucinelli*, in M. Minoja (a cura di), *Bene comune e comportamenti responsabili: storie di imprese e di istituzioni*, Milano, Egea, 2015, 3-30.

formalizzato attraverso il suo status di *Benefit Corporation*, che lega l'impresa all'obbligo giuridico di perseguire una o più finalità di interesse comune. Grazie alla dedizione del suo fondatore, Yvon Chouinard, la trasformazione di Patagonia verso il perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile si è tradotta concretamente attraverso la cessione totale della proprietà della società due entità: *Patagonia Purpose Trust* e *Holdfast Collective*. Segnatamente il 100% delle azioni con diritto di voto della società è stato trasferito a *Patagonia Purpose Trust*, creato per tutelare i valori dell'azienda; il 100% delle azioni senza diritto di voto è stato trasferito a *Holdfast Collective*, un'organizzazione no profit dedicata alla lotta alla crisi ambientale e alla difesa della natura. L'obiettivo, tramite i guadagni generati da Patagonia, è quello di reinvestire per la produzione sostenibile e di distribuire la restante parte dei guadagni in forma di dividendi ad *Holdfast Collective* al fine di aiutare a combattere la crisi climatica. Il disegno di *governance* di Chouinard ha creato un modello innovativo che integra in modo efficace la sostenibilità nei processi operativi dell'azienda. Patagonia si inserisce così in una prospettiva aziendale che va oltre il tradizionale quadro economico, abbracciando una visione più ampia e responsabile, realmente coerente con i principi di salvaguardia ambientale e sociale.

È d'uopo rilevare che Patagonia non possiede fabbriche proprie, ma esternalizza la produzione, applicando un approccio di valutazione "4-Fold" che considera aspetti sociali, ambientali, qualitativi e commerciali. La selezione dei fornitori avviene con il coinvolgimento del team di Responsabilità Sociale e Ambientale (SER), che ha il potere di veto sulle collaborazioni. Dal 1996, l'azienda è membro fondatore della *Fair Labor Association* (FLA), promuovendo audit indipendenti e pratiche di miglioramento continuo per garantire condizioni di lavoro conformi agli standard internazionali. La trasparenza della filiera produttiva è aumentata con iniziative come il "*Footprint Chronicles*" e il programma *Fair Trade Certified*, introdotto nel 2014, che consente ai lavoratori di ricevere premi economici per migliorare le loro condizioni di vita. Patagonia promuove inoltre l'agricoltura rigenerativa attraverso pratiche che favoriscono la salute del suolo e il benessere dei lavoratori, con la prima certificazione *Regenerative Organic* ottenuta nel 2020 e l'espansione del programma nel 2022 a più di 2.000 agricoltori in India e Perù. Durante la pandemia di COVID-19, Patagonia ha mantenuto i propri impegni economici verso i fornitori, saldando gli ordini completati e distribuendo premi *Fair Trade* per sostenere i lavoratori. Nel 2022, l'azienda ha ripreso gli audit in loco, verificando il rispetto delle norme sui reclutamenti responsabili e raccogliendo dati qualitativi su salari e condizioni lavorative da oltre 19.000 lavoratori. Le informazioni raccolte sono state utilizzate per migliorare pro-

grammi esistenti e svilupparne di nuovi, con particolare attenzione alla riduzione dei divari salariali e al raggiungimento di salari dignitosi. Le misure adottate riflettono un approccio sistematico e strutturato alla gestione della sostenibilità sociale e ambientale nella filiera produttiva, contribuendo a definire standard di settore più responsabili.[75]

Da ultimo, Glas Cymru rappresenta un modello unico nel settore delle utility nel Regno Unito. Fondata nel 2000 da Nigel Annett e Chris Jones, con il supporto del primo Presidente Lord Burns, la società è nata con l'obiettivo esclusivo di acquisire e gestire *Dŵr Cymru Welsh Water*, il fornitore di servizi idrici e fognari per gran parte del Galles e alcune aree confinanti dell'Inghilterra. Dopo un processo di acquisizione durato circa diciotto mesi, Glas Cymru ha completato l'operazione nel maggio 2001, rilevando Welsh Water dalla *Western Power Distribution*, una società statunitense di rete elettrica, attraverso un'emissione obbligazionaria da 1,9 miliardi di sterline, considerata all'epoca la più grande emissione di obbligazioni societarie in sterline mai realizzata senza supporto governativo.

La peculiarità di Glas Cymru risiede nella sua struttura societaria e nella sua missione. Si tratta di una "*company limited by guarantee*", priva di azionisti, che reinveste tutti i surplus finanziari a beneficio dei clienti. La strategia aziendale punta a ridurre i costi di finanziamento degli asset, che rappresentano la voce di spesa più significativa per l'industria idrica, garantendo al contempo servizi di alta qualità alle famiglie, alle imprese e all'ambiente in Galles. Dal 2001, Glas Cymru ha gestito un programma di investimenti in capitale di oltre 6 miliardi di sterline, con cifre analoghe previste per il futuro, assicurandosi che gli asset dell'azienda possano servire anche le generazioni future. La priorità è mantenere una qualità creditizia stabile e a lungo termine per attrarre investitori istituzionali, come fondi pensione e compagnie assicurative, e raccogliere finanziamenti al costo più basso possibile. Questo approccio ha permesso di contenere le bollette dei clienti, di cui circa un terzo è destinato a remunerare gli investimenti.

La *governance* di Glas Cymru riflette la sua natura unica. Non avendo azionisti, le funzioni di *governance* sono affidate a un consiglio di amministrazione composto principalmente da direttori indipendenti non esecutivi

[75] Tutte le informazioni e i dati citati sono disponibili sul sito www.patagonia.com. In letteratura si veda V. Stanley , T. O'Callahan, *How Patagonia Learned to Act on Its Values*, 22 aprile 2021, disponibile su: insights.som.yale.edu/insights/how-patagonia-learned-to-act-on-its-values; M. Zint e R. Frederick, *Marketing and Advertising a "Deep Green" Company: The Case of Patagonia, Inc.*, in *The Journal of Corporate Citizenship*, 2001, n. 1, 93-113; in chiave critica: S.J. Hepburn, *In Patagonia (Clothing): A Complicated Greenness*, in *Fashion Theory*, 2013, n. 17, 623-645.

e a circa cinquanta membri selezionati attraverso un processo indipendente. Questi membri, non rappresentanti di gruppi di interesse esterni ma individui non retribuiti, hanno il compito di promuovere il buon funzionamento della società nell'interesse dei clienti. Questo modello di *governance* contribuisce a mantenere un focus rigoroso sugli obiettivi aziendali e sui benefici per i clienti, piuttosto che sul profitto per gli azionisti.

Glas Cymru ha ottenuto risultati significativi nel corso della sua gestione. Oltre ai 6 miliardi di sterline investiti per migliorare la qualità dell'acqua potabile, la protezione ambientale e il servizio ai clienti senza gravare sui contribuenti, l'azienda ha ridotto il rapporto di indebitamento dal 93% a circa il 60%, ottenendo rating di credito migliorati (A-/A3/A), tra i migliori nel settore idrico britannico. Inoltre, Glas Cymru ha restituito circa 440 milioni di sterline ai clienti sotto forma di "dividendi per i clienti" e ha destinato oltre 10 milioni di sterline a sostegno di gruppi svantaggiati attraverso tariffe sociali e un fondo di assistenza. Grazie a una strategia di riduzione dei costi e miglioramento dell'efficienza, le bollette medie sono oggi più basse in termini reali rispetto al 2000. Glas Cymru rappresenta quindi un modello innovativo e sostenibile nella gestione delle utility, dimostrando come una struttura aziendale unica possa generare benefici tangibili per i clienti e la comunità, garantendo al contempo la sostenibilità a lungo termine del servizio[76].

6. Le società a partecipazione pubblica che erogano servizi pubblici essenziali come "*stewards of the commons*"?

I tre casi studio analizzati – Brunello Cucinelli S.p.A., Patagonia Inc. e Glas Cymru – offrono prospettive diverse su come le imprese possano avvicinarsi al modello di *governance commons-oriented*.

In primo luogo, Brunello Cucinelli S.p.A., impresa familiare, si distin-

[76] Tutte le informazioni e i dati citati sono disponibili sul sito: www.corporate.dwrcymru.com/en/about-us/company-structure/glas-cymru. In letteratura si veda C. Jones, M. Metzner e J.C. Stroehle, *Case Study: Welsh Water – A Model for the Purposeful Ownership of a Utility?*, Oxford, Oxford University, Saïd Business School, Smith School of Enterprise and the Environment, 2021, disponibile su: www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/2021-04/welsh-water-case-study.pdf.; D.L. Owen, *Glas Cymru: lessons from nine years as a not-for-profit public–private partnership*, in *International Journal of Water Resources Development*, 2012, n. 29, 343-351; D. Brooksbank, D. Pickernell, A. Kay e B. Kassim, *The Emergence and Performance of the Bond Funded Water Company Model in the UK: The Case of Glas Cymru*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2009, n. 10, 211-234.

gue per il suo "capitalismo umanistico", integrando valori etici e sociali nella strategia aziendale. La valorizzazione del territorio umbro, l'attenzione al benessere dei dipendenti e l'impegno verso la sostenibilità ambientale riflettono una connessione profonda con la comunità locale e una visione di lungo termine. Tuttavia, il modello rimane fortemente legato alla figura del fondatore, e la partecipazione degli *stakeholder* esterni nei processi decisionali è limitata, rendendo la *governance* meno collaborativa rispetto al modello proposto.

D'altro canto, Patagonia Inc., società "*foundation owned*", rappresenta un esempio avanzato di integrazione della sostenibilità nella *governance* aziendale. La decisione di trasferire la proprietà a enti focalizzati sulla tutela ambientale e lo status di *benefit corporation* evidenziano un impegno istituzionale verso i beni comuni. L'azienda adotta pratiche che coinvolgono attivamente fornitori, comunità locali e lavoratori lungo la catena del valore, promuovendo una gestione responsabile delle risorse naturali. Nonostante ciò, il modello di Patagonia potrebbe incontrare difficoltà di replicabilità su larga scala, soprattutto in contesti normativi e culturali diversi, e la partecipazione diretta delle comunità locali nella *governance* rimane circoscritta.

Da ultimo, Glas Cymru emerge come il caso che più si avvicina al modello di *governance commons-oriented* proposto. La sua struttura senza azionisti, con una *governance* affidata a membri indipendenti che rappresentano gli interessi dei clienti e della comunità, incarna l'idea di un'impresa che opera come custode dei beni comuni. Il reinvestimento dei surplus finanziari a beneficio dei clienti e l'attenzione alla sostenibilità a lungo termine dimostrano come sia possibile conciliare efficienza economica e finalità sociali su larga scala. Questo modello evidenzia punti di forza significativi, quali la *governance* inclusiva e l'allineamento diretto con gli interessi collettivi, pur presentando la sfida di mantenere l'equilibrio finanziario senza il supporto di capitali privati tradizionali. In sintesi, mentre ciascuno dei tre casi incorpora elementi del modello *commons-oriented*, Glas Cymru rappresenta l'esempio più completo di come una società possa operare come *steward* dei beni comuni.

In definitiva, l'analisi condotta dimostra che il modello di corporate *governance commons-oriented* potrebbe forse essere più coerente con società che, così come Glas Cymru, erogano servizi pubblici essenziali, e in aggiunta rispetto a Glas Cymru, contemplano altresì una partecipazione pubblica. La "mitigazione" del dovere di massimizzazione dei profitti delle società a partecipazione pubblica, quantomeno sotto il profilo del c.d. lucro soggettivo[77], combinata con la capacità e il dovere di interagire efficacemente con il

[77] In ambito nazionale, con riferimento alla più ampia nozione di impresa pubblica e

settore privato e le comunità locali, offre condizioni difficilmente ripetibili

non di società pubblica, di cui si dirà in seguito, cfr. G.F. Campobasso, *Manuale di Diritto Commerciale*, Milano, Utet Giuridica, 2022, 19: «La nozione di imprenditore è una nozione unitaria comprensiva sia dell'impresa privata sia dell'impresa pubblica (art. 2093); e ciò implica che requisito essenziale può essere considerato solo ciò che è comune a tutte le imprese e a tutti gli imprenditori. E l'impresa pubblica è si tenuta ad operare secondo criteri di economicità ma non è, né necessariamente né di regola, preordinata alla realizzazione di un profitto». Quanto alla nozione di società pubblica, è d'uopo tuttavia rilevare che ai sensi dell'art. 1, co. III, del Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP): «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Tale previsione è stata interpretata dalla Sez. I della Suprema Corte di Cassazione, che nella sentenza 1° dicembre 2016, n. 24591, ha affermato che: «In tema di società partecipata da un ente locale, pur quando costituita secondo il modello del c.d. *in house providing*, le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell'art. 2449 c.c., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, perché investono atti compiuti dall'ente pubblico *uti soci, non jure imperii*, e, posti in essere a valle della scelta di fondo per l'impiego del modello societario, ogni dubbio essendo stato sciolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale, in senso privatistico, prevista dall'art. 4, c. 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n, 135 del 2012, oltre che dal principio successivamente stabilito dall'art.1, c. 3, del d.lgs. n. 175 del 2016 (nella specie peraltro inapplicabile ratione temporis), a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle rispettive disposizioni, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile». La permanenza dello scopo lucrativo nelle società partecipate è stata chiaramente riconosciuta dalla medesima Corte di Cassazione, Sez. I, nella sentenza 3196 del 7 febbraio 2017, ove la Corte ha affermato: «( ) [N]on è pertanto invocabile, a fronte della partecipazione dell'ente pubblico, un procedimento di riqualificazione della natura del soggetto partecipato, nemmeno all'insegna della categoria, di volta in volta da disvelare, di una società di diritto speciale. Come detto, solo quando ricorra una espressa disposizione legislativa, con specifiche deroghe alle norme del codice civile, potrebbe affermarsi la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la possibile emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa. In difetto di tale intervento esplicito, il fenomeno resta quello di una società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono. E se è vero che l'ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse (secondo norme e vincoli resi più stringenti dal D. Lgs. n. 175 del 2016), una volta che comunque la società sia stata costituita, l'interesse che fa capo al socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente extrasociale, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica (Cass., sez. un., n. 17287/2006). Il rapporto tra società ed ente è perciò di assoluta autonomia, non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e

in altri casi che candidano le *utilities* locali a diventare i motori di processi

mediante la nomina dei componenti degli organi sociali». Più di recente, le SS.UU. con la sentenza n. 8186 del 14 marzo 2022 hanno ribadito il consolidato principio secondo cui: «( ) la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritti privato solo perché gli enti pubblici (comune, provincia e simili) ne posseggono, in tutto o in parte, le partecipazioni, in quanto non assume rilievo alcuno, per le vicende della società medesima, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera comunque nell'esercizio della propria autonomia negoziale e non è consentito all'ente pubblico, mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, di incidere sullo svolgimento del rapporto partecipativo e sull'attività della società, che restano assoggettati alla disciplina privatistica, così da non escludere la alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti della pubblica amministrazione, il quale è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante». Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa, segnatamente il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, con la sentenza n. 728 del 14 agosto 2020, che ha affermato che «( ) la Giurisprudenza è ormai concorde nel ricondurre le società a totale partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico, sul rilievo che la scelta del legislatore di consentire all'ente pubblico l'esercizio di determinate attività mediante società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici, impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità». Nell'ordinamento nazionale, dunque, le società pubbliche si qualificano come enti di diritto privato soggetti caratterizzate dallo scopo lucrativo. Dal punto di vista positivo, in questo senso, si veda il c. 2 dell'art. 12 del TUSP ove si precisa che: «costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione». Come notato da F. Goisis, *La natura delle società in mano pubblica*, in *Le Società Pubbliche*, a cura di F. Cerioni, Milano, Giuffrè, 2023, 636: «Sembra così quasi farsi riferimento alla teoria dello *shareholder value* (come noto ampiamente alla base della complessiva riforma del diritto societario del 2003»). In dottrina, sulla natura privatistica delle società pubblica e dunque sul suo rapporto con lo scopo di lucro si veda già F. Cammeo, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, Universitaria Editrice, 1947, 28 ss. In senso differente si veda G. Rossi, *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblico e le società di interesse nazionale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di da P. Rescigno, Torino, Utet, 1985, Vol. XVII, 183 ss., secondo il quale la società in mano pubblica pur avendo causa astrattamente lucrativa, potrebbe di fatto sistematicamente e legittimamente derogare a tale causa laddove essa si trovasse in contrasto, in concreto, con l'interesse pubblico. Tale deroga sarebbe giustificata dal fatto che l'ente pubblico, ai sensi dell'art. 11 del Codice civile, sarebbe soggetto al diritto comune soltanto nei limiti della sua aderenza all'interesse pubblico. In maniera meno netta rispetto a G. Rossi, si veda R. Ursi*, Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, ove però in conclusione è riconosciuto il più ampio valore di preservazione, mediante un insieme di regole speciali, della funzionalizzazione all'interesse pubblico delle risorse investite dal socio pubblico nella società, che è comunque qualificata come un ente privatistico regolato dal Codice civile. Più in generale sulla disciplina delle società pubbliche si veda tra gli altri: F. Cerioni (a cura di), *Le Società Pubbliche*, cit.; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica, raccolta sistema-*

di sviluppo economico locale innovativi, sostenibili, inclusivi e democratici.

Tale rilievo si allinea oltretutto con quello che nel contesto eurounitario è definibile come con un vero e proprio "ritorno" dello Stato-imprenditore, ossia dell'intervento pubblico diretto o indiretto nel mercato[78]. Ne sono esempi lampanti l'intervento da parte del governo francese in soccorso di Air France al fine di contenere i costi per i voli interni[79] o la nazionalizzazione da parte del governo olandese dei sistemi di riscaldamento pubblico[80]. Una delle motivazioni che giustificano il ritorno dello Stato-imprenditore appare per l'appunto rinvenibile nella maggiore possibilità, rispetto alle società a base proprietaria privata, di realizzare gli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Anche nella letteratura internazionale è stato sottolineato come, anche alla luce della menzionata "mitigazione" di un dovere di massimizzazione del profitto in capo alle società in mano pubblica, esse potrebbero dedicarsi più agevolmente ad attività legate alla sostenibilità, specie a livello locale[81] e

tica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza, Milano, Wolters Kluwer, 2016; M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia* (1958), in *Scritti*, Vol. IV (1955–1962), Milano, Giuffrè, 2004, 361 ss.; G. Treves, *Le imprese pubbliche*, Torino, Giappichelli, 1950; S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962,.; Id., *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in *L'impresa*, a cura di P. Ferro-Luzzi et al., Milano, Giuffrè, 1985, 167 ss.; F. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Vol. I, *La costituzione economica*, Padova, CEDAM, 1977, 385 ss.; C. Lacava, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 2003, 3912, ss; L. Mengoni, *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 153 ss.; C. Iaione, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012.

[78] Cfr. A. Ilacqua, *L'ascesa dei "golden powers". Dallo Stato imprenditore allo Stato protettore*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, n. 1, 429. Come evidenziato da S. Clò, C.F. Del Bo, M. Ferraris, M. Florio, D. Vandone, C. Fiorio, *Public Enterprises in the Market for Corporate Control: Recent Worldwide Evidence*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2015, n. 4, 559 ss., il 20% delle 2000 società indicate da Forbes come maggiormente rilevanti su scala globale sono partecipate dal settore pubblico. Inoltre, come evidenziato da Commissione UE, *State-owned enterprises in the eu: lessons learnt and ways forward in a post-crisis context*, 2016, disponibile su economy-finance.ec.europa.eu/publications/state-owned-enterprises-eu-lessons-learnt-and-ways-forward-post-crisis-context_en, in alcuni Stati membri dell'UE, le aziende di proprietà pubblica detengono valori di mercato prossimi al 50% del PIL e forniscono fino al 10% dei posti di lavoro su base nazionale.

[79] BBC, *Coronavirus Aid: Air France 'Must Cut Domestic Flights to Get State Loan' BBC News, May 4, 2020*, disponibile sul sito: www.bbc.com/news/world-europe-52527517.

[80] De Volkskrant, *Met Opvallende Draai Legt Minister Het Warmtenet in Publieke Handen*, De Volkskrant, 22 ottobre, 2022.

[81] In questo senso si vedano tra gli altri T. Meelen, J.P. Sluijs, *Government Ownership for*

su aspetti come la riduzione delle emissioni, il miglioramento della gestione sostenibile dei rifiuti e la promozione degli investimenti in tecnologie e infrastrutture "verdi"[82].

In conclusione, appare necessario approfondire ulteriori piste di ricerca sulle possibilità di valorizzare le società pubbliche, specie quelle che erogano servizi pubblici essenziali, non solo come strumenti esecutivi della pubblica amministrazione, ma come attori capaci di dialogare con il settore privato locale e con le comunità locali per favorire processi di sviluppo economico

Sustainability Transitions: Empirical Insights for EU Policy Makers, in *Sustainable by design: Industrial policy for long-term competitiveness in the EU,* a cura di M. Bartl, R. Claassen, N. van der Horst, disponibile al link: www.act.uva.nl/research/research-projects/sustainable-by-design/sustainable-by-design.html?cb, 2024115; A.C. Lindholst, *Addressing public-value failure: remunicipalization as acts of public entrepreneurship,* in *Journal of Economic Policy Reform*, 2021, n. 3, 380 ss.; M. Minoja, E.G. Romano, *Managing Intellectual Capital for Sustainability: Evidence from a Re-Municipalized, Publicly Owned Waste Management Firm,* in *Journal of Cleaner Production*, 2021, n. 279, 123213; G. Romano, N. Salvati, A. Guerrini, *Factors Affecting Water Utility Companies' Decision to Promote the Reduction of Household Water Consumption*, in *Water Resources Management*, 2014, n. 15, 5491-5505.

[82] Sulla maggiore tendenza verso il perseguimento di obiettivi legati alla sostenibilità da parte delle società pubbliche cfr. L. Wansleben, N. Neumann, *Entrepreneurs beyond neoliberalism: municipally owned corporations and climate change mitigation in german cities*, in *Urban Studies*, 2023, n. 5, 799 ss. Di particolare rilievo appare altresì lo studio di B. Steffen, V. Karplus, T.S. Schmidt, *State Ownership and Technology Adoption: The Case of Electric Utilities and Renewable Energy*, in *Research Policy*, 2022, n. 51, 104534, in cui viene rilevato, tramite l'analisi di una vasta casistica a cavallo tra il 2010 e il 2016, che nel settore energetico eurounitario le utilities in mano pubblica hanno investito maggiormente in energie rinnovabili rispetto alle società su base proprietaria privata; *contra* è stato rilevato come la relativa inefficienza delle società pubbliche rispetto alle società private, specie nei paesi in via di sviluppo, abbia inciso negativamente anche sul livello di emissioni delle società; in questo senso si veda F.N.G. Andersson, S. Opper, U. Khalid, *Are capitalists green? firm ownership and provincial co emissions in China*, in *Energy Policy*, 2018, 349 ss.; A. Meyer, G. Pac, *Environmental performance of state-owned and privatized eastern european energy utilities*, in *Energy Economics*, 2013, 205 ss. È stato altresì rilevato come la più bassa qualità di gestione delle aziende del settore energetico di proprietà pubblica, rispetto alle aziende private, abbia inciso negativamente sugli investimenti nelle infrastrutture "verdi". In questo senso vd. L. Deruytter, G. Juwet, D. Bassens, *Why do state-owned utilities become subject to financial logics? the case of energy distribution in flanders*, in *Competition & Change*, 2022, 266 ss.; S. Herreras Martinez, R. Harmsen, M. Menkveld G.J. Kramer, A. Faaij, *Why go public? public configurations and the supportive and divergent views towards public district heating in the netherlands*, in *Frontiers in Sustainable Cities*, 2023, disponibile sul sito: www.frontiersin.org/journals/sustainable-cities/articles/10.3389/frsc.2023.1220884/full. È stato altresì rilevato come maggiori livelli di corruzione nel contesto delle società in mano pubblica abbiano degli effetti negativi anche sul piano delle emissioni. In questo senso si veda J. Liang, l. Langbein, *Are state-owned enterprises good citizens in environmental governance? evidence from the control of air pollution in china*, in *Administration & Society*, 2021, n. 8, 1263 ss.

innovativi e inclusivi. La presenza del socio pubblico e la sua rilevata tendenza a mitigare il c.d. lucro soggettivo con i rispettivi doveri e capacità di rispondere a istanze collettive, rappresentano caratteristiche che parrebbero renderle sicure protagoniste di un modello di *commons-oriented corporate governance* capace di superare le tradizionali dicotomie tra pubblico e privato, tra profitto societario e utilità sociale.

Abstract

The principle of sustainable development demands a radical rethinking of economic and financial activities, calling for organizations and investments that consider or promote economic, social, and environmental characteristics. Within this framework, corporations can play a pivotal role by transcending the traditional dichotomy between profit and social function, thus redefining their mission. This paper addresses a research question revolving around a governance model aimed at transforming capital companies into potential stewards of the commons. Starting from an overview of the longstanding debate on corporate purpose, it develops a theoretical definition of the model. Its validity is verified through an analysis of recent European regulatory measures – EU Regulation 2020/852 on the EU taxonomy and the CSRD and CSDDD directives – and an empirical study of three typologies of corporations: family-owned, foundation-owned, and non-profit utility. The findings indicate that the proposed model may be particularly effective for publicly owned utilities, whose hybrid characteristics can readily foster sustainable development.

SAGGI

Emanuele Guarna Assanti

IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA NELL'EQUILIBRIO NORMATIVO STABILITO DAL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: PROFILI CRITICI

Sommario: 1. I principi introdotti dal Codice dei contratti pubblici, la centralità e l'anomalia del principio della fiducia. – 2. La triade assiologica e l'anomalia del principio della fiducia. – 3. Il concetto di fiducia: perimetro della nozione e problemi definitori. – 4. Principi generali, clausole generali e disposizioni puntuali: l'eterogeneo contenuto dell'articolo 2. – 5. Il rapporto con i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5). – 6. Il rapporto con il principio del risultato (art. 1). – 7. Il potere amministrativo "fiduciario": verso una nuova forma di discrezionalità? – 8. *Segue*. Verso una rinnovata presunzione di legittimità degli atti amministrativi? – 9. Considerazioni conclusive: il capriccio della fiducia.

1. I principi introdotti dal Codice dei contratti pubblici, la centralità e l'anomalia del principio della fiducia

Il Titolo Primo della parte prima del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, emanato in sostituzione del precedente codice d.lgs. n. 50/2016, è oggi dedicato ai «principi generali»[1].

[1] Il titolo primo introduce, *per tabulas*, i seguenti principi: del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2), dell'accesso al mercato (art. 3), di buona fede e tutela dell'affidamento (art. 5), di solidarietà e sussidiarietà orizzontale e rapporti con gli enti del c.d. Terzo settore (art. 6), di auto organizzazione amministrativa (art. 7), di autonomia contrattuale e del divieto di prestazione di lavoro intellettuale a titolo gratuito (art. 8), di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10), di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore e inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11). La codificazione dei principi generali di un settore normativo serve certamente a «rendere intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti» (in questi termini il Cons. St., ad. plen., n. 13/2013); ma il punto sembra essere piuttosto quello di individuare principi giuridici direttivi della materia e non principi etici di direzione delle condotte individuali o tesi al raggiungimento di obiettivi impossibili. Sui principi generali del Codice dei contratti pubblici, v. *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Napoli, Editoriale

In realtà, i primi dodici articoli prevedono dieci principi generali, insieme a norme e disposizioni della più varia natura, e due criteri procedurali. Tra questi ultimi, l'art. 4, denominato «criterio interpretativo e applicativo», secondo cui «le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3», assume un valore preminente nella spiegazione e nell'interpretazione del sistema delineato dal nuovo Codice dei contratti pubblici[2].

In questo senso, i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, come individuato da ampia dottrina, assumono il ruolo di "super principi" del Codice dei contratti pubblici.

Sembra dunque che, per comprendere l'intero rinnovato sistema normativo, occorra muovere dal contenuto dei primi tre articoli, che vengono ad assumere nell'economia del disegno tratteggiato dal legislatore un valore sistematico preminente, un importante contenuto deontologico e una

Scientifica, 2024; L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e Appalti*, 2023, 5 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Giustiziainsieme.it*, 2023; S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. Corso e M. Immordino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 517 ss.; G. Rovelli, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria,* in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato"), ivi*, 2023; Id., *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato, ivi*, 2023. Con riguardo al vecchio Codice, M. Cafagno, A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, 203 ss. Nella prospettiva della teoria generale del diritto, v. N. Bobbio, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1966, 887 ss.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, 316 ss.; F. Modugno, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma 1991, 3 ss.; G. Alpa, *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 2006; G. Pino, *Principi e argomentazione giuridica,* in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131 ss. Con riferimento, nello specifico, al diritto amministrativo, A. Massera, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, 2017, 427 ss.; G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, in *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2016, 191 ss.; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2010, 67 ss.

[2] Il secondo criterio concerne il "rinvio esterno": per quanto non espressamente previsto nel codice si applicano, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, le disposizioni di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 (legge generale sul procedimento amministrativo), e alle fasi della stipula del contratto e di esecuzione, le disposizioni del Codice civile (art. 12).

concatenazione assiologica: il rispetto delle regole di mercato, a monte, e di quelle della fiducia, a valle, costituisce la cornice entro la quale è possibile raggiungere l'agognato risultato[3]. A questo disegno non sfuggono neppure le successive disposizioni di "principio", però caratterizzate da un campo applicativo settoriale (es. autorganizzazione, disciplina dei contratti collettivi e delle sopravvenienze, ecc.). In questi termini, il sistema va concepito e analizzato unitariamente.

Sembra che, nonostante l'impianto normativo europeo rimanga immutato, una rinnovata prospettiva sistematica legata a una nuova "forza ordinante"[4] impressa a (taluni) principi generali, diversamente da quanto previsto dal codice previgente, impregni l'ordinamento speciale dei contratti pubblici, fondata sul nesso risultato-fiducia-concorrenza[5], funzionalizzato in direzione del primo, che sta già esprimendo una certa portata espansiva[6].

Tra questi principi, però, quello della fiducia rappresenta una assoluta novità nel panorama normativo, generale e speciale. Eppure, la lettura dell'art. 2 del Codice consegna all'interprete numerosi interrogativi sulla natura del nuovo principio, sulla sua struttura, sulle relazioni che intercorrono con altri principi generali e particolari, sia del diritto dei contratti pubblici, sia del diritto amministrativo in generale, sulle innovazioni effettivamente

[3] Cfr. R. Ursi, *La "trappola" della fiducia nel codice dei contratti pubblici,* in *Diritto e conti*, 2024: «La fiducia, evocata dal Codice, come fattore assiologicamente sovraordinato, rappresenta il necessario requisito del contesto organizzativo, prima, e ambientale, dopo, su cui incardinare il primato del risultato. Insomma, sembra corretto ritenere che risultato e fiducia costituiscano un'endiadi, la quale contraddistingue l'assetto valoriale prevalente del sistema regolativo tracciato dal Codice. Una narrazione per la quale, tutto sommato, anche il principio dell'accesso al mercato (art. 3), risulta funzionale, seppur nel quadro della piena cogenza dei principi del diritto eurounitario». Sul principio del risultato nel Codice dei contratti pubblici v. F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Giustizia-amministrativa*, 2023; Id., *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo,* in *Federalismi*, 2024, 122 ss.

[4] A. Cioffi, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *Apertacontrada.it*, 2023.

[5] Secondo G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 288 ss. i primi tre articoli consacrerebbero principi-valori, mentre gli altri principi-regole.

[6] Art. 3, c. 3, Testo unico di semplificazione normativa dei procedimenti concernenti la produzione di energia da fonti rinnovabili, per il quale «le procedure amministrative di cui al presente decreto si informano ai principi di celerità, uniformità procedimentale sull'intero territorio nazionale e non aggravamento degli oneri, nonché ai principi del risultato, di fiducia, buona fede e affidamento. Le medesime procedure garantiscono la pubblicità, la trasparenza e la partecipazione dei soggetti interessati nonché la concorrenza fra gli operatori».

apportate nei rapporti giuridici tra amministrazioni e privati e, infine, sulla stessa validità di un principio che appare collocarsi in un'area non ben definita tra etica e diritto.

2. La triade assiologica e l'anomalia del principio della fiducia

Il primo articolo, dedicato al «principio del risultato», stabilisce che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza», in linea con la discussa concezione della amministrazione c.d. di risultato[7], emersa già da tempo nella letteratura italiana[8], e rafforzata dalla normativa concernente il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)[9].

L'art. 1, c. 2, dispone solennemente, in linea con i tradizionali insegnamenti europei, che «la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» e che «la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella cor-

[7] Cfr. M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere,* in *Federalismi*, 2024, 208: «gli studi che si erano sforzati di elaborare un più compiuto modello di amministrazione di risultato, di proporne persino una elaborazione dogmatica ed una sistematizzazione giuridica, continuavano ad incontrare l'opposizione di quanti disconoscevano in radice proprio la giuridicizzazione di quella accezione, la cui considerazione [...] si riteneva potesse alterare il ruolo proprio di altri ben più consolidati principi del sistema costituzionale e legislativo: per tali ragioni, il risultato permaneva al di fuori della legalità, escluso (invero solo apparentemente) dalla considerazione delle norme attributive di poteri pubblici. Esso poteva al più costituire parametro di valutazione delle *performance* di funzionari o di strutture organizzative, per valutarne qualità e rendimento, giammai per sindacare la legittimità della loro azione».

[8] Il concetto di amministrazione "di risultato" è stato ampiamente analizzato dalla letteratura italiana: è sufficiente qui richiamare *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, a cura di M. Immordino e A. Police, Torino, Giappichelli, 2004.

[9] «Semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)» è il criterio direttivo del c.d. decreto semplificazioni *bis*, che ha introdotto un rinnovato disegno per la più efficace governance degli obiettivi del Pnrr, v. il Dossier del Servizio studi del Senato della Repubblica Italiana, n. 394/3 del 26 luglio 2021. L'Italia è infatti il maggior beneficiario dei fondi derivanti dal *Recovery and Resilience Facility* (Rrf) e il nostro Pnrr prevede un complesso di riforme trasversali e investimenti specifici, da attuare secondo un rigido cronoprogramma, il mancato rispetto del quale condurrebbe alla perdita dei finanziamenti europei.

retta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «"codice", e ne assicura la piena verificabilità».

Conformemente al rinnovato art. 97 Cost.[10], l'art. 1, c. 3, stabilisce che «il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

Interessante per il panorama normativo nazionale, il c. 4, che stabilisce come il principio del risultato costituisca «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

Già da queste ultime disposizioni è possibile comprendere la principale preoccupazione del legislatore dei contratti pubblici: superare, da un lato, le inefficienze della pubblica amministrazione nel raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico e incidere sul regime di responsabilità degli amministratori pubblici, dall'altro.

L'art. 2 introduce il principio della fiducia.

Esso, ancora una volta, prova a incidere sulla "struttura" del potere discrezionale, stabilendo al c. 1 che «l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici».

In secondo luogo, il c. 2 prevede che il principio della fiducia «favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato».

Il c. 3 dispone che «nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività

[10] «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto», specificando altresì che «non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».

Dalla lettura di quest'ultimo c., è possibile avvertire la preoccupazione, altamente percepita dal pubblico amministratore, di essere perseguito dalla Corte dei conti nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale di repressione dei danni provocati al patrimonio pubblico, provvedendo a delimitare il confine esistente tra il concetto di colpa grave e quello di colpa lieve[11].

Il c. 4 prevede, infine, che per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le pubbliche amministrazioni adottino azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione.

L'art. 3, dedicato al «principio dell'accesso al mercato», impone alle pubbliche amministrazioni di favorire, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei tradizionali principi europei di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Tra i principi appena esaminati, quello della fiducia appare il più eclettico, sia da un punto di vista strutturale, sia da un punto di vista funzionale. La norma sembra compiere una operazione unitaria in due passaggi: da un lato, nella prospettiva di un ripensamento dell'intero fenomeno amministra-

[11] Come vedremo, l'intervento normativo si pone a valle di alcune riforme volte a spostare l'equilibrio del rapporto tra giudice, penale e contabile, e amministrazione: da un lato, si è provveduto dapprima a riformulare il reato di "abuso d'ufficio", restringendo la discrezionalità del giudice penale (richiedendo che l'atto amministrativo sia adottato «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità») e poi a eliminarlo del tutto con l. n. 114/2024, dall'altro, si è circoscritta la responsabilità amministrativa del pubblico dipendente ai soli casi di dolo, eliminando il coefficiente soggettivo della colpa grave, con riferimento specifico alle condotte attive (mentre, per ciò che riguarda le condotte omissive la situazione rimane immutata).

Su tali temi, A. Cioffi, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 285 ss.; G. Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2022, 242 ss.; R. Ferrara, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1 ss.; M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 279 ss.

tivo, fonda il potere amministrativo sulla fiducia "reciproca"; dall'altro, nella prospettiva del superamento di un problema in parte antico e in parte nuovo, incrementato dalla recente crisi socioeconomica[12], tenta di porre rimedio al fenomeno della burocrazia difensiva, che evoca l'immagine del pubblico funzionario che, frenato dalle possibili conseguenze personali (*rectius* patrimoniali) del suo agire, preferisce astenersi dalla cura dell'interesse pubblico, con inevitabile sacrificio dei principi stabiliti dall'art. 97 Cost.

L'idea del legislatore appare quella di tentare, per via normativa, di incoraggiare l'esercizio del potere discrezionale nella fase pubblicistica di affidamento del contratto e di delimitare, tramite opportuni binari normativi, il potere di incidere su tale esercizio.

L'analisi dell'art. 2, nel rapporto con altri principi e istituti contemplati dal Codice dei contratti pubblici, potrebbe però mostrare l'infelicità del tentativo di cristallizzare in senso fiduciario i rapporti tra pubblico e privato, poiché, in realtà, le radici della sfiducia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione vanno ricercate prima e oltre il diritto.

Pare allora opportuno anticipare gli intendimenti sottostanti all'analisi svolta in questa sede, riassumibili nel concetto secondo cui compiere il proprio lavoro in direzione del risultato, senza paura di compromettersi, non può mai costituire un risultato (appunto) ottenibile tramite l'apprestamento di norme di favore, introduttive di ingiustificati profili di specialità della disciplina. Il risultato è, piuttosto, il frutto coordinato di una educazione amministrativa funzionale al medesimo, allo stato mancante: solo con essa i burocrati non avrebbero paura di agire liberamente.

Lo scudo dato dalla sicurezza di seguire sempre gli stessi percorsi prestabiliti è un paradosso del diritto amministrativo: il potere discrezionale è libertà funzionale alla creazione di situazioni giuridiche soggettive e la rinuncia alla libertà, con la pretesa di norme che facciano da scudo, significa rinunciare ad amministrare.

[12] Che, non a caso, ha enfatizzato la tendenza a «un arretramento dei diritti e un parallelo rafforzamento dei doveri», e v. P. Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 15 ss.; cfr. anche F. Fracchia e P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 105.

3. Il concetto di fiducia: perimetro della nozione e problemi definitori

Nel prisma degli obiettivi della semplificazione, della accelerazione, della digitalizzazione delle procedure di gara, nonché di tutela degli attori coinvolti, il nuovo codice dei contratti pubblici si propone l'ambizioso obiettivo di "raccontare" «la storia delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto»[13].

In prospettiva funzionale a tale racconto, nella Relazione illustrativa si legge che l'introduzione del principio della fiducia costituisce un «segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro». In altri termini, sembra che l'introduzione del principio della fiducia, costituisca una presa di coscienza (più che giuridica) politica, con la quale si intende imprimere un cambiamento culturale nel rapporto tra amministratori e cittadini.

La disposizione, tuttavia, non pare esente da profili problematici.

In primo luogo, dall'analisi dell'articolato normativo non è dato desumere alcuna indicazione circa la struttura sostanziale del concetto di fiducia, se esso sia diventato un nuovo unitario concetto giuridico o piuttosto, come appare, la sintesi di un progetto politico-amministrativo.

Da una analisi sistematica dei primi quattro articoli del Codice, dalla sua collocazione nel Titolo I dedicato ai "principi" e dall'art. 4 che si riferisce ai «principi di cui agli articoli 1, 2 e 3», sembrerebbe testualmente che l'art. 2 contenga una o più norme di "principio"[14].

Sul punto può affermarsi che più un complesso normativo di carattere settoriale e specifico fa riferimento ai principi, più emergono due problematiche: quella generale della crisi del diritto[15] e quella particolare

[13] *Relazione introduttiva al codice dei contratti pubblici*, 8.

[14] Anche se, almeno con riferimento al diritto amministrativo, non emerge una convergenza neppure sul significato da attribuire al concetto stesso di "principio" e cfr. M. Renna e F. Saitta, *Presentazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2012.

[15] A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 635, riconosce che «oggi giudici e giuristi credono sempre meno alle categorie tradizionali, e che a giustificare la crescente sfiducia starebbero la Costituzione, il diritto europeo, certa giurisprudenza, ma soprattutto le nuove esigenze sociali, perché i mutamenti normativi (nuove leggi) costrin-

della crisi della legge come strumento regolatorio dei conflitti di interesse[16].

Queste due "crisi" sono, inoltre, collegate a due ulteriori aspetti: da un lato, la crisi degli ordinamenti di *civil law*, ove la legge pretende di assumere un valore centrale e assoluto, impedendo concettualmente interpretazioni evolutive e l'adattamento automatico a nuovi interessi sociali[17]; dall'altro, la crisi della pubblica amministrazione, provocata da quanto anticipato a chiusura del secondo paragrafo, circondata da un'aura di sfiducia nei suoi confronti[18], derivante da una diffusa percezione della sua delegittimazione provocata da un sistema di accesso alla stessa inadeguato, e spesso non meritocratico, nonché da una inefficace formazione del suo personale.

Con riferimento alle caratteristiche del principio, sembrerebbe logico ritenere che il principio "generale" relativo a uno specifico (sotto)settore del diritto, proprio generale non sia, ma appaia piuttosto settoriale per definizione, anche se per osmosi possa contribuire a conformare altre partizioni

gono a rivedere le vecchie categorie e i mutamenti fattuali (nuove realtà) e giurisprudenziali (nuovi *trend*) costringono a giudicarle talora inadeguate. Questo il fatto nuovo, la sfiducia, e queste le sue ragioni, i mutamenti, a fronte dei quali sarebbe necessitato constatare la crisi delle categorie». Sempre attuali le considerazioni di P. Grossi, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 75, «La fattualità dei nostri giorni si connota per rapidità, mutevolezza, complessità. È un tessuto indocile, recalcitrante a ogni irretimento, tanto più a una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae a ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo».

[16] Con riferimento al diritto dei contratti pubblici, cfr. F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, 21 ss., secondo il quale «c'è una cosa che le politiche di cosiddetta semplificazione non hanno compreso: che aumentando le parole della legge e pretendendo di risolvere con la legge ogni problema, si generano due problemi. Il primo è che ogni legge, ogni articolo, ogni suo comma e periodo è a sua volta oggetto d'interpretazione... Molte parole, molti dubbi. Il secondo è che si è seguito troppo spesso un sistema che preferisce risolvere la questione di cosa e come fare con una legge minuziosa, mentre, spesso, servirebbe una legge sintetica, un indirizzo, un principio, lasciando all'amministrazione uno spazio di valutazione vero, per prendere una decisione».

[17] E in questo senso può ben dirsi che l'impiego dei principi generali nel diritto amministrativo sia «un ponte fra *civil law* e *common law*, in particolare fra ordinamenti dell'Europa continentale e ordinamenti angloamericani, sotto diversi profili: essenzialmente, per l'ampio ruolo svolto dal giudice e per la centralità dei principi di diritto comune. Oggi ancor più, poiché l'Europa e la globalizzazione giuridica si fondano sulla coesistenza fra sistemi di *civil law* e di *common law*», cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 78.

[18] Una sfiducia nella pubblica amministrazione che va di pari passo con un aumento di fiducia, invece, nel c.d. terzo settore, e v. Italiadecide, *Rapporto 2020. Un rapporto di fiducia. Le relazioni tra pubblico e privato dalla diffidenza alla collaborazione*, Bologna, il Mulino, 2020.

dello stesso settore del diritto, nel giudizio di prevalenza, soccombenza o bilanciamento che ne faccia il giudice[19].

Si può poi affermare che i principi, per esser tali, dovrebbero esprimere valori fondamentali o sovraordinati[20]. Tuttavia, i valori fondamentali, per essere sovraordinati alla legge e assumere carattere cogente, dovrebbero essere pochi, a mio avviso gerarchizzati[21] per evitarne l'elusione o la disapplicazione tramite la tecnica del bilanciamento[22] e, non da ultimo, possedere

[19] F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 2023: «è più utile notare come l'opera legislativa di catalogazione dei principi sia avvenuta su due piani: uno generale, come nella legge sul procedimento amministrativo o nel codice del processo amministrativo, ed uno settoriale, come nei codici dell'ambiente, dell'amministrazione digitale e, appunto, dei contratti pubblici. Ed osservare, subito dopo, come sia inevitabile che i principi "catalogati" dalla normativa settoriale entrino in contatto con altri principi generali dell'azione amministrativa, costringendo spesso il giudice a stabilire l'esito di tale confronto, che finisce evidentemente per condizionare o integrare l'applicazione degli stessi principi di settore». Ne è conseguenza che in virtù di un certo grado di relativismo che caratterizza ogni principio generale, il conflitto tra principi «sarà risolto all'esito del bilanciamento tra i vari interessi sottesi e in stretta aderenza ai caratteri della fattispecie concreta (o, secondo altra concettuologia, alla natura dei fatti). Ma ciò sarà possibile proprio perché, diversamente dalla regola, che pretende assolutezza di applicazione secondo il modo del sillogismo normativo, il principio non si propone ordinariamente di operare secondo il criterio aut-aut», A. Massera, *I principi generali*, cit., 427 ss.

[20] G. Rovelli, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, cit., 2: «l'idea, insomma, è che le norme giuridiche non siano tutte sullo stesso piano: alcune norme esprimono i valori etico-politici che caratterizzano la fisionomia dell'ordinamento, e in questo senso sono "sovraordinate" (assiologicamente sovraordinate) alle rimanenti». Sul punto, G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, cit., 202; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 67 ss., nonché M.S. Giannini, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 901 ss.

[21] Cfr. L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.

[22] Sia consentito rinviare all'esempio ambientale fornito in E. Guarna Assanti, *La nuova Costituzione ambientale,* in *Il dir. agr.*, 2022, 309 ss., nonostante, come visto, la tecnica del bilanciamento sia considerata la più appropriata quando si tratta di disporre di valori fondamentali consacrati dai principi costituzionali, nonostante essa poi si tramuti nella sostanziale disapplicazione di un principio in favore di un altro. Si veda A. Massera, *I principi generali*, cit., 427 il quale, nella esplicazione di tutti i possibili esiti applicativi delle norme di principio, sottolinea che «il confronto tra gli stessi principi, quando questi si presentano come "rivali", può assumere piuttosto la sostanza di un conflitto diretto tra di essi, portando a un esito di disapplicazione della regola applicativa del principio considerato nella specie non prevalente [...]; ciò può avvenire anche se i principi vengono formulati con riferimento a un circoscritto ambito materiale di attività, come nel caso dell'art. 30 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 [...]. Senza tralasciare di menzionare il fatto che a entrare in conflitto possono essere due regole che sono applicazione dello stesso principio», pur rilevando che in «situazioni di confronto con altri

copertura costituzionale[23]. Dunque, una prima precisazione terminologica consente di individuare i "principi generali" e di distinguerli dai "principi fondamentali", i primi riguardanti uno specifico settore normativo, i secondi ponendosi a livello costituzionale.

In questi termini si può dire che a essere fondato sulla fiducia sia l'intero articolato costituzionale[24]: una fiducia allo stesso tempo politica, su cui si basa il contratto sociale siglato nel 1948, e una fiducia giuridica, fondante sia i rapporti tra privati, sia i rapporti tra privati e pubblica amministrazione (in particolare, artt. 2, 3, 97 e 118 Cost.). In quest'ultimo caso, secondo una visione consolidata, i principi assumono un ruolo ulteriore rispetto a quelli "di diritto comune", rinvenibile nella funzione di garanzia della posizione degli amministrati[25].

Proprio in questo senso, può ritenersi che la fiducia costituisca piuttosto un presupposto (punto di inizio di una serie di rapporti) e allo stesso tempo un risultato (punto di arrivo di una serie di rapporti) e non una regola di condotta o di gestione del potere, laddove per ottenere una fisiologica vita amministrativa, conforme a Costituzione e legge, è necessario aver fiducia reciproca nel comportamento di ciascuna delle parti. Ne consegue che, come avviene per i rapporti personali, la fiducia non va assolutamente tradita e, nel caso in cui ciò avvenga, va ripristinata nella maniera più efficace possibile. Quando poi ciò avviene sistematicamente, ripristinare la fiducia diviene molto difficile.

Si potrebbe quindi affermare che la fiducia, tra l'altro "reciproca" *per tabulas*, costituisca non tanto un principio generale dei rapporti di diritto amministrativo, nonostante la carica ideale e deontologica che i principi assumono in questo diritto tanto da poter affermare che il diritto amministrativo *è* i suoi principi[26], quanto piuttosto e allo stesso tempo, dato per scontato il carattere servente della pubblica amministrazione da collegare ai principi di equilibrio di bilancio, buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.), un presupposto e un risultato da alimentare in maniera continua.

Si può ulteriormente affermare che l'intento legislativo è chiarissimo: risolvere per via normativa un problema di fatto, che consiste nella legitti-

principi più che una questione di bilanciamento [...], ciò che può venire in rilievo è in realtà piuttosto una questione di gradualità», rimessa alla sensibilità dell'interprete e del giudice.

[23] G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, cit., 201.

[24] Anche l'esperienza di altri ordinamenti giuridici mostra come l'elencazione di principi finisce per identificare il diritto amministrativo come "fenomeno storico" caratterizzato spesso da una carica "ideale", cfr. G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, cit., 209.

[25] M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 86.

[26] G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, cit., 209.

mazione del potere amministrativo, per ora nel settore dei contratti pubblici. Ma la legittimazione, ottenuta in prima battuta per via costituzionale[27], è un processo continuo che accade successivamente per via di fatto[28] e non di diritto[29].

Possiamo, infine, affermare che proprio come per le regole puntuali, il banco di prova dei principi introduttivi di un sistema normativo sia quello applicativo: dunque, anche i principi, generali o settoriali, costituiscono regole applicative strumentali alla definizione del caso concreto[30]. E in questo senso, il "principio" della fiducia, quale nuovo principio "identitario"[31] del diritto dei contratti pubblici, sembra proporre, nel suo eterogeneo contenuto, talune questioni sin dalle sue fondamenta.

4. Principi generali, clausole generali e disposizioni puntuali: l'eterogeneo contenuto dell'art. 2

L'analisi dell'art. 2 sembra mostrare un coacervo di strumenti giuridici: non tanto principi o clausole generali ma disposizioni specifiche e regole di indirizzo giustificative delle scelte amministrative, che conducono a orientarne l'interpretazione e la eventuale integrazione.

Occorre, a questo punto, passare in rassegna l'art. 2 per verificare se le norme ivi contenute siano tutte norme di principio, oppure se questo articolo in realtà non vada a introdurre un principio, ma una serie di norme e disposizioni di natura eterogenea.

Il c. 1, che dispone, come visto, che «l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici», appare una norma di indirizzo

[27] Non si tratta di una autolegittimazione per via di fatto, su cui v. invece in chiave storica R. Orestano, *Ordinamento giuridico, scienza del diritto, ideologia*, in *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989, 314.

[28] C.M. Bianca, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 787 ss.

[29] Seppur nell'ambito di un discorso di teoria generale molto più ampio, lo riconosce anche A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 635: «la sfiducia è appunto un fatto, e con i fatti non si polemizza».

[30] G. Rovelli, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici,* cit. 17: «quel che è certo è che gli articoli da 1 a 12 dovranno avere un "peso" particolare cioè un ruolo particolare in un'argomentazione giuridica: ruolo che può consistere, ad esempio, nell'uso di quella norma ai fini della decisione di un caso, o nell'influenza che quella norma esercita sull'interpretazione o sull'applicazione di altre norme».

[31] Parafrasando G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, cit., 211.

del potere discrezionale della pubblica amministrazione nel diritto dei contratti pubblici.

Essa concepisce, da un lato, il potere discrezionale come strumento di produzione di situazioni giuridiche soggettive. Dall'altro, tuttavia, individua il fondamento dell'esercizio del potere proprio nell'elemento fiduciario, che declina in triplice senso: il potere si esercita sulla base del principio (o dovere della pubblica amministrazione?) della fiducia nell'azione legittima, cioè conforme a legge, della pubblica amministrazione; trasparente, come richiesto da plurimi recenti atti normativi che impongono il disegno di una amministrazione che appaia quale "casa di vetro" per il cittadino; e, infine, corretta, che sembra identificarsi in una qualità dell'esito della scelta, dunque il merito della medesima.

Mentre la conformità alla legge e il riferimento alla trasparenza costituiscono acquisizioni consolidate dello statuto costituzionale della pubblica amministrazione, il profilo della correttezza desta perplessità. Anche questo carattere sottolinea che il problema nel nostro caso è la scorrettezza delle decisioni amministrative e dunque, ancora una volta un problema di fatto che incide sulla legittimazione della pubblica amministrazione; un fatto che non è un antecedente ma una conseguenza della scelta amministrativa.

In secondo luogo, che il potere discrezionale, esercitato per definizione in via unilaterale, si fondi sulla fiducia reciproca appare una contraddizione in termini. Per trovare una spiegazione sufficientemente appagante, potrebbe intendersi la norma come attribuzione di un potere-dovere, ovvero di un potere esercitato nel prisma della responsabilità reciproca tra amministrazione e operatore economico[32]. Ma, se così fosse, non vi sarebbe nulla di nuovo.

In realtà, la reciprocità sta a sottolineare un risultato acquisito da tempo, ovvero quello per il quale il rapporto giuridico di diritto amministrativo debba collocarsi in una prospettiva paritaria[33]. Questo, tuttavia, non può obliterare un elemento di fatto: che il potere discrezionale rimane unilaterale.

Occorre poi sottolineare un altro aspetto. Immaginiamo che ogni norma settoriale conduca a strutturare il potere secondo un determinato principio, anche reciproco: fiducia, correttezza, sviluppo sostenibile, rispetto delle generazioni attuali e future, ecc. Quale regola di esercizio del potere andrà

[32] A. Cioffi, *Sub art. 2*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di S. Cimini e A. Giordano, Napoli, Esi, 2025.

[33] Secondo F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici,* cit., si tratta di «un corollario del procedimento amministrativo "paritario" agognato da Feliciano Benvenuti».

a prevalere nel giudizio di bilanciamento che si ritiene essere il cuore del potere discrezionale?

Il c. 2 stabilisce che il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con ciò, ancora una volta, non affermando nulla di nuovo: il potere discrezionale è autonomia di valutazione nel perimetro disegnato dalla legge[34].

La disposizione precisa che tale ampia discrezionalità si esercita «con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato», legando indissolubilmente fiducia e risultato, di cui parleremo nel prossimo paragrafo.

Il c. 3 precisa, nell'ambito della responsabilità amministrativa negli appalti pubblici, la nozione di colpa grave[35], quale violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze, in relazione al caso concreto. Inoltre, secondo la norma, non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Non sembra che in quest'ultimo caso si sia al cospetto di norme di principio ma, al contrario, di disposizioni piuttosto specifiche.

Il legislatore ha provveduto a ribadire alcuni concetti indiscussi, quali ad esempio quello per il quale la colpa grave è integrata dalla violazione di norme di diritto e da autovincoli amministrativi. Allo stesso modo, è assoda-

[34] Con riguardo alla letteratura italiana è d'obbligo il riferimento a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, e sulla evoluzione del suo pensiero, F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss., spec. 1053, secondo cui «il grande merito di Giannini è di aver posto al centro della discrezionalità (esclusivamente) la valutazione dell'interesse pubblico, superando le tesi che la rapportavano al completamento o all'integrazione o all'interpretazione della norma da applicare: le valutazioni discrezionali finiscono di essere considerate vicende normative o questioni di diritto e assumono la loro effettiva identità di questioni di fatto di ricerca del modo migliore di cura dell'interesse pubblico». In realtà, l'evoluzione del concetto di discrezionalità mostra che essa è (divenuta) molto di più. Si tratta, a mio avviso, di uno strumento di completamento della norma, comune al diritto privato, che la funzione di realizzare obiettivi concreti mediante la costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche soggettive, la cui bussola non è solo il c.d. interesse pubblico ma anche tutti gli interessi circostanti coinvolti, pubblici e privati.

[35] A. Ciaramella, *La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale,* in *Diritto e Conti*, 2020.

to che la colpa grave sussista al cospetto di una palese violazione delle regole di prudenza, perizia, diligenza o omissione di cautele.

Inoltre, secondo alcuni principi basilari del diritto penale, la responsabilità in generale e l'elemento soggettivo in particolare vengono sempre parametrati in base alle specifiche competenze del soggetto in relazione al caso concreto, costituendo la esigibilità della condotta (che si doveva tenere rispetto a quella tenuta) criterio cardine della valutazione del comportamento tenuto dal pubblico dipendente *hic et nunc*[36].

Ancora, l'esimente costituita dalla azione o omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti, costituisce da un lato la recezione di un principio che si lega alla indeterminatezza del concetto di colpa grave, la quale identificandosi nella *nimia negligentia* non costituisce una nozione unitaria ma un requisito da desumere attraverso indici rivelatori[37], e dall'altro di una disposizione che appare, inserendosi nell'ambito di un importante dibattito sulle funzioni della Corte dei conti, innovativa.

Nel primo caso, nell'ambito di una discussione sulla riforma del requisito soggettivo della colpa grave[38] e della responsabilità amministrativa in generale[39], la giurisprudenza contabile individua nell'azione o nella omis-

[36] Su tali profili, G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

[37] P. Santoro, *Trattato di contabilità e finanza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2024, 1458.

[38] Seguendo lo schema civilistico, il requisito della colpa nella responsabilità amministrativa comprendeva sia la colpa grave, sia la colpa lieve, assumendo rilevanza qualsiasi azione od omissione «imputabile anche a sola colpa o negligenza», ai sensi dell'art. 52, Testo unico della Corte dei conti, n. 1214/1934. La riforma della responsabilità amministrativa del 1994 ha però circoscritto la stessa ai «fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando la insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali». Questa limitazione del grado di colpa è stata ritenuta razionale dalla Corte costituzionale nel contesto della nuova conformazione della responsabilità amministrativa, e v. C. cost. n. 371/1998: «nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto della responsabilità amministrativa, la disposizione di imputazione solo per dolo o colpa grave, ha la finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo»; nello stesso senso, C. cost. n. 203/2022.

[39] Sul punto, si veda da ultimo la pronuncia della C. cost. n. 132/2024, che ha ritenuto legittimo il c.d. scudo erariale, introdotto come visto nel primo paragrafo dai diversi decreti dedicati alla "semplificazione" per ottenere i risultati previsti dal Pnrr, ove si era limitato l'elemento soggettivo al solo dolo. La Corte ha affermato, da un lato, che lo scudo erariale è legittimo perché temporaneo, ma dall'altro ha ritenuto necessaria una complessiva riforma della responsabilità amministrativa «per ristabilire una coerenza tra la sua disciplina e le trasfor-

sione determinata dall'aver seguito indirizzi giurisprudenziali costanti una causa di giustificazione non tipizzata rispetto alla colpa grave. Questa causa di giustificazione, ora prevista dal Codice dei contratti pubblici, si pone in linea con le innovazioni contenute nel Codice di giustizia contabile, che agli articoli 69 e 95 prevede la funzione esimente dei pareri resi dalla Corte dei conti in sede consultiva.

Nel secondo caso, sebbene la disposizione si rivolga ad altre entità come l'Autorità nazionale anticorruzione[40], che continua a svolgere una importante attività consultiva e regolatoria in materia di appalti, occorre dar conto che esistono anche altre autorità abilitate dall'ordinamento a rendere pareri in materia, come la Corte dei conti o il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile[41].

Sul punto, appare interessante il dibattito che ruota attorno alla esten-

mazioni dell'amministrazione e del contesto in cui essa deve operare: a tal fine il legislatore non potrà limitare l'elemento soggettivo al dolo – limitazione che ha trovato giustificazione esclusivamente in una disciplina provvisoria radicata nelle caratteristiche peculiari del contesto – ma potrà procedere: a) a un'adeguata tipizzazione della colpa grave; b) all'introduzione di un limite massimo oltre il quale il danno, per ragioni di equità nella ripartizione del rischio, non viene addossato al dipendente pubblico, ma resta a carico dell'amministrazione; c) alla modifica della disciplina del potere riduttivo, prevedendo, oltre all'attuale ipotesi generale affidata alla discrezionalità del giudice, ulteriori fattispecie obbligatorie normativamente tipizzate nei presupposti; d) al rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il contestuale abbinamento di una esenzione da responsabilità colposa per coloro che si adeguino alle sue indicazioni; e) alla incentivazione delle polizze assicurative; f) alla eccezionale esclusione della responsabilità colposa per specifiche categorie di pubblici dipendenti, anche solo in relazione a determinate tipologie di atti, in ragione della particolare complessità delle loro funzioni o mansioni e/o del connesso elevato rischio patrimoniale; g) a scongiurare la moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali e spesso non coordinate tra loro». Sulla responsabilità amministrativa a seguito della riforma del 1994, S. Cimini, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, Giuffrè, 2003.

[40] Benché gli artt. 220 e 222 del nuovo Codice dei contratti pubblici abbiano superato gli strumenti di regolazione precedentemente previsti, rimane fondamentale il ruolo riservato all'Anac, che continua a fornire indirizzi applicativi sotto molteplici forme, tra cui l'adozione di atti-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali e con i pareri di precontenzioso, i quali risultano vincolanti ai sensi dell'art. 83, c. 3, in base al quale «successivamente all'adozione da parte dell'Anac di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».

[41] Ad es., l'art. 223, c. 10, d.lgs. n. 36/2023, prevede che «il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti assicura, anche attraverso la piattaforma del Servizio Contratti Pubblici, il supporto e l'assistenza necessari alle stazioni appaltanti per l'applicazione della disciplina di settore, in collaborazione con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano nell'ambito delle attività che queste esercitano ai sensi del codice».

sione della funzione consultiva della Corte dei conti, nella prospettiva già accolta, come abbiamo visto, dal Codice di giustizia contabile.

Com'è noto, la funzione consultiva del giudice contabile ha natura generale e astratta; dunque, esula da essa ogni riferimento a casi specifici, in tal modo evitandosi che la richiesta di parere alla Corte dei conti costituisca un'arma in favore del pubblico funzionario per sottrarsi alla responsabilità erariale tramite la precostituzione di una causa di giustificazione *ad hoc*.

Sebbene la modifica della funzione consultiva della Corte necessiti di un più ampio intervento normativo, la disposizione introdotta con l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici costituisce espressione di un sentire sociale diffuso, quello per il quale appare necessario che il giudice contabile assuma un ruolo maggiormente propositivo nei confronti della pubblica amministrazione, inquadrabile anche nella funzione di consulenza tecnica[42].

La questione non può essere affrontata compiutamente in questa sede. Si può, tuttavia, affermare che, se da un lato è ormai costume diffuso per la p.a. avvalersi di professionisti per lo svolgimento di attività amministrativa, secondo una dubbia configurazione giuridica dei relativi rapporti, dall'altro logica e diritto impongono che l'amministratore si assuma le sue responsabilità.

Carattere di disposizione puntuale possiede il c. 4 dell'art. 2, che impone la copertura assicurativa dei rischi e piani di formazione per il personale.

5. Il rapporto con i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

L'art. 2 ha mostrato una molteplicità di disposizioni con diversi significati, rivelando il suo carattere eterogeneo. Esso non contiene una definizione del concetto di fiducia, né sembra aver declinato in maniera funzionale all'applicazione giuridica tale principio, nonostante il non ben definito principio in esame sia sconfinato di recente anche nel campo della promozione

[42] La proposta di legge n. 1621/2023 mira a rafforzare la funzione consultiva della Corte dei conti e l'efficacia escludente dei pareri resi all'esito di tale attività. Il punto problematico è che la funzione consultiva viene limitata, da un lato, all'ambito dei contratti pubblici, e, dall'altro all'ambito del Pnrr e del Pnc, in relazione ai quali è previsto che «è esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa per gli atti adottati in conformità ai pareri resi».

delle energie rinnovabili[43], prendendo piede anche nella più recente normazione pubblicistica[44].

Ma, come detto, il sistema va concepito e analizzato unitariamente. Occorre allora provare a delimitare il significato del principio della fiducia in relazione ad altri due articoli significativi in relazione al sistema delineato dal nuovo Codice dei contratti pubblici: l'art. 5, dedicato ai principi di buona fede e di tutela dell'affidamento[45], e l'art. 1 sul "superprincipio" del risultato[46].

Cominciando dal primo, sicuramente il concetto di fiducia non è sovrapponibile a quelli di buona fede, correttezza o tutela dell'affidamento, in relazione ai quali dispone l'art. 5. In particolare, buona fede e fiducia, pur condividendo la matrice romanistica comune di *fides*[47], appaiono assumere distinti contorni giuridici, molto definiti quelli concernenti la buona fede, molto incerti quelli riferibili al secondo[48].

[43] Art. 3, c. 3, Testo unico di semplificazione normativa dei procedimenti concernenti la produzione di energia da fonti rinnovabili, per il quale «le procedure amministrative di cui al presente decreto si informano ai principi di celerità, uniformità procedimentale sull'intero territorio nazionale e non aggravamento degli oneri, nonché ai principi del risultato, di fiducia, buona fede e affidamento. Le medesime procedure garantiscono la pubblicità, la trasparenza e la partecipazione dei soggetti interessati nonché la concorrenza fra gli operatori».

[44] Più in generale, in Italia sembra cominciata una riflessione attorno ai rapporti tra diritto e fiducia, idonea a capovolgere il tradizionale insegnamento per il quale dove c'è diritto non c'è fiducia e viceversa, e v. T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

[45] R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. It.*, 2023, 1950 ss., che i princìpi di buona fede e di tutela dell'affidamento «sono strettamente collegati alla fiducia».

[46] In termini, A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo,* in *Dir. Pubbl.*, 2024, 349 «il principio del risultato è il principio primo, anzi, è il super-principio primo, nel senso che è il primo degli articoli del Codice, seguito dalla fiducia e dall'accesso al mercato». In tema, v. G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali,* in *Federalismi*, 2024, 232 ss.; D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 1 ss.

[47] L. Lombardi Vallauri, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano, Giuffrè, 1961; P. Frezza, *Fides Bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, Giuffrè, 1975, 3 ss. ora in *Scritti*, vol. III, Roma, 2000, 661 ss. Per una analisi del concetto da un punto di vista sociologico, N. Luhmann, *La fiducia*, trad. it. a cura di L. Burgazzoli, Bologna, il Mulino, 2002 e da un punto di vista filosofico-giuridico *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, a cura di A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2020.

[48] G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato"),* in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023, per il quale «sul piano sostanziale, il principale profilo di interesse del nuovo art. 5 consiste non già nell'avere semplicemente esteso la generale previsione della

In primo luogo, può affermarsi che l'art. 5 non contiene principi ma una clausola generale e regole specifiche[49], di derivazione dottrinale[50] e pretoria[51], di declinazione del disposto generale di cui all'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990[52].

tutela della buona fede e del principio di affidamento – contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo dopo la riforma dell'art. 1, c. 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...] del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 – dal diritto amministrativo generale alla materia della contrattualistica pubblica, ma nell'avere riempito di contenuti tale, specifica disciplina».

[49] G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.: «non si tratta quindi di un principio, ma di una regola, o di un insieme di regole: che, come accennato, ridisegna la ripartizione delle conseguenze risarcitorie dei comportamenti illeciti. L'attenzione sembra infatti rivolta più alla sanzione che alla regola: ma proprio la (ridefinzione della) disciplina dei rimedi ha implicato inevitabilmente alcune prese di posizione sistematiche propedeutiche ad essa».

[50] F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, Giuffrè, 2001. Di recente, in considerazione della modifica introdotta dall'art. 12, c. 1, l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, all'art. 1, l. n. 241/1990, M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 131 ss. Si vedano anche L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi a correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 403 ss.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Esi, 1995.

[51] Si tratta dei princìpi enunciati da Cons. St., ad. plen., n. 5/2018 e nn. 19 e 20/2021; di recente, Cons. St., n. 6753/2022; Cons. St., n. 2866/2024.

[52] Cfr. Cons. St., ad. plen., n. 19/2021, ove si sottolinea che a conferma della evoluzione concernente l'applicazione del principio di buona fede ai rapporti amministrativi, quale «principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. St., n. 5011/2020), «si pone l'art. 1, c. 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: "(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede" [comma aggiunto dall'art. 12, c. 1, lettera a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali"]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, c. 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale,

Il c. 1 afferma che nella procedura di gara, le amministrazioni e i privati si comportano, ancora una volta reciprocamente, nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento[53], il primo dei quali non è un principio ma una clausola generale produttiva di situazioni giuridiche soggettive tutelabili, in particolare, nella fase precontrattuale[54], il secondo invece una regola specifica di gestione dei rapporti giuridici.

Il contenuto dell'affidamento e della buona fede sono indicati al c. 2, ove si specifica che «nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede». In questo caso, la Relazione illustrativa spiega che, in linea con la giurisprudenza, il senso della norma è «quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere».

Codificando regole giurisprudenziali consolidate, il c. 3 dispone che in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affida-

perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento».

[53] G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in *Liber amicorum per Salvatore Raimondi,* a cura di R. Ursi, G. Armao e C.Ventimiglia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

[54] V. la Relazione illustrativa al nuovo Codice, secondo cui, «in linea con la giurisprudenza sia dell'Adunanza Plenaria che delle Sezioni Unite, e con il modello generale stabilito dalla legge n. 241 del 1990 (art. 1, c. 2-*bis*), introduce una norma specifica sull'obbligo reciproco di correttezza (per p.a. e operatore economico) che a maggior ragione si giustifica nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza precontrattuale». Sul punto, v. la innovativa ricostruzione offerta da D. Pappano, *Responsabilità precontrattuale e procedure ad evidenza pubblica: alcuni problemi teorici e applicativi*, in *Appunti di contrattualistica pubblica*, a cura di D. Pappano, F. Grassi, G. Befani, Torino, Giappichelli, 2019, 195 ss. in tema di tecniche di tutela degli interessi privati nell'ambito della fase ad evidenza pubblica, ove afferma che «nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo, la buona fede non è più assorbita come in passato dall'eccesso di potere ma lo completa. Comportamenti scorretti anche in presenza di un provvedimento legittimo, fuoriescono dallo schema di attribuzione del potere; se la legge "continua a volere attraverso la p.a.", non può certo ritenersi che possa volere un'amministrazione che, pur in presenza di un provvedimento legittimo, si comporti scorrettamente. In questa prospettiva, sindacato sull'eccesso di potere e sindacato di buona fede, ferma restando la diversità di oggetto (potere funzionalizzato il primo, non funzionalizzato il secondo), presentano con riferimento alla valutazione del complessivo comportamento, un punto di contatto o meglio di sovrapposizione, a lungo tempo trascurato, rispetto al quale si presentano come strumenti di tutela omogenei».

mento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti e individuata in base al caso concreto.

Con riferimento al *quantum*, la norma prevede che nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico, dando rilevanza al solo c.d. interesse negativo, ovvero i costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e la eventuale *chance* contrattuale alternativa perduta in conseguenza della partecipazione a essa.

In considerazione della «necessità – specie in un contesto ordinamentale che vede ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente – di esplicitare un rimedio [...] che consenta di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto», il c. 4 stabilisce che «ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito».

Possono a questo punto tratteggiarsi gli elementi comuni e le caratteristiche differenziali dei concetti di fiducia e buona fede[55].

Come già accennato, la matrice etimologica comune rinvia al diritto romano, dove la fiducia era concetto piuttosto ampio, tale da ricomprendere l'atto di affidamento di un soggetto nei confronti di un altro, con riferimento alle più disparate situazioni, personali (si pensi al noto istituto della clientela) e patrimoniali (tipico esempio, il negozio fiduciario) [56], non solo tra

[55] Quanto all'affidamento, esso non è un principio, quanto piuttosto un istituto ormai delineato compiutamente. Esso è ben sintetizzato da Cons. St., ad. plen., n. 20/2021, ove si legge «la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustifichino. (...) La responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».

[56] R. Sacco, *Problemi speciali. Il contratto fiduciario*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 1983, 324 ss.

privati, ma anche tra Stati[57]. In particolare, come dimostra il diritto inglese, la fiducia, il *trust*, ha preso largamente piede nella gestione del patrimonio di un soggetto, rendendolo un patrimonio separato e vincolato a determinate regole di amministrazione (e sul punto, v. par. 6).

Sembrerebbe che fiducia e buona fede abbiano in comune solamente l'aspetto dell'affidamento nei confronti di un altro soggetto, caratterizzato, tuttavia, nel diritto privato, da una tendenziale libertà di scelta del contraente o amministratore del patrimonio, il c.d. *intuitu personae*.

Il concetto di buona fede, come recepito anche dal codice civile, è qualcosa di diverso e consiste principalmente nell'evitare che l'attribuzione o l'attuazione di un diritto (es., l'interpretazione di un contratto, art. 1366 c.c.) avvenga in maniera da travalicare le normali prerogative connesse allo stesso, in definitiva in spregio al principio di proporzionalità, alle volte individuando nuove situazioni giuridiche soggettive da tutelare. In questi termini, la buona fede è una clausola generale produttiva di situazioni giuridiche soggettive ulteriori.

La fiducia reciproca avrebbe potuto sintetizzare in un unico concetto un rinnovato rapporto tra amministrazioni e privati[58], basato sulla necessità che il potere discrezionale vada esercitato secondo certi canoni, in realtà pacifici e già sintetizzati dalla legge generale sul procedimento amministrativo, e dall'altro concedendo un ampio fondamento giuridico all'affidamento del privato. La fiducia, infatti, potrebbe trovare il proprio campo di applicazione nei rapporti tradizionalmente considerati non paritari, tipici anche del diritto privato[59]. Ma una tale operazione appare superflua.

In realtà, per come concretamente declinato, il principio della fiducia si lega inestricabilmente al potere unilaterale dell'amministrazione, tentando di fondarne l'esercizio su nuove basi. La fiducia non costituisce uno speci-

[57] Si pensi alla estrema vicinanza delle parole *fides* e *foedus* (patto o trattato internazionale).

[58] E non tra soggetti privati: la giurisprudenza ha chiarito che il principio della fiducia conserva una rilevanza pubblicistica, perché diretto a conformare «l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici» (art. 2, c. 1, d.lgs. n. 36/2023). Non rileverebbe, pertanto, la sua applicazione, nella regolazione dei rapporti tra operatori economici, ad es. tra i partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese, in quanto fondati sul contratto di mandato: tali rapporti sono disciplinati dal diritto privato, «così che agli stessi possono, se mai, trovare applicazione i principi generali della buona fede e responsabilità contrattuale; si tratta, non di meno, di un ambito del tutto estraneo ai rapporti tra concorrente e stazione appaltante», cfr. Tar Latina, n. 175/2024.

[59] L'amministratore di un *trust* assume una posizione di potere nei confronti dei beneficiari, i quali soggiacciono alle sue scelte, che vengono effettuate sulla base dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità e delle regole di gestione dei beni stabilite nell'atto istitutivo.

fico istituto, non si tratta né della buona fede, né del legittimo affidamento ma, a dispetto della reciprocità, costituisce un criterio di esercizio del potere discrezionale (sul punto, v. par. 6).

Ciò emerge chiaramente dalla lettura del disposto codicistico. Secondo l'art. 2, da un lato, l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari (e degli operatori economici) e, dall'altro, il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. Da un lato, dunque, si "impone" una fiducia reciproca nella azione legittima e trasparente della pubblica amministrazione; dall'altro si sposta il baricentro della fiducia stessa, la cui funzione è quella di "coprire" l'azione del funzionario.

Una fiducia, in realtà, che disvela il proprio carattere unilaterale, che appare identificarsi, nell'utilizzo di termini come «favorisce e valorizza», con il potere di scelta del funzionario. Potrebbe definirsi quasi un monito rivolto agli organi di controllo esterno, come la Corte dei conti, all'impresa o, allargando le maglie del principio, all'individuo che entra in contatto con la pubblica amministrazione e, infine, al giudice amministrativo. Del resto, non occorre mai dimenticare come l'attività amministrativa si completi con quella del giudice amministrativo, perché «giudicare l'amministrazione è amministrare»[60].

In definitiva, se l'affidamento costituisce, applicazione del principio della buona fede, ed entrambi i concetti possiedono un campo di applicazione, o almeno delle conseguenze giuridicamente definite, il principio della fiducia, insieme a quello del risultato, quali criteri orientativi e interpretativi del sistema appaiono concetti piuttosto evanescenti[61].

[60] Nota affermazione di Pierre Paul Nicolas Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, 1818.

[61] Sulla individuazione di un contenuto giuridico autonomo del principio della fiducia rispetto ai concetti di buona fede e affidamento, si veda da ultimo D. Pappano, *La disciplina dei contratti pubblici tra dimensione europea e nazionale. L'approdo al nuovo codice dei contratti pubblici, d. lgs. n. 36/2023. I principi generali del sett*ore, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di D. Pappano, R. Giani, A. Grazzini, Pisa, Pacini editore, 2025, spec. 29-31. L'autore, con alcuni esempi cui rinvia, pena il valore di una mera indicazione di politica legislativa, individua un contenuto autonomo del principio della fiducia, di là dalle regole specifiche fissate direttamente dall'art. 2 del codice, in un potenziamento dell'affidamento incolpevole degli attori coinvolti nelle procedure di gara.

6. Il rapporto con il principio del risultato (art. 1)

Anche il principio del risultato, che appare suggerire un cambio di rotta dei binari del diritto dei contratti pubblici[62], si innesta nel contesto del contrasto al fenomeno della burocrazia difensiva, premiando l'amministratore che raggiunge il risultato e attenuando il peso dell'errore che possa condurre alle sue eventuali responsabilità[63].

Questo profilo emerge chiaramente dall'art. 1, c. 4, secondo cui «il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

La stretta relazione tra i due principi emerge dall'art. 2, c. 2, secondo cui «il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato». Come spiega la Relazione al codice dei contratti, però, la fiducia che viene riconosciuta ai pubblici funzionari «non è incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1. La norma chiarisce che il principio della fiducia implica un ampliamento dei poteri valutativi e della discrezionalità della p.a.».

In questi termini, il principio del risultato e quello della fiducia appaiono «avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo»[64].

[62] A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo,* cit., 352 «si può dire che sia mutato, per la quarta volta in cento anni, il paradigma di riferimento del settore: dall'attenzione ai costi e alla legalità nella legislazione di contabilità lungo tutto il corso del Novecento; alla graduale pervasività della concorrenza tra fine secolo e avvio di nuovo millennio; alla stagione dell'approccio penalistico anticorruttivo nel secondo decennio degli anni Duemila; all'ottica del risultato e della fiducia del vigente Codice».

[63] D. Sorace, *Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di Id., Padova, Cedam, 1998; *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, a cura di V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi e Buratti, Milano, Giuffrè, 2013.

[64] Cons. St., n. 1924/2024. Sulla portata "estensiva" del principio del risultato, quale espressione della "amministrazione di risultato" (e v. retro, par. 1), cfr. Cons. St., n. 4996/2024,

Dunque, dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 2 del Codice, può essere tratta la seguente conclusione: il principio della fiducia è finalizzato a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e comporta che ogni stazione appaltante sia tenuta a svolgere i procedimenti di gara non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo presente che ogni procedura è funzionale a perseguire la realizzazione dell'opera (o l'acquisizione del servizio o della fornitura) e che, in questa prospettiva, la responsabilità del dipendente va necessariamente correlata a un regime di valutazione degli obiettivi raggiunti dall'amministrazione[65]. In definitiva, la fiducia consiste nella cornice, organizzativa e procedimentale, per mezzo della quale garantire il risultato.

secondo cui: «come chiarito da questo Consiglio di Stato [...], anche se il "principio del risultato" è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, tale principio era già "immanente" al sistema della c.d. amministrazione di risultato (ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1, d.lgs. n. 36/2023). Di conseguenza, il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023 (Cons. St., sez.V, n. 1924/2024). L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura ad evidenza pubblica, trattandosi, come ha autorevolmente insegnato la predetta giurisprudenza "di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire [...] e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale».

[65] Su tale posizione è attestata la giurisprudenza amministrativa prevalente, v. Tar Catania, n. 3738/2023; Id., n. 478/2024; Tar Napoli, n. 2959/2024, sottolinea «il particolare ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce ai due principi che guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di settore e della disciplina di gara, ovverosia il principio del risultato e il correlato principio della fiducia. Il primo [...] costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il nuovo principio-guida della fiducia [...] porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa, infatti, che la fiducia è reciproca e, dunque, investe anche gli operatori

La conseguenza evidente è che il principio del risultato diviene il principale parametro per valutare i profili di responsabilità amministrativa del funzionario e la fiducia diviene sia il mezzo privilegiato per il raggiungimento del risultato, sia essa stessa un risultato[66].

Tuttavia, data la rivitalizzazione delle problematiche già affrontate dalla dottrina nello studio del fenomeno della amministrazione di risultato[67], occorre ora stabilire se e in quale modo il *trade-off* tra risultato e legalità, intesa sia come rispetto della legge formale sia come raggiungimento del risultato sostanziale, sia concepito dal sistema normativo dei contratti pubblici. La domanda appare legittima, in considerazione del fatto che il disposto normativo lega il risultato al buon andamento all'art. 1, c. 3, mentre l'imparzialità viene menzionata solo successivamente, all'art. 3[68]. Senza contare il cambio di paradigma segnalato dalla Relazione illustrativa, ove si legge che «ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere».

Così, il Tar Catania, con sentenza n. 3738/2023, ha precisato che, se è vero che il principio della fiducia, è finalizzato a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e comporta che ogni stazione appaltante sia tenuta a svolgere le gare non solo rispettando la legalità formale ma tenendo presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica o ad acquisire servizi e forniture, ciò non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. In

economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa».

[66] Per E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni,* in *Dir. amm.,* 2023, 829, «la fiducia diviene essa stessa un "risultato", un modo diverso per addivenire al medesimo risultato (la realizzazione dell'infrastruttura), ma anche un modo nuovo per conseguire ulteriore fiducia (una volta che l'opera infrastrutturale per come progettata ed eseguita) risulti appagante».

[67] Sul punto, par. 1.

[68] Su questi profili, D. Capotorto, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità tra matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi*, 2023, 49 ss.

tal modo, il risultato non è raggiungibile a tutti costi e non è rappresentato dall'opera, dal servizio, dalla fornitura avulsa dal contesto, ma da un'opera, un servizio, una fornitura *hic et nunc*, come richiesta destinata a soddisfare inequivocabili istanze sociali[69].

Sempre il Tar Catania specifica che il principio del risultato, quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, «comporta che l'amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento» e che «tale obiettivo viene raggiunto selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento».

Dunque, in realtà, non sembra che il legame fiducia-risultato imponga oggi una interpretazione divergente da quella sinora accolta[70].

[69] Lo precisa anche il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4701/2024, sui criteri ambientali minimi nei contratti pubblici, ove chiarisce che il principio del risultato «in materia interessata dall'applicazione di clausole ambientali e sociali, ha riguardo non "all'effettivo e tempestivo" svolgimento del servizio (a qualsiasi condizione), ma allo svolgimento del servizio finalizzato all'effettiva (e non meramente nominale) attuazione delle politiche ambientali alle quali risultano funzionali i criteri ambientali minimi», la disciplina dei quali, nonostante apparenti difformità testuali rispetto alla disciplina previgente «si pone in relazione di continuità con il carattere c.d. *mandatory* dei criteri ambientali minimi di cui al d.lgs. n. 50/2016: anche in considerazione del rilievo, non solo meramente esegetico, che tale processo di successione di norme è stato segnato, *medio tempore*, dalla riforma del parametro costituzionale rappresentato dagli artt. 9 e 41 Cost.».

[70] Lo ammette anche il Consiglio di Stato, con le sentenze nn. 9812/2023 e 2866/2024, che chiarisce come il principio del risultato, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, è stato reso esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici ma costituisce un principio già immanente nel sistema, suscettibile di trovare piena applicazione anche con riguardo alle procedure di gara anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023. Di conseguenza, il risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023. Precisa A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo,* cit., 350, che «se è vero, come hanno già detto alcune sentenze e i primi commentatori, che il principio del risultato non è nuovo, ma era già un principio immanente nell'ordinamento giuridico, è anche vero che ciò che è nuovo e rilevante non è soltanto la codificazione del principio, ma la sua precisa declinazione da parte della disposizione di legge». Con riferimento alla disciplina introdotta nel vecchio Codice dal d.l. c.d. semplificazioni n. 77/2021, v. 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, 575 ss., e G. D'Angelo, *Profili teorici dell'esecuzione degli appalti pubblici,* in *Foro Amministrativo*, 2022, 1490 ss., il quale individua, nelle due macrofasi dell'appalto, due

Altro esempio è dato dai c.d. autovincoli dell'amministrazione, in relazione ai quali il giudice amministrativo ha affermato che il principio del risultato non consente di superare l'autovincolo derivante dalle previsioni della *lex specialis*[71]. Se, da un lato, occorre evitare interpretazioni eccessivamente formalistiche della disciplina sui contratti pubblici, è parimenti necessario che la stazione appaltante rispetti scrupolosamente la legge di gara che essa stessa ha stabilito, per garantire l'osservanza di un altro principio pacifico della contrattualistica pubblica che è quello della parità di trattamento dei partecipanti alla procedura, a sua volta strettamente connesso con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza menzionati all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici.

Risultato e legalità costituiscono, in definitiva, due facce della stessa medaglia. Da un lato, il Tar Milano, n. 3180/2024, ha affermato espressamente che, in ogni caso, il principio del risultato, pur avendo un ruolo centrale nella disciplina dei contratti pubblici, non può mai porsi in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa, presentandosi semmai come un completamento ed una integrazione di quest'ultimo. Dall'altro, il Consiglio di Stato, n. 4701/2024, ha evidenziato che il principio del risultato in materia contrattuale non si pone in chiave dialettica rispetto al principio di legalità»; e, anzi, questa circostanza conduce a un punto forse sin troppo sottovalutato, che è quello di aver contribuito in tal modo «a far transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili»[72].

interessi pubblici «contigui e consecutivi, che s'intrecciano senza discontinuità in una vicenda unitaria»: «una volta infatti che è stato soddisfatto l'interesse pubblico alla scelta del miglior offerente, ne subentra subito un altro che del primo è un'appendice e che è presidiato dal regolare svolgimento della vicenda contrattuale: l'interesse alla pronta realizzazione dell'appalto aggiudicato o, come si evince dalla nuova formulazione dell'art. 32, c. 8, d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, l'interesse nazionale alla sollecita esecuzione del contratto».

[71] Tar Lombardia, n. 3180/2024. Così come lo impedisce il principio di buona fede: e cfr. Cons. St., n. 4659/2024, resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50/2016 ma con richiamo al nuovo codice, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione disposta a favore di un operatore che aveva fatto ricorso al subappalto nella misura del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto, nonostante la lettera d'invito prevedesse che potesse farsi ricorso al subappalto nella misura massima del 49,99 per cento dell'importo complessivo del contratto relativo ad un'unica categoria.

[72] Si potrebbe obiettare una certa contraddizione nell'affermare che la fiducia, in quanto principio dotato di giuridica rilevanza, non esista (v. *infra* par. 9) perché appartenente alla sfera del fatto, e contestualmente sostenere che la sua introduzione porterà a un sindacato più penetrante del giudice amministrativo. In realtà, l'obiezione appare esattamente la conferma di quanto sostenuto: l'introduzione di un principio di tal fatta, con le caratteristiche strutturali sottolineate nel corso di questo studio, consente al giudice amministrativo di indagare

7. Il "potere amministrativo fiduciario". Verso una nuova forma di discrezionalità?

L'esercizio del potere discrezionale costituisce il grande "problema" del diritto amministrativo[73], sia dal punto di vista sostanziale, ove si tenta di indirizzare il più possibile il suo esercizio entro binari predeterminati[74], sia da un punto di vista giurisdizionale, ove, a completamento del processo di giuridicizzazione del potere, si tenta il più possibile di traslare il fenomeno amministrativo dal merito alla legittimità per ottenere un sindacato più efficace nel prisma dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Quest'ultimo aspetto è stato peraltro sottolineato di recente dal giudice amministrativo, proprio in occasione di una riflessione sui principi del risultato e della fiducia. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4701/2024, ha potuto affermare, con riferimento all'ambito degli appalti, che «nel rapporto fra legge e discrezionalità amministrativa, dall'insieme delle prescrizioni normative relative ai criteri ambientali minimi risulta che la sostenibilità ambientale delle scelte negoziali dell'amministrazione pone un problema di rispetto di canoni normativamente stabiliti, più che di esercizio di discrezionalità propriamente intesa» e, più in generale, che il principio del risultato in materia contrattuale non si pone in chiave dialettica rispetto al principio di legalità», contribuendo in tal modo «a far transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili».

profili normalmente considerati non sindacabili perché rientranti nel fatto e non nel diritto, e in relazione ai quali, in definitiva, appare, se non impossibile, non funzionale pronunciarsi.

[73] S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 444, definisce la discrezionalità come un vero e proprio assillo per la cultura giuridica. Con riferimento al nostro tema, si è detto che il nuovo codice dei contratti pubblici fa «riemergere prepotentemente il valore della discrezionalità amministrativa – ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla normativa sui contratti pubblici – che, ovviamente, è la sola bussola a poter guidare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato», G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[74] Stigmatizza questa tendenza F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Firenze, 2024, 23, che individua un vero e proprio attacco alla discrezionalità amministrativa: «vale a dire un atteggiamento, assunto sia dal legislatore sia talora dalla giurisprudenza, intesa questa volta in senso romanistico, di aperta ostilità verso la discrezionalità amministrativa. Si era infatti sviluppata una tesi, talora esplicitamente affermata e talora celata in modo carsico dietro l'una o l'altra norma o indicazione istituzionale di un'autorità indipendente o della stessa giurisprudenza, secondo la quale la discrezionalità amministrativa è bene che sia limitata e dunque, ove possibile, anche penalizzata».

Da un lato, il principio della fiducia, a completamento dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo[75], favorisce l'iniziativa del funzionario e rafforza l'obbligo di provvedere nel campo degli appalti pubblici[76].

In questi temini, la fiducia sembrerebbe penetrare nella struttura del potere discrezionale degli appalti pubblici, valorizzandolo e "aumentandolo" a tal punto da individuare una super discrezionalità amministrativa quale arma di contrasto al fenomeno della burocrazia difensiva, imponendo all'amministrazione di decidere in funzione del risultato e mostrando "fiducia" nelle decisioni così prese, per il tramite della limitazione degli elementi strutturali della responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici.

In realtà, in virtù dell'attuale quadro normativo che, per effetto delle direttive di seconda e terza generazione, ha reso il contratto di appalto non «soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma – per utilizzare categorie civilistiche – uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato»[77], le scelte così assunte dall'amministrazione, sembrano fuoriuscire dall'insegnamento tradizionale che intende la discrezionalità come funzione di contemperamento dei plurimi interessi in gioco[78], per aggiungere alla scelta nel *quid* qualcosa di più.

L'elemento fiduciario, infatti, parrebbe introdurre nel diritto pubblico un tipico concetto romanistico[79].

Escludendo che il concetto sia da intendere esclusivamente secondo il linguaggio comune, ove esso significa credere nella genuinità dell'azione dell'altro, per quanto adattabile alla tipologia o fase del rapporto che viene in rilievo, essa anche nel suo significato giuridico, si può presupporre e si può attuare, si può anche violare e deludere; essa, come individuato da attento osservatore, si colloca «al confine tra il fatto e il diritto»[80].

[75] A. Cioffi, *Sub art. 2*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di S. Cimini e A. Giordano, Napoli, Esi, 2025.

[76] All'esito di un processo di valorizzazione della discrezionalità e del risultato già cominciato dal Pnrr, e v. F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e Pnrr: una proposta per il Giudice*, in *LaMagistratura,* 2021.

[77] Cons. St., n. 11322/2023; Id., n. 807/2024.

[78] Sin da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

[79] Sui rapporti tra ordinamenti giuridici moderni e diritto romano v. da ultimo F. Capogrossi Colognesi, *Le vie del diritto romano*, Bologna, il Mulino, 2023.

[80] N. Lipari, *Rappresentanza e fiducia*, in *I maestri italiani del diritto civile. Salvatore Pugliatti*, a cura di S. Ciccarello, A. Gorassini, R. Tommasini, Napoli, Esi, 2016, 482.

Nel suo significato giuridico, la fiducia è un patto con il quale un soggetto trasferisce a un altro soggetto un bene o un diritto, cui si somma un obbligo di gestire, conservare, amministrare il bene secondo parametri predeterminati dall'alienante e di restituirlo al verificarsi di determinate condizioni. Il patto fiduciario, aggiuntivo nella fiducia romanistica al trasferimento del bene, serve quindi a delineare le regole di gestione del bene stesso, altrimenti irrilevanti in virtù del mero atto di trasferimento del bene stesso[81]. In altri termini, serve a far penetrare il fatto nel diritto.

Il concetto serve quindi a far emergere regole che altrimenti rimarrebbero sullo sfondo del giuridicamente rilevante. Le assonanze con il potere discrezionale della pubblica amministrazione, rimesso per definizione alla cura dell'interesse altrui, sono molte.

In questo senso, l'art. 2 sembra configurare la discrezionalità come potere in senso proprio, non solo come strumento di ponderazione degli interessi, ma anche come strumento di creazione degli interessi stessi, lungo il binario del principio del risultato (art. 1), che costituisce il c.d. interesse pubblico primario, e ciò ancor più se è vero che il contratto è configurabile oggi quale «strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente»[82].

Posta la configurazione sostanziale della discrezionalità, un nodo problematico appare quello per il quale il potere amministrativo fiduciario, se così possiamo definirlo, se da un punto di vista sostanziale, sembra porsi come una "super discrezionalità", dal punto di vista della tutela giurisdizionale, l'articolato codicistico rende tale potere (in particolare, la struttura del potere tratteggiata dagli artt. 1 e 2) molto più controllabile, consentendo al giudice amministrativo di penetrare nel merito della scelta, come visto, proprio per mezzo della codificazione del principio del risultato[83].

Sembrerebbe quindi che, nel sistema delineato dal nuovo Codice, il

[81] G. Diurni, voce *Fiducia e negozio fiduciario*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, Utet, 1992, 288 ss.; P.M. Putti, voce *Negozio Fiduciario,* in *Dig. disc. priv.*, agg., Vol. II, Torino, Utet, 2003, 911 ss.; F. Galgano, *La Fiducia*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Le obbligazioni e i contratti,* Vol. II, Padova, Cedam, 2004, 517 ss.; A. Gambaro, *Note in tema di proprietà non egoista*, in *Liber amicorum P. Rescigno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 897 ss.

[82] Cons. St., n. 11322/2023; Id., n. 807/2024.

[83] Considerando che «nel momento in cui un elemento come la fiducia assurge – tanto più con il rango di principio – a criterio normativo che deve orientare l'azione amministrativa, e dunque a parametro di legittimità della stessa, esso non può che implicare un corrispondente sindacato in termini di effettività», G. Tulumello, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

rapporto tra configurazione sostanziale del potere ed estensione del sindacato giurisdizionale sul medesimo sia direttamente proporzionale[84]; al contrario, inversamente proporzionale, appare il controllo della Corte dei conti, perché circoscritto nei termini indicati dall'art. 2, c. 3.

8. *Segue*. Verso una rinnovata presunzione di legittimità degli atti amministrativi?

Oltre che condurre alla prospettazione di una super discrezionalità, seppur con l'indicato *vulnus* di un possibile e più penetrante controllo giurisdizionale, l'articolo in esame potrebbe produrre un clamoroso ritorno al passato. Anche se a ben vedere, ciò è da escludere in considerazione dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico e dell'affermazione di importanti principi di carattere costituzionale e sovranazionale in tema di rapporti tra amministrazioni e privati, ormai da intendere secondo una concezione paritaria.

La nuova *fides administrativa* potrebbe tradursi infatti nella rivitalizzazione di un concetto antico, quello della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, un dogma che riecheggia nozioni ormai desuete, prima tra tutte il principio di supremazia della pubblica amministrazione[85]. Il timore non è infondato se si pensa che il Consiglio di Stato, con sentenza n. 7236/2024, ha potuto di recente affermare che «nel nostro ordinamento giuridico vige il principio della presunzione di legittimità degli atti am-

[84] Cfr. sul tema C.E. Gallo, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2023, 767 ss., per il quale «questa discrezionalità amministrativa ben può essere sindacata dal giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di legittimità, nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando*. L'*an* è già pregiudicato dal fatto di aver scelto di celebrare una gara, cosicché non si può che ritenere che si debba arrivare al suo compimento; il *quomodo* è pregiudicato dalle regole fissate dalla stazione appaltante nella *lex specialis* e nelle disposizioni contenute nel Codice; il *quando* è ugualmente regolato tanto dalla *lex specialis* che dal Codice. Ne consegue che la scelta dell'amministrazione è semplicemente conseguente all'individuazione della regola operativa più adatta alla fattispecie»; in questo contesto, i principi individuati nel nuovo Codice «possono costituire uno stimolo per la giurisprudenza amministrativa a superare l'individuazione di profili di insindacabilità che essa continua a ritenere esistenti, ad esempio a proposito di determinazione dei requisiti di ammissione, o di valutazione dei campioni o di individuazione della anomalia delle offerte».

[85] Che si è sempre riverberato sulla disciplina, speciale e di favore, apprestata dall'ordinamento giuridico per la regolazione dei rapporti di diritto pubblico: v. sul punto A. Bartolini e S. Fantini, *Le ragioni della specialità. Principi e storia del diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

ministrativi, che ne attesta la validità fino alla loro rimozione dal mondo giuridico mediante i tipici strumenti previsti dal sistema, ovvero l'annullamento in via giudiziaria, giustiziale, in autotutela espressa oppure, nei soli casi consentiti, straordinaria da parte dell'autorità competente», precisando che «la presunzione di legittimità che assiste il provvedimento risponde a canoni costituzionali di certezza del diritto, stabilità dei rapporti, effettività del potere siccome funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico».

Il fondamento della teoria risiede in concezioni piuttosto risalenti. Si diceva, infatti, che l'atto amministrativo promanasse «da una pubblica autorità, che ha il dovere di seguire la legge, è opera di funzionari particolarmente scelti e disinteressati, deve rivestire spesso determinate forme pubbliche, è sottoposto per la sua efficacia ad una serie di controlli, è necessario quindi, di regola l'intervento di più organi; ora, queste ed altre circostanze conducono a ritenere che nella maggior parte dei casi l'atto amministrativo sia conforme a legge»[86]. Si vede come la base concettuale della nozione non abbia nulla di giuridico: si riferisce a circostanze di fatto dalle quali poter desumere che, nella stragrande maggioranza dei casi, vista la struttura organizzativa e date le circostanze in cui essa opera, l'esito dell'attività amministrativa globalmente intesa, lo svolgersi della funzione[87], potrà essere legittimo. Si tratta di un assunto e di una ipotesi, da verificare nel concreto.

Non a caso la nozione era ritenuta un sinonimo della caratteristica più tipica del provvedimento, la imperatività o autoritatività[88], strettamente

[86] G. Treves, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1936, 54. La presunzione di legittimità degli atti amministrativi è definita un «reperto storico» da R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 16.

[87] F. Modugno, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 301 ss.; F. Benvenuti, voce *Funzione. Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989, ora anche in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, Vita e pensiero, 2006, 4081 ss.; per B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, 424, funzione è «attività volta alla cura di interessi alieni e quindi non interamente libera né interamente vincolata, rilevante nella sua globalità (al di là dei singoli atti in cui si estrinseca), svolta normalmente attraverso procedimenti e soggetta a forme di controllo»: ne deriva una certa trasversalità della nozione.

[88] Sebbene «non esist[a] concordia su cosa si debba intendere per imperatività», essa può essere definita come «quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari, il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi», R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 20. Sul tema, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 291 ss.; B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*; Id., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012 per il quale «tutto è impreciso nella nozione di imperatività»; *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze*

legata all'esecutorietà[89], e fu abbandonata quando fu concepita la più organica teoria dell'atto amministrativo[90]. Così come, gradualmente, sono state ricondotte a una matrice comune gran parte delle caratteristiche del provvedimento amministrativo autoritativo che, a un più attento sguardo, non appaiono così diverse da atti unilaterali di diritto privato[91], anch'essi caratterizzati dalla necessità di certezza del diritto, stabilità ed effettività nella produzione di effetti giuridici.

Il tema, seppur antico, è ancora attuale e lo dimostra la produzione giurisprudenziale, ove si è potuto affermare che la fiducia introdotta dal Codice dei contratti pubblici, che non è unilaterale o incondizionata, ma al contrario è reciproca e investe anche gli operatori economici che partecipano alle gare, «è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa»[92].

In questo senso, maggiormente conforme allo spirito di un rapporto paritario è piuttosto la constatazione per la quale «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi» (così, Cons. St., ad. plen., n. 19/2021).

Per una curiosa attività circolare di interpretazione dei rapporti giu-

tra ordinamenti. Atti del convegno annuale Bari 30 settembre-1ottobre 2011, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

[89] U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1938, 303 ss.; Id., *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1901, 63 ss.

[90] M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 424 ss.; Id., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 187, ove «la costruzione dottrinale italiana era la seguente: l'atto amministrativo assistito da una presunzione di legittimità (o di validità), per cui è esecutorio, ossia può esser eseguito senza necessità di previo accertamento giudiziale. Malgrado che questa cosa così rintorcinata abbia avuto cospicui suffragi, la presunzione di legittimità è l'evidente gemella della presunzione di verità della sentenza e della presunzione di conoscenza della legge. Quasi che per eseguire un atto sia necessario che esso sia legittimo, ovvero che debba presumersi legittimo fino a che non venga in essere un accertamento giudiziale, e come se, a questa stregua, una simile presunzione non si dovesse richiedere anche per il negozio privato!», pur riconducendo però l'istituto alla nozione di imperatività del provvedimento.

[91] B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*;

[92] Tar Sicilia, Catania, n. 3738/2023.

ridici, istituti un tempo espressione di supremazia della pubblica amministrazione, appaiono oggi consentire una più ampia tutela delle ragioni del privato. Se, quindi, la presunzione di legittimità può ben riferirsi all'attività globalmente intesa e, dall'altra faccia della medaglia, riverberarsi sull'affidamento che il privato ripone nell'attività svolta da una pubblica amministrazione in considerazione della sua particolare competenza tecnica, essa dall'altro lato non può contribuire alla individuazione di istituti non fondati su solide basi normative che, al contrario, renderebbero alla radice inaffidabile l'attività del beneficiario.

La *fides administrativa* così introdotta dall'art. 2 potrebbe finire per diventare, al pari della *fides greca* o di quella *punica*[93], locuzione con la quale marchiare di un significato opposto l'attività amministrativa.

9. Considerazioni conclusive: il capriccio della fiducia

Se è vero che i principi generali di un settore esprimono «valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili»[94], che «i principi sono inoltre caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (nomogenetica) rispetto alle singole norme»[95] e che dunque «legiferare per princìpi e non (solo) per norme puntuali evita discipline alluvionali, riduce lo "smarrimento" degli operatori, pubblici e privati, favorisce una "interiorizzazione" graduale delle innovazioni introdotte e una cultura della manutenzione delle norme»[96], dall'altro non bisogna abusarne. Il rischio è, infatti, quello di far transitare l'interprete da una dimensione giuridica a una dimensione metagiuridica.

La discussione sulla c.d. amministrazione di risultato, ora rivitalizzata dal principio di risultato, appare, nell'economia di questo discorso, esemplare.

[93] I romani bollarono, a dispetto dell'utilizzo della parola *fides*, la inaffidabilità dei popoli greci e di quelli fenici proprio con le locuzioni *fides greca* e *fides punica*, in senso ironico, come ad ammantare di un senso positivo ciò che in realtà appariva negativo: v. sul punto, le rispettive voci sull'Enciclopedia Treccani.

[94] Cfr. *Relazione introduttiva al Codice dei contratti pubblici*.

[95] Cfr. *Relazione introduttiva al Codice dei contratti pubblici*.

[96] L. Carbone, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 447.

Se, da un lato, si ritiene di poter individuare concretamente il risultato da raggiungere sulla base della norma, a me pare, *nulla quaestio*. Il risultato è nella norma[97], perché costituisce la ragione dell'esercizio del potere e dell'esistenza stessa della pubblica amministrazione; una pubblica amministrazione tenuta a comportarsi *secundum legem*, senza alcuna prevalenza della logica del "risultato a tutti i costi"[98].

Se, dall'altro, come in realtà sembra, il risultato non consiste nell'opera (nel lavoro o nel servizio) in sé, ma nel suo corretto e utile funzionamento[99], pare possibile trovare il motivo che ha condotto all'abbandono della discussione sull'amministrazione di risultato, ora rivitalizzata dalla consacrazione del principio di risultato nel nuovo Codice[100]; e il motivo è che il risultato, così come la fiducia, si collocano nel fatto, fuori e oltre il diritto.

Come è stato sottolineato in sede di teoria generale, il potere, politico così come amministrativo, partecipa della natura della sua fonte[101]. Il potere giuridico in sé non è negativo né positivo: il risultato è una conseguenza dell'attività dei soggetti che compongono l'organizzazione, finalizzata al suo raggiungimento; e con riferimento al diritto amministrativo, e agli interessi pubblici sottostanti, il risultato è un concetto dinamico e non statico. Non basta costruire l'infrastruttura, ma occorre manutenerla per renderla utilizzabile; non basta prevedere giardini, ma occorre curarli; non basta costruire la scuola, ma occorre fornire un servizio scolastico funzionale alla cultura e al lavoro; non basta costruire un ospedale, ma occorre garantire un servizio sanitario tempestivo ed efficiente.

Ne deriva dunque che, ancora una volta, cercando di trovare degli appigli giuridici dal lato dell'attività, si rischia di sconfinare nel campo dell'or-

[97] F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, Giuffrè, 2002, 10, osserva che «la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione».

[98] R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2022, 148, rilevava che il problema dell'amministrazione di risultato è «il modo di essere di un'amministrazione caratterizzata dall'ansia di provvedere e qualificata solo dal fatto di provvedere, quasi a prescindere dalla bontà, dalla qualità e, soprattutto, dalla legittimità dei suoi atti e comportamenti».

[99] Di là da ogni considerazione circa la lesione del principio di legalità o l'aziendalizzazione e privatizzazione della pubblica amministrazione, a mio avviso, irrilevanti.

[100] Se è vero che «l'amministrazione di risultato non si è mai inverata», R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici,* cit., ciò è accaduto per la difficoltà di individuare il risultato, *hic et nunc*.

[101] C. Schmitt, *Dialogo sul potere*, Milano, Adelphi, 2012.

ganizzazione e degli individui che la compongono[102]. Ciò che manca, sembrerebbe, non sono le norme, ma la cultura individuale e dell'amministrare, coltivata, nelle democrazie occidentali funzionanti, da scuole che formano i pubblici dipendenti in maniera esemplare[103]. In questi termini, stati soggettivi e di fatto, sono il risultato naturale del rispetto delle regole che conducono alla formazione e al ruolo del soggetto agente[104].

Spostando il discorso lungo il principio della fiducia, è possibile affermare che esso, in quanto principio giuridico, non esiste perché non rappresenta uno strumento teso a esprimere «un valore o criterio di valutazione, immanente all'ordine giuridico, che abbia una "memoria del tutto", che le singole e specifiche disposizioni non possono avere»[105], né si intravede quale innovazione la norma abbia concretamente apportato[106]. Esso, per come concepito, consiste come si è visto in un criterio di esercizio del potere discrezionale, accompagnato da regole puntuali dirette, da un lato, ad attutire eventuali conseguenze pregiudizievoli in capo agli amministratori e, dall'altro, a valorizzare il margine di scelta a essi attribuito, uscendo anche

[102] Sulla gradazione dei modelli istituzionali in rapporto ai parametri della rigidità e della garanzia, da un lato, e della elasticità e della efficienza, dall'altro, v. le riflessioni di G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 210 ss. che, analizzando il tema rispetto all'organizzazione, offre delle chiavi di lettura valide anche per l'attività amministrativa, rilevando che «secondo uno schema razionale l'evoluzione della soluzione organizzativa dovrebbe andare di pari passo con l'evoluzione funzionale; la diversità di modelli dovrebbe quindi corrispondere alla diversità di funzioni, con un connotazione di maggior garanzia per quelle che incidono su situazioni soggettive e di maggior elasticità quando si tratti di servizi imprenditoriali».

[103] Cfr. ad es., S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 287, «là dove, invece, Mortara e Freddi hanno ragione è nell'osservazione che i funzionari pubblici difettano, poi, di una preparazione "ulteriore". Il funzionario del tesoro inglese proveniente da studi, fatti ad Oxford, in "*classics*" e il consigliere di Stato francese che ha studiato filosofia all'*Ecole Normale Supérieure* di Parigi, da un lato, fanno parte di un gruppo ben selezionato; dall'altro, hanno imparato ad apprendere facendo ("*learning by doing*")».

[104] Per una spiegazione sociologica del concetto di fiducia, nelle sue declinazioni, individuale e sistemica, R. Ursi, *La "trappola" della fiducia nel codice dei contratti pubblici,* cit., 5 ss.

[105] Parafrasando la *Relazione illustrativa al Codice*.

[106] «L'idea che la fiducia su un'azione amministrativa legittima ed efficace sia assiologicamente sovraordinata alle regole che presiedono alla stessa appare affermazione tanto scontata da fare apparire la dichiarazione dell'art. 2 una evidente superfetazione. La fiducia nell'azione legittima del potere pubblico va ascritta certamente nel novero di quegli elementi precontrattuali che secondo Durkheim sono basilari per la coesione sociale. La fiducia è certamente un "fatto" senza il quale non si può dare un ordine sociale», R. Ursi, *La "trappola della fiducia"*, cit., 3.

dal solco della tradizionale funzione svolta dai principi generali nel diritto amministrativo[107].

Appare dunque chiaro che, almeno per ciò che concerne il principio della fiducia, esso costituisce, al c. 1, l'attuazione di un programma politico-amministrativo[108], un bene (politicamente) finale[109], un risultato esso stesso, e non uno "strumento iniziale"[110], non un principio giuridico[111], con l'evidente anomalia di imporre per via legislativa uno stato soggettivo; e, ai commi successivi, regole specifiche di declinazione di una rete di protezione decisamente potenziata, e ciò al netto delle reali e concrete esigenze di protezione[112].

[107] Cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 91, ove rileva che nel diritto amministrativo «i principi giocano sempre più a favore del potenziamento dei diritti e delle libertà degli amministrati nei confronti delle pubbliche amministrazioni».

[108] A cui si aggiunga che «nel caso del risultato, ma ancor più questo vale per la fiducia (art. 2 del Codice), ci troviamo di fronte a criteri da leggere allo specchio, per opposizione antiformalistica rispetto alle posizioni radicali del passato (riguardo alla pervasività e massimizzazione della concorrenza, da un lato, e all'approccio formalistico dell'anticorruzione, dall'altro). I principi del risultato e della fiducia, pertanto, non possono essere compresi se non nell'altro da sé: ci indicano ciò che il legislatore, in un contesto di più estesa discrezionalità, ha individuato quale obiettivo per contrasto rispetto al passato, ad esempio all'atteggiamento di sospetto che dominava i precedenti testi normativi (e, soprattutto, l'attuazione degli stessi), all'esigenza di superare il fenomeno della burocrazia difensiva, e così via», A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo,* cit., 353. È chiaro quindi che se, come individuato da G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, cit. 201, «il processo che conduce dall'affermazione sociale di un valore alla sua traduzione in principio giuridico è molto complesso, che il principio si affaccia come ipotesi interpretativa nella mente del giurista prima di trovare il riscontro nei testi normativi e che, se è vero che non si può trovare ciò che non c'è, è anche vero che si trova solo (o almeno principalmente) quello che si cerca»; in questo caso ciò che si è cercato, trovato e consacrato, non è uno strumento dotato di una funzione integratrice, programmatica o interpretativa, ma un manifesto politico-amministrativo.

[109] G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin),* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrrè, 2002, 872 ss.

[110] G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin),*cit., 872 ss.

[111] Quale delle funzioni dei principi giuridici individuate da N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2014, ovvero quella interpretativa, integrativa, direttiva e limitativa, esso svolgerebbe?

[112] Ad esempio, nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2024 della sezione regionale della Corte dei conti per il Lazio si legge che, con specifico riguardo alla responsabilità amministrativa, nel corso del 2023 sono stati definiti n. 140 giudizi e sono state emesse n. 138 sentenze; nella relazione dell'anno giudiziario 2024 della sezione regionale della Corte dei conti per la Lombardia, che nel 2023 sono state emesse 97 sentenze in giudizi di responsabilità amministrativa, in cui sono comprese 22 di definizione del giudizio con rito abbreviato.

La fiducia, come stato soggettivo relazionale, si ottiene sul campo e non si impone; esiste prima e fuori dal diritto, come precondizione dell'azione dell'individuo in relazione al soggetto agente; in assenza di essa, ovvero in un clima di sfiducia, l'individuo preferirebbe l'inazione. Ma più che fiducia, il concetto imposto dal legislatore appare rientrare in quello di "fede" nei confronti dell'amministrazione, da ritenere *ex se* capace di raggiungere i risultati promessi[113]. In definitiva, in una nuova immagine della pubblica amministrazione.

Sembra che le esigenze si siano capovolte: non sono più i cittadini a dover essere coinvolti da una amministrazione tendenzialmente impermeabile alle concrete esigenze degli stessi[114], ma gli amministratori a dover essere protetti da una assunta dequalificazione perpetrata ad opera dei cittadini e degli altri poteri dello Stato, ove il legislatore assume che l'amministrazione, pur potendolo fare, non è lasciata libera di amministrare, quando in realtà i problemi sono da ricercare altrove e, precisamente, nell'amministrazione stessa[115].

E in tale contesto, ove la primazia dei principi appare «segno eloquente di ogni tempo di transizione»[116], il diritto sembra sconfinare in una dimensione etica, assumendo contorni educativi e comunicativi[117] più marcati che

[113] Dello stesso avviso G. Tulumello, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., secondo il quale «la fiducia, in altre parole, funziona com'è cardine del sistema solo se fondatamente riposta e non come assioma fideistico dato per scontato» e conseguentemente «il riferimento normativo a questo tipo di categorie, come strumenti di regolazione giuridica, consegue alla presa d'atto della necessità di una legittimazione reciproca dei ruoli che non sia solo formale, ed implica un approccio ai problemi in termini di "diritto amministrativo praticato", e non meramente predicato».

[114] Nel passaggio alla "demarchia" auspicato da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994.

[115] Si tratta in particolare della «carenza di una cultura della complessità» e della «relativa capacità decisionale», G.D. Comporti, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile,* in *Giustizia-amministrativa.it,* 40, e più in generale della carenza di una eduzione finalizzata al risultato senza esercizio sterile del potere di non decidere. V. sul punto, C. Barbati, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 21 ss.; G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, vol. II, 1101 ss.; S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 149 ss.; M. Bombardelli, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss.

[116] P. Grossi, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *L'incertezza delle regole. Annuario Aipda 2014*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 30.

[117] «I principi del risultato e della fiducia, oltre ad avere una valenza interpretativa e una spiccata utilità prasseologica, presentano anche una dimensione comunicativa da non sottovalutare, posto che i principi del Codice "parlano" ai giudici e a quelli amministrati-

mai, contribuendo a saldare il rapporto tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione[118].

Abstract

The article deals with a new topic for public procurement law and, more generally, for administrative law as a whole. The "principle" of trust enshrined in the new Public Procurement Code (2023) represents an absolute innovation in the Italian regulatory landscape. However, the interpretation of art. 2 of the Code poses numerous questions to the interpreter: on the nature of the principle, on its structure, on its relationship with other general and specific principles, both in public procurement law and in administrative law in general, on the innovations actually made in the legal relations between administrations and individuals and, finally, on the validity itself of a principle that seems to be located in an undefined area between ethics and law.

vi, in particolare», G. Carlotti, *I princìpi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023. Cfr. anche R. Ursi, *La "trappola della fiducia"*, cit., 2, il quale sottolinea la necessità, per la nuova amministrazione della ripresa e resilienza, «di una nuova narrazione basata sul rafforzamento della sua capacità e sulla fiducia sul suo operato. Una nuova narrazione che, muovendo dal primato del risultato, cioè dal conseguenziale ruolo strumentale della legalità e, soprattutto, della concorrenza, perviene, alla centralità della funzione di committenza pubblica e dell'utilità concretamente perseguita, nonché alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa. Quest'ultima viene intesa come scelta responsabile della soluzione concreta più adeguata allo scopo, più coerente con il quadro normativo generale e adottata nel rispetto degli interessi degli attori coinvolti».

[118] S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971.

SAGGI

Lucrezia Corradetti

LA COOPERAZIONE TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI COME ALTERNATIVA ALLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA

Sommario: 1. Un inquadramento del tema. Il principio di auto-organizzazione della pubblica amministrazione. – 2. La cooperazione orizzontale o c.d. partenariato pubblico-pubblico. – 3. Elementi di *discrimen* tra cooperazione e logica contrattualistica. – 4. La cooperazione tra pubbliche amministrazioni declinata alla luce del principio del risultato. – 5. Il problema della fase esecutiva degli accordi pubblicistici e la possibilità di recesso unilaterale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Un inquadramento del tema. Il principio di auto-organizzazione della pubblica amministrazione

Il contributo intende approfondire il tema della cooperazione tra pubbliche amministrazioni, anche denominata cooperazione orizzontale o partenariato pubblico-pubblico, quale estrinsecazione del potere di auto-organizzazione riconosciuto alle soggettività pubbliche.

La tematica ha assunto una nuova centralità nell'ambito della contrattualistica pubblica alla luce dell'art. 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (recante il nuovo codice dei contratti pubblici, di seguito il «codice»)[1], rubricato «Principio di auto-organizzazione amministrativa» che sancisce, nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione Europea, l'autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni nell'esecuzione di lavori e nella prestazione di beni e servizi secondo tre diversi modelli: l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione[2].

[1] D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 «Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici».

[2] Art. 7, c. 1, codice: «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».

Munus, n. 3, 2024 – issn 2240-4732 – doi 10.26321/munus/3_2024
Editoriale Scientifica srl

La cooperazione tra stazioni appaltanti e enti concedenti finalizzata al perseguimento di obiettivi di interesse comune, posta su un piano di tendenziale parità rispetto all'autoproduzione e all'esternalizzazione, si colloca al di fuori dell'ambito di operatività della disciplina dell'evidenza pubblica al sussistere di particolari condizioni che verranno individuate nel prosieguo della trattazione. L'indagine intende analizzare come l'equiparazione tra i diversi modelli si riverberi sul principio di concorrenzialità e quali sono i criteri alla luce dei quali l'amministrazione deve procedere concretamente alla scelta tra cooperazione e ricorso alle procedure di gara. L'obiettivo da ultimo perseguito è quello di indagare la reale rilevanza assunta dalla cooperazione orizzontale nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici.

L'opportunità e l'interesse a un nuovo approfondimento della tematica, già oggetto sotto la vigenza del codice del 2016[3] di plurime pronunce giurisprudenziali, sia della Corte di giustizia UE (CGUE) che dei giudici nazionali, discende dalla necessità di affrontare l'argomento all'interno dell'innovato sistema delineato dal codice e, in particolare, alla luce del principio di primario rilievo cristallizzato in apertura della nuova disciplina in materia di contratti pubblici, il principio del risultato[4]. La finalità dello studio è quella di dimostrare che il principio del risultato, da identificarsi nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, conforma la discrezionalità esercitata dall'amministrazione nella scelta dei diversi modelli percorribili. La legittimità del ricorso alla cooperazione orizzontale deve essere valutata e motivata alla luce del principio del risultato, alla luce del quale è da chiedersi se, in determinate ipotesi, non vi sia un vero e proprio obbligo per l'amministrazione di impiegare questo istituto.

Al contempo, risulta centrale il ruolo della giurisprudenza, anche più recente, nel vagliare e riconoscere le ipotesi di cooperazione effettiva e genuina rispetto ai casi in cui il ricorso all'istituto è frutto di una scelta volta a eludere le regole dell'evidenza pubblica.

Se la cooperazione orizzontale deve ritenersi un modello effettivamente alternativo alle procedure ad evidenza pubblica, si pongono anche rilevanti problematiche relative alla fase esecutiva del rapporto, in particolare

[3] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «Codice dei contratti pubblici».

[4] L'art. 1, c. 1, del codice stabilisce che: «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

relativamente alla sussistenza o meno di un potere di incidenza unilaterale sul vincolo risultante dall'accordo, dato il silenzio della legge.

Tanto premesso, è opportuno procedere da una celere disamina del principio di auto-organizzazione amministrativa quale fondamento giuridico della cooperazione. Il potere di auto-organizzazione della pubblica amministrazione[5] trova il proprio fondamento a livello nazionale nell'art. 97, c. 1, Cost. che, nel rispetto della cornice del principio di legalità e nella garanzia dei principi di buon andamento e imparzialità, riconosce ai pubblici uffici una libertà di azione nella realizzazione degli interessi pubblici e nella valutazione delle esigenze della collettività.

Anche la Carta europea dell'autonomia locale, promossa dal Consiglio d'Europa[6], ha riconosciuto, nel caso specifico dei poteri locali, il diritto di auto-organizzazione amministrativa stabilendo, all'art. 6, c. 1, il diritto delle collettività locali di «definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace» e all'art. 10, c. 1, il diritto, nell'esercizio delle loro competenze «a collaborare e, nell'ambito della legge, ad associarsi ad altre collettività locali per la realizzazione di attività di interesse comune».

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, le fondamenta di questa autonomia sono da rinvenirsi nel c.d. principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, espressamente enunciato all'art. 2, dir. 2014/23/Ue[7], il quale stabilisce, in ossequio al principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità al diritto nazionale ed europeo, la possibilità dell'espletamento dei loro compiti d'interesse pubblico «o avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con

[5] M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 67. Si veda anche G. Pastori, *Accordo e organizzazione amministrativa,* in *L'accordo nell'azione amministrativa,* a cura di A. Masucci, in *Quaderni Formez*, Roma, 1988, 39 ss. ove in relazione all'«autoorganizzazione» dell'amministrazione si afferma che, mediante l'accordo, la pubblica amministrazione può combinare le risorse disponibili e creare strutture, determinandosi autonomamente nell'ambito dei propri compiti, anche al fine di una migliore definizione interna delle rispettive attribuzioni.

[6] La Carta, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, è entrata in vigore il 1° settembre 1988 ed è stata ratificata con l. 30 dicembre 1989, n. 439, «Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985». Recentemente, con la l. 8 giugno 2023, n. 77, l'Italia ha aderito al Protocollo addizionale.

[7] Direttiva 2014/23/Ue, «Sull'aggiudicazione dei contratti di concessione».

altre amministrazioni aggiudicatrici» o conferendoli a operatori economici esterni.

La cooperazione implica la collaborazione tra le diverse soggettività nella prospettiva di un ulteriore criterio essenziale dell'azione amministrativa ossia il principio dell'efficienza nell'esercizio delle pubbliche funzioni, riflesso giuridico del «principio di elasticità dell'azione amministrativa»[8]. Ciò che rileva è soprattutto il risultato[9] concretamente raggiunto, anche in termini di efficienza[10].

Il collegamento tra i diversi centri di potere può concretizzarsi, oltre che in forme di cooperazione istituzionale-strutturale, in forme flessibili di collaborazione funzionale e di c.d. partenariati, tra i quali si collocano gli accordi tra pubbliche amministrazioni[11].

Gli accordi tra pubbliche amministrazioni sono stati tradizionalmente qualificati come accordi di tipo orizzontale in riferimento alla posizione di equiordinazione che caratterizza le parti pubbliche, benché gli stessi possano essere conclusi anche tra enti con caratteristiche e funzioni differenti, chiamati al perseguimento di interessi non para-ordinati[12].

L'accordo dovrebbe fungere da strumento volto alla sollecitazione di una potenziale ricomposizione unitaria, in via consensuale[13], della frammen-

[8] G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 968, 74.

[9] E. Carloni, *Lo Stato differenziato: contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004, 38 ss.

[10] G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, 77, secondo cui gli strumenti di cooperazione sono volti a consentire «a più unità operative di realizzare i propri fini con un vantaggio quanto all'efficienza dell'azione e con risparmio quanto alla misura delle forze che dovrebbero essere impiegate per raggiungere singolarmente gli stessi fini».

[11] Il primo Autore nella dottrina amministrativistica italiana che si è occupato degli accordi tra pubblici poteri è Santi Romano secondo cui «per accordo, in antitesi a contratto, intendiamo la formazione di una manifestazione di volontà unilaterale e giuridicamente vincolante, per mezzo di più atti volitivi individuali, allo scopo di soddisfare interessi comuni». Cfr. S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Il Filangieri*, 1898, 63. Egli successivamente ha affermato che non costituissero contratti in quanto tendenti alla formazione «per mezzo di più atti volitivi individuali» di una volontà unilaterale, funzionale al soddisfacimento di «interessi comuni e non collidenti». Cfr. Id., *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, S.E.L., 1901, 48. Si veda anche V.M. Trimarchi, *Accordo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 297-300.

[12] Gli interessi sottesi agli accordi non sono necessariamente caratterizzati da eguale dignità. Di tale avviso N. Bassi, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, il Mulino, 2007, 22.

[13] Si veda G. Berti, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa,* Padova,

tazione delle competenze tra più enti pubblici, in un'ottica di crescente efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa[14]. Ciò che assume precipuo rilievo è il «conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione»[15].

2. La cooperazione orizzontale o c.d. partenariato pubblico-pubblico

L'equivalenza, per lo meno sulla base di un'interpretazione letterale, sancita dall'art. 7 del codice tra la cooperazione e gli alternativi moduli dell'autoproduzione e dell'esternalizzazione, pur nella sua innovatività, si pone nel solco di un'evoluzione che fonda le sue radici nella giurisprudenza della CGUE[16].

La CGUE, nella sua opera esegetica a presidio della libertà concorrenziale, attraverso un'operazione ermeneutica avente ad oggetto la nozione di contratto pubblico d'appalto[17] contenuta nelle direttive del 2004, ha privilegiato una lettura in senso funzionale, sostenendo che rientrano in tale espressione tutte le «fattispecie attraverso le quali i soggetti pubblici si procurano utilità

Cedam, 1988, 39 ss. secondo il quale l'accordo è non solo uno strumento di autoorganizzazione dei compiti mediante il quale si disciplinano le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa ma anche strumento ordinario e alternativo di normazione sull'amministrazione, in quanto permette di disciplinarne con flessibilità le modalità di azione al fine di un maggior efficiente svolgimento dei compiti amministrativi.

[14] Cons. St., ad. plen., 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro italiano,* III, 1987, 22 ss.

[15] Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), determinazione 21 ottobre 2010, n. 7. Si veda sul tema del partenariato pubblico-pubblico E. Sticchi Damiani, *Gli accordi di collaborazione tra Università e altre amministrazioni pubbliche*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, n. 3, 807 ss.

[16] Per ragioni di sistematicità argomentativa, esulano dalla presente trattazione quelle particolari modalità di cooperazione pubblico-pubblico che si estrinsecano in forme di aggregazione dal lato della domanda quali, in via esemplificativa, le centrali di committenza. Tra i contributi in argomento: G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, 101 ss. In una prospettiva sovranazionale R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *Cooperazione amministrativa europea*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, Utet, agg. 2017; R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2016, n. 6, 1457-1593.

[17] L'art. 1, c. 2, lett. *a)*, dir. 18/2004/Ce così dispone: «Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva».

in via convenzionale rivolgendosi al mercato»[18]. Si è proceduto a un'interpretazione in senso estensivo anche delle nozioni di amministrazione aggiudicatrice[19] e di operatore economico[20], delineando al contempo i soggetti concretamente riconducibili al concetto di pubblica amministrazione. Per il giudice europeo, a scapito della qualificazione formale, un ente pubblico può essere considerato un operatore economico qualora offra servizi sul mercato, seppur non persegua un preminente scopo di lucro, non abbia una struttura d'impresa e non assicuri una presenza costante nel mercato[21].

Accanto a forme di cooperazione pubblico-pubblico verticali o c.d. istituzionalizzate, riferibili alle società *in house providing*[22], si sono sviluppate forme di cooperazione orizzontale[23], anche identificate come cooperazione non istituzionalizzata, per mezzo della stipulazione di accordi tra pubbliche amministrazioni al di fuori di procedure selettive di gara[24].

[18] C. Franchini, *L'appalto di lavori, servizi e forniture*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, Utet, 2010, 23.

[19] Ai sensi dell'art. 1, c. 9, dir. 18/2004/Ce «Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico». Per la Corte l'espressione racchiude quelle ipotesi in cui un soggetto, svolgendo un'attività funzionalizzata al perseguimento di interessi generali o per l'influenza su di sé esercitata da parte di un'amministrazione può, nel perseguimento di ragioni extraeconomiche, essere portato ad eludere i principi dell'evidenza pubblica come evidenziato in Cgce, 1° febbraio 2001, C-237/99, Commissione c. Francia.

[20] Ai sensi dell'art. 1, c. 8, dir. 18/2004/Ce «Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi».

[21] Cgce, 23 dicembre 2009, C-305/08 CoNISMa; Cgue, 29 novembre 2007, C-119/06, Commissione c. Repubblica Italiana; Cgue, 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia c. Cassa di Risparmio di Firenze; Cgue, 13 gennaio 2005, C-84/03, Commissione c. Regno di Spagna.

Tale orientamento è stato recepito anche dalla giurisprudenza nazionale, si veda ad esempio *ex multis*: Cons. St., sez. V, 10 dicembre 2020, n. 7912; Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387; Cons. St., sez. VI, 13 luglio 2010, n. 4525.

[22] Il partenariato pubblico-pubblico è un istituto di matrice giurisprudenziale così come il c.d. *in house providing,* delineato per la prima volta con precisione nella sentenza Cgue, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (Agac) di Reggio Emilia, seguita dalla pronuncia Cgue, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant c. Commune d'Uccle e Brutelé.

Sull'affidamento *in house* dopo il nuovo codice dei contratti pubblici B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti* in house, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2023, n. 4, 1284 ss.

[23] Il modello richiede la natura pubblica del soggetto che esegue la prestazione ma prescinde del tutto dalla sussistenza di un "controllo analogo". Si veda G. Caia, *Le società* in house*: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.,* 2020, n. 3, 461.

[24] G. Bardelli, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di pro-*

La CGUE, valorizzando il principio di cooperazione e di autorganizzazione amministrativa, ha riconosciuto l'esistenza di nuove forme di collaborazione non istituzionalizzata, c.d. partenariato pubblico-pubblico, a partire dalla sentenza Amburgo[25].

In tale sede il giudice europeo ha affermato che, accanto a forme di cooperazione amministrativa che si concretizzano «nella creazione di un organismo di diritto pubblico che i vari enti avrebbero incaricato di svolgere la funzione di interesse generale di smaltimento dei rifiuti» (c.d. *in house* pluripartecipato), debbono ritenersi conformi al diritto comunitario le forme di cooperazione che si sostanziano nella conclusione di un contratto, qualora non venga pregiudicato l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, ossia la libera circolazione e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Questo accade esclusivamente nel caso in cui «l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti»[26]. Ciò che rappresenta l'elemento di *discrimen* tra l'applicabilità

cedura negoziata negli appalti pubblici, in *Urb. app.*, 2005, n. 11, 1277-1283; G.M. Caruso, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 3-4, 775-818; P. De Luca, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. Un. eur.,* 2013, n. 2, 385; M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'*in house *al "Partenariato pubblico-pubblico",* in *Giur.it.,* 2013, n. 6, 1419; C.P. Santacroce, *Osservazioni sul "partenariato pubblico-pubblico", tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni,* in *Riv. giur. urb.,* 2014, n. 2, 174 ss.

[25] CGUE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, Commissione c. Repubblica federale di Germania. La sentenza Amburgo origina da un ricorso *ex* art. 258 TFUE (*ex* art. 226, c. 2, Trattato CE), nel quale la Commissione Europea ha contestato alla Repubblica federale di Germania l'inadempimento degli obblighi scaturenti dalla dir. 92/50/Cee a seguito della stipulazione da parte di quattro Landkreise – distretti amministrativi sovracomunali facenti parte degli enti pubblici territoriali locali tedeschi – con la Stadtreiningung Hamburg – i Servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, costituiti in un organismo di diritto pubblico – di un contratto di smaltimento rifiuti in un impianto di termovalorizzazione, in via diretta e per un arco temporale di venti anni. Per un commento della sentenza si veda C.E. Gallo, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. app.*, 2009, 1180 ss.

[26] Pt. 47 sentenza Amburgo. La Corte in tale sede non ha accolto le contrarie considerazioni dell'Avvocato Generale J. Mazàk che aveva sottolineato l'applicabilità delle direttive appalti nell'ipotesi di stipulazione di un contratto da parte di un'amministrazione aggiudicatrice con un soggetto da essa giuridicamente distinto «indipendentemente dal fatto che

o meno della procedura ad evidenza pubblica è l'istituzione di una cooperazione finalizzata a garantire l'espletamento di una funzione di servizio pubblico comune ai soggetti coinvolti[27].

La pronuncia contiene *in nuce* quelli che costituiscono i requisiti, in seguito stabiliti dal legislatore europeo, che debbono sussistere al fine di ricondurre multiformi fattispecie collaborative alla novella figura del partenariato pubblico-pubblico.

Inizialmente il legislatore, recependo le elaborazioni della CGUE e ampliandone la portata applicativa oltre il caso che aveva originato la pronuncia, si è occupato della cooperazione orizzontale nella Risoluzione avente ad oggetto «i nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici»[28].

In tale sede, oltre ad evidenziare che le conclusioni della Corte nella sentenza Amburgo «non solo si applicano direttamente alla cooperazione tra autorità locali, ma hanno validità generale e di conseguenza possono essere applicate alla cooperazione tra altre amministrazioni aggiudicatrici pubbliche»[29], il Parlamento elenca i criteri che debbono essere soddisfatti affinché gli accordi di collaborazione tra autorità locali e le ulteriori forme di cooperazione nazionale non rientrino nel campo d'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici[30].

Nell'opera definitoria dell'istituto risulta centrale anche l'apporto della Commissione europea che nel Documento di lavoro «concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")»[31] pone in evidenza

tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice» (§ 28 delle conclusioni), individuando quale unica ipotesi di eccezione l'istituto dell'*in house providing* semplice e pluripartecipato.

[27] Punto 37, sentenza Amburgo.

[28] Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 maggio 2010 «sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici», reperibile sul sito www.europarl.europa.eu. In particolare, § 9-12 della Risoluzione.

[29] § 11 della Risoluzione.

[30] Il § 9 della Risoluzione stabilisce che: «i. lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione; ii. il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche in questione, cioè senza la partecipazione di privati o imprese private e, iii. l'attività in questione è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte». Si veda anche il Libro Verde della Commissione del 27 gennaio 2011 «sulla modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti» reperibile sul sito www.europarl.europa.eu, in particolare il § 2.3.

[31] Documento di lavoro dei servizi della Commissione del 4 ottobre 2011 «concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")».

la necessità che l'accordo si sostanzi in una cooperazione reale, fondata su una effettiva suddivisione di diritti ed obblighi reciproci, volti alla realizzazione di un obiettivo comune che deve essere rappresentato dall'esecuzione congiunta dello stesso compito. Da questo può evincersi uno dei profili di distinzione rispetto all'appalto pubblico ove, a fronte dell'esecuzione di un determinato compito, è prevista una remunerazione economica come corrispettivo.

La Commissione, difatti, dopo aver ribadito la necessità che la cooperazione sia retta da considerazioni relative al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, esclude l'ammissibilità di trasferimenti finanziari tra le parti pubbliche coinvolte, ad eccezione di quelli rappresentanti rimborsi di costi effettivamente sostenuti[32].

La definizione *in fieri* dell'istituto è stata accompagnata da alcuni rinvii pregiudiziali *ex* art. 267 Tfue alla Cgue, tra i quali, per le rilevanti ricadute nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale e per l'inquadramento della fattispecie di matrice giurisprudenziale rispetto agli accordi *ex* art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241[33], si segnala la vicenda che ha coinvolto l'Asl Lecce[34].

Il giudice del rinvio[35], dopo aver statuito che gli accordi *ex* art. 15, l. n. 241/1990, essendo finalizzati al coordinamento delle attività di differenti apparati pubblici, ognuno dei quali portatore di uno specifico interesse, rappresentano una forma di cooperazione per la più efficiente ed economica gestione dei servizi, ritenendo legittima la loro conclusione per l'affidamento a titolo oneroso di un servizio rientrante nei compiti istituzionali dei soggetti coinvolti, domanda, rimettendo il quesito alla Corte, se la conclusione di tale accordo «non sia contrario al principio della libera concorrenza qualora una delle amministrazioni interessate possa essere considerata un operatore economico, qualità riconosciuta ad ogni ente pubblico che offra servizi sul mercato, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro, della

[32] Si vedano le pagine 14 ss. del Documento di lavoro.

[33] Art. 15, «Accordi fra pubbliche amministrazioni».

[34] Cgue, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11, Asl Lecce e altri c. Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce e altri. Il rinvio origina da una controversia nata tra la Asl di Lecce e l'Università del Salento da un lato e l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce dall'altro, avente ad oggetto un accordo di cooperazione che l'Asl e l'Università avevano concluso, in via diretta, per l'esecuzione a titolo oneroso di studi e valutazioni della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere nella provincia di Lecce.

Ad essa sono seguite altre pronunce tra cui: Cgue, ord. 16 maggio 2013, C-564/11, Consulta regionale Ordine degli Ingegneri Lombardia e altri c. Comune di Pavia e Università degli Studi di Pavia; Cgue, 13 giugno 2013, C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH e altri c. Kreis Duren; Cgue, ord. 20 giugno 2013, C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvecchio Subequo e altri.

[35] Cons. St., sez. V, ord. 15 febbraio 2011, n. 966.

dotazione di una organizzazione di impresa o della presenza continua sul mercato»[36].

La Corte, in questo caso, esclude che sussista una cooperazione orizzontale a fronte della mancanza di uno dei requisiti richiesti, ossia l'adempimento mediante la conclusione dell'accordo di una «funzione di servizio pubblico comune agli enti»[37] da intendersi nel significato di "funzione di interesse pubblico"[38], in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale secondo cui è necessario che, dalla struttura dell'accordo o dal rapporto instauratosi tra i soggetti, emerga «una strategia comune condivisa dalle parti che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione dei rispettivi interessi»[39], che non ammette lo svolgimento di un ruolo esclusivamente ausiliario o subordinato da parte di uno dei contraenti.

Il definitivo recepimento del partenariato pubblico-pubblico è avvenuto con l'adozione della dir. 2014/24/Ue sugli appalti pubblici, della dir. 2014/25/Ue sulle procedure d'appalto nei settori speciali e della dir. 2014/23/Ue sull'aggiudicazione dei contratti di concessione[40].

[36] Cfr. punto 20 della sentenza. Il giudice del rinvio si riferisce a precedenti giurisprudenziali quali la pronuncia della Cgue, 23 dicembre 2009, CoNISMa (C-305/08) ove era stata riconosciuta la natura di operatore economico a soggetti pubblici quali le Università. Si veda anche delibera Anac, 3 maggio 2023, n. 179.

Le Università, infatti, possono operare sul mercato alla stregua degli altri operatori economici dato che l'art. 7, c. 1, lett. *c)*, l. n. 168/1989 include tra le entrate degli Atenei anche i corrispettivi di contratti e convenzioni. Inoltre, l'art. 66, d.P.R. n. 382/1980 prevede che le Università possono eseguire attività di ricerca e consulenza, mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, con l'unico limite della compatibilità delle suddette attività con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica (si v. determinazione Avcp, 21 ottobre 2010, n. 7 e parere Avcp, 18 febbraio 2015, n. 7). Il Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10) ha osservato che l'attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, non può essere indiscriminata ma deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente ossia deve giovare al progresso della ricerca e dell'insegnamento, o procacciare risorse economiche da destinare loro. Non si può pertanto trattare di un'attività lucrativa fine a sé stessa perché l'Università è e rimane un ente senza fine di lucro. In argomento S. Foà e M. Ricciardo Calderaro, *Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale*, in *federalismi.it*, 2016 n. 4; G. Taccogna, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, n. 18.

[37] P.ti 37 e 41 della sentenza dell'Asl Lecce.

[38] § 72 conclusioni Avv. Gen. V. Trstenjak, 23 maggio 2012, in causa C-159/11, Asl Lecce c. Ordine degli ingegneri e altri.

[39] § 75 conclusioni Avv. Gen. V. Trstenjak. Per un commento della pronuncia A. Bartolini, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti. [Nota a sentenza Corte di Giustizia UE, 16 maggio 2013, causa C-564/11; Corte di Giustizia UE, 13 giugno 2013, causa C-386/11]*, in *Urb. app.*, 2013, n. 12, 1257-1265.

[40] Le direttive sono state adottate il 26 febbraio 2014 e pubblicate nella G.U.U.E. il

La positivizzazione dell'istituto discende dalla necessità, a fronte di incertezze e divergenze interpretative diffusesi tra i diversi Stati membri, e alla luce dei principi giurisprudenziali elaborati nel corso degli anni, di chiarire quando i contratti conclusi tra diverse pubbliche amministrazioni non siano soggetti all'applicazione delle norme contenute nelle direttive.

Il legislatore europeo non ha inteso interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i loro compiti cooperando con altre amministrazioni[41], libertà che implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente a quella di aggiudicazione di un appalto e, conseguentemente, non ricade nell'ambito di applicazione delle direttive[42]. Tuttavia, seppur per l'attuazione di un'effettiva cooperazione[43] non si impone l'assunzione di una particolare e predefinita forma giuridica – e, quanto al contenuto, si riconosce un'apertura a «tutti i tipi di attività connesse alle prestazioni di servizi e alle responsabilità affidate alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico»[44] – vengono stabilite una serie di condizioni che devono ricorrere contestualmente.

Tali condizioni debbono sussistere al fine della qualificazione di un determinato rapporto come partenariato pubblico-pubblico e sono stabilite dall'art. 12, c. 4, della direttiva appalti, che ha il medesimo contenuto dell'art. 17, c. 4, dir. 2014/23/Ue e dell'art. 28, c. 4, dir. 2014/25/Ue. Tali disposizioni prevedono che: «[u]n contratto concluso esclusivamente fra due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori di cui all'art. 7, § 1, lett. *a)*, non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce

28 marzo 2014. La direttiva sui contratti di concessione, c.d. *Utilities*, costituisce una novità assoluta in materia dato che, in precedenza, l'aggiudicazione delle concessioni era regolata esclusivamente dai principi del Tfue, mancando una direttiva specifica. Ciascuna direttiva positivizza in un unico articolo sia la cooperazione verticale che la cooperazione orizzontale. Si tratta in particolare dell'art. 12, dir. 2014/24/Ue rubricato «Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico», l'art. 17, dir. 2014/23/Ue sulle «Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico» e l'art. 28, dir. 2014/25/Ue sugli «Appalti tra amministrazioni aggiudicatrici».

[41] Si vedano i Considerando n. 33, dir. 2014/24/Ue e n. 47, dir. 2014/23/Ue.

[42] Cgue, 22 dicembre 2022, cause riunite C-383/21 e C-384/21 che riprende Cgue, 3 ottobre 2019, C-285/18, Irgita, punto 44, Cgue, ord. 6 febbraio 2020, C- 11/19, Azienda Ulss n. 6 Euganea, p.ti 41 e 47, Cgue, 6 febbraio 2019, da C-89/19 a C-91/19, Rieco, p.ti 33, 39 e 40.

[43] Sulla necessità di un'effettiva cooperazione da intendersi quale collaborazione tra gli enti coinvolti Cgue, 4 giugno 2020, C-429/19, Remondis, punto 32.

[44] Considerando n. 33, § 1, dir. 2014/24/Ue e n. 47, § 1, dir. 2014/23/Ue.

o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a fare in modo che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del venti percento delle attività interessate dalla cooperazione».

Dal tenore delle direttive pare evincersi un'apertura, quale oggetto dell'accordo di cooperazione, anche ad attività che non attengono ai compiti di pubblico interesse di natura istituzionale, ma accessorie e connesse a quest'ultimi[45]. Come chiarito dalla CGUE, una cooperazione tra persone giuridiche pubbliche può vertere su tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni aggiudicatrici partecipanti o da esse assunti e, pertanto, anche su attività accessorie a un servizio pubblico, purché tale attività accessoria contribuisca alla realizzazione effettiva della funzione di servizio pubblico che costituisce l'oggetto della cooperazione[46].

Il recepimento nell'ordinamento nazionale è avvenuto con l'art. 5, c. 6, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ora abrogato ad opera del nuovo codice, dal contenuto analogo alle disposizioni europee[47].

[45] Di tale avviso R. Caranta, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2013, n. 4, 397. Le precedenti pronunce della CGUE apparivano, di converso, legittimare l'istituto solo in relazione ai compiti di «servizio pubblico» intesi come attività di natura istituzionale delle amministrazioni coinvolte, così D. Maresca, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia, Dir. pubbl. comp. eur.,* 2013, n. 2, 699, secondo cui il riferimento della Corte alla circostanza che il contratto di cooperazione «sia retto esclusivamente da considerazioni inerenti al pubblico interesse» sta a significare che «non è possibile evitare la gara nel caso in cui il contratto abbia, anche per una minima parte, rilevanza economica [ ] ossia le prestazioni in esso contenute siano suscettibili di essere monetizzate sul mercato».

[46] CGUE, 28 maggio 2020, C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, p.ti 59 e 60.

[47] L'art. 5, c. 6, del vecchio codice prevedeva infatti che: «Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del venti percento delle attività interessate dalla cooperazione».

Come anticipato, il nuovo codice sancisce, all'interno dei principi generali collocati in apertura, e in un unico articolo, tre modalità alternative cui l'amministrazione può apparentemente liberamente ricorrere per l'esecuzione di lavori e per la prestazione di beni e servizi: l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione.

La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del nuovo codice al ricorrere delle condizioni elencate dall'art. 7, c. 4, ossia quando la cooperazione: «a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del venti percento delle attività interessate dalla cooperazione».

Si tratta di condizioni che, seppur non differendo nella sostanza da quanto previsto dall'art. 5, c. 6, del vecchio codice, fanno proprie, in un'ottica chiarificatrice, le elaborazioni interpretative della giurisprudenza e degli organi di controllo, attraverso una puntualizzazione degli aspetti salienti del rapporto. L'art. 7, c. 4, del nuovo codice si pone infatti in continuità con la previgente disposizione dell'art. 5, c. 6 del codice del 2016, pur introducendo, come elemento di novità in recepimento degli avvisi giurisprudenziali, l'espressa condizione dell'effettiva partecipazione di tutte le parti dell'accordo allo svolgimento dei compiti funzionali all'attività che ne è oggetto e la necessità di realizzare con la cooperazione «una sinergica convergenza su attività di interesse comune»[48].

3. Elementi di *discrimen* tra cooperazione e logica contrattualistica

Alla luce delle condizioni individuate dal legislatore, appare evidente la necessità di vagliare l'effettività dell'accordo di cooperazione e di escludere che questo non celi in realtà un contratto di appalto per così dire

[48] Parere Anac, 26 marzo 2024, n. 15, funz. cons. 15/2024, 2.

"mascherato" da un accordo orizzontale, finalizzato all'elusione della disciplina dell'evidenza pubblica. La collaborazione tra amministrazioni «non può trasformarsi in una costruzione di puro artificio»[49] che interferisce con il perseguimento degli obiettivi comunitari in tema di appalti pubblici ed è necessario che le amministrazioni, negli atti di approvazione dell'accordo di cooperazione, motivino rispetto a questo profilo assolutamente centrale nell'architettura delineata anche dal nuovo codice.

Seppur la disposizione debba ritenersi ricognitiva di un quadro normativo e giurisprudenziale già pienamente consolidato[50], il legislatore nazionale, non casualmente, nell'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 50/2016, nel riferirsi al partenariato pubblico-pubblico, utilizza l'espressione "accordo", stabilendo un collegamento diretto con gli accordi *ex* art. 15, l. n. 241/1990[51] da ritenersi, al ricorrere delle condizioni richieste, parte della categoria della cooperazione pubblico-pubblico c.d. non istituzionalizzata od orizzontale[52].

Il legislatore nazionale dimostra in questo caso di far propria una interpretazione delle direttive UE in chiave di ricostruzione sistemica degli istituti, che prescinde dalla lettera delle locuzioni impiegate a livello sovranazio-

[49] Così delibera ANAC, 10 giugno 2020, n. 496, 4.

[50] Cfr. Cons. St., sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4631 che cita le sentenze della CGUE nelle cause C- 159/11, C-564/11, C-386/11 e C-352/12.

[51] L'art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi» così recita: «1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. 2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'art. 11, c. 2 e 3. 2-*bis*. A fare data dal 30 giugno 2014 gli accordi di cui al c. 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'art. 24, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. *q-bis)*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente».

[52] In tal senso R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblico,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2016, n. 6, 1471, in cui si afferma «il fondamento di tali forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche, da tempo, è stato individuato negli ordinamenti giuridici nazionali e nel concreto negli accordi amministrativi tra le stesse. Nell'ordinamento giuridico italiano il riferimento è alla disciplina degli accordi tra amministrazioni pubbliche disciplinati dalla legge generale sull'attività amministrativa (art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241)». Nello stesso senso G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, 105 ss. Così anche Cons. St., sez. II, parere dell'11 marzo 2015; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2020, n. 7082.

nale, come nel caso dell'espressione "contratto"[53] utilizzata per la descrizione della cooperazione orizzontale[54]. Anche se il nuovo codice, nel descrivere la cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti, prescinde dall'individuazione formale dello strumento di instaurazione della collaborazione, risulta senz'altro confermata la riconduzione della cooperazione orizzontale al *genus* degli accordi tra amministrazioni *ex* art. 15, la cui ampia formulazione ha determinato la canonizzazione[55], in via generale e senza limitazioni sostanziali, della possibilità per le amministrazioni di concludere fra loro accordi per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune[56]. Pertanto, se la cooperazione tra pubbliche amministrazioni si estrinseca nella conclusione di un accordo amministrativo, ne deriva la necessità di identificare le ipotesi in cui l'incontro di volontà delle parti pubbliche non

[53] È da segnalare che secondo una ricostruzione dottrinale, a cui aderisce anche parte della giurisprudenza, gli accordi *ex* art. 15, l. n. 241/1990 sarebbero da ricondurre alla categoria dei "contratti ad oggetto pubblico". Senza pretese di esaustività, sul dibattito si veda G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984; Id., *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988; R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *D. disc. pubbl.,* Torino, Utet, 1993; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986; Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto,* Torino, Giappichelli, 2003; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992.

In giurisprudenza *ex multis* Cons. St., sez. I, parere 26 giugno 2018, n. 1645; Cons. St., sez. III, ord. 21 dicembre 2018, n. 6264.

[54] In questa prospettiva F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1997, n. 1, 39, secondo cui «[l]a normativa comunitaria usa spesso un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto per la sua applicazione, allusivo a fatti che si intendono tali, senza tenere conto della loro disciplina giuridica nell'ordinamento nazionale di recepimento, e ai quali si dovrebbe applicare una disciplina giuridica comunitaria che dovrebbe tenere conto della logica dei fatti, anziché degli istituti giuridici affermatisi formalmente nei singoli Stati appartenenti alla Comunità».

[55] R. Ferrara, *Gli accordi di programma*, Padova, Cedam, 1993, 27.

[56] Sugli accordi amministrativi si v. *ex multis*: N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi*: *fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, n. 1, 1 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* Torino, Giappichelli, 1997; R. Ferrara, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2012, 673 ss; M.S. Giannini, *Dell'Amministrare per accordi*, in *Administration-politique. Scritti in onore di Athos G. Tsoutos*, Atene, 1990, ora in *Scritti*,VIII, 1137; E. Sticchi Damiani, *Gli accordi amministrativi,* in *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, a cura di C. Amirante, Torino, Giappichelli, 1993, 40 ss. Per un contributo più recente M. De Donno, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, in *federalismi.it*, 2018, n.6.

determini una distorsione della concorrenza ma si collochi, al contrario, al di fuori del perimetro della contrattazione pubblica[57].

Al fine di dirimere la complessa questione relativa all'individuazione delle ipotesi in cui l'accordo di cooperazione abbia una effettiva funzione organizzativa e possa legittimamente essere qualificato come una forma di cooperazione c.d. orizzontale, e quando, di converso, sia utilizzato a fini elusivi della concorrenza, sottacendo un contratto *ex* art. 1321 c.c. stipulato secondo la logica dello scambio economico e da sottoporre dunque alla normativa in materia di aggiudicazione di pubblici appalti[58], il legislatore sia europeo che nazionale, non indicando specifici criteri di *discrimen*, al di là delle condizioni che debbono sussistere cumulativamente, privilegia un'indagine effettiva, da parte delle giurisdizioni coinvolte, della struttura dell'accordo, dell'oggetto e della causa concreta dello stesso.

Preliminarmente, la conclusione di un accordo tra amministrazioni deve apparire come il compimento di un *iter* di cooperazione che si è sviluppato tra i partecipanti allo stesso, *iter* che connota il rapporto che si va a definire in termini intrinsecamente collaborativi[59]. La fase preparatoria di un accordo di

[57] Le deroghe al ricorso alle procedure ad evidenza pubblica debbono potersi giustificare in relazione alla sussistenza di un particolare interesse pubblico e devono essere previste dalla legge, in ossequio al principio di legalità. Per costante giurisprudenza della Cgue, la normativa in materia di contratti pubblici non è finalizzata soltanto a garantire il rispetto del principio di concorrenza e di massima partecipazione degli operatori economici alle gare, ma costituisce anche una tutela per le singole amministrazioni all'individuazione dell'offerta più vantaggiosa, in risposta ai bisogni da soddisfare. Così *ex multis*, Cgue, 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur, pt. 26. Gli accordi tra amministrazioni non sono a priori esclusi dall'ambito di operatività della normativa in materia di appalti. Aderisce a tale ricostruzione Cgce, 13 gennaio 2005, C-84/03 Commissione c. Regno di Spagna, pt. 38 e 40 e Cgce, 18 gennaio 2007, C-220/05, Jean Auroux c. Commune de Roanne.

[58] In argomento si veda, *ex multis,* Cons. St., sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130, punto 4 diritto secondo cui «le direttive sugli appalti, come tutto il diritto europeo, devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi. I quali consistono, in positivo, nell'imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, in negativo, nell'escludere l'operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno, giacché in questo caso vi sarebbe un'eccedenza dei mezzi rispetto agli scopi anzidetti». Così anche Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; Tar Lombardia, Milano, 24 ottobre 2013, n. 2361.

[59] Cgue, ord. 30 giugno 2020, C-618/19, Ge.Fi.L. – Gestione Fiscalità Locale Spa, punto 26. La Cgue, con decisione assunta a seguito del rinvio pregiudiziale disposto con ordinanza Cons. St, sez. VI, 6 agosto 2019, n. 5581, afferma l'incompatibilità con il diritto eurounitario di una disposizione legislativa regionale (l'art. 1, c. 121, della legge della regione Campania 7 agosto 2014, n. 16, recante «Interventi di rilancio e sviluppo dell'economia regionale nonché di carattere ordinamentale e organizzativo – collegato alla legge di stabi-

cooperazione presuppone che gli enti che intendano raggiungere tale accordo definiscano in comune le loro esigenze e le soluzioni da fornire alle loro necessità, secondo una strategia comune. Tale fase di valutazione è invece di base unilaterale nel caso di aggiudicazione di un appalto pubblico[60].

Quanto alla struttura dell'accordo, il principale profilo di analisi concerne la sussistenza di uno scambio economico e la sua qualificazione o meno in termini di mero rimborso dei costi sostenuti per l'esecuzione dell'accordo. Se si conviene sul fatto che l'elemento caratterizzante dell'istituto sia la totale estraneità della regolamentazione degli interessi coinvolti alla logica dello scambio tra una prestazione e una controprestazione tipica del contratto, sugellata dalla previsione di un corrispettivo, e si aderisce alla prospettiva cooperativistica[61], diverse sono le ricostruzioni rispetto all'ammissibilità o meno di obblighi relativi al rimborso dei costi.

Secondo una particolare ricostruzione, anche nell'ipotesi in cui si preveda la corresponsione di un corrispettivo, che non implica il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi effettivamente sostenuti, è da escludersi la sussistenza di una cooperazione tra enti pubblici per la presenza di uno scambio tra i medesimi; in questo caso l'amministrazione si porrebbe rispetto all'accordo come operatore economico prestatore di servizi verso un corrispettivo[62], anche se giustificato in termini di rifusione di spese.

Secondo altro orientamento, da ritenersi oggi prevalente, sono ammissibili trasferimenti di risorse finanziarie correlate all'esercizio delle funzioni pubbliche a corollario di un determinato assetto organizzativo prescelto dall'amministrazione in relazione al rimborso dei costi effettivi di lavori,

lità regionale 2014») nella parte in cui consente l'affidamento diretto ad un ente pubblico non economico titolare delle funzioni in tema di pubblico registro automobilistico, ossia all'Automobile Club d'Italia (Aci), della gestione delle tasse automobilistiche di competenza regionale mediante stipula di apposita convenzione di durata triennale, per l'assenza di una effettiva cooperazione tra le amministrazioni interessate, deducibile anche dal riconoscimento di un corrispettivo economico.

Molteplici sono state le pronunce della giurisprudenza amministrativa su casi analoghi. Si veda Tar Lazio, Roma, sez.V, 20 giugno 2024, n. 12556; Cons. St, sez.V, 7 giugno 2024, n. 5096; Cons. St., sez. III, 14 maggio 2024, n. 4287; Cons. St., sez.V, 30 giugno 2023, n. 6364; Cons. St., sez.V, 21 marzo 2023, n. 2859; Cons. St., sez.V, 25 marzo 2022, n. 2201.

[60] Cgue, 4 giugno 2020, C-429/19, Remondis, p.ti 32-34.

[61] Parere Anac, 7 ottobre 2015, AG 70/2015/AP, richiamato da Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 dicembre 2020, n. 13602.

[62] Così da ultimo delibera Anac, 3 maggio 2023, n. 179 che riprende la delibera Anac, 18 febbraio 2015, n. 7. In giurisprudenza, *ex multis,* Cons. St., sez.V, 15 luglio 2013, n. 3849.

servizi e forniture oggetto dell'accordo[63]. Il riconoscimento di un rimborso economico per le spese effettivamente sostenute non determina la riconduzione della convezione alla logica contrattualistica ma è comunque da escludersi che l'unico contributo di taluno dei contraenti possa essere il mero rimborso delle spese sostenute dall'altro soggetto coinvolto, senza l'espletamento di alcuna ulteriore attività[64].

L'oggetto dell'accordo, secondo quanto chiarito dall'Autorità nazionale anticorruzione (Anac)[65], deve essere relativo ad attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla dir. 2004/18/Ce. Si deve trattare di un servizio che potenzialmente non è altrimenti rinvenibile nel mercato perché, ad esempio, caratterizzato da una specializzazione elevata di cui gli operatori economici non sono in possesso e che è invece espressione dell'amministrazione con cui è stato raggiunto l'accordo. L'accordo risponde anche ad una logica di semplificazione amministrativa che verrebbe frustrata qualora riguardasse servizi erogabili da qualsiasi operatore economico.

Relativamente alla causa concreta, si è parlato di causa "cooperativa"[66],

[63] Parere Anac, 31 maggio 2017, n. 567, AG 14/2017/A. In giurisprudenza si veda Cons. St., sez. II, 22 aprile 2015, n.178.

[64] Cgue, ord. 30 giugno 2020, C-618/19, Ge.Fi.L. – Gestione Fiscalità Locale Spa, punto 27.

Per una panoramica più generale, relativa alle dinamiche del rapporto tra vicende economiche, concorrenzialità e cooperazione si veda A. Albanese, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 635-676; Id., *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà,* in questa *Rivista*, 2019, 139 ss.; A. Berrettini, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, in *federalismi.it*, 2022, n. 27; D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova* governance *della solidarietà*, in *federalismi.it*, 2018, n. 3; A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2015, n. 1, 89-137.

Per una lettura eccessivamente rigida su questi temi, ossia incline a ritenere sussistente l'economicità della cooperazione anche a fronte di semplici rimborsi, e in mancanza di qualsiasi finalità lucrativa, si v. Ad. Commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2052. Da ultimo sulla gratuità delle prestazioni rese si v. Cons. St., sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540. In aggiunta, si segnala che l'art. 6 del nuovo codice ha definito un "doppio binario" per le questioni legate all'onerosità della prestazione, motivo per cui le attività a spiccata valenza sociale (che beneficiano di semplici rimborsi) sono estranee alla disciplina del codice dei contratti pubblici e seguono la regolazione del terzo settore.

[65] Delibera Anac, 10 giugno 2020, n. 496, 5.

[66] Tra i contributi aventi ad oggetto la causa "cooperativa": S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, 119-120; G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 324.

termine che sta a indicare la finalità di realizzare mediante l'accordo obiettivi comuni alle parti[67], con un coinvolgimento attivo di ciascuna di esse, il cui ruolo non può limitarsi né al rimborso dei costi sostenuti dalla controparte per lo svolgimento dell'attività convenuta[68], né allo svolgimento di un'attività che risponde a un interesse proprio soltanto dell'altro pubblico potere. L'equiordinazione delle parti dell'accordo è finalizzata al coordinamento dei rispettivi ambiti di azione su oggetti di comune interesse[69], interesse che deve essere proprio di ciascuna amministrazione ma condiviso. Non è pertanto sufficiente l'affidamento di compiti da parte di un'amministrazione all'altra al fine di ottenere supporto nella gestione di un servizio che è di esclusiva spettanza e interesse dell'ente affidante[70]. La "sinallagmaticità", e quindi il nesso di reciprocità, coinciderebbe negli accordi orizzontali nella soddisfazione in via contestuale degli interessi pubblici di cui le amministrazioni coinvolte sono portatrici.

In linea con le previsioni sovranazionali, ne emerge la necessità che l'accordo esplichi una sinergica convergenza su attività di interesse comune, che si sostanzi in una reale ed effettiva divisione di compiti e responsabilità, pur nell'eventuale diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione[71], da vagliare concretamente. La funzione elettiva degli accordi

[67] Secondo un primo orientamento, la comunanza dell'interesse sussiste solo laddove vi sia omogeneità e sovrapponibilità delle competenze delle amministrazioni, tesi che sembra essere accolta da C. conti, Lombardia, sez. controllo, 11 marzo 2014, n. 107. Tuttavia tale ricostruzione particolarmente rigida sembra contrastare con le finalità dell'art. 15, l. n. 241/1990, secondo l'interpretazione fornita da Cons. St., ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7, al punto 22 in cui in occasione del parere reso sullo schema di disegno di legge recante norme sul procedimento amministrativo afferma che «non si hanno rilievi da muovere alla norma in questione capace di offrire utili servizi specie quando le intese intervengono in amministrazioni che dispongono di competenze separate e definite, legittimando la conclusione di accordi tra amministrazioni disomogenee per livello e struttura».

[68] Parere Anac, 23 aprile 2016, AG 20/2014.

[69] Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2024, n. 15911; Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21770; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849, punto 6.2 diritto.

Sulla comunanza sotto il profilo funzionale con il provvedimento amministrativo, contrassegnato in questo caso dall'essere di interesse comune di più amministrazioni: Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 1039; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 aprile 2017, n. 776.

[70] Cons. St., sez. V, 30 giugno 2023, n. 6364, punto 9.2.1.

[71] Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849. Sulle condizioni richieste per una effettiva cooperazione si vedano anche: Cons. St., sez. V, 30 giugno 2023, n. 6364; Cons. St., sez. V, 21 marzo 2023, n. 2859; Cons. St., sez. V, 25 marzo 2022, n. 2201; Cons. St., sez. V, 3 giugno 2021, n. 4247; Cons. St., sez. V, 3 giugno 2021, n. 4247; Cons. St., sez. V, 28 marzo 2017, n. 1418; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130.

è quella di regolare le attività funzionali delle amministrazioni coinvolte, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti[72], con un'indicazione puntuale, nell'oggetto dell'accordo, dei compiti effettivamente espletati da ciascun soggetto.

A livello sovranazionale, non si esclude neppure la possibilità che la normativa interna esprima una tendenziale preferenza per la cooperazione orizzontale, subordinando l'aggiudicazione di un appalto pubblico all'impossibilità di garantire un servizio specifico attraverso una convenzione tra amministrazioni già in essere o alla conclusione futura di un partenariato, purché questo non causi una distorsione della concorrenza[73]. Seppure quest'ultima opzione non sia stata recepita dal legislatore nazionale, la tendenziale alternatività tra i diversi modelli delineata dal codice impone una motivazione rispetto alla scelta effettuata da parte dell'amministrazione procedente che richiede un inquadramento del partenariato pubblico-pubblico all'interno dei principi elaborati nel nuovo codice, principi che guidano la discrezionalità esercitata dall'amministrazione.

4. La cooperazione tra pubbliche amministrazioni declinata alla luce del principio del risultato

Il nuovo codice è fortemente orientato alla concretezza, vocazione che si trae già dal proposito plasticamente espresso dal primo articolo, rubricato «Principio del risultato»[74], che consente un'interazione dinamica tra il for-

[72] Cons. St., sez. III, 25 agosto 2021, n. 6034.

[73] Cgue, ord. 6 febbraio 2020, C- 11/19, Azienda Ulss n. 6 Euganea. Secondo la Corte, l'art. 10, lett. *h)*, e l'art. 12, § 4, dir. 2014/24/Ue devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa regionale che impone all'amministrazione aggiudicatrice di giustificare la sua scelta di aggiudicare il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara d'appalto anziché di affidarlo direttamente mediante una convenzione conclusa con un'altra amministrazione aggiudicatrice. Sulla cooperazione orizzontale anche Cgue, 18 ottobre 2018, C-606/17, IBA Molecular Italy Srl.

[74] Art. 1 del codice: «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato "codice" e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse

malismo astratto della norma e la realtà da regolare. Il principio del risultato, reso esplicito dal nuovo codice ma già immanente all'attività amministrativa[75], rappresentato dall'affidamento del contratto e dalla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, è il principio ispiratore e il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione e per l'individuazione della regola del caso concreto[76].

La primazia rivestita da tale principio, da considerarsi attuazione nel settore dei contratti pubblici dei principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità, emerge già dalla sua collocazione nell'impianto codicistico, dalla quale se ne deduce la valenza prescrittiva e, alla luce dell'art. 4, la sua elevazione a criterio guida nell'interpretazione e nell'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice. In altri termini, poiché esso può ritenersi una proiezione incidente su tutte le disposizioni successive, qualora il legislatore, come nel caso dell'art. 7 del codice, consente una scelta, tale scelta deve ritenersi esercizio di una discrezionalità conformata al risultato. Pertanto, la legittimità del ricorso alla cooperazione orizzontale deve essere giustificata alla luce del principio del risultato.

Se la nozione di risultato può essere ricostruita in termini di esito dell'azione amministrativa nella duplice accezione di coincidenza con l'obiettivo prefigurato dalla legge o dall'amministrazione e effettiva concretizzazione dei principi che devono essere perseguiti nell'agire pubblico e che ne conformano la discrezionalità, lo specifico profilo del principio del risultato che conforma la discrezionalità esercitata nella fase precedente all'avvio di una procedura di gara e che concerne la scelta relativa all'affidamento del contratto mediante procedura ad evidenza pubblica ovvero ricorrendo all'autoproduzione o alla cooperazione, è quello relativo alla fase di esecu-

della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

[75] Cons. St., sez. III, 26 marzo 2024, n. 286; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812.

[76] «Il principio del risultato è un principio che eleva a un ruolo di primazia il principio del perseguimento e dell'attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizi», cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici,* in *Dir. soc.*, 2022, n. 3, 560. Per un primo commento sullo Schema del nuovo codice dei contratti pubblici anche M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it,* 21 dicembre 2022.

zione, cioè all'obiettivo di realizzazione dell'opera pubblica, di espletamento del servizio o conseguimento della fornitura. Il risultato, anche sotto tale profilo, non può limitarsi esclusivamente né all'aspetto acceleratorio o di rapidità della procedura rispetto alle tempistiche ordinarie né a quello di risparmio dei costi[77].

Il principio del risultato ancorato al buon andamento dell'azione amministrativa[78] e ai correlati principi di efficienza[79], efficacia ed economicità non può che svilupparsi nelle maglie del principio di legalità, di trasparenza e di concorrenza.

La locuzione «amministrazione per risultati» coniata da Giannini in contrapposizione al modello tradizionale della c.d. «amministrazione per atti»[80], ha assunto autonoma rilevanza come principio generale a partire dagli anni Novanta del secolo scorso[81]. Il risultato diviene un parametro di giu-

[77] Nega che il risultato possa ridursi ad obiettivi esclusivamente economici ed imprenditoriali L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo fra essere e divenire,* in *Dir. amm.,* 1996, n. 4, 579 ss.

[78] Sul collegamento del buon andamento dell'organizzazione amministrativa alla «buona funzionalità e, alla fine, ai risultati raggiunti» G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 83 ss.

[79] Sul rapporto tra il principio del risultato e il principio del buon andamento e di efficienza P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* in Aa.Vv., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 157, secondo il quale con la previsione costituzionale del buon andamento «si integra il tradizionale criterio della funzione amministrativa, come discrezionalità imparziale, con quello della discrezionalità efficiente. La legalità resta il parametro dell'azione ma l'efficienza il risultato». Si veda anche M. Cammelli, *Amministrazione di risultato,* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 110; G. Corso, *Amministrazione di risultati,* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 127 ss.; L. Iannotta, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; F. Lacava, *Principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigenze di risultato*, Roma, Aracne Editrice, 2015, 193.

Per un contributo più recente M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato,* in *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia. Atti del convegno internazionale, Palermo, 6-7 giugno 2019,* a cura di M. Immordino e C. Celone, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 257-272.

[80] Sulle considerazioni di Giannini, A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, a cura di V. Molaschi e C. Videtta, Napoli, Jovene, 2001, 815-825. Più nello specifico, sulla necessità per l'azione amministrativa e di spesa di una verificazione dei risultati concreti M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, in *Scritti*, VII, Milano, Giuffrè, 2005, 339.

Sul risultato analizzato alla luce del merito inteso come «corrispondenza fra il contenuto dell'atto ed il risultato, cui esso dovrebbe tendere, in base al principio dell'opportunità» P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, 30. L'Autore riprende le considerazioni di A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, 146.

[81] Si vedano le osservazioni di M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in*

dizio sostanziale dell'attività e degli atti della pubblica amministrazione, che non possono più essere valutati solo alla stregua di parametri di legittimità e dal quale dipende «il grado di giustizia sostanziale che l'attività amministrativa riesce in concreto a perseguire»[82]. Questo determina il passaggio ad un modello di tipo prestazionale, della "*leistungsverwaltung*", ove il risultato concreto che consente anche la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito coincide con un servizio o un bene a cui aspira la collettività[83].

Se si assume che il risultato coincida con una valutazione da ritenersi inglobata, anche implicitamente, nelle previsioni che riconoscono una discrezionalità nell'esercizio del potere amministrativo, esso permea e connota l'esercizio della funzione amministrativa, ergendosi a parametro di verifica della legittimità dell'azione; non vi sarebbe, quindi, alcun dilemma tra legalità ed esigenze di risultato[84]. Nel nuovo codice è lo stesso art. 1 ad

onore di Giorgio Berti, I, Napoli, Jovene, 2005, 558-559, secondo cui «fino a quel momento, infatti, l'espressione non ha autonomia rispetto a quella di buon andamento, seguendone le sorti come criterio sussidiario (rispetto all'altro, dominante, dell'imparzialità) di interpretazione di volta in volta del comando legislativo o, in mancanza, direttamente dei principi costituzionali enunciati in materia, o del dovere di efficienza in sede di attuazione o, infine, più raramente, come presidio della effettività del disposto normativo».

[82] A. Zito, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, cit., 90-113. Secondo l'Autore si è introdotto un doppio e diverso criterio di validità dei provvedimenti amministrativi, che amplia il margine di giudizio del giudice amministrativo grazie all'elasticità di questo parametro valutativo.

[83] Sul concetto di operazione amministrativa come complesso di attività finalizzate al conseguimento di un risultato concreto F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.,* VI, Agg., Milano, Giuffrè, 2002, 84. Sulla necessità che i risultati concreti dell'azione amministrativa si considerino oggetto di specifiche garanzie per gli amministrati e sul collegamento tra le garanzie del procedimento amministrativo e il risultato finale dell'azione M. Renna, *Efficacia ed esecuzione dei provvedimenti tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, n. 4, 825-849.

[84] Sul rapporto tra il principio di legalità e il principio di risultato F.G. Scoca, *Attività amministrativa,* cit., 100, ove si osserva che: «la valutazione di risultato non confligge peraltro con la valutazione di legittimità: si tratta di due modi distinti e concorrente, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa». In argomento anche F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello,* in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 4 ss.; Id., *Ancora per un'amministrazione obiettivata,* in *Studi economici, giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari,* Milano, Giuffrè, 1980, 251; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 2000, n. 1, 101 ss.; L.R. Perfetti, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato,* Padova, Cedam, 2008; M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la «regola del caso»*, in *Dir. amm.*, 2000, n. 1, 131 ss.; Id., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*,

appianare qualsiasi potenziale dubbio interpretativo, inglobando espressamente nel perimetro del principio di legalità il risultato amministrativo, accentuando il momento di piena realizzazione della procedura ad evidenza pubblica, anche rispetto alla verifica della legittimità dell'azione amministrativa esercitata[85].

L'amministrazione di risultato, nell'accezione di amministrazione finalizzata alla soddisfazione dei bisogni sociali, postula una discrezionalità in capo all'amministrazione che si scontra con generalizzazioni normative che negano la considerazione del caso concreto. Le regole dell'azione amministrativa divengono uno strumento necessariamente elastico poiché è la considerazione del risultato concreto, cui la funzione amministrativa è teleologicamente orientata, a definire la regola più conveniente[86]. Detto principio conferisce prevalenza agli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali, che sono il mezzo ma non il fine della disciplina[87], privilegiando l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica[88].

Il codice, proprio a partire dall'art. 7, favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale, che si traduce in auto-responsabilità, delle stazioni appaltanti rispetto alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione delle prestazioni e per la loro esecuzione, sostituendo la rigidità normativa, spesso foriera di incertezze e ingiustizie sostanziali, con una libertà decisionale che deve però esplicarsi alla luce del principio del risultato[89]. Lo stesso innovativo principio della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta

Torino, Giappichelli, 2003, 273. La formula «amministrazione di risultato» viene invece criticata e si evidenzia il rischio che la prospettiva di risultato sacrifichi il piano della legalità in S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, 941.

[85] Si v. Cons. St., sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, secondo cui «il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili"».

[86] Così M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, 128-129; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto,* in *Dir. proc. amm.*, 1998, n. 2, 356 ss. Si veda anche M. Immordino, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, cit., 24; A. Zito, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa,* in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, cit., 92, ove si afferma che la norma debba essere considerata una «trama aperta all'interno della quale si ricerca il significato a partire dal fatto concreto cui si deve applicare».

[87] Così Cons. St., sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812, punto 2.1 diritto.

[88] Cons. St., sez.VI, 4 giugno 2024, n. 4996.

[89] Sul punto G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in

dell'amministrazione di cui all'art. 2 del codice può ritenersi dimostrazione di un nuovo approccio nei confronti delle amministrazioni coinvolte e dei funzionari pubblici. Viene riconosciuta la fiducia nell'autonomia d'azione degli apparati pubblici giacché la codificazione del principio del risultato pone una verifica stringente sulla legittimità delle scelte che tutela gli operatori economici coinvolti e la comunità interessata. Dall'altro lato, il principio della fiducia «amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile»[90].

Dato che la considerazione del principio del risultato può determinare l'amministrazione a ricorrere alla cooperazione tra stazioni appaltanti ed enti concedenti, a scapito dell'esternalizzazione, è d'obbligo analizzare come il principio del risultato si ponga rispetto al principio di concorrenza. Nel nuovo codice la libera concorrenza è riconosciuta come *ratio* ispiratrice della disciplina dei contratti pubblici dalla valenza prescrittiva ma non rappresenta il fine della procedura o il bene da tutelare, bensì costituisce un mezzo funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti[91]. Il primato della scelta amministrativa, chiamata a bilanciare le esigenze del mercato con quelle del risultato alla luce delle peculiarità della situazione concreta, determinata il passaggio dalla «concorrenza assoluta alla concorrenza regolata», regolata, per l'appunto, dal principio del risultato[92].

Da una logica di stampo meramente pro-concorrenziale, per il tramite della valorizzazione della discrezionalità delle amministrazioni coinvolte, si arriva a concepire il sistema dell'approvvigionamento pubblico in una prospettiva ben diversa. Le amministrazioni, vincolate ad individuare caso per

Giorn. dir. amm., 2023, n. 3, 287; M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, n. 24, 223.

[90] Così Cons. St., sez.V, 27 febbraio 2024, n. 1924, punto 17.5 diritto.

[91] Così l'art. 1, c. 2 del codice.

[92] Così F. Caringella, in *Il nuovo codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, a cura di G. Pellegrino, Rimini, Maggioli, 2023, 46-47; G. Napolitano, in *Il nuovo codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, cit., 54-56. Sul principio di concorrenza si veda anche A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri,* Torino, Giappichelli, 2007; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici,* in *Dir. amm.,* 2008, n. 2, 299 ss.; Id, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, n. 4, 705 ss.; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, 2015, n. 19, 4 ss.; Id, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, n. 1-2, 71 ss.; A. Lolli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008; G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 11, 1138 ss.

caso il corretto e più opportuno *modus procedendi* alla luce del principio del risultato e delle peculiarità della situazione concreta, non necessariamente propenderanno per lo svolgimento di una procedura di gara ma anzi, è opportuno chiedersi se, alla luce del combinato disposto degli artt. 1 e 7 del nuovo codice, non siano vincolate alla stipulazione di un accordo di cooperazione con un'altra stazione appaltante o ente concedente qualora questo sia il *modus* di procedere che consenta l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo[93], anche valutando l'obiettivo di un uso razionale della spesa pubblica secondo gli obblighi sovranazionali di equilibrio dei bilanci e di sostenibilità del debito pubblico. La cooperazione, secondo questa prospettiva, si tradurrebbe in un obbligo effettivamente cogente poiché vi è un dovere di valutazione preliminare dei diversi modelli, dato che non vi è una gerarchia tra gli stessi, ed è la considerazione del risultato a poter conformare la discrezionalità in cui si sostanzia il principio di auto-organizzazione amministrativa[94] in termini di eventuale preferibilità del ricorso agli accordi orizzontali.

5. Il problema della fase esecutiva degli accordi pubblicistici e la possibilità di recesso unilaterale

Il tema della cooperazione tra stazioni appaltanti e enti concedenti per l'esecuzione di lavori e per la prestazione di beni e servizi, da attuarsi mediante un accordo *ex* art. 15 della legge sul procedimento amministra-

[93] Sul rapporto tra gli accordi tra amministrazioni e il principio del risultato *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, cit., 284. Si veda anche M. Nigro, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno "L'accordo nell'azione amministrativa"*, a cura di A. Masucci, Roma, Formez, 1988, 82 secondo cui «forse è sul versante dell'efficienza che il contratto dà il meglio di sé perché soccorre ad esigenze effettive di coordinamento e di razionalizzazione del pluralismo e di adeguamento dei mezzi (strutture, cose, personale) agli scopi ed agli oggetti dell'attività amministrativa».

[94] Sull'obbligatorietà del ricorso alla cooperazione tra amministrazioni si veda A. Bartolini, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti. [Nota a sentenza Corte di Giustizia UE, 16 maggio 2013, causa C-564/11; Corte di Giustizia UE, 13 giugno 2013, causa C-386/11]*, cit., 789-790, secondo il quale «la regolamentazione del fenomeno non dovrebbe tradursi in discipline meramente facoltizzanti della possibilità di instaurare liberamente le più svariate forme di collaborazione contrattuale fra soggetti pubblici, ma dovrebbe premunirsi di una serie di strumenti che siano in grado di assicurare che questa collaborazione si concretizzi effettivamente, imponendone il ricorso ogniqualvolta ciò sia effettivamente possibile».

tivo, pone rilevanti questioni relative alla fase di esecuzione del rapporto. La necessità di un'indagine su questo aspetto discende dal fatto che la fase esecutiva e, precipuamente, la sua realizzazione e il suo compimento con la realizzazione dell'oggetto dell'accordo, influenzano la scelta discrezionale operata dall'amministrazione al momento della valutazione iniziale del modello a cui ricorrere. Se il risultato non può essere raggiunto per una instabilità e precarietà intrinseca dell'accordo, soggetto a poteri di incidenza unilaterale non regolati legislativamente, l'amministrazione difficilmente potrebbe motivare l'opportunità di una scelta che connota il risultato in termini di incertezza.

Mentre nell'ipotesi in cui vi sia lo svolgimento di una procedura di gara con stipulazione di un contratto di appalto all'esito della stessa, è il codice, agli artt. 113-126, a disciplinare la fase di esecuzione del rapporto e, in particolare, a determinare le ipotesi di risoluzione e di recesso dal contratto[95], nel caso degli accordi di cooperazione, collocandosi essi al di fuori dell'ambito di operatività della disciplina dell'evidenza pubblica, la *quaestio* relativa alla loro vincolatività e all'ammissibilità di un recesso unilaterale da parte delle amministrazioni coinvolte non trova una chiara regolamentazione normativa.

La problematica è resa manifesta anche dal fatto che, nell'ipotesi in cui si sia proceduto con pubblica gara, si ritiene che l'amministrazione dopo la conclusione del contratto non possa esercitare, in linea tendenziale, poteri di autotutela per sottrarsi al vincolo scaturente dalla regolamentazione pattizia che è disciplinata, in questa seconda fase, dal diritto privato[96]. A partire dalla

[95] Il potere della pubblica amministrazione di recedere unilateralmente dal contratto trova un limite espresso nell'art. 21-*sexies*, l. n. 241/1990 secondo il quale: «1. Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto». Nel caso della concessione, la risoluzione e il recesso sono disciplinate dall'art. 190 del codice.

[96] In argomento G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013, 237 ss.; A. Scognamiglio, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, 2013, n. 1, 241; G. Taglianetti, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2020, n. 2, 621-624.

Si segnala, però, che parte della giurisprudenza ha riconosciuto il potere di agire in autotutela anche dopo la stipula del contratto nella ipotesi della sussistenza di un preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa. Così Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2022, n. 590; Cons. St., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310; Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237; Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 15 febbraio 2022, n. 1830; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 4 marzo 2022, n. 154. Di segno opposto Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. Si veda anche A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto*

stipula e dal successivo perfezionamento del contratto la relazione giuridica dovrebbe essere improntata alla dinamica dell'adempimento negoziale; non si disconoscono, però, principi e poteri speciali in capo alla sola amministrazione che determinano una situazione di «parità tendenziale»[97] delle parti. È interessante segnalare che, nel correttivo al nuovo codice di cui al d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), si prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nei documenti di gara, al fine di prevenire e ridurre i rischi e risolvere le controversie che possono insorgere nell'esecuzione dell'accordo, nel perseguimento del principio del risultato, uno schema di accordo di collaborazione plurilaterale finalizzato alla valutazione contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti, secondo quanto stabilito dall'art. 82-*bis*[98].

comune, Torino, Giappichelli, 1999, 143 ss. secondo cui la qualificazione della procedura ad evidenza pubblica come processo funzionale all'esternalizzazione della decisione amministrativa implica il dovere della pubblica amministrazione di intervenire non solo prima della stipula del contratto ma anche dopo, al fine di assicurare, mediante i poteri di autotutela, la piena conformità del contratto all'interesse pubblico.

[97] L'espressione è di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, 232. Secondo l'Autore le previsioni speciali, come quelle relative alla revisione dei prezzi in materia di appalti, sono riconducibili all'esigenza di «salvaguardare il sinallagma posto alla base dell'operazione economica concretamente voluta dalle parti» e non sono di per sé incompatibili con il diritto comune (433-434). Sulla tendenziale parità delle parti del rapporto C. Franchini, *I contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, Utet, 2007, 67; S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008, 108. Si veda anche V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa (Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna – Villa Monastero, 20-22 settembre 2001)*, Milano, Giuffrè, 2002, 91, secondo cui anche lo svolgimento del rapporto negoziale è funzionalizzato alle ragioni di interesse pubblico.

[98] L'art. 82-*bis* così dispone: «1. Le stazioni appaltanti possono inserire nei documenti di gara di cui all'articolo 82 lo schema di un accordo di collaborazione plurilaterale con il quale le parti coinvolte in misura significativa nella fase di esecuzione di un contratto di lavori, servizi o forniture, disciplinano le forme, le modalità e gli obiettivi della reciproca collaborazione al fine di perseguire il principio del risultato di cui all'articolo 1, mediante la definizione di meccanismi di esame contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi e alla risoluzione delle controversie che possono insorgere nell'esecuzione dell'accordo. L'accordo di collaborazione non sostituisce il contratto principale e gli altri contratti al medesimo collegati, strumentali all'esecuzione dell'appalto e non ne integra i contenuti. 2. Lo schema di accordo è redatto in coerenza con l'allegato II-6-*bis*, e definisce, in considerazione dell'oggetto del contratto principale, gli obiettivi principali e collaterali della collaborazione, nel rispetto del principio della fiducia di cui all'articolo 2, indicando, altresì, le eventuali premialità previste per la realizzazione dei

La generalizzazione della categoria degli accordi tra pubbliche amministrazioni con l'art. 15, l. n. 241/1990 non ha risolto la problematica, già sorta in precedenza[99], relativa all'attribuzione o meno alle parti dell'accordo del potere di svincolarsi unilateralmente dagli obblighi assunti pattiziamente nel caso in cui la permanenza del rapporto giuridico-amministrativo a base consensuale risultasse, a seguito di sopravvenienze di pubblico rilievo, pregiudizievole per uno o più pubblici interessi affidati alle loro cure. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 15, c. 2, e 11, c. 2 e 3, l. n. 241/1990, gli accordi tra pubbliche amministrazioni sono soggetti, ove non diversamente previsto, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. L'assenza di una specifica previsione legislativa e l'omesso rinvio dell'art. 15 all'art. 11, c. 4[100], sul potere di recesso unilaterale dell'amministrazione negli accordi tra amministrazione e privati, è stata interpretata quale manifestazione di una *voluntas* legislativa implicita di negazione ovvero di ammissione del potere di scioglimento unilaterale[101].

medesimi obiettivi. 3. All'esito dell'aggiudicazione, la stazione appaltante sottopone l'accordo di collaborazione alla sottoscrizione dell'appaltatore e delle altre parti coinvolte in misura significativa, individuate ai sensi dell'articolo 2 dell'allegato II-6-*bis*. L'accordo disciplina le modalità di adesione degli ulteriori operatori economici coinvolti nella fase dell'esecuzione in un momento successivo alla sottoscrizione del medesimo. 4. Al fine di monitorare gli effetti prodotti dalle disposizioni di cui al presente articolo, le stazioni appaltanti comunicano alla piattaforma del Servizio contratti pubblici di cui all'articolo 223, c. 10, gli accordi di collaborazione stipulati all'esito della fase di aggiudicazione. Il Servizio contratti pubblici monitora i risultati perseguiti nella fase dell'esecuzione mediante l'accordo di collaborazione e riferisce periodicamente alla Cabina di regia di cui all'articolo 221».

[99] Si veda G. Sanviti, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1978, secondo il quale l'invariante degli accordi tra amministrazioni è la regola "*pacta sunt servanda*", posta, tuttavia, in costante dialettica e conseguentemente attenuata dall'operatività della clausola "*rebus sic stantibus*" che ammette l'incidenza di sopravvenienze sul vincolo generato dall'accordo. Sull'opera di Sanviti si veda anche G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche (ammissibilità e caratteri)*, Milano, Giuffrè, 1984, 166 ss. Falcon ritiene invece che l'atto con il quale l'ente pubblico aderisce alla regolamentazione pattizia sia revocabile, a fronte di nuove e obiettive circostanze di fatto o di diritto, quale logico corollario del principio di inesauribilità e irrinunciabilità della funzione amministrativa.

[100] L'art. 11, c. 4, l. n. 241/1990 prevede che: «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». Se la terminologia riecheggia quella dell'art. 1373 c.c., il recesso della pubblica amministrazione presenta differenze di rilievo rispetto a quello privatistico. Oltre alla previsione dell'indennizzo, sotto il profilo funzionale il recesso *ex* art. 11, c. 4, non incontra il limite del principio di esecuzione ed è funzionalizzato alla sussistenza di un pubblico interesse, oltre ad essere riservato solo alla parte pubblica del rapporto.

[101] Nel senso di una chiara indicazione normativa risultante dal combinato disposto

L'omesso rinvio alla norma sul recesso di cui all'art. 11, c. 4, è stata da taluni intesa, sulla base di un'interpretazione letterale avvalorata da un'interpretazione logico-sistematica incentrata sul tema dell'equiordinazione delle amministrazioni pattuenti e degli interessi pubblici sottesi all'accordo[102], come una chiara indicazione normativa finalizzata a imporre implicitamente un divieto di recesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse[103]. Secondo tale ricostruzione, l'opposta soluzione determinerebbe un'inammissibile prevalenza dell'interesse pubblico del recedente rispetto agli interessi delle altre parti pubbliche con un'elisione del vincolo e della «funzione e utilità pratica dell'istituto»[104]. Le opposte esigenze pubbliche possono essere contemperate alla luce del principio di leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni quale parametro elastico e adattabile che dovrebbe determinare tuttalpiù, a fronte di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, una nuova negoziazione tra le parti coinvolte.

Altro orientamento, al contrario, ritiene che la disposizione di cui all'art. 11, c. 4 non sarebbe attributiva di alcun potere bensì, all'opposto, essa costituisca una limitazione del generale potere di revoca che trova la propria fonte nei principi generali al diritto amministrativo. Il fondamento del potere di recesso unilaterale dagli accordi amministrativi, al pari del generale potere di revoca[105], risiederebbe in uno dei connotati tipici del potere ammi-

degli artt. 15, c. 2, e 11, c. 4, l. n. 241/1990, G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 322.

Di diverso avviso C.P. Santacroce, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni,* Padova, Cedam, 2014*,* 130, secondo cui non sussiste un dato normativo «per omissione» ma il legislatore, a fronte della difficoltà di assumere una netta posizione in ordine alla configurabilità di un potere di recesso tra soggetti pubblici autonomi ed equiordinati ha confidato in una risoluzione individuata sul piano sistematico da dottrina e giurisprudenza.

[102] Cons. St., sez.VI, 29 maggio 2012, n. 3202.

[103] E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* Milano, Giuffrè, 1992, 116; G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 321.

[104] Cfr. Cons. St., sez.VI, 29 maggio 2012, n. 3202, punto 5.5. Si afferma al punto 5.2 che il principio fondamentale dell'autonomia privata secondo cui «il contratto ha forza di legge tra le parti e non può sciogliersi se non per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge» (art. 1372 c.c.) non è derogato da alcuna opposta previsione contenuta nella disciplina degli accordi tra amministrazioni, né appare incompatibile con la natura degli stessi, posto che «la sua vincolatività, implica che il consenso liberamente e reciprocamente manifestato dalle parti rappresenti idoneo titolo costitutivo delle reciproche obbligazioni contratte, rispetto alle quali ciascuna parte non inadempiente ha diritto a pretendere la esecuzione, salva la possibilità di un nuovo accordo tra tutte le parti avente ad oggetto la risoluzione dell'originario accordo».

[105] E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico, tra amministrazione e privati*, Milano, Giuffrè, 1996, 186, ove si evidenza che il potere di recesso, pur incidendo

nistrativo ossia la sua inesauribilità, secondo il principio per cui le decisioni amministrative devono essere stabilmente finalizzate e funzionalizzate alla soddisfazione del pubblico interesse e devono poter essere modificate qualora l'interesse pubblico lo richieda[106]. Il potere di recesso unilaterale dagli accordi tra amministrazioni, quale corollario del principio di inesauribilità del potere pubblico, trova la sua *ratio* nel nesso teleologico che deve sussistere tra l'esercizio dei pubblici poteri e il perseguimento del pubblico interesse, pur dovendo essere informato ai principi di congruità e di ragionevolezza, da cui discende l'obbligo di una motivazione che tenga conto anche degli interessi delle altre parti contraenti.

La giurisprudenza più recente sembra ammettere in maniera chiara la possibilità per ciascuna amministrazione di riesaminare la legittimità o l'opportunità della propria partecipazione al vincolo convenzionale attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela decisoria[107], secondo le condizioni alternative di cui all'art. 21-*quinquies*, c. 1, l. n. 241/1990 ossia per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto o per

in via diretta sull'accordo, ha in ogni caso la stessa natura giuridica del potere di revoca ed infatti «è da intendere come propriamente amministrativo, come una "facoltà" insita nel potere discrezionale esplicato dall'amministrazione all'atto del primo provvedere in ordine ad un dato oggetto».

[106] E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici,* in *Enc. dir.*, V, Agg., Milano, Giuffrè, 2001, 21. Nello stesso senso Id., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico, tra amministrazione e privati,* Milano, Giuffrè, 1996, 188, ove si legge che «alla base del riconoscimento della revocabilità degli atti amministrativi vi è l'idea – ormai così consolidata nel nostro sistema da costituirne un principio generale – che l'uso del potere amministrativo e le decisioni in cui esso si esprime debbano essere sempre stabilmente finalizzati alla realizzazione del pubblico interesse e che pertanto tali decisioni debbano e possano essere modificate laddove il pubblico interesse lo richieda». Su questo profilo anche C.P. Santacroce, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, cit., 147.

[107] Sulla revoca, senza pretese di esaustività, si vedano: R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1956; F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 537 ss.; R. Chieppa, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* Annali, II, Milano, Giuffrè, 2008, 915 ss.; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991; G. Corso, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico,* diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 609 ss.; E. Ferrari, *Revoca nel diritto amministrativo,* in *D. disc. pubbl.,* XIII, Torino, Utet, 1997, 333 ss.; M. Immordino, *Il potere amministrativo di revoca*, in *federalismi.it*, 2017, n. 7; Id, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento,* Torino, Giappichelli, 1999; B.G. Mattarella, *Autotutela amministrativa e principio di legalità,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2007, n. 6, 1223 ss.; O. Ranelletti, *Sui limiti della facoltà della pubblica amministrazione di revocare i propri provvedimenti*, Padova, Cedam, 1953; S. Romano, *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Nss. D. I.*, Torino, Utet, 1957, 642 ss.; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 457-468.

nuova valutazione dell'interesse pubblico originario[108]. Si esclude, tuttavia, un potere di influenza unilaterale sulla persistenza dell'intero vincolo pattizio nel caso di accordo tra più di due amministrazioni.

Il riesame riguarda esclusivamente la partecipazione all'accordo ed è quindi oggetto di revoca l'atto di adesione ma è evidente che, qualora l'accordo intercorra soltanto tra due amministrazioni, la revoca unilaterale di una delle partecipanti ponga nel nulla l'intero assetto convenzionale. Inoltre, il riconoscimento di un potere di revoca unilaterale ancorato alla previsione di autotutela decisoria di cui all'art. 21-*quinquies* consente all'amministrazione, differentemente dall'ipotesi di accordo con un soggetto privato *ex* art. 11, c. 4, di caducare il rapporto non soltanto qualora intervengano sopravvenuti motivi di pubblico interesse ma anche nella problematica eventualità di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, quindi ammettendo anche una valutazione successiva di inopportunità originaria dell'accordo.

Per gli accordi di cooperazione tra stazioni appaltanti e enti concedenti sorgono una serie di dubbi in ordine all'esercizio del generale potere di revoca. In primo luogo, valorizzando la loro funzionalizzazione all'esecuzione di lavori e alla prestazione di beni e servizi e il requisito della necessità di una convergenza sinergica su attività di comune interesse, condizione dalla quale si può inferire che l'oggetto dell'accordo, sia questo un lavoro, un bene o un servizio, soddisfa contestualmente un interesse di entrambe le parti dell'accordo che sono in posizione di piena equiordinazione, si può argomentare per sostenere che, a seguito della stipulazione dell'accordo, sorgano vere e proprie obbligazioni civilistiche non dissimili da quelle che scaturiscono dalla stipulazione del contratto all'esito dell'aggiudicazione[109]. Tale conside-

[108] Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2020, n. 7373; Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4206. Alla luce della particolare natura giuridica degli accordi e, in particolare, difettando una contrapposizione di interessi individuali che si realizzano con prestazioni in rapporto di sinallagmaticità, non sono applicabili le disposizioni civilistiche, aventi ad oggetto i contratti a prestazioni corrispettive, volte a garantire l'equilibrio genetico e funzionale dello scambio convenuto tra le parti come, ad esempio, l'eccezione di inadempimento.

[109] L'art. 133, c. 1, lett. *a)*, n. 2), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo) devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazione». Proprio alla luce di situazioni obbligatorie che conseguono alla stipulazione dell'accordo, vengono sollevate delle perplessità in ordine alla estensione integrale della giurisdizione amministrativa alle vicende di esecuzione del rapporto, anche se concernenti diritti soggettivi da M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 1, 82-84. In argomento anche F. Mastragostino, *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo – Dinamiche e modelli*, Torino, Giappichelli, 2011,

razione porta a dedurre che, in mancanza di una chiara previsione legislativa e valorizzando il particolare ambito di operatività cui ineriscono gli accordi che si collocano nel dominio dell'art. 7 del codice, la lacuna normativa possa essere colmata per via ermeneutica mediante un rinvio alle previsioni del codice in materia di esecuzione dei contratti di appalto, vincolando l'esercizio del potere di incidenza unilaterale sul vincolo convenzionale scaturente dall'accordo alle ipotesi di modifica in corso di esecuzione, sospensione dell'esecuzione, risoluzione e soprattutto recesso[110] di cui agli artt. 120-124 del codice.

D'altro lato, seppur le previsioni codicistiche possano fungere da base di raffronto per l'esercizio di quei poteri, devono essere valorizzate le peculiarità dell'accordo di cooperazione, segnatamente sotto il profilo della sussistenza di un interesse per entrambe le parti alla realizzazione dell'opera, alla prestazione dei beni e dei servizi, elemento che porta ad escludere la possibilità di una totale uniformità di disciplina rispetto a ipotesi in cui l'interesse dell'operatore economico che subisce, ad esempio, la revoca, è di natura meramente patrimoniale e può essere compensato indennizzandolo con il pagamento dei lavori eseguiti o di altre spese sostenute.

Poiché l'oggetto dell'accordo deve non solo riguardare attività di interesse comune ma anche, ai sensi dell'art. 7, c. 4, lett. *c)* del codice, realizzare la missione istituzionale di entrambe le amministrazioni aderenti, deve essere

112, ove si sottolinea la necessità di ricondurre alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto accordi non riconducibili all'esercizio del potere neanche in via mediata. Di diverso avviso A. Police, *Riflessi processuali della disciplina dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, 453, ove si afferma la legittimità della previsione della giurisdizione esclusiva sulla base della riconduzione delle vicende costitutive ed esecutive dell'accordo all'esercizio del potere pubblico autoritativo.

[110] Sul recesso si veda l'art. 123 del codice che prevede che: «1. Fermo restando quanto previsto dagli art. 88, c. 4-*ter* e 92, c. 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto all'articolo 11 dell'allegato II.14. 2. L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture. 3. L'allegato II.14 disciplina il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore».

consentito a ciascuna amministrazione di potersi tutelare, controbilanciando il potere di recesso con quello di attivarsi per negoziare e individuare una soluzione concertata al fine di evitare una sopravvenuta inoperatività dell'accordo in fase esecutiva. L'interesse pubblico concretamente perseguito mediante l'accordo di cooperazione è inteso quale combinazione dei differenti, seppur comuni, interessi delle parti aderenti e la sua effettiva realizzazione non può che dipendere da entrambe le parti coinvolte che sono considerate paritarie non solo in fase di stipulazione della convenzione ma anche in quella esecutiva.

Si deve anche considerare che, se la discrezionalità esercitata nel momento in cui l'amministrazione deve procedere alla scelta tra il ricorso alla cooperazione piuttosto che allo svolgimento di una procedura di gara è conformata al risultato inteso come realizzazione dell'opera, espletamento del servizio e conseguimento della fornitura con massima tempestività e miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo anche rispetto alla fase esecutiva, la precarietà dell'accordo sotto il profilo dell'incertezza della sua effettiva esecuzione e della mancanza di strumenti di tutela per l'aderente che subisce il recesso porterebbe ad escludere l'operatività del modello della cooperazione rispetto a quello dell'autoproduzione e dell'esternalizzazione proprio alla luce del principio del risultato che dovrebbe, al contrario, nella prospettiva codicistica, consentire una scelta che non sia sbilanciata a favore delle logiche di gara.

6. Considerazioni conclusive

L'innovatività della previsione di cui all'art. 7 del nuovo codice, che pone sul medesimo piano i tre alternativi modelli dell'esternalizzazione, dell'autoproduzione e della cooperazione, determina una diversa impostazione che porta con sé anche una nuova concezione del principio di concorrenzialità, che da fine ultimo diviene mezzo di tutela dell'interesse pubblico. Tale disposizione andrebbe preferibilmente indagata operando un collegamento con il principio del risultato, da ritenersi non soltanto vincolo conformativo della discrezionalità esercitata in fase decisionale ma anche obiettivo cui tendere e da realizzare. È il principio del risultato a indirizzare la stazione appaltante o l'ente concedente a fronte della necessità di un'opera, di un bene o di un servizio e a fungere da parametro valutativo e da giustificazione della scelta operata.

Il nuovo codice ha il merito di conferire centralità alla cooperazione tra pubbliche amministrazioni mostrando un'apertura verso dinamiche che

erano state considerate all'art. 5, c. 6, del codice del 2016 soltanto in una prospettiva di esclusione e quindi di non rilevanza rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica, e alle quali non era stato attribuito un rilievo alternativo e equiparabile rispetto alle procedure di gara.

La differente antecedente considerazione della cooperazione orizzontale ne ha determinato una scarsa operatività nel settore dell'approvvigionamento pubblico, da cui è dipeso anche un limitato approfondimento delle tematiche più complesse connesse al ricorso agli accordi, afferenti soprattutto alla fase esecutiva del rapporto e alla loro intangibilità o meno a fronte di sopravvenienze o di nuova valutazione dell'interesse pubblico alla base della scelta cooperativa. Come già sottolineato, tali problematiche debbono essere vagliate alla luce delle peculiarità della cooperazione tra stazioni appaltanti e enti concedenti poiché in questo caso l'accordo deve convergere su attività di interesse comune che concernono la missione istituzionale degli enti partecipanti.

Se può essere valutata positivamente la piena elevazione della cooperazione tra pubbliche amministrazioni a *modus procedendi* pienamente legittimo e in doverosa considerazione e, anzi, necessario al ricorrere di ragioni che sulla base del principio del risultato suggeriscono che l'accordo garantisca la massimizzazione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o del servizio, risultano ancora premature valutazioni in ordine alle conseguenze che questa nuova impostazione determinerà nel settore della contrattualistica pubblica. Non è ancora possibile analizzare quanto effettivamente la cooperazione sarà considerata come valida alternativa praticabile e un giudizio sarà possibile soltanto esaminando la concreta operatività della previsione, attraverso un riscontro dei potenziali effetti vantaggiosi che nell'aspirazione del legislatore dovrebbero riguardare la celerità, la tempestività della soddisfazione del bisogno pubblico e il risparmio economico per le amministrazioni, soprattutto per quelle di piccole dimensioni per le quali l'organizzazione della gara può risultare particolarmente gravosa e economicamente onerosa.

Si deve rilevare che sarà fondamentale un'opera interpretativa e di supporto collaborativo alle pubbliche amministrazioni, in primo luogo, da parte dell'ANAC che deve svolgere un'attività di ausilio e di interlocuzione costruttiva sia, in una seconda fase, della giurisprudenza amministrativa, a garanzia dell'efficacia delle nuove previsioni legislative. La giurisprudenza potrebbe fornire utili indicazioni, indirizzi e suggerimenti in ordine alle modalità con cui le amministrazioni sono chiamate a sviluppare la motivazione relativa al ricorso alla cooperazione, declinando il principio del risultato anche in funzione della valutazione preliminare sulla scelta della modalità di azione.

Abstract

The paper examines the issue of cooperation between public administrations, also referred to as horizontal cooperation, as an alternative to public procedures. The essay first analyses the rulings of the Court of Justice of the EU, which anticipated the regulation of horizontal cooperation in the Public Procurement Directive, transposed in Article 5(6) of Legislative Decree No. 50 of 2016, focusing on the pronouncements of administrative jurisprudence that have specified the conditions under which there is genuine cooperation between public administrations and not a disguised contract in violation of competition rules. Legislative Decree No. 36 of 2023 places outsourcing and horizontal cooperation on an equal footing, which makes it necessary to examine the issue in the context of the principles set forth therein and, in particular, in the light of the results principle. Finally, the article addresses the issue of the possibility of unilateral termination of the agreement, which concerns the executive phase of the relationship.

SAGGI

Giovanni Botto

PNRR E PREVENZIONE AMMINISTRATIVA ANTIMAFIA: UNO SGUARDO PROSPETTICO

Sommario: 1. Premessa: il complesso equilibrio tra prevenzione della criminalità, tutela della libertà di iniziativa economica privata e il nuovo contesto politico e programmatico. – 2. L'introduzione del controllo giudiziario a domanda quale prima risposta ad un'esigenza di maggiore progressività del sistema. – 3. La normativa di attuazione del Pnrr: il contraddittorio endoprocedimentale obbligatorio. – 4. *Segue*. L'art. 92, c. 2-*quater*, del codice antimafia: una sorta di *self cleaning* "preventivo"?. – 5. *Segue*. La c.d. prevenzione collaborativa. – 6. Considerazioni a carattere conclusivo.

1. Premessa: il complesso equilibrio tra prevenzione della criminalità e tutela della libertà di iniziativa economica privata e il nuovo contesto politico e programmatico

Il tema concernente la prevenzione dell'infiltrazione della criminalità organizzata nelle imprese, nonché della preservazione delle risorse pubbliche rispetto alle ingerenze della medesima, rappresenta il terreno di confronto di necessità diverse, talvolta contrapposte e non sempre facilmente conciliabili.

Com'è stato affermato in dottrina, il menzionato problema assume particolare importanza in conseguenza dell'evoluzione del modello d'azione delle mafie, sempre più interessate ad «alternare al mero svolgimento di attività delittuose la sistematica ricerca di canali di accesso all'economia legale […] ineguagliabile opportunità di consolidamento e rafforzamento, tanto sul piano economico, quanto su quello sociale»[1]. L'attività d'impresa, già di

[1] F. Giacalone, *Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 2, ove si precisa come «innanzitutto, l'investimento di denaro in settori legali ha lo scopo di occultare i proventi frutto di attività delinquenziali attraverso il loro riciclaggio. In seconda battuta, l'azione criminale è spesso diretta all'accumulo di nuove ricchezze, un obiettivo che, quantunque comune a qualsiasi impresa, in questo caso è perseguito mediante il ricorso a pratiche illegittime capaci di ridimensionare o, nei casi più gravi,

per sé necessaria alla criminalità organizzata al fine di "ripulire" i proventi derivanti dalle attività illecite, costituisce, inoltre, un canale di comunicazione di estrema rilevanza con i soggetti pubblici, che, in qualità di stazioni appaltanti, dispongono di ingentissime risorse finanziarie, al cui utilizzo le imprese possono concorrere.

L'infiltrazione mafiosa nelle imprese, pertanto, non si limita a falsare la concorrenzialità del mercato in cui le stesse operano, in ragione della provenienza delle risorse economiche che le sostengono, nonché a favorire il radicamento sociale delle organizzazioni criminali, ma rappresenta un pericolo di notevole portata anche per l'integrità della pubblica amministrazione e per il corretto e proficuo utilizzo delle risorse pubbliche, rispetto alle quali si pone un concreto rischio di sviamento dall'interesse pubblico cui sono preposte in direzione delle casse del crimine organizzato.

Proprio l'emersione di questo secondo rischio ha reso necessario introdurre, accanto a quelli già previsti dall'ordinamento, strumenti di contrasto al fenomeno infiltrativo che preservino l'amministrazione dall'entrare in contatto con le imprese contaminate o, comunque, a rischio concreto di infiltrazione: si tratta della documentazione antimafia prevista dal Libro II, Capo II, d.lgs. n. 159/2011[2] (c.d. codice antimafia), ossia dagli artt. 82 ss.[3]

eliminare le dinamiche concorrenziale nel e per il mercato, sì da ostruirne le opportunità di sviluppo economico». Si rimanda, inoltre, allo scritto richiamato per quanto riguarda l'ampia bibliografia citata in tema relativamente all'evoluzione del fenomeno mafioso e del suo modello d'azione.

[2] D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

[3] Da un punto di vista generale, sul tema in discussione, si richiamano, *ex multis*: M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it*, 2016; N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 2524 ss.; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 2018; C. Miccichè, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 2019; V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, a cura di G. Amarelli e S. Sticchi Damiani, Torino, Giappichelli, 2019; P. Marotta, *Natura e limiti del potere amministrativo di prevenzione antimafia, Milano*, Giuffrè, 2021; F. Figorilli e W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 14; R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; R. Rolli, Dura lex, sed lex. *Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario"*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 1; R. Rolli e F. De Cicco, *Mafia e contratti pubblici: ciò che cambia col nuovo codice*, in *Ratio Iuris*, 2023, 3; F. Giacalone, *Il nuovo volto*

Innanzitutto, deve ricordarsi che la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia: la prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto derivanti dalla soggezione ad una misura penale di prevenzione; la seconda, invece, consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui si è detto, nonché nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate[4].

Per quanto concerne il funzionamento del meccanismo in parola, l'art. 83 del codice antimafia stabilisce che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici.

A tale fine, l'art. 82 del codice antimafia istituisce la banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

Ai sensi del successivo art. 88, infatti, il rilascio della comunicazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto; laddove invece, dalla consultazione della menzionata banca dati, emerga la presenza di una della cause di cui si è detto, il prefetto è tenuto ad effettuare le necessarie verifiche e ad accertare la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione alla situazione aggiornata e attuale del soggetto sottoposto agli accertamenti.

Lo stesso meccanismo vale anche per l'informazione antimafia; con la differenza che, in caso di rilevata sussistenza di una delle cause che giustificano il rilascio dell'informazione interdittiva, l'attività conoscitiva e valutativa che spettano al prefetto sono più complesse e articolate, in ragione della distinzione che sussiste tra i due tipi di documentazione in discussione:

dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?, cit.; R. Rolli e M. Maggiolini, *Cause di esclusione non più escludenti: Continuità del possesso dei requisiti, informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a sentenza Consiglio di Stato, V sez n. 8481 del 2023)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024; Id., *Danni, danni a cascata nell'interdittiva antimafia illegittima (nota a CGRS n. 233/2024)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024.

[4] Art. 84, d.lgs. n. 159/2011.

la comunicazione antimafia, infatti, mira ad evitare che soggetti colpiti da misure di prevenzione possano contrarre con la pubblica amministrazione; l'informazione, invece, ha una portata più ampia, poiché presuppone la valutazione, discrezionale, della sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa.

Nel corso dei paragrafi che seguiranno, si approfondiranno i profili evolutivi di maggior interesse del sistema di prevenzione amministrativa – anche in correlazione a quello penale, ormai in netto rapporto di comunicanza con il primo[5] –, tuttavia la descrizione delle linee essenziali degli strumenti giuridici in discussione è funzionale a metterne in risalto fin da subito la *ratio* generale e a comprenderne il movimento evolutivo, anche alla luce delle recenti riforme legislative.

In altri termini, è evidente come il problema dell'efficacia e della legittimità del sistema in questione, basato sull'affidamento all'autorità prefettizia del potere di interdire in via cautelativa le imprese a rischio d'infiltrazione mafiosa dai rapporti – contrattuali, concessori, autorizzatori e via dicendo – con la pubblica amministrazione, si giochi essenzialmente sul crinale che divide la tutela dell'integrità della pubblica amministrazione e l'esigenza di proseguire la lotta alla criminalità organizzata nelle sue forme moderne dalla necessità di non comprimere eccessivamente e indebitamente la libertà di iniziativa economica privata, stante l'effetto, estremamente negativo e, talvolta, esiziale che i provvedimenti interdittivi determinano nei confronti delle imprese che ne sono attinte[6].

[5] Sul tema in questione, a titolo di primo approfondimento, si richiamano, tra gli altri: F. Fracchia e M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell''interesse pubblico,* in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3; M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.*giustiziainsieme.it*, 2022; G.Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022; R. Rolli e M. Maggiolini, *Accertamento penale e valutazione amministrativa: pluriformi verità (nota Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022; Id., *Interdittiva antimafia e giudicato penale (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; Id., *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; R. Rolli,V. Bilotto e F. Bruno, *Interdittive antimafia e il loro difficile (e travagliato) rapporto con il controllo giudiziario volontario: un quadro di insieme in attesa dell'adunanza plenaria*, in *Ratio Iuris*, 2023; R. Rolli e M. Maggiolini, *Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024; R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 2.

[6] M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit.: «l'operatore colpito dall'interdittiva perché l'autorità prefettizia,

Quanto poc'anzi affermato emerge con evidenza dall'analisi della giurisprudenza, per lo più amministrativa, che, a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, si è trovata a dover dirimere numerose e complesse fattispecie, alla ricerca di un equilibrio tutt'altro che semplice[7].

Tali erano e sono rimasti i poli fondamentali della questione. Tuttavia, detta dicotomia ha assunto rilevanza ancora maggiore in ragione dell'adozione, nel 2021, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr). Non è un caso, infatti, che, proprio in sede di attuazione di quest'ultimo[8], il tema della tutela preventiva dell'integrità della pubblica amministrazione rispetto a possibili infiltrazioni mafiose sia divenuto oggetto di rinnovata attenzione[9].

D'un canto, infatti, è evidente la preoccupazione che i fondi stanziati dal Pnrr, ingentissimi e rilevantissimi per lo sviluppo del Paese, possano divenire oggetto di attenzione e, in mancanza di controllo, appropriazione da parte di imprese o società infiltrate dalla criminalità organizzata; d'altro canto, però, in ragione della rigorosa agenda temporale che gli Stati destinatari dei finanziamenti sono tenuti a rispettare – pena la restituzione di parte degli importi – è assolutamente necessario e opportuno che i procedimenti

da una serie di elementi puramente indiziari, ha rinvenuto un rischio di potenziale pericolo non si vedrà invero più soltanto precluso l'accesso ai contratti pubblici, ma si troverà più generalmente impossibilitato ad avviare qualsivoglia attività economica (tanto che si è parlato di "ergastolo imprenditoriale"). Il che, verosimilmente, lo esporrà al dissesto o al fallimento, anche se all'esito del giudizio – amministrativo e/o penale – intentato per reagire allo strumento, il pericolo si rivelasse insussistente o comunque evitabile attraverso la sottoposizione a misure di prevenzione meno radicali».

[7] Dal punto di vista giurisprudenziale, possono richiamarsi, ad esempio, Tar Liguria, Genova, sez. II, 11 gennaio 2013, n. 71, ove si afferma che «nel caso in cui gli elementi acquisiti in fase istruttoria consentano di delineare, come verificatosi nel caso all'esame, un quadro indiziario sufficientemente completo e coerente circa la sussistenza di tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, l'interesse del privato alla continuità dell'attività imprenditoriale appare necessariamente recessivo»; Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1458, ove si legge che «nella logica di anticipazione della difesa sociale, l'interdittiva può prescindere, come chiarito da un consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale, dalla prova concreta in ordine all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, purché si fondi su fatti sintomatici di un possibile condizionamento da parte della criminalità. Detti elementi sintomatici o indiziari non vanno considerati atomisticamente, dovendosi piuttosto stabilire se, sulla base di un giudizio prognostico ampiamente discrezionale, essi siano idonei, nel loro complesso, a rendere attendibile l'ipotesi di contiguità mafiosa».

[8] D.l. 6 novembre 2021, n. 152; convertito in l. 29 dicembre 2021, n. 233.

[9] Circa questo mutamento, si rimanda, a titolo di approfondimento, a M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit.; M.R. Magliulo, *Il P.N.R.R.: l'importanza del contraddittorio preventivo per agevolare la prevenzione antimafia*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 11.

di affidamento delle opere da realizzare siano svolti tempestivamente, e che la materiale attuazione delle stesse non sia oggetto di indebite sospensioni.

Sotto questo punto di vista, pertanto, si potrebbe dire che la normativa di prevenzione rappresenti al contempo un elemento necessario alla corretta realizzazione degli obiettivi del Pnrr, ma anche un possibile freno alla sua attuazione, in ragione degli effetti che le interdittive esercitano sulle imprese che ne sono destinatarie, nonché degli eventuali rallentamenti o delle interruzioni che potrebbero ingenerarsi nelle procedure di affidamento o nella fase di esecuzione dei contratti.

Tale è il contesto in cui si inserisce la scelta operata dal legislatore nazionale di arricchire il sistema di prevenzione di alcune disposizioni – di cui si tratterà a breve – volte a scongiurare l'adozione di provvedimenti interdittivi non necessari, improntando il meccanismo preventivo ad una maggiore progressività, in modo da garantire la massima partecipazione possibile delle imprese ai bandi Pnrr, mantenendo un alto livello di controllo.

A valle della concisa ricostruzione che si è svolta, pare opportuno effettuare una prima considerazione di carattere generale. Il mutamento del contesto politico e programmatico, dovuto all'adozione degli strumenti di ripresa post-pandemia, ha fatto emergere una criticità del sistema di prevenzione amministrativa dell'infiltrazione mafiosa nelle imprese[10] al quale

[10] Problema ulteriore rispetto a quelli che già in passato si erano posti con evidenza rispetto ad un meccanismo che, anche se chiaramente incardinato su primarie esigenze di tutela dell'ordine pubblico economico e della legalità del mercato, si scontra in maniera evidente con l'iniziativa economica privata. Infatti, non sono mancate nemmeno questioni di legittimità costituzionale concernenti la disciplina in parola. Sul punto, si rimanda, tra gli altri, a F.G. Scoca, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta "anticipata" alla mafia*, in *Giur. cost.*, 2020, 2. Sul punto si richiamano anche Id., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, cit., 6; A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2020, 2; R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale (nota a ord.za TAR – Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732)*, in *Giustiziainsieme*, 2020. Per quanto concerne le principali statuizioni della Corte costituzionale in materia, si richiamano Corte cost., n. 4/2018, la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 89-*bis* del codice antimafia nella parte in cui stabilisce che l'informazione antimafia è adottata anche nei casi in cui è richiesta una mera comunicazione antimafia e produce gli effetti della medesima; Corte cost., n. 57/2020, ove si afferma che «la risposta amministrativa non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo il grave e persistente fenomeno mafioso, anche tenuto conto del carattere provvisorio della misura. L'efficacia immediata del provvedimento è poi connaturata ai provvedimenti amministrativi, e alla stessa si può comunque porre rimedio in sede giurisdizionale con una pressoché immediata sospensione nella fase cautelare»; Corte cost., n. 178/2021; Corte cost., n. 180/2022, la quale ha trattato il tema della legittimità dell'art. 92 del

in precedenza, forse nell'idea che il fenomeno in questione rappresentasse una patologia sostanzialmente localizzata e limitata a casi inquadrabili nel concetto di "emergenza", non si era prestata adeguata attenzione: le conseguenze generali della rigidità di detto sistema in termini di velocità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa che si estrinseca nelle forme della contrattazione pubblica.

In altri termini – ed è in questa prospettiva che, quantomeno a parere di chi scrive, le modifiche introdotte dalla normativa di attuazione del PNRR debbono essere lette – se, in passato, il congegno preventivo previsto dal legislatore voleva rispondere alla necessità di bilanciare l'interesse alla preservazione dell'integrità della pubblica amministrazione con la tutela dell'iniziativa economica dei privati individualmente intesi, oggi gli è richiesto di tenere in considerazione pure l'interesse generale alla rapida e buona esecuzione delle opere e dei lavori pubblici, di modo che la minaccia della criminalità organizzata, oltre a rappresentare un grave danno in sé e per sé, non divenga doppiamente deleteria in ragione dell'inefficienza che instilla nel mercato, rendendolo incapace di farsi carico delle attività che il potere pubblico vorrebbe affidargli.

Semplificando, si potrebbe dire che il mutamento di contesto di cui si è detto abbia reso più evidente come il danno causato dalle mafie nel loro farsi "imprenditrici" si estenda dalle singole imprese al mercato intero, inficiando la controparte fondamentale della pubblica amministrazione, la cui sinergia con il settore privato coincide con la possibilità di perseguire interessi generali che autonomamente non sarebbe in grado di soddisfare.

Così delineato il quadro generale in cui la riforma si va ad innestare, nonché le esigenze che la fondano, è opportuno, al fine di porre le basi per le successive riflessioni, approfondire alcuni profili più specifici: in primo luogo, quello concernete le principali tappe del recente percorso evolutivo della prevenzione amministrativa antimafia, al fine di evidenziare la non totale novità della novella da ultimo intervenuta ed individuarne, invece, il retroterra di formazione; in secondo luogo, quello riguardante concretamente i nuovi istituti introdotti, nel 2021, dalla normativa di attuazione del PNRR.

codice antimafia nella parte in cui non prevede il potere del prefetto di tenere in considerazione l'effetto dell'interdittiva sulla capacità di sostentamento del suo destinatario.

2. L'introduzione del controllo giudiziario a domanda quale prima risposta ad un'esigenza di maggiore progressività del sistema

Nella sua versione originaria, il d.lgs. n. 159/2011 aveva approntato un sistema di prevenzione fondato su due distinti pilastri: l'amministrazione giudiziaria – per quanto concerne la prevenzione penale – e l'interdittiva antimafia, con riferimento, invece, alla prevenzione amministrativa; su entrambi i versanti, pertanto, il sistema non era improntato alla progressività delle misure adottabili.

D'un canto, infatti, l'amministrazione giudiziaria rappresenta uno strumento che interviene in presenza di una situazione di grave compromissione dell'attività di impresa rispetto all'infiltrazione mafiosa, posto che, ai sensi dell'art. 34 del codice antimafia, essa si applica ove, a seguito di accertamenti, sussistano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis*[11] del codice penale[12].

In casi di questo genere, perciò, il Tribunale competente dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili per lo svolgimento delle medesime, affidandola alle cure dell'amministratore giudiziario, nominato dal Tribunale stesso. Si tratta, come evidente, di una misura estremamente penetrante che, in ragione di una situazione infiltrativa permanente, sostituisce gli organi di amministrazione dell'impresa.

D'altro canto, pure l'informazione antimafia costituisce un provvedimento – ancorché cautelare/preventivo, privo (almeno in teoria) di natura sanzionatoria e afflittiva[13] – molto gravoso e temporaneamente

[11] Il cui c. 3, stabilisce che «l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione(3) del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

[12] Oppure, ancora, «possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter del Codice penale».

[13] Sul punto si richiamano, a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. III, n. 4453/2017 e n. 6740/ 2020; la prospettiva è accolta anche da Corte cost., sent. n. 178/2021, ove si afferma

ablatorio della capacità giuridica delle attività economiche che ne sono attinte[14].

Questo quadro iniziale, alquanto lineare, in cui i giudici amministrativi erano normalmente chiamati a decidere dell'estensione degli effetti patrimoniali dell'interdittiva o, più spesso, dell'adeguatezza della motivazione dei provvedimenti emessi dalle prefetture[15], è andato via via complicandosi.

che «la *ratio* delle misure previste dal codice antimafia sarebbe proprio di tipo anticipatorio e indiziario, in un'ottica diversa da quella delle misure punitive e afflittive, basandosi su una valutazione prognostica, in una logica preventiva ispirata alla regola del "più probabile che non", che consente di ritenere razionalmente credibile il pericolo di infiltrazione mafiosa». Ad onore del vero, tuttavia, non sono mancate, soprattutto in dottrina, posizioni discordanti sotto questo punto di vista; esemplificativamente si possono richiamare A. Longo, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 19, 25, ove l'A. afferma che «siamo di fronte ad una misura sostanzialmente penalistica (ancorché preventiva e non sanzionatoria) sia per il suo coefficiente di afflittività (vera e propria *capitis deminutio*) sia per lo scopo che persegue (evitare la commissione di un reato); eppure, in forza di una ricostruzione (legislativa prima che giurisprudenziale) che, *absit iniuria verbis*, possiede i connotati di una vera e propria ipocrisia, tale misura viene attratta nell'ambito dell'azione amministrativa, con la conseguente affermazione della sufficienza, come presidio garantistico, del solo principio di legalità, in modo tale da poter ignorare (o fingere di farlo) che la storia del sistema costituzionale si è imperniata intorno alla valorizzazione dei principi giurisdizionali quali garanzie dell'individuo nei confronti di gran parte del sistema preventivo di limitazione delle libertà costituzionali». Sul punto, si rimanda anche al lavoro di R. Rolli e P. Pepe, *Interdittiva antimafia, sanzione penale?*, in *Arch. pen.*, 2024, 23, ove l'Autore afferma che l'incapacità determinata dall'interdittiva «determina una compressione della libertà di iniziativa economica così significativa che la misura amministrativa adottata assume un contenuto particolarmente afflittivo del tutto analogo, se non superiore, a quello che caratterizza le misure di prevenzione patrimoniali di tipo penale»; nonché R. Rolli, *Misure di prevenzione penale e interdittiva antimafia*, in *Dir. soc.*, 2024, n. 3, 509, ove si afferma, fra l'altro, che, in ragione delle sue caratteristiche e, in particolare, dell'incapacità giuridica che determina, l'interdittiva costituisce «un'azione amministrativa che porta con sé un carattere afflittivo simile alle misure di prevenzione penale». L'Autore, inoltre, ricorda come «[i]l confronto tra i meccanismi preventivi di carattere penale e amministrativo all'interno di un unico testo normativo, ampiamente utilizzati dalle autorità giurisdizionali penali e amministrative, se, da una parte, riproduce un sistema di prevenzione che percorre, almeno apparentemente, due binari differenti, dall'altra, svela la sua natura squisitamente afflittiva anche nel momento in cui si trova ad applicare misure, come quella dell'interdittiva, che dovrebbero essere connotate da presupposti applicativi totalmente distinti da quelli che determinano l'adozione delle misure di prevenzione patrimoniali di tipo penale» (485).

[14] In merito, si richiama quanto affermato da Cons. St., ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3: «il provvedimento di c.d. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159».

[15] Si richiama, tra le molte pronunce, Tar Liguria, Genova, n. 228/2018, ove si affer-

In particolare, con la l. n. 161/2017[16], alla misura penale di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria si è aggiunto il c.d. controllo giudiziario (art. 34-*bis* del codice antimafia), che presuppone l'occasionalità del fenomeno infiltrativo, in contrapposizione alla sua permanenza[17].

Il sistema di prevenzione penale si scinde, perciò, in un binomio (amministrazione giudiziaria/controllo giudiziario) che distingue nettamente tra infiltrazione permanente e occasionale, introducendo la possibilità di graduare l'intervento del giudice penale in un'ottica non più solo cautelare, ma più propriamente sanante[18], permettendo la continuazione dell'attività seppur nel rispetto delle imposizioni applicabili in virtù dell'art. 34-*bis*[19].

ma che «nel caso in esame, non vi è dubbio che le pregresse condanne non costituiscano, di per sé, indice rivelatore del rischio di permeabilità mafiosa, poiché risalgono ad un periodo alquanto remoto, mentre non è stato reso conto di alcuna situazione o fatto successivo che possano in qualche modo aver posto in collegamento l'interessato con ambienti della criminalità organizzata […]. Dal provvedimento impugnato e dagli altri atti del procedimento non emerge, quindi, alcun elemento atto a dimostrare che la presenza del collaboratore di giustizia e la sua attività nell'ambito dell'impresa possano essere ragionevolmente valutate quali indici rivelatori di un rischio attuale e concreto di infiltrazione mafiosa». Il collegio pone molta attenzione alla congruità della motivazione espressa dall'autorità prefettizia.

[16] L. 17 ottobre 2017, n. 161 (Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al Codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate).

[17] I cui primi due commi asseriscono che «quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività. Nel caso in cui risultino applicate le misure previste dall'articolo 94-*bis*, il tribunale valuta se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2, lettera b). 2. Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni».

[18] Come affermato da M.R. Magliulo, *Il P.N.R.R.: l'importanza del contraddittorio preventivo per agevolare la prevenzione antimafia*, cit., 1445, nel controllo giudiziario «lo Stato, dunque, ricopre una funzione ausiliare e non un ruolo sanzionatorio; esso favorisce e promuove il recupero e la gestione dei patrimoni potenzialmente destinati a finire nelle mani dei gruppi criminali […]. Il controllo giudiziario, quindi, si applica quando vi è un pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idoneo a condizionare l'attività di impresa, nei casi in cui l'agevolazione rivesta il carattere dell'occasionalità; esso ha quale obiettivo principale quello di fungere da adeguato strumento per consentire la prosecuzione dell'attività di impresa nei casi in cui le aziende vengano raggiunte da interdittiva prefettizia, garantendo così nel contempo il prevalente interesse alla realizzazione di opere di rilevanza pubblica».

[19] Ossia, ai sensi del c. 3 della disposizione in parola, «a) di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza

L'introduzione del controllo giudiziario rappresenta, perciò, il primo tentativo di mitigare gli effetti derivanti dal regime, particolarmente rigido, delle interdittive antimafia, in quanto, ai sensi dell'art. 34-*bis* del codice, laddove si ravvisi la presenza di un tentativo occasionale di infiltrazione mafiosa nell'attività economica, il Tribunale può, anziché sostituire gli organi direttivi della medesima, assoggettarla ad un vero e proprio controllo, che si estrinseca in obblighi di fare e di non fare, il cui rispetto è soggetto al controllo del giudice delegato o di un amministratore giudiziario.

In altre parole, l'impresa sottoposta a controllo giudiziario, pur nel rispetto di rigorose prescrizioni, può procedere nella sua attività adottando comportamenti che la preservino o la epurino dalle contaminazioni della criminalità organizzata.

Di particolare interesse, per quanto riguarda il presente studio, è la circostanza, prevista dal c. 6 del menzionato art. 34-*bis*, per cui il controllo giudiziario può essere richiesto anche dall'impresa colpita da interdittiva (c.d. controllo giudiziario a domanda), purché quest'ultima risulti impugnata di fronte al giudice amministrativo.

Si configura, pertanto, una distinzione tra controllo giudiziario d'ufficio e a domanda, che, oltre ad introdurre un nuovo grado di progressività del sistema di prevenzione penale, influisce anche su quello amministrativo: l'effetto principale del controllo richiesto dall'impresa destinataria di un provvedimento interdittivo, infatti, è proprio la sospensione di quest'ultimo[20], con la conseguente possibilità di proseguire l'attività economica.

Senza volersi addentrare in una disamina precisa delle ragioni[21] che

l'autorizzazione da parte del giudice delegato; b) di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario; c) di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi; d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni; e) di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi».

[20] Art. 34-*bis*, c. 7: «il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94 *bis* nei successivi cinque anni».

[21] In tema, si richiama il contributo di G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, cit., ove, in particolare, si afferma che «dal punto di vista procedurale il legislatore ha creato un ponte, suscettibile di generare osmosi tra i due settori. Nell'intento

hanno reso opportuno introdurre detta seconda forma di controllo, da un punto di vista più ampio è chiaro come, già a partire dalla riforma del 2017, fosse possibile individuare un parziale cambio di rotta del legislatore, il quale, acquisita maggiore consapevolezza circa i rischi e le storture riconducibili al sistema delle interdittive, ha introdotto un istituto volto a mitigarne la portata[22].

Si tratta, a bene vedere, del primo passo di un percorso che, con la novella del 2021, ha visto trasformarsi l'istituto dell'interdittiva antimafia in una sorta di *extrema ratio* dell'ordinamento.

A livello di principio, però, deve segnalarsi una differenza tra il contenuto della riforma del 2017 e l'ultima di cui si è detto: se la prima è intervenuta, tramite l'istituzione del controllo giudiziario a domanda, al fine di mitigare gli effetti delle interdittive già rilasciate, la seconda, come si avrà modo di vedere a breve, influisce invero sul procedimento di emanazione dei provvedimenti interdittivi, improntando anch'esso ad una maggiore progressività ed implementando la discrezionalità dell'autorità prefettizia.

3. La normativa di attuazione del Pnrr: il contraddittorio endoprocedimentale obbligatorio

Come si è anticipato, pertanto, è con la normativa di attuazione del Pnrr (d.l. n. 152/2021, poi convertito in l. n. 233/2021) che il codice antimafia – sul versante specifico della prevenzione amministrativa – subisce un'ulteriore integrazione.

Il legislatore, infatti, ha introdotto alcune importanti novità: in primo luogo, modificando l'art. 92, c. 2-*bis*, ha implementato la partecipazione procedimentale, che diviene ineludibile – salvo particolari esigenze di celerità del procedimento stesso – ogni qualvolta il prefetto intenda emettere un'informazione antimafia interdittiva o le misure di cui al nuovo art. 94-*bis*[23]; in

di diminuire gli effetti esiziali per le imprese, infatti, ha stabilito un collegamento tra il settore della prevenzione penale e quello della prevenzione amministrativa, e segnatamente fra la misura del controllo giudiziario e l'informativa, consentendo agli imprenditori attinti da informativa di domandare il controllo giudiziario e di conseguire così la sospensione degli effetti interdittivi, purché – questa la precondizione di accesso – l'imprenditore abbia impugnato dinanzi al giudice amministrativo l'informativa».

[22] Il sistema di prevenzione amministrativa, invece, sino al 2021, rimane ancorato al solo strumento dell'interdittiva, con la conseguente emersione, per via dell'asimmetria ingeneratasi, di problematiche inerenti ai rapporti di comunicanza tra i due modelli di prevenzione.

[23] Ossia, come si avrà modo di vedere, le misure di prevenzione collaborativa.

secondo luogo, ha previsto, a valle del nuovo contraddittorio necessario, la possibilità per l'impresa di adottare misure atte (almeno in teoria) ad evitare il rilascio dell'interdittiva, purché idonee a scongiurare il rischio di infiltrazione mafiosa; in terzo luogo, tramite il nuovo art. 94-*bis*, ha integrato il sistema di prevenzione amministrativa, introducendovi la c.d. prevenzione collaborativa, basata, come il controllo giudiziario, sul presupposto dell'occasionalità[24] dell'infiltrazione mafiosa nell'impresa.

Ricongiungendoci a quanto detto in precedenza, pertanto, a seguito della riforma viene superata l'asimmetria tra prevenzione penale e prevenzione amministrativa, poiché anche quest'ultima si scinde in un binomio fondato sulla distinzione tra occasionalità e permanenza delle infiltrazioni mafiose, acquisendo progressività.

Con la prima modifica, in particolare, il decreto di attuazione del PNRR ha inciso sulla questione della partecipazione al procedimento interdittivo e, dunque, del contraddittorio tra imprese sospettate di infiltrazione mafiosa e autorità prefettizia; contraddittorio che, in passato, pur non completamente assente, era relegato ad una dimensione puramente eventuale, che trovava giustificazione nelle particolari esigenze anticipatorie della tutela insite nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata.

A seguito della novella, invece, all'art. 92 del codice antimafia è stato aggiunto un c. 2-*bis*, in base al quale: «il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del c. 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-*bis* [quindi anche nel caso di prevenzione collaborativa], e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione»[25].

[24] Sul tema dell'occasionalità/non occasionalità delle infiltrazioni si rimanda a R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e 'occasionale occasionalità' della permeabilità mafiosa. Un concetto tutto da chiarire (nota a sentenza TAR sez. staccata di Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023.

[25] In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Inoltre, circa il passaggio dalla dimensione eventuale a quella obbligatoria del contraddittorio, è emblematica la giurisprudenza del TAR Liguria, Genova, n. 626/2022: «l'orientamento giurisprudenziale dominante, tale da poter essere con-

Il contraddittorio, pertanto, deve concludersi entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione da parte dell'interessato ed il prefetto, ove non proceda al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria, dispone l'applicazione delle misure amministrative di «prevenzione collaborativa» nei casi di situazioni di agevolazione occasionale, oppure non ricorrendo i casi di agevolazione occasionale, adotta l'informazione antimafia interdittiva e procede a comunicarla al soggetto interessato entro cinque giorni.

In linea generale, deve notarsi come la nuova disposizione abbia non solo introdotto l'obbligo di procedere al contraddittorio con le imprese sospette prima del rilascio del provvedimento interdittivo, ma ha anche rafforzato la posizione delle stesse, prevedendo la possibilità di richiedere l'audizione da parte dell'autorità prefettizia; tuttavia, non mancano alcuni profili critici (o che, comunque, meritano ulteriori approfondimenti) inerenti alla nuova partecipazione procedimentale.

In primo luogo, la circostanza per cui essa rimane in ogni caso sottoposta alla valutazione discrezionale del prefetto circa la valutazione delle esigenze di celerità del procedimento. Sotto questo punto di vista, senza dubbio, risulta fondamentale il ruolo del giudice amministrativo che dovrà svolgere un sindacato molto approfondito anche in merito a questo specifico elemento. In questo senso, la dottrina ha ricordato come sia essenziale che l'amministrazione e i giudici amministrativi «leggano in modo rigoroso la deroga, considerando che il riferimento normativo alle "particolari esigenze di celerità" esclude che esse coincidano con quelle fisiologiche delle misure di prevenzione e, trattandosi di una eccezione alla regola, non può essere utilizzato per eluderla»[26].

In secondo luogo, inoltre, si pone la questione concernente il rapporto tra la nuova disciplina sulla partecipazione e l'accesso alla documentazione dei procedimenti in parola, posto che la concreta efficacia del contraddittorio non può che dipendere dalla disponibilità, in capo alle imprese coinvolte, delle informazioni necessarie a confutare quanto rilevato dall'autorità prefettizia.

siderato un vero e proprio "diritto vivente", affermava che la comunicazione di avvio del procedimento e il "preavviso di rigetto", di cui agli artt. 7 e 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, fossero adempimenti non necessari nei procedimenti per l'adozione di provvedimenti antimafia, in cui il contraddittorio procedimentale ha natura meramente eventuale […] il legislatore ha invece ritenuto di ribadire espressamente la necessità del contraddittorio procedimentale anche in materia di tutela antimafia, addirittura rinforzandolo con la previsione dell'audizione dell'interessato, ove questi ne faccia richiesta, e ammettendo che si possa prescindere da questi adempimenti solo in caso di urgenza».

[26] M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023.

Sotto questo specifico punto di vista deve ricordarsi – posto che si tratta di accesso endoprocedimentale ai sensi dell'art 22, c. 1, lett. *b)*, l. n. 241/1990, con i limiti di cui all'art. 24 cc. 1, 2, 3, 5 e 6[27] – che nel contesto della documentazione antimafia trova applicazione l'art. 3, lett. *c)*, d.m. 16 marzo 2022, il quale prevede che siano sottratti al diritto d'accesso «i documenti istruttori inerenti ai procedimenti relativi al rilascio della documentazione antimafia, nonché i documenti, comunque prodotti o acquisiti, la cui conoscenza può pregiudicare l'attività di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata, e i provvedimenti prefettizi in materia di antimafia»[28].

Sul punto, si può richiamare un interessante pronuncia del Tar Emilia-Romagna, Bologna[29], ove il giudice – esprimendosi su un caso in cui l'amministrazione aveva ritenuto che la summenzionata norma regolamentare escludesse «*tout court* l'accesso alla documentazione inerente l'emanazione di una interdittiva antimafia, si che il diniego potrebbe dirsi motivato tramite il mero richiamo al citato d.m.»[30] – ha affermato, per la prima volta dall'introduzione della menzionata normativa regolamentare e proprio sulla base dell'interpretazione della normativa di attuazione del Pnrr in materia[31], l'importanza ricoperta dall'ostensione della documentazione del procedimento interdittivo.

In particolare, il giudice amministrativo ha ribadito il consolidato

[27] Il cui c. 7, però, precisa che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici».

[28] Senza contare che lo stesso art. 92, c. 2-*bis*, del codice antimafia precisa che «in ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

[29] Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 5 luglio 2022, n. 537.

[30] *Ivi*, cit., par. 3.

[31] *Ivi*, cit., par. 3.3., ove si afferma che «giova evidenziare che la recente novella di cui al decreto legge n. 152 del 6 novembre 2021 "Dispozioni urgenti per l'attuazione del Pnrr e per la prevenzione dalle infiltrazioni mafiose" convertito nella legge 233/2021 (applicabile "*ratione temporis*" alla presente controversia ai sensi dell'art. 52 del decreto legge) pur nulla innovando in tema di diritto di accesso ha indubbiamente potenziato le garanzie procedimentali introducendo altresì sia misure di "*self cleaning*" che il nuovo istituto della prevenzione collaborativa, al fine di relegare l'interdittiva antimafia ad "*extrema ratio*" secondo le indicazioni provenienti dalla più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979). È ovvia la rilevanza del pieno accesso documentale anche al fine di garantire la piena operatività delle nuove disposizioni, nell'ambito di un rapporto di collaborazione (vedi anche l'art. 1 c. 2-bis L.241/90 come aggiunto dal d.l. 76/2020) tra la Prefettura e l'impresa nei cui confronti è stato aperto un procedimento di interdittiva».

orientamento[32], concernente l'omologa previsione contenuta nel d.m. 17 novembre 1997 n. 508[33], per cui l'eccezione all'accesso documentale «deve essere intrepretata restrittivamente, dovendo la mancata ostensione esser motivata con riferimento alle concrete ragioni che impediscono la divulgazione del documento […] una preclusione assoluta ed incondizionata all'accesso alla documentazione amministrativa propedeutica all'emanazione di una misura interdittiva antimafia si porrebbe in aperto contrasto con il diritto costituzionalmente garantito ad un giusto processo»[34].

In questo senso, anche più di recente, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa pare sostanzialmente granitico, affermando pacificamente l'imprescindibilità dell'ostensione documentale e l'assoluta eccezionalità delle esigenze per cui è possibile derogarvi: la quasi totalità dei processi concernenti il diniego, da parte delle prefetture, delle istanze di accesso documentale si chiudono, ove non puntualmente e ragionevolmente motivate, con una pronuncia di accoglimento del ricorso del soggetto istante[35]; il che

[32] *Ex multis* Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 aprile 2021, n. 3973; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 agosto 2011, n.1146; Tar Abruzzo, L'Aquila, 26 marzo 2015, n. 36.

[33] Regolamento recante integrazioni e modificazioni al regolamento di attuazione dell'art. 24, c. 4, l. 7 agosto 1990, n. 241, adottato con d.m. 10 maggio 1994, n. 415.

[34] *Ivi*, cit., par. 3.2., ove si aggiunge: «tenuto conto anche delle limitazioni esistenti in tema di sindacato giurisdizionale esercitabile dal g.a., dal momento che la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto, a tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico, può essere soggetta al sindacato del giudice amministrativo, solo sotto il profilo della sua logicità, in relazione alla rilevanza dei fatti accertati e, pertanto, nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere, dei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti».

[35] Sul punto, procedendo con ordine, si possono richiamare: Tar Campania, Napoli, sez. I, 24 luglio 2023, n. 4439 – ove si afferma che «una preclusione assoluta ed incondizionata all'accesso alla documentazione amministrativa propedeutica all'emanazione di una misura interdittiva antimafia si porrebbe in aperto contrasto con il diritto costituzionalmente garantito ad un giusto processo, tenuto conto anche delle limitazioni esistenti in tema di sindacato giurisdizionale esercitabile dal g.a. […]. Ne consegue che, in sede di esame dell'istanza di accesso, l'Amministrazione è tenuta ad effettuare un delicato bilanciamento tra le eventuali esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e le altrettanto fondamentali esigenze di tutela della parte privata, connesse all'inviolabile diritto costituzionale alle difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione; con correlativa potestà di oscurare con idonea tecnica, tra cui anche l'apposizione di "omissis", nelle parti dei documenti che, motivatamente, devono eventualmente essere mantenute riservate»; Tar Campania, Napoli, sez. I, 2 agosto 2023, n. 4717, nella quale, pur riconoscendosi la prevalente esigenza di garantire l'anonimato dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla prefettura, viene accolta l'istanza di accesso ai verbali delle intercettazioni telefoniche, posto che «essi hanno assunto un considerevole rilievo per l'adozione dell'interdittiva, per cui non può disconoscersi il diritto dell'interessato ad averne conoscenza, senza che possa ostarvi la circostanza addotta dalla Prefettura in ordine alla loro

pare più che opportuno alla luce delle modificazioni occorse in sede di attuazione del Pnrr e denota la piena consapevolezza dei giudici amministrativi circa i rischi insiti nel sistema di prevenzione amministrativa all'infiltrazione mafiosa, nonché degli obiettivi del legislatore in sede di riforma del codice antimafia. In tale prospettiva, è interessante pure una recente pronuncia del Tar Campania[36], nell'ambito della quale viene ribadita l'importanza di garantire un accesso documentale pieno: comprensivo, perciò, della facoltà di estrazione di copia dei materiali d'interesse, non potendosi ritenere soddisfacente la sola ostensione svolta nell'ambito dell'*audit* del privato sotto procedimento presso la prefettura.

Infine, a partire dalle diverse pronunce che si sono richiamate con riferimento al tema del contraddittorio endoprocedimentale ed al relativo ruolo dell'accesso documentale, è possibile svolgere un'ulteriore riflessione riguardante il sindacato del giudice sulla discrezionalità prefettizia.

mancata trasmissione da parte delle Forze di Polizia, dovendo in tal caso la stessa ottenerne l'acquisizione e renderli conoscibili all'interessato, con le cautele necessarie e, in particolare, con l'oscuramento dei dati riferiti a persone e a circostanze che non interessano la parte ricorrente». Della stessa idea anche Tar Campania, Napoli, sez. I, 23 novembre 2023, n. 6459. Si segnala, invece, che l'unica, recente, sentenza del Consiglio di Stato concernente la questione in parola (Cons. St., sez. III, 28 giugno 2024, n. 5745) si è conclusa con la conferma della sentenza di primo grado, che negava l'accesso, affermando che «peraltro, va anche evidenziato che i documenti relativi ad informative antimafia sono accessibili alle condizioni previste dal decreto del Ministero dell'Interno 16 marzo 2022. L'art. 3 dello stesso decreto individua, infatti, le categorie di documenti sottratti all'accesso per motivi di ordine e sicurezza pubblica. In sostanza, in relazione agli atti istruttori "a monte" dell'interdittiva l'accesso va escluso per tutte le parti della documentazione in possesso dell'Amministrazione coperte da segreto istruttorio (ai sensi della legge procedurale penale), in quanto afferenti a indagini preliminari o procedimenti penali in corso, oppure se e nella misura in cui coinvolgano, a qualunque titolo, terzi soggetti interessati dalle informative di polizia di sicurezza». Deve tuttavia precisarsi che, tale apodittica motivazione trova ragione nell'assorbenza dell'altra questione sollevata dall'autorità prefettizia, e confermata dal giudice di prime cure, relativa alla genericità dell'istanza di accesso. Ciononostante, forse, sarebbe stato utile una maggiore precisazione, a livello del Consiglio di Stato, concernente la portata del d.m. 16 marzo 2022, così da consacrare l'orientamento dei giudici amministrativi di primo grado.

[36] Tar Campania, Napoli, sez. I, 15 marzo 2024, n. 1780, ove, in particolare, si afferma che «ad avviso dell'Amministrazione resistente diritto, in ogni caso, non è stato oggetto di alcuna limitazione, anzi è stato pienamente garantito alla ricorrente in quanto, nel corso dell'audit la Prefettura ha consentito l'accesso documentale in modo da permettergli la conoscenza degli elementi necessari all'esercizio effettivo del diritto di difesa […]. Le argomentazioni della Prefettura non sono condivisibili. […] va dichiarato il diritto della società ricorrente ad accedere alla documentazione richiesta […] mediante estrazione di copia, con le eventuali limitazioni come sopra chiarito, entro trenta giorni dalla comunicazione – o dalla notificazione, se anteriore – della presente sentenza».

Quasi tutte le sentenze menzionate sostengono l'imprescindibilità di un contraddittorio pieno ed effettivo (intrinsecamente dipendente dall'accesso al materiale del procedimento) in ragione della già richiamata circostanza per cui «l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al prefetto, a tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico, può essere soggetta al sindacato del giudice amministrativo, solo per il profilo della sua logicità, in relazione alla rilevanza dei fatti accertati e, pertanto, nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere, dei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti»[37]. Parte rilevante della giurisprudenza amministrativa, pertanto, ritiene che la via per garantire il rispetto dei principi, europei e nazionali, del giusto processo/procedimento risieda nelle guarentigie tipiche di ogni procedimento amministrativo, compresi quelli in materia di documentazione antimafia, seppur con i dovuti aggiustamenti.

Perciò, nonostante le aperture che si sono osservate in talune pronunce[38], pare fortemente presente la tendenza dei giudici amministrativi ad applicare un netto *self restraint*[39] rispetto alla possibilità di ampliare, sulla scorta

[37] *Ivi*, cit., par. 3.5., ove si richiamano, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2018, n. 2398 cfr. Cons. St., sez. III, 25 giugno 2014 n. 3208; Cons. St., sez. III, 1° dicembre 2015, n. 5437; Tar Campania, Napoli, sez. I, 6 novembre 2017, n, 5167. Sul punto, si richiama anche quanto affermato da P. Amovilli, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, Relazione al convegno "Pubblica Amministrazione e Giustizia Amministrativa, tra misure di semplificazione e pro concorrenziali, interventi di sostegno dell'economia e riforme del PNRR" tenutosi alla SPISA di Bologna il 24-25 gennaio 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022: «quanto al sindacato giudiziale – tema che necessiterebbe di ben più attenzione – la giurisprudenza amministrativa è pacifica nel ritenere che l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto, a tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico, può essere soggetta al sindacato del giudice amministrativo, solo sotto il profilo della sua logicità, in relazione alla rilevanza dei fatti accertati e, pertanto, nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere, dei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti».

[38] Tra cui, sicuramente, Corte Cost., n. 57/2020, cit., ove si afferma che il controllo giurisdizionale non dovrebbe limitarsi all'estrinseca razionalità del provvedimento, ma, invece, procedere «ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza». Ancora, il riferimento alla *full jurisdiction* è stato operato da Cons. St., sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, secondo cui il sindacato giurisdizionale «è pieno ed effettivo, in termini di *full jurisdiction*, anche secondo il diritto convenzionale, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindaca anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa».

[39] In particolare, circa il rapporto tra interdittive antimafia e *full jurisdiction* si richiama

della nozione di *full jurisdiction* di derivazione europea (e approfondita da attenta dottrina[40]), il proprio sindacato sull'ampia discrezionalità esercitata dalla prefettura nei procedimenti in materia di documentazione antimafia[41].

4. *Segue*. L'art. 92, c. 2-*quater*, del codice antimafia: una sorta di *self cleaning* "preventivo"?

Un'ulteriore, interessante, novità introdotta dalla riforma del 2021 – e connessa, ancora una volta, al contraddittorio procedimentale di cui si è trattato – è quella di cui all'art. 92, c. 2-*quater* del codice antimafia, ove si sta-

la bella ricostruzione operata da F. Giacalone, *Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?*, cit., 54-60.

[40] Si richiamano, tra gli altri, F. Goisis, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Riv. proc. amm*., 2015; A. Police*, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, 408 ss.; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative, tra diritto nazionale ed europeo,* Torino, Giappichelli, 2018; Id., *Il concetto di* full jurisdiction *e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2.

[41] A favore di tale linea interpretativa, ad esempio, si richiama la sentenza Cons. St., sez. III, 23 dicembre 2022, n. 11265, ove il Collegio afferma che «a tenere insieme le tessere di un mosaico interpretativo estremamente complesso, a garanzia anche delle esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità dei criteri decisori cui il giudice adito deve ispirare la soluzione del caso ad esso di volta in volta sottoposto, ed a garantire il collegamento tra l'*acquis* ermeneutico frutto della citata stratificazione giurisprudenziale maturata in materia e le specifiche peculiarità della fattispecie esaminata, sono – e non possono non essere – i principi generali che alimentano il sindacato giurisdizionale degli atti espressivi della discrezionalità della P.A., i quali ne limitano – nelle modalità, ma non necessariamente nella profondità del conseguente controllo di legittimità – la capacità di penetrazione alla verifica della adeguatezza istruttoria, della logicità dello sviluppo argomentativo, della ragionevole consequenzialità delle conclusioni rispetto alle premesse, quali si evincono non solo dalla motivazione del provvedimento interdittivo, ma anche dal relativo procedimento formativo e dal materiale istruttorio in esso acquisito». Sulla stessa linea, si richiama anche la recente sentenza Cons. Stato, 27 giugno 2024, n. 5686, ove si ricorda che «il sindacato giurisdizionale logicamente esercitabile sull'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto nell'adozione dell'interdittiva antimafia, pur pieno e profondo, non può spingersi fino a sostituire alle non illogiche deduzioni e valutazioni della competente Autorità amministrativa quelle dell'organo giudicante: come ribadito dalla citata giurisprudenza, […] nell'esercizio di tale sindacato il giudice non può e non deve sostituirsi alla competente Autorità di pubblica sicurezza nel giudizio discrezionale sulla sussistenza o meno dei presupposti per l'adozione dell'informativa sfavorevole».

bilisce che «nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al c. 2-*bis* e la conclusione della procedura in contraddittorio, il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia».

Come segnalato da attenti commentatori, la disposizione in parola si presta a diverse soluzioni ermeneutiche: d'un canto, può essere interpretata come il tentativo di elevare il «*self cleaning* da strumento utilizzabile soltanto per ottenere l'aggiornamento di un'interdittiva già emanata, com'era in passato, a meccanismo che opera in sede endoprocedimentale, così da permettere all'operatore economico di ripristinare in autonomia una situazione di piena legalità senza mai subire gli effetti restrittivi dell'informazione»[42]; d'altro canto, però, potrebbe anche essere interpretata in senso restrittivo e meno garantistico nei confronti degli operatori economici, «escludendosi, letteralmente, che le [ossia le operazioni descritte dalla disposizione in commento] si possa porre a fondamento di un'informazione liberatoria o dell'applicazione di una misura di prevenzione collaborativa»[43].

A parere di chi scrive, sebbene sussistano senza dubbio ragioni a favore della prima interpretazione, più garantista e aperta alla possibilità di evitare l'applicazione dell'informazione interdittiva antimafia, vi sono alcuni elementi che potrebbero indurre a propendere nella seconda direzione.

Indubbiamente sussiste, come già rilevato, un elemento letterale alquanto evidente, posto che i comportamenti e i mutamenti societari cui fa riferimento il c. 2-*quater* del menzionato articolo possono essere tenuti in considerazione «ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva an-

[42] F. Giacalone, *Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell"emergenza criminale"?*, cit., 67; sul punto, si richiama anche M. Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. web*, 2021, n. 11, 8.

[43] F. Giacalone, *Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell"emergenza criminale"?*, cit., 67, ove si richiama anche, in questa direzione, la posizione di A.M. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, n. 1, 165 ss.

timafia». Se il legislatore avesse voluto introdurre la possibilità di adottare misure di *self cleaning* durante la fase del contraddittorio, al fine di evitare l'applicazione della normativa antimafia, avrebbe certamente potuto utilizzare una formula più chiara e immediata, che comprendesse il riferimento alla progressività delle misure applicabili, nonché alla possibilità di adottare *tout court* l'informazione liberatoria a seguito dei mutamenti organizzativi disposti dall'impresa.

In secondo luogo, poi, deve tenersi in conto che l'applicazione dell'interdittiva si fonda su di una valutazione discrezionale operata in base ad un ragionamento induttivo e probabilistico che non impone di raggiungere la certezza dell'accertamento, ma, piuttosto, un attendibile grado di verosimiglianza del medesimo, di modo che esso possa dirsi quantomeno «più probabile che non»; il fatto che, nell'immediatezza dell'adozione del provvedimento interdittivo oppure, oggi, nel corso del procedimento che potrebbe condurre a tale esito, vengano adottate misure organizzative, anche molto rilevanti, da parte delle imprese o società coinvolte non è un elemento capace di far venire meno il pericolo dell'infiltrazione mafiosa nell'operatore economico che aspira ad entrare in rapporti contrattuali con l'amministrazione. Anzi, a maggior ragione ciò non potrebbe avvenire a seguito della novella del 2021, nell'ambito del contraddittorio endoprocedimentale, la cui rapidità pare incompatibile con la possibilità che un immediato "rimpasto" societario possa far ritenere superata ogni incertezza circa la legalità dell'operare del soggetto; posto, inoltre, che il contraddittorio in discussione si apre soltanto nel momento in cui l'autorità prefettizia ha già chiuso le proprie attività conoscitive e si è certamente già costituita un'idea di quale possa essere la situazione in cui versa l'impresa (salvo dovere poi tenere in considerazione gli elementi emergenti dall'interlocuzione con l'operatore economico al fine di calibrare correttamente il proprio provvedimento, ove necessario).

Quanto appena affermato, pare trovare conferma pure nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato[44], che – nell'ambito di un'interdittiva rilasciata per via di un rapporto di stretta collaborazione dell'impresa con un soggetto vicino agli ambienti malavitosi – ha ritenuto che l'allontana-

[44] Cons. St., sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, annotata da C. Filicetti, Self cleaning *e interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020, ove si afferma che «la presenza di […] persone ambigue, seppur rimosse, costituiscono un dato ancora attuale che pienamente giustificano la valutazione, compiuta dalla Prefettura in ordine a quegli elementi sintomatici e indiziati del probabile coinvolgimento dell'associazione in situazioni limite e ragionevolmente, dunque, il Prefetto ha ritenuto che fosse ancora "più probabile che non" la vicinanza della società agli ambienti della criminalità organizzata».

mento di tale soggetto dalla compagine dell'Associazione, nel momento immediatamente successivo all'adozione del provvedimento interdittivo, non rappresentasse elemento in sé sufficiente a rendere certa la ritrovata legalità dell'operatore, supportando, invece, la legittimità del provvedimento prefettizio di conferma dell'informazione interdittiva, seguito alla richiesta di aggiornamento che era stata effettuata dal privato. Come precisato in dottrina, infatti, «non è certamente l'allontanamento, intervenuto a soli pochi giorni di distanza dall'adozione della stessa interdittiva, a dare piena garanzia dell'effettiva netta cesura dai contesti mafiosi»[45]. Tantomeno, potremmo dire, se le misure vengono adottate in pendenza del rapido contraddittorio procedimentale previsto dal novellato codice antimafia.

Ancora, volendosi spingere un poco oltre, l'adozione di rilevanti misure organizzative nel momento immediatamente successivo alla contestazione degli accertamenti prefettizi potrebbe essere interpretato a sfavore del soggetto sotto procedimento, divenendo un ulteriore indizio a carico dell'ipotesi di compromissione del medesimo. Sul punto, non deve dimenticarsi, infatti, come parte della giurisprudenza ritenga che «alcune operazioni societarie possono disvelare un'attitudine elusiva della normativa antimafia»[46].

Inoltre, deve mettersi in evidenza come nei casi in cui si applicano le misure di prevenzione collaborativa (di cui si dirà meglio a breve) oppure il controllo giudiziario – ossia quelli in cui la valutazione delle autorità coinvolte propende per l'occasionalità dell'infiltrazione – gli strumenti volti a controllare e risanare gli operatori economici sotto procedimento non prevedono la sostanziale modifica dei loro assetti di *governance*, né, come confermato dalla dottrina, è prevista «la temporanea sostituzione del *management* con l'amministratore giudiziario, ma si sostanzia nell'imposizione di una serie di prescrizioni e obblighi nei confronti dell'ente, a partire da oneri comunicativi all'autorità giudiziaria»[47]. Lo stesso vale, essenzialmente, per le misure di prevenzione collaborativa. L'idea di fondo, infatti, è che le menzionate misure debbano essere utili ad intercettare le situazioni di infiltrazione occasionale, in cui, soprattutto in determinate aree del territo-

[45] *Ibidem*.

[46] Cons. St., n. 3945/2020. Ma anche Cons. St., sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707; Cons. St., sez. III, 7 marzo 2013, n. 1386.

[47] A.M. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, cit., 134, ove si precisa che, al più, è possibile «che l'amministratore [così impropriamente denominato] possa imporre "d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231" e quindi di munirsi dei modelli organizzativi volti a prevenire il rischio reato e, in particolare, il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi».

rio, l'operatore economico è sovente la prima vittima delle pressioni della criminalità organizzata, per cui un semplice regime di controllo da parte dell'autorità pubblica è sufficiente a riportare il soggetto nell'alveo della legalità. Le operazioni (di cui *supra*) indicate dal nuovo c. 2-*quater*, art. 92 del codice antimafia non paiono compatibili con una situazione di tal fatta, risultando, invece, più utili come indicatore di una situazione di maggiore compromissione dell'attività economica coinvolta.

Pertanto, se, da un lato, il contraddittorio endoprocedimentale obbligatorio introdotto dal d.l. n. 152/2021 ha sicuramente l'obiettivo[48] di integrare l'attività conoscitiva della prefettura tramite l'apporto dell'operatore economico, al fine di evitare provvedimenti non necessari, spesso estremamente lesivi, creando, al contempo, le condizioni per la massima partecipazione possibile delle imprese ai bandi PNRR; d'altro canto è evidente che esso non possa diventare, anche in ragione della dilazione temporale che determina, una *chance* di elusione della normativa antimafia.

In altri termini, l'obiettivo della partecipazione procedimentale, di grandissima importanza, dovrebbe essere quello di permettere una valutazione prefettizia quanto più accurata e pertinente possibile rispetto all'attualità della situazione di rischio e non di ammettere gli operatori economici infiltrati alla possibilità di un repentino e strumentale mutamento organizzativo che non garantisce affatto il superamento della situazione di rischio.

In un certo senso, la fase di risanamento dell'impresa o della società, altrettanto importante, appartiene ad un momento successivo, che richiede anche il tempo di poter monitorare attentamente il processo di reinserimento dell'operatore economico all'interno del mercato legale. Non è un caso, infatti, che il controllo giudiziario e le misure di prevenzione collaborativa, nell'ambito delle quali l'impresa «è tenuta ad adottare modelli aziendali orientati all'auto accreditamento della propria affidabilità imprenditoriale (*self cleaning*) e a fornire comunicazioni inerenti la propria vita economica e imprenditoriale»[49], siano sottoposti non solo ad un termine massimo (tre anni per il controllo giudiziario e un anno per la prevenzione collaborativa), ma anche ad un termine minimo, rispettivamente di un anno, nel primo caso, e sei mesi nel secondo.

In definitiva, per le ragioni che si sono esposte (quantomeno a parere di chi scrive) il nuovo c. 2-*quater*, art. 92 del codice antimafia non pare rappre-

[48] Oltre, ovviamente, a quello di ricondurre l'istituto dell'interdittiva entro i principi del giusto procedimento di matrice europea e costituzionale.

[49] Cons. St., sez. III, 7 giugno 2024, n. 5099.

sentare tanto un ipotesi di *self cleaning* "preventivo", bensì una disposizione che scoraggia le imprese infiltrate dallo sfruttare il tempo del contraddittorio a fini elusivi, ponendo, invece, l'accento sulla sua funzione collaborativa, volta ad accertare il livello di rischio con la massima accuratezza possibile e, conseguentemente, ad adottare i provvedimenti più opportuni e proporzionati alla situazione, anche grazie alla maggiore progressività introdotta dal legislatore del 2021.

5. *Segue*. La c.d. prevenzione collaborativa

Infine, ai presenti fini, l'ultima modifica al codice antimafia d'interesse è quella riguardante la c.d. prevenzione collaborativa. Se, infatti, in esito al contraddittorio, il prefetto non procede al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria, è possibile che disponga l'applicazione delle misure di cui all'art. 94-*bis*, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale.

La riforma, perciò, mira ad «evitare che le procedure e i lavori si blocchino anche in caso di marginale infiltrazione mafiosa»[50], permettendo al prefetto, ove accerti che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, di prescrivere all'impresa l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più misure cautelari[51].

[50] M.R. Magliulo, *Il P.N.R.R.: l'importanza del contraddittorio preventivo per agevolare la prevenzione antimafia*, cit., 1451.

[51] In particolare: «a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma».

Avvalendosi delle parole del Consiglio di Stato, «con la prevenzione collaborativa si struttura un nuovo modello collaborativo con il mondo produttivo che modula l'afflittività della misura preventiva antimafia in relazione all'effettivo grado di compromissione dell'impresa rispetto al contesto criminale. L'impresa raggiunta dal provvedimento, pur continuando ad operare nel proprio settore economico, preservando i propri contratti d'appalto, è tenuta ad adottare modelli aziendali orientati all'auto accreditamento della propria affidabilità imprenditoriale (*self cleaning*) e a fornire comunicazioni inerenti la propria vita economica e imprenditoriale che consentiranno ai componenti del Gruppo Interforze Antimafia di monitorare il suo comportamento operativo, escludendo in tal modo che possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa»[52].

È certamente interessante indagare il motivo per cui il legislatore abbia ritenuto necessario introdurre una misura amministrativa che ricalca, nelle sue linee essenziali, il controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* del codice antimafia.

Una ragione, tra le altre, risiede evidentemente nelle particolari esigenze legate al Pnrr: i tempi di accesso al controllo giudiziario, infatti, sono mediamente piuttosto lunghi; la prevenzione collaborativa, invece, è soggetta a termini molto più brevi, legati al contraddittorio procedimentale introdotto dalla novella del 2021. Pertanto, evidentemente, il nuovo istituto mira ad evitare che la realizzazione delle opere Pnrr sia automaticamente bloccata nei casi meno gravi e più dubbi; e fare in modo che l'accesso controllato alle gare, delle società a rischio, avvenga entro termini compatibili con gli obiettivi del Piano. Se la strumentalità diretta della riforma a quest'ultimo è evidente, si deve notare, anche, che essa apporta un avanzamento che potenzialmente permetterebbe di risolvere le critiche che, pure recentemente, sono state mosse ad un sistema di prevenzione impostato quasi unicamente sullo strumento interdittivo, che, anche in ragione dei tempi del controllo giudiziario, rischiava spesso di pregiudicare definitivamente la sorte delle imprese attinte dal provvedimento prefettizio.

Come posto in evidenza da attenti studiosi della materia, tuttavia, la novella non è priva di problematiche: il principale riflesso sistematico della nuova misura riguarda i rapporti tra prevenzione amministrativa e penale e sulla necessarietà di quel "ponte" – costituito dal controllo giudiziario a domanda – che le norme prevedono tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario.

Oggi, infatti, qualora il rischio infiltrativo sia occasionale, il prefetto

[52] Cons. St., n. 5686/2024, par. 7.

dovrebbe optare automaticamente per la misura collaborativa e non per l'interdittiva. Allo stato della normativa, però, se il prefetto decide di applicare lo strumento interdittivo (fondato su una valutazione di non occasionalità dell'agevolazione mafiosa), è ancora possibile per l'impresa richiedere il controllo giudiziario (fondato su una valutazione di occasionalità), con il rischio di fare del controllo giudiziario un istituto volto a criticare la legittimità del provvedimento interdittivo[53], «circostanza quest'ultima che certamente acuirà le problematicità legate al rapporto tra giudizio penale e giudizio amministrativo, a detrimento del giudizio amministrativo, che rischia di essere svuotato per divenire, nella sostanza, una condizione di procedibilità del controllo giudiziario»[54].

Le comprensibili perplessità poc'anzi richiamate, tuttavia, possono ritenersi sdrammatizzate a seguito dell'intervento, nel 2023, dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato[55], la quale, esprimendosi proprio sul problema del rapporto tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziale, ha rigettato l'ipotesi, espressa nell'ordinanza della sezione rimettente, per cui «il vincolo genetico della procedura di controllo giudiziario […] assumerebbe quindi le caratteristiche di una condizione di procedibilità della procedura […] e la sospensione necessaria del processo sarebbe lo strumento attraverso cui regolare i rapporti tra i due istituti secondo le rispettive finalità»[56].

L'adunanza, infatti, ritiene, in primo luogo, che sotto il profilo letterale nessuna disposizione è stata prevista «per regolare i rapporti tra l'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario. Con argomentazione *a contrario* è dunque evincibile l'assenza di condizionamenti reciproci tra i due istituti ulteriori rispetto alla connessione genetica»[57]; in secondo luogo, pone in evidenza la differenza fondamentale sottostante il provvedimento

[53] Come acutamente osservato da G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, cit., 7: «Oggi, a seguito della novella, se l'informativa è emessa è perché il Prefetto ha valutato il rischio infiltrativo come permanente e non già come occasionale. La domanda di controllo giudiziario proposto dall'imprenditore al Tribunale della prevenzione penale è dunque tesa a "criticare" l'informativa, non più a dimostrarne la mera sussistenza quale condizione di accessibilità alla misura del controllo giudiziario. In altri termini al G.O. viene indirettamente chiesto un sindacato incidentale sulla legittimità dell'informativa, seppur ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione».

[54] *Ibidem*, cit.

[55] In merito alla sentenza in parola, si richiama il lavoro di R. Rolli, V. Bilotto e F. Bruno, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'adunanza plenaria mette la parola fine (?) Al dibattuto rapporto tra i due istituti*, in *Ratio Iuris*, 2023.

[56] Cons. St., ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 7.

[57] *Ivi*, cit.

prefettizio (e il relativo giudizio) ed il controllo giudiziario, il quale si contraddistingue per l'aspirazione sanante di cui invece è scevra l'informazione interdittiva; di talché, anche il tipo di valutazione svolto dalle due autorità in questione, che peraltro si fonda su elementi non sempre coincidenti, mira in direzioni diverse e, pertanto, il rapporto tra il giudizio amministrativo concernente la legittimità del provvedimento prefettizio e il controllo giudiziario è di reciproca autonomia. Perciò, la domanda di controllo giudiziario proposta al Tribunale della prevenzione penale non può assumere valore di critica al provvedimento interdittivo, posto che quest'ultimo rappresenta la "fotografia" statica di una certa situazione, in un determinato momento, dell'impresa attinta, mentre nella valutazione del Tribunale convergono altri elementi, tra cui le potenzialità di reintegrazione nel mercato della medesima.

In altre parole, semplificando ai minimi termini, la ponderazione concernente la permanenza o l'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa svolta dalla prefettura non è la stessa che viene svolta dal Tribunale per la prevenzione penale in sede di ammissione o meno al controllo giudiziario, ma sono due decisioni autonome, basate su parametri diversi e improntate a fini differenti[58]. Quanto appena affermato pare trovare conferma anche nell'ambito di recenti pronunce del Consiglio di Stato, ove si afferma, ad esempio, che «in base alla giurisprudenza della Sezione (23 novembre 2021, n. 7855; 4 febbraio 2021, n. 1049; 11 gennaio 2021, n. 338), la valutazione del giudice della prevenzione penale si fonda su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio, e rispetto ad essa si colloca in un momento successivo»[59].

In chiusura al presente paragrafo pare interessante svolgere un'ulteriore considerazione, sottolineando la sinergia che sussiste tra le due principali

[58] Sul punto si rimanda anche a R. Rolli e M. Maggiolini, *Accertamento penale e valutazione amministrativa: pluriformi verità (nota Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decreto presidenziale n. 544 del 3 agosto 2021)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

[59] Cons. St., n. 5099/2024, par. 9.5, ove si precisa, inoltre, che «pretendere di sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio alla luce delle risultanze della (successiva) delibazione di ammissibilità al controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da (probabili) infiltrazioni criminali, appare dunque operazione doppiamente viziata: perché inevitabilmente diversi sono gli elementi (anche fattuali) considerati – anche sul piano diacronico – nelle due diverse sedi, ma soprattutto perché diversa è la prospettiva d'indagine, *id est* l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2024, n. 3391)».

novità introdotte in materia dal d.l. n. 152/2021: il contraddittorio endoprocedimentale e la prevenzione collaborativa.

Se, infatti, come si è cercato da ultimo di argomentare, il problema che si viene a porre con riferimento a quest'ultimo istituto non è tanto, soprattutto a seguito dei chiarimenti giurisprudenziali occorsi, quello concernente il rapporto tra la prevenzione amministrativa e quella penale – le quali, pur ponendosi lungo un continuum logico e temporale, si basano su presupposti e valutazioni diversi –, la criticità che, invece, non pare affatto trascurabile riguarda l'ampia discrezionalità di cui gode la prefettura nella scelta tra i diversi strumenti a sua disposizione e la limitatezza del relativo sindacato del giudice amministrativo, che, come più volte rimarcato, non può che limitarsi alla logicità e alla coerenza della motivazione prefettizia, anche con riferimento, oggi, alla scelta di adottare l'interdittiva anziché e misure di prevenzione collaborativa.

Sotto questo punto di vista, il contraddittorio endoprocedimentale svolge un ruolo di primaria importanza sotto due, complementari, punti di vista: da un lato, ove violato senza congrua giustificazione, permette al giudice di individuare e "sanzionare" immediatamente un elemento che necessariamente influisce sulla possibilità per l'imprenditore di avvalersi delle meno gravose misure collaborative, rimettendo la questione all'autorità prefettizia; dall'altro lato, ove svolto, permette di far confluire all'interno della documentazione procedimentale elementi conoscitivi che costituiscono un "appiglio" fondamentale per il giudice che si trovi a sindacare, pur senza impingervi nel merito, la decisione dell'amministrazione di rispetto al tipo di provvedimento concretamente adottato.

6. Considerazioni a carattere conclusivo

In chiusura del presente scritto, nell'ambito del quale si sono affrontate, seppur nelle loro linee essenziali, le principali novità introdotte dalla normativa di attuazione del PNRR (d.l. n. 152/2021, convertito in l. n. 233/2021) in materia di documentazione antimafia, anche con il sostegno fornito dalla più recente giurisprudenza amministrativa, è certamente d'uopo una considerazione finale, che, al di là dei singoli profili che si sono analizzati, ponga in una più ampia prospettiva evolutiva il sistema di contrasto all'infiltrazione mafiosa nelle imprese recentemente consolidatosi e arricchitosi.

Si è detto che ai fini dell'adozione dell'interdittiva occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico/presuntivi dai quali, secondo un giudizio prognostico

latamente discrezionale, sia deducibile il pericolo[60] di ingerenza da parte della criminalità organizzata[61].

Ancora, «il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento», ragione per cui la «funzione di "frontiera avanzata" dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini»[62].

Ebbene, emerge, pertanto, con evidenza come ci si trovi di fronte ad un modello operativo essenzialmente riconducibile a quel complesso e sempre più frequentemente menzionato paradigma che prende il nome di amministrazione del rischio: in questo caso quello concernente il fenomeno della

[60] Incidentalmente, è interessante richiamare una recente sentenza che pone in risalto la circostanza per cui, invero, il presupposto delle misure di prevenzione non sia il "pericolo" quanto il "tentativo". Sul punto, infatti, Tar Liguria, Genova, sez. I, 10 luglio 2024, n. 497, afferma che «[i]l presupposto di adozione dell'interdittiva, in linea con la sua funzione preventiva, è costituito dal "tentativo" di infiltrazione mafiosa nell'impresa previsto dall'art. 84, comma 3, del Codice. Quest'ultimo, invero, non fornisce la nozione di tale tentativo e non sembra possibile mutuare la definizione prevista dall'art. 56 del Codice penale (atti idonei e diretti in modo non equivoco a determinare l'evento), atteso che la natura preventiva della misura rende problematica la sua assimilazione agli istituti penalistici aventi finalità sanzionatorie, che riguardano la commissione di reati (e tra questi i soli "delitti") e sono connotati da elementi psicologici, materiali e di offensività non trasponibili nel diritto della prevenzione. Esclusa l'assimilabilità con la figura penalistica, la definizione del tentativo di cui all'art. 83, comma 3 in questione deve avvenire sulla base dell'esegesi sistematica della normativa del Codice, la quale è permeata dai principi di tutela preventiva dell'ordinamento pubblico economico, di libertà di impresa e di concorrenza, nonché di liceità delle attività imprenditoriali, con previsione di misure cautelative e di tutela anticipata limitative delle attività economiche che siano svolte in modo da mettere in pericolo i suddetti beni protetti (cfr. le misure indicate sopra al punto b). In siffatta prospettiva, il "tentativo di infiltrazione", sebbene sia definito dalla legge solo "teleologicamente" non coincide con il "pericolo di infiltrazione", ossia con una semplice probabilità di infiltrazione (che, come si vedrà, può rilevare ai soli fini della verifica di idoneità offensiva del tentativo di infiltrazione nel realizzare il condizionamento delle scelte dell'impresa), ma consiste in un'attività». Su questo stesso tema, si rimanda anche a R. Greco, *La giurisprudenza del Consiglio di Sato in tema di misure antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024.

[61] Cons. St., n. 5686/2024, par. 5, ove si precisa, ancora, che «detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri […]. Ciò che connota la regola probatoria del "più probabile che non" non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'inferenza logica, sicché, in definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico».

[62] *Ibidem*.

penetrazione mafiosa nel mercato e nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.

L'ingentissima iniezione di fondi pubblici dovuta all'approvazione e all'attuazione del PNRR non ha fatto altro che far trasparire con maggiore chiarezza la tensione, tipica di ogni contesto in cui l'amministrazione è posta di fronte alla gestione di un rischio, tra l'esigenza di contenere possibili gravi danni al bene tutelato, in questo caso la legalità del mercato e l'integrità della pubblica amministrazione, e quella, opposta, di evitare di comprimere eccessivamente diritti e libertà fondamentali quali, nel contesto in parola, la libertà di iniziativa economica privata tutelata, innanzitutto, dall'art. 41 Cost.[63].

Di conseguenza, affinché si possa raggiungere un grado adeguato di effettività della disciplina, è fondamentale che vi sia coerenza tra i principi che la dovrebbero ispirare e gli strumenti a disposizione delle autorità preposte alla sua applicazione concreta.

Dal primo punto di vista, la prevenzione amministrativa dell'infiltrazione mafiosa, così come la si è descritta, non può che essere ispirata dal principio cardine dell'amministrazione del rischio, quello di precauzione, nonché dai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Il che, in prospettiva generale, è sempre stato chiarissimo a partire dalla ricostruzione operata dalla giurisprudenza e dalla dottrina dell'informazione interdittiva antimafia, intesa quale strumento, dal fine cautelare e dall'efficacia temporalmente limitata, facente funzione di «frontiera avanzata di tutela» nei confronti di un fenomeno estremamente radicato su tutto il territorio italiano.

Dal punto di vista degli strumenti a disposizione dell'autorità prefettizia, però, il sistema di prevenzione, quantomeno a parere di chi scrive, ha per molto tempo scontato gli effetti di una netta incoerenza rispetto ai già menzionati principi ispiratori; innanzitutto, per via dell'assenza di progressività e partecipazione che lo hanno caratterizzato. Il che ha condotto, come ovvio, gli interpreti a profilare la necessità di recuperare l'equilibrio perduto tramite il rafforzamento del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni prefettizie[64].

A ben vedere, tuttavia, quest'ultimo non è un risultato auspicabile, posto che nell'ambito di ogni forma di amministrazione del rischio, ove si rendono necessarie rapidità d'azione, flessibilità e "riflessività" degli inter-

[63] Esattamente come accade in altri settori del diritto amministrativo, quale quello ambientale, in cui si pone la necessità di bilanciare la tutela della salute, degli ecosistemi e della biodiversità con l'esigenza di garantire lo sviluppo territoriale, economico e sociale delle comunità.

[64] Sul punto, si rimanda a quanto già ripercorso *supra*, nel corso della trattazione.

venti, la protagonista indiscussa dovrebbe essere proprio l'amministrazione pubblica, che, a seguito dello svolgimento di adeguata attività conoscitiva, dovrebbe essere posta nelle condizioni di adottare il provvedimento più opportuno, proporzionato e ragionevole rispetto alla condizione contingente, nonché di aggiornare il primo al mutare della seconda.

Con la riforma del 2021, il legislatore ha senza dubbio posto le basi di un sistema più coerente, in cui alla diversità dei presupposti corrispondono misure progressivamente sempre più stringenti per gli operatori economici, di modo che l'intervento maggiormente incidente sulle libertà fondamentali (nel caso di specie l'informazione interdittiva sulla libertà di iniziativa economica) in rilievo corrisponda ad una sorta di *extrema ratio* dell'ordinamento, limitata ai casi più gravi.

Il concreto successo dell'architettura in questione dipende, perciò, dall'uso che le prefetture fanno e faranno in futuro della loro estesa discrezionalità, calibrando il notevole potere di cui dispongono secondo proporzionalità e ragionevolezza. Laddove ciò non avvenisse e il peso di dare applicazione alla disciplina si spostasse sul processo amministrativo, quale sede di recupero delle garanzie perse a livello procedimentale e di concreto bilanciamento delle posizioni in campo, ci si troverebbe, di fatto, davanti ad un fallimento dell'ordinamento, che avrebbe tradito l'esigenza fondamentale che informa il settore in parola: decidere rapidamente quali soggetti possano instaurare rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni, senza che detta rapidità si traduca in un eccesso di cautela, negativo per il mercato nel suo complesso, né, tantomeno, in un arretramento rispetto alla lotta al fenomeno mafioso.

In chiusura, ancora una riflessione di carattere generale che, in qualche modo, prendendo spunto da quest'ultima suggestione concernente l'applicazione del principio di precauzione nell'ambito in parola, riconnette tutti gli elementi sino ad ora trattati.

Comunque lo si voglia vedere e ricostruire, il sistema di prevenzione antimafia nel suo complesso è costituito, d'un canto, dal vasto insieme di attività conoscitive e valutative svolte dalle diverse autorità che possono venire in gioco e, d'altro canto, da un ventaglio, oggi più ampio, di provvedimenti dalle medesime adottabili.

Pertanto, i due poli della questione consistono, oggi, nella valutazione dell'occasionalità o della permanenza dei tentativi d'infiltrazione – eseguita necessariamente sulla base di parametri non tipizzabili a monte – e nel rapporto tra queste operazioni di valutazione, svolte da autorità diverse, e i relativi provvedimenti.

In altri termini, uno degli elementi più critici della materia in parola

consiste tutt'ora – e, forse, oggi più che in passato – nella difficoltà di afferrare, peraltro a cavallo di due sistemi di prevenzione, quello penale e quello amministrativo, fondamentalmente diversi, le sfuggenti nozioni di occasionalità e permanenza che sono direttamente funzionali all'adozione del provvedimento proporzionato alla situazione concreta.

Come si è visto, praticando un opportuno e proverbiale «taglio gordiano», l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha separato la sfera penale e la sfera amministrativa: decisioni diverse, adottate sulla base di parametri e finalità differenti; al punto che una fattispecie considerata meritevole dell'adozione di un provvedimento interdittivo (che, quindi, presuppone un pericolo di infiltrazione permanente) da parte della prefettura, ben potrebbe proseguire con l'ammissione al controllo giudiziario (che, quindi, presuppone un pericolo di infiltrazione occasionale) da parte del Tribunale per la prevenzione penale.

Quest'ultimo elemento, si può ricollegare, a parere di chi scrive, ad una considerazione che riguarda l'applicazione del principio di precauzione in tutti gli ambiti che hanno a che fare con il rischio. Come è stato rimarcato dalla dottrina che se ne è occupata, «il principio di precauzione […] non fornisce, di per sé, una regola per decidere, quanto piuttosto una regola di procedere», cosicché il suo fondamento consiste «nell'organizzazione delle procedure, nei cui canali si convogliano le valutazioni […] che fondano il ricorso alla misura cautelativa»[65].

Ebbene, con riguardo al tema della prevenzione antimafia, quanto poc'anzi affermato pone uno spunto di non poco momento: la valutazione concernente l'occasionalità o la permanenza del rischio infiltrativo, a bene vedere, è operata non solo alla stregua degli elementi indizianti, non tipizzati, né tipizzabili, su cui normalmente si focalizzano i ricorsi, bensì, anche, sulla base degli strumenti, dei "canali" e delle procedure che l'ordinamento mette a disposizione delle diverse autorità: in una data situazione concreta, la propensione per l'occasionalità espressa dal giudice penale dipende anche dalla strutturazione, dalle tempistiche e dagli strumenti di controllo che costituiscono l'impianto del controllo giudiziario. La medesima fattispecie, invece, può condurre la prefettura ad una valutazione di permanenza anche in ragione delle procedure e degli strumenti che essa ha a disposizione.

In altre parole, la concreta strutturazione dei rimedi cautelativi previsti dall'ordinamento incide sulla valutazione di permanenza/occasionalità

[65] M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *Federalismi.it*, 2006, n. 25, 103 ss.

dell'infiltrazione unitamente agli elementi di fatto e agli indizi che, ovviamente, devono sempre essere tenuti in considerazione.

Quanto affermato, a parere di chi scrive, può rappresentare uno spunto d'interesse sia per le autorità in sede di esercizio della loro discrezionalità, di modo che gli strumenti a disposizione siano tenuti in considerazione al fine di adottare un provvedimento cautelativo proporzionato, sia per il legislatore, ove debba intervenire sull'organizzazione delle procedure di prevenzione e sui reciproci rapporti.

Abstract

The contribution aims to analyze the main innovations introduced by Legislative Decree no. 152/2021 in the field of administrative anti-mafia prevention. In particular, once the reform has been inserted into the evolutionary context of reference, the work focuses on the analysis of the procedural adversarial system referred to in art. 92, c. 2-bis, of the Anti-Mafia Code, of the (supposed) self-cleaning measures, referred to in art. 92, c. 2-quater, and of the so-called "collaborative prevention" provided by the new article 94-bis of the same legislation. Finally, on the basis of this reconstructive analysis, some general considerations on the evolution of the subject will be derived.

SAGGI

Giovanni Mulazzani

LA *GOVERNANCE* MULTILIVELLO NELL'ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA DOPO LA REVISIONE: IL RUOLO DELLO STATO NELL'"AMMINISTRAZIONE DISAGGREGATA"

Sommario: 1. Premessa. – 2. La *governance* multilivello fortemente accentrata a livello statale nell'attuazione del Pnrr. – 3. La marginalizzazione del ruolo delle regioni ed i rapporti tra centro e periferia. – 4. Il potere sostitutivo come clausola di supremazia statale e l'apparato dei controlli della Corte dei conti. – 5. L'opera di rafforzamento della capacità amministrativa. – 6. Il parallelismo tra l'"amministrazione disaggregata" stabile e ordinaria e l'"amministrazione di missione" temporanea e straordinaria. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

La sfida in ordine all'attuazione nei tempi prestabiliti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr)[1] sulla base del programma *NextGenerationEU*, istituito dal reg. Ue n. 241/2021 del 12 febbraio 2021, da un lato, si iscrive tra le priorità dell'agenda politica del Governo al fine di rispettare gli impegni assunti in sede europea. Dall'altro lato, l'attuazione del Pnrr rappresenta una prova generale di tenuta ovvero di capacità complessiva dell'assetto istituzionale ed in particolare amministrativo di attuare precisi indirizzi di carattere politico, in ordine a politiche di sviluppo e di crescita economica con la realizzazione dei progetti finanziati dalle risorse europee.

Sotto il profilo concernente la natura giuridica del Piano[2] ed i suoi

[1] Per un inquadramento sul Pnrr si v. tra gli altri L. Fiorentino, *Il Piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689 ss.; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale, un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, n. 8-9, 1025 ss.; P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, B.P. Amicarelli, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano e A. Renzi, *I Piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1137 ss.

[2] Per la ricostruzione del dibattito circa la natura giuridica del Pnrr si v. N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, paper - 15 febbraio 2023, in *federalismi.it*, 4 ss.

effetti sul riparto delle risorse, si è ricordato in dottrina che esso appare riconducibile alla categoria degli atti di indirizzo di carattere vincolante, inseriti pienamente nella linea di sviluppo dei procedimenti euronazionali[3].

Nel 2023 è intervenuta una revisione del Pnrr, disposta sulla base di una proposta pervenuta da parte del governo alla Commissione europea il 7 agosto 2023, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 21[4], reg. Ue n. 241/2021, in materia di procedure di revisione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza, al fine di tenere conto di «circostanze oggettive»[5] suscettibili di pregiudicare il conseguimento di alcune riforme o investimenti, così come inizialmente prefigurati. L'8 dicembre 2023 con la decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea n. 16051[6] è stata definitivamente approvata la riprogrammazione del Piano[7].

[3] Si v. G. Rivosecchi, *Gli obiettivi, le riforme e la ripartizione dei fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, a cura di P. Bilancia, Bologna, il Mulino, 2024, 76 ss.; N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime considerazioni*, in *federalismi.it*, 2022, n. 23, 4 ss.

[4] Cfr. art. 21, reg. Ue n. 241/2021, prevede al par. 1) che «Se il Piano per la ripresa e la resilienza, compresi i pertinenti traguardi e obiettivi, non può più essere realizzato, in tutto o in parte, dallo Stato membro interessato a causa di circostanze oggettive, lo Stato membro interessato può presentare alla Commissione una richiesta motivata affinché presenti una proposta intesa a modificare o sostituire le decisioni di esecuzione del Consiglio» con cui è stato approvato il PNRR presentato dallo Stato membro». A norma del par. 2), art. 21, «Se ritiene che i motivi addotti dallo Stato membro interessato giustifichino una modifica del pertinente Piano per la ripresa e la resilienza, la Commissione valuta il Piano modificato o nuovo per la ripresa e la resilienza in conformità dell'articolo 19 del regolamento e presenta una proposta per una nuova decisione di esecuzione del Consiglio entro due mesi dalla presentazione ufficiale della richiesta. Se necessario, lo Stato membro interessato e la Commissione possono convenire di prorogare tale termine di un periodo di tempo ragionevole. Il Consiglio adotta la nuova decisione di esecuzione, di norma, entro quattro settimane dall'adozione della proposta della Commissione». A norma del par. 3), art. 21, se, invece, la Commissione «ritiene che i motivi addotti dallo Stato membro interessato non giustifichino una modifica del pertinente Piano per la ripresa e la resilienza», questa respinge la richiesta entro il medesimo termine di due mesi, «dopo aver dato allo Stato membro interessato la possibilità di presentare le proprie osservazioni entro il termine di un mese dalla comunicazione delle conclusioni della Commissione».

[5] Tali circostanze possono essere individuate, ad esempio, nell'elevata inflazione registrata negli anni precedenti, nella contrazione nell'ambito degli approvvigionamenti energetici a seguito del conflitto tra Russia e Ucraina, infine, nella disponibilità di alternative per il più efficace raggiungimento di determinati traguardi e obiettivi.

[6] Cfr. decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea che modifica la decisione di esecuzione del 13 luglio 2021, relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, 16051/23, Bruxelles, 5 dicembre 2023, in *data.consilium.europa.eu*

[7] Il Pnrr, uscito dalla riprogrammazione ha subito rilevanti modifiche (le misure nuo-

Il Pnrr non rappresenta appena uno strumento di gestione di finanziamenti europei né tantomeno un programma di mera spesa, bensì l'architrave fondamentale per gli investimenti pubblici e privati del presente e soprattutto del futuro. Il Piano costituisce un ambizioso strumento di programmazione economica o meglio di pianificazione strategica ed economica generale[8] a portata generale e a proiezione pluriennale, nonché per obiettivi a valenza

ve oppure modificate sono nel complesso centoquarantacinque di cui ventidue per le nuove misure che fanno riferimento alla Missione sette) che hanno riguardato la rimodulazione di diversi interventi già finanziati, in termini di revisione di obiettivi quantitativi (*target*) e delle loro scadenze, il definanziamento parziale e totale di alcune misure, lo spostamento di risorse tra le misure del Piano e l'introduzione del capitolo *REPowerEU*. Il Pnrr a seguito dell'intervento di riprogrammazione, che si è articolata in due processi distinti, pone, altresì, fortemente l'accento sulla transizione verde, destinando il trentanove per cento dei fondi disponibili (rispetto al 37,5 per cento del piano originario) a misure che sostengono gli obiettivi climatici. Il valore complessivo del Pnrr è così aumentato da 191,5 a 194,4 miliardi (di cui 122,6 in prestiti e 71,8 in sovvenzioni), articolati su 614 obiettivi invece dei 527 originari. L'ampliamento della dotazione finanziaria europea del Piano è da ricondurre ai 2,8 miliardi di euro in più di contributi a fondo perduto destinati all'Italia per il finanziamento del *REPowerEU*. Tali sovvenzioni, pertanto, aumentano complessivamente da 69 a 71,8 miliardi di euro. È rimasto invariato, invece, l'importo di 122,6 miliardi di euro di prestiti di cui è prevista l'erogazione all'Italia nell'ambito dell'attuazione del Pnrr. Infine, il 14 maggio 2024 a seguito di ulteriori modifiche al Piano richieste dall'Italia, è stata assunta la decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea n. 9399 che modifica quella adottata l'8 dicembre 2024. Al fine di assicurare la realizzazione degli investimenti non più finanziati, in tutto o in parte mediante le risorse del Pnrr, sono state riattivate le risorse nazionali con cui già prima del Piano i progetti erano stati finanziati e inoltre sono state individuate ulteriori risorse di cui all'art. 1, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56. Il capitolo dedicato al *REPowerEU*, nuova Missione sette del Pnrr, comprende cinque riforme nuove e diciassette investimenti, di cui dodici investimenti nuovi e cinque investimenti a titolo di rafforzamento di investimenti già esistenti nel Pnrr. Nel complesso, la nuova Missione prevede investimenti per circa 11,2 miliardi di euro dei quali 2,75 miliardi di contributi a fondo perduto e 8,4 miliardi di prestiti.

[8] In questi termini si v. 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,* Relazione *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità* al Convegno Nazionale Aipda su *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide*, Luiss, Roma, 8 ottobre 2021*,* in *questa Rivista*, 2022, 1 ss. secondo cui «[i]l Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza non è uno strumento di gestione di finanziamenti europei o un progetto di spesa, come troppo spesso viene rappresentato. È invece un complesso atto di programmazione economica (meglio: un atto di pianificazione strategica ed economica) che non solo individua obiettivi da conseguire, lacune da colmare, carenze da correggere, ma, come ha lucidamente osservato Marco D'Alberti, disegna con razionale lucidità un percorso di azione pubblica degno di costituire un modello di governo dello sviluppo economico e sociale».

principalmente politica[9], che persegue finalità di carattere trasversale e che vede il conseguimento delle sei missioni nelle quali si articola (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; coesione e inclusione; salute), al fine di realizzare un complesso di riforme strutturali e di investimenti entro il 2026.

Nella molteplicità degli strumenti di programmazione, il PNRR costituisce un'occasione significativa con riferimento alle nuove coordinate delle politiche pubbliche in economia[10]. Infatti, nella logica delle vecchie programmazioni economiche che prendevano le mosse dalla previsione di cui all'art. 41, c. 3, Cost.[11], sia gli obiettivi sia i mezzi erano completo appannaggio dei governi nazionali e sostanzialmente coincidevano con l'indirizzo politico di questi ultimi. Gli strumenti a cui facevano sovente ricorso i governi nazionali erano potenzialmente molto ampi ed estesi. Oltre alle politiche pubbliche ispirate a logiche di tipo conformativo, era avallato e diffuso l'intervento pubblico in economia in via diretta, con conseguente costituzione di riserve di attività economiche. Inoltre, assumeva un ruolo centrale la leva monetaria e fiscale con la collocazione della pianificazione all'interno di una politica dei redditi che incideva anche sul sistema dei prezzi[12].

[9] Così M. Clarich, *op. cit*., 1030.

[10] Si v. A. Sandulli, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*, in questa *Rivista*, 2023, V ss.

[11] La nozione di economia programmata indica un intervento dello Stato che, senza arrecare pregiudizio alla proprietà e all'iniziativa privata, ed anzi promuovendo entrambe, svolge una parte attiva nel settore economico in modo organico e continuato, non mediante provvedimenti saltuari e frammentari, ma con un'azione coordinata razionalmente nell'ottica di perseguire determinate finalità sotto il profilo sociale ed economico. La programmazione attiene pertanto ad un carattere proprio del citato sistema in cui si realizza un coordinamento razionale dell'intervento dello Stato nell'economia (Cfr. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, 355). Sulla programmazione economica si v. tra tutti F. Di Fenizio, *La programmazione economica*, Torino, Utet, 1965; V. Marrama, *Problemi e tecniche di programmazione economica*, Bologna, Cappelli, 1968; S. Lombardini, *La programmazione. Idee, esperienze, problemi*, Torino, Einaudi, 1967; P. Saraceno, *La programmazione negli anni '70*, Milano, Etas, 1970; G. Ruffolo, *Rapporto sulla programmazione*, Bari, Laterza, 1973; M. Carabba, *Un ventennio di programmazione, 1954-1974*, Bari, Laterza, 1977. Più in generale sulla pianificazione e programmazione si v. tra gli altri V. Del Punta, *Pianificazione e programmazione*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, in *www.treccani.it*, 1996; M. D'Orsogna, voce *Pianificazione e programmazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 4298 ss.;

[12] Si v. in questi termini G. Piperata, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Ist. Fed.*, 2022, n. 2, 315 «[s]otto questo punto di vista, il PNRR non può essere paragonato ad altre esperienze di programmazione economica registrate nel no-

Nelle logiche di nuova pianificazione economica l'obiettivo principale è quello di assicurare l'indirizzo ed il coordinamento di molteplici attività pubbliche e private[13], al fine di gestire al meglio fenomeni complessi per garantire maggiore certezza e sicurezza agli operatori, agli utenti e ai soggetti pubblici coinvolti. Assume un valore strategico, pertanto, il processo di armonizzazione e il continuo coordinamento tra i diversi strumenti e livelli di programmazione, come in atto a livello europeo, nel contesto della transizione digitale, ecologica ed energetica. Infine, un altro aspetto da tenere in considerazione è che nelle nuove pianificazioni economiche non sono presidiate tutte le variabili macroeconomiche, giacché le finalità sono soltanto parzialmente nelle prerogative d'ambito dei soggetti titolari delle funzioni di pianificazione, essendo predeterminati da istituzioni sovranazionali o accordi internazionali[14].

La valenza pianificatoria strategica a portata generale e pluriennale che riveste il PNRR ha richiesto da parte del legislatore un approccio globale e trasversale al problema della *governance*, ovvero non limitato a singoli aspetti procedurali o specifiche disfunzioni amministrative. All'amministrazione stabile ordinaria è stata, infatti, affiancata un'amministrazione di missione

stro Paese nella sua epoca repubblicana, né si può provare a ricondurlo, anche con qualche forzatura, nell'ambito di altri strumenti più tradizionali presenti nel nostro ordinamento. Si tratta di confronti che non possono dare risultati utili, dato che il PNRR rappresenta una dinamica del tutto nuova, con caratteristiche specifiche e difficilmente sovrapponibile ad altre esperienze o strumenti di politiche pubbliche di sostegno all'economia. Un esempio su tutti: anche alcuni programmi economici tentati o sperimentati nel passato (si pensi al Progetto 80 ipotizzato dal Ministero del bilancio e della programmazione economica negli anni Settanta del secolo scorso) puntavano a modificare il modello di sviluppo economico sulla base di una pianificazione di interventi diretti a trasformare il sistema produttivo, sociale e istituzionale, ma si trattava di piani che erano immaginati come funzionali ad evitare "catastrofi", mentre il PNRR è, invece, funzionale a superare una "catastrofe" già vissuta (la pandemia)». Per una ricostruzione in chiave storica si v. P. Saraceno, *Lo Stato e l'economia*, Roma, Edizioni Cinque Lune, 1965, 70 ss., secondo cui la politica di piano, venendo ad incidere sui prezzi e quindi su costi e ricavi della produzione, dovrebbe assicurare il coinvolgimento delle forze sociali e non potrebbe quindi prescindere da una politica dei redditi.

[13] Si v. G. Amato, *Bentornato Stato, ma,* Bologna, il Mulino, 2022, 97, ad avviso del quale ci si troverebbe comunque «nei limiti di azioni di indirizzo, promozione e coordinamento di molteplici attività, pubbliche e private, che saranno necessarie in modi e tempi non eludibili e che non sarebbero diversamente coordinabili (certo non lo farebbe il mercato). Di tali azioni, perciò, è ben difficile negare il fondamento e l'utilità, oltre che la permanenza entro i confini di un ruolo pubblico, che è e rimane di programmazione e che di certo non arriva alla conformazione del privato».

[14] Si v. A. Moliterni, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia*, in *Riv. reg. merc.*, 2024, n. 1, 81-82.

temporanea e straordinaria. Le misure adottate strumentali all'assetto di *governance* del Piano sono state generalmente ispirate a garantire il principio di razionalizzazione nella sequenza che conduce dall'indirizzo politico all'esecuzione amministrativa e la celerità dei tempi di attuazione, nonché di verifica dell'impatto. Infatti, l'approccio al tema della necessaria implementazione e dell'urgente rafforzamento della capacità amministrativa non può ridursi ad interventi settoriali o singoli avulsi dal contesto generale. Come aveva già osservato Massimo Severo Giannini nel 1980, nell'ambito del *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, «non è invece vero che i problemi relativi alle amministrazioni statali vadano visti nella prospettiva di riforme, singole e collegate, di uffici, o di normative sul personale, o altre. La prospettiva è quella di un ripensamento generale della posizione che queste amministrazioni hanno in uno Stato industriale avanzato».

2. La *governance* multilivello fortemente accentrata a livello statale nell'attuazione del PNRR

Al fine di attuare il complesso di riforme strutturale e di investimenti previsti dal PNRR secondo gli obiettivi, modalità e tempi delineati è stata approntata una struttura di *governance* del Piano stesso diretta a coordinare le attività delle amministrazioni centrali e locali che sono coinvolte, mantenendo una soggettività unica un punto di riferimento univoco nell'interlocuzione e nell'interazione con le autorità europee durante l'intera fase attuativa del Piano. Le autorità europee richiedono, infatti, agli Stati membri di garantire adeguata capacità amministrativa ai fini dell'attuazione del Piano, con la diretta conseguenza che ogni Stato membro deve individuare un soggetto unico per la Commissione che sia formalmente responsabile per l'attuazione complessiva del Piano.

Tale obiettivo è stato conseguito con l'approvazione del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, che ha previsto la *governance* del PNRR e del Piano nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC) 2030[15], prevedendo da un lato il rafforzamento

[15] Il PNIEC 2030 è uno strumento fondamentale che segna l'inizio di un importante cambiamento nella politica energetica e ambientale del nostro Paese verso la decarbonizzazione. Il Piano si struttura in cinque linee d'intervento, che si svilupperanno in maniera integrata: dalla decarbonizzazione all'efficienza e sicurezza energetica, passando attraverso lo sviluppo del mercato interno dell'energia, della ricerca, dell'innovazione e della competitività. L'obiettivo è quello di realizzare una nuova politica energetica che assicuri la piena sostenibilità ambientale, sociale ed economica del territorio nazionale e accompagni tale transizione.

delle strutture amministrative e dall'altro misure di semplificazione amministrativa strumentali a permettere una più celere attuazione del Piano ovvero la realizzazione di riforme strutturali e di interventi. La *ratio* fondativa dell'intervento legislativo che ha predisposto l'apparato amministrativo di *governance* del Piano è ispirata ad una logica di articolazione delle funzioni multilivello, con evidenti tratti di marcato accentramento in capo al livello statale. L'assetto complessivo prospettato dal legislatore restituisce un sistema di *governance* del tutto inedito e prima d'ora perlopiù sconosciuto alla tradizione organizzativa amministrativa dell'ordinamento, in termini di strumenti di decisione, attuazione, controllo, monitoraggio e rendicontazione. Pur tuttavia, la *governance* del Piano è stata concepita con l'obiettivo di fornire linee di indirizzo politico-amministrativo, dirimere conflitti di natura politica o istituzionale, superare eventuali *impasse* e blocchi amministrativi, infine, di monitorare l'andamento dei progetti concordati e verificare puntualmente l'adempimento delle obbligazioni di cui al PNRR.

L'articolazione amministrativa multilivello propria della *governance* del PNRR[16] si fonda su una struttura operativa organizzata su tre livelli di cui il primo e il terzo recano anche l'istituzione di organismi *ex novo*, mentre il secondo livello impegna strutture già esistenti nel panorama amministrativo.

Al primo livello si colloca una serie di organismi costituiti *ad hoc* e aventi durata temporanea. Innanzitutto, è istituita la Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale mantiene la responsabilità ultima dell'indirizzo del Piano[17]. La Cabina di regia è, infatti, presieduta dal Presidente del Consiglio e reca una composizione a geometria variabile. Sono, infatti, chiamati a parteciparvi ministri, che *ratione materiae* siano coinvolti con la possibilità di coinvolgere anche i presidenti delle regioni interessate. Possono inoltre parteciparvi il Presidente della Conferenza Stato-regioni e province autonome, quando le questioni ineriscono a più regioni, il Presidente dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) e dell'Unione delle Province d'Italia (UPI), quando sono esaminate questioni che riguardano l'ambito degli enti locali. In questi casi è titolato a parteci-

[16] Per una ricostruzione dottrinale in materia di *multilevel governance* si v. S. Vinci, *Il sistema di gestione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): disegno istituzionale e cambiamenti organizzativi alla luce della teoria sulla* multilevel governance, in *Riv. econ. mezzogiorno*, 2022, n. 4, 995 ss.

[17] A tale scopo il Presidente del Consiglio dei ministri può scegliere se deferire singole questioni al Consiglio dei ministri nell'ambito delle norme vigenti, affinché quest'ultimo stabilisca e impartisca le direttive alle quali dovrà attenersi la Cabina di regia in base a quanto previsto dall'art. 2, c. 6-*bis*, d.l. n. 77/2021.

pare anche il Ministro per gli affari regionali e le autonomie che può essere delegato a presiedere la Cabina di regia dal Presidente del Consiglio. Alla Cabina di regia sono stati attribuiti compiti di indirizzo, impulso e coordinamento generale in ordine all'attuazione del Piano stesso nonché compiti informativi nei confronti del Parlamento. A supporto della Cabina di regia era prevista una Segreteria tecnica[18] con compiti di supporto alla Cabina di regia con una durata temporale fino al 31 dicembre 2026, in deroga a quanto previsto dall'art. 7, d.lgs. n. 303/1999, che operava in raccordo con altre strutture già esistenti ovvero il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica e l'Ufficio per il programma di governo nonché, per gli interventi di interesse delle regioni e delle province autonome, con il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie sentita la Conferenza delle regioni e delle province autonome.

L'avvento del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, che ha parzialmente modificato l'assetto della *governance* del Pnrr, mantenendo la centralità del ruolo assunto dalla Cabina di regia, ha tra le altre misure disposto il trasferimento dei compiti e delle funzioni della Segreteria tecnica per il Pnrr ad un altro organismo costituito *ex novo* presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, ovvero la Struttura di missione Pnrr. Tale Struttura, retta da un coordinatore e quattro direzioni generali e composta da un contingente di nove unità dirigenziali e cinquanta unità di personale non dirigenziale, opera a supporto del Ministro per gli affari europei nell'indirizzo e coordinamento dell'azione strategica del governo relativamente all'attuazione del Pnrr[19]. Successivamente il d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, è intervenuto modificando parzialmente e ampliando l'organizzazione della

[18] In particolare, la Segreteria tecnica assolveva a compiti di reportistica periodica a favore della Cabina di regia; si incaricava di effettuare segnalazioni al Presidente del Consiglio azioni ritenute utili al superamento delle criticità segnalate dai ministri competenti per materia; acquisiva dal Servizio Centrale per il Pnrr (oggi dall'Ispettorato generale per il Pnrr), informazioni e dati in ordine allo stato di attuazione dei progetti con riguardo al cronoprogramma di realizzazione e con la segnalazione di eventuali criticità rilevate nella fase di attuazione degli interventi; proponeva al Presidente del Consiglio l'attivazione in taluni casi dei poteri sostitutivi che vengono poi sottoposti all'esame del Consiglio dei ministri; infine curava l'istruttoria dei procedimenti ai fini del superamento del dissenso.

[19] Cfr. art. 2, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41. Sulla base di questa previsione attraverso il d.P.C. 26 aprile 2023, è stata istituita la Struttura di missione Pnrr, determinandone compiti funzioni, organigramma, durata e fonti di finanziamento.

Struttura di missione PNRR[20]: in particolare è stata disposta l'introduzione di un'ulteriore direzione generale, che quindi sono passate da quattro a cinque. In secondo luogo, alla Struttura di missione sono state attribuite le funzioni, prima spettanti all'unità di missione di livello dirigenziale generale, presso il Dipartimento per le politiche di coesione e il Sud della Presidenza del Consiglio dei ministri, che è stata contestualmente soppressa. In terzo luogo, la medesima Struttura di missione diventa titolare di poteri di ispezione e controllo a campione, sia presso le amministrazioni centrali titolari delle misure, sia presso i soggetti attuatori, ai fini della verifica della coerenza della fase attuativa del PNRR rispetto agli obiettivi programmati. In quarto luogo è stata ampliato il contingente organizzativo della Struttura di missione con l'aumento delle unità dirigenziali che sono passate da nove a dodici e parimenti l'aumento delle unità di personale non dirigenziale, passate da cinquanta a sessantacinque unità. Infine, i provvedimenti recanti l'esercizio del potere sostitutivo eventualmente attivato, devono essere comunicati non più all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, bensì alla Struttura di missione.

La Struttura funge pertanto da centro di riferimento a livello nazionale ai fini dell'attuazione del PNRR nei rapporti con la Commissione europea (in precedenza il d.l. n. 77/2021 aveva attribuito tale funzione al Servizio centrale per il PNRR presso la Ragioneria generale dello Stato) e provvede pertanto alla verifica della coerenza dei risultati, in collaborazione con il nuovo Ispettorato Generale per il PNRR, istituito presso la Ragioneria generale, anche per la definizione di eventuali misure correttive e per le attività di comunicazione istituzionale. Al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività e dei compiti attribuiti, la Struttura di missione PNRR accede a tutte le informazioni e le funzionalità del sistema informatico REGIS, di cui all'art. 1, c. 1043, l. 30 dicembre 2020, n. 178[21].

La Struttura ha compiti di sovrintendenza circa l'attività istruttoria per proposte di modifica o aggiornamento del PNRR, di vigilanza sull'osservanza da parte delle amministrazioni centrali degli indirizzi e linee guida per l'attuazione degli interventi PNRR elaborati dalla Cabina di regia. Infine, la Struttura ha il compito, prima spettante all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, istituita presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL), di individuare gli ostacoli all'attuazione

[20] Cfr. art. 4, c. da 1 a 3, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56.

[21] Cfr. art. 2, c. 3, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

delle riforme e degli investimenti PNRR derivanti da disposizioni normative e relative misure attuative, proponendo rimedi.

A livello centrale, presso la Presidenza del Consiglio collaborano con la Cabina di regia con compiti di indirizzo e di coordinamento amministrativo[22], nell'ambito delle materie loro riservate in termini di competenza sull'attuazione degli interventi del PNRR, due comitati interministeriali[23] istituiti dal d.l. 1° marzo 2021, n. 22, segnatamente il Comitato interministeriale per la transizione ecologica (MITE) e il Comitato interministeriale per la transizione digitale (CITD)[24].

Presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, segnatamente nell'ambito del DAGL, è istituito *ex novo* anche un altro organismo, ovvero l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione[25]. Quest'ultima, che ha durata fino al 31 dicembre 2026, assolve a funzioni che sono, per una parte significativa, direttamente collegate all'attuazione del PNRR, e per altra parte hanno un orizzonte più ampio. In particolare, con riferimento alle prime funzioni, vi sono l'individuazione degli ostacoli normativi all'attuazione del PNRR, la proposizione dei relativi rimedi e la raccolta delle ordinanze con cui si esercita il potere sostitutivo nei confronti dei soggetti attuatori rimasti inadempienti. Nella seconda categoria di funzioni rientrano, invece, le attività necessarie all'attuazione dell'obiettivo del miglioramento della regolazione con riferimento tendenziale all'intero ordinamento giuridico. L'Unità opera in raccordo con il Nucleo di valutazione dell'impatto della regolamentazione istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. L'Unità è incaricata anche di elaborare un programma di azioni prioritarie, finalizzato alla razionalizzazione normativa ed è titolata a promuovere iniziative sperimentali in collaborazione con analoghe strutture dell'Unione europea (UE) e di altri Stati membri.

L'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione affianca, ma non sostituisce un'altra struttura, ovvero l'Unità per la semplifi-

[22] In tema di coordinamento amministrativo si v. in generale V. Bachelet, *Coordinamento amministrativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962; F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

[23] In tema di Comitati interministeriali si v. in generale G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 203, 146; G. Mobilio, *I Comitati interministeriali nella struttura policentrica del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 2, 91.

[24] Sul tema si veda V. Bontempi, *Il riordino dell'amministrazione centrale ad opera del Governo Draghi (D.L. n. 22/2021)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 463 ss. spec. 466 ss.; M. Mazzarella, *L'organizzazione amministrativa alla prova delle nuove politiche ambientali*, in *questa Rivista*, 2024, 641 ss., spec. 655 ss.

[25] Cfr. art. 5, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

cazione e la qualità della regolazione e lo stesso vale per l'Ufficio per la semplificazione[26], istituito nell'ambito del Dipartimento della funzione pubblica. Permane, tuttavia, un forte rischio di effettiva giustapposizione e duplicazione in termini di svolgimento di compiti e di potenziali conflitti, dal punto di vista dell'assetto competenziale, determinato dalla moltiplicazione delle autorità preposte allo svolgimento di compiti similari, con il rischio di sterilizzare gli esiti dell'azione di semplificazione e di razionalizzazione che paradossalmente costituisce uno degli assi portanti della missione uno del Pnrr[27].

Nell'ottica di un più stretto coinvolgimento a livello istituzionale era stato istituito anche il Tavolo permanente per il partenariato economico-sociale e territoriale, soprattutto per quanto concerne la fase attuativa del Pnrr, degli attori al di fuori del perimetro dell'amministrazione pubblica in una logica sussidiaria. Il Tavolo era composto da rappresentanti delle parti sociali, del governo, delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, degli enti locali e dei rispettivi organismi associativi, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca e della società civile.

Il Tavolo poteva effettuare segnalazioni alla Cabina di regia in ordine ad ogni profilo che ritiene rilevante con l'intento di collaborare a garantire una celere attuazione del Pnrr. Con il d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, è stato soppresso il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale[28]. Le sue funzioni sono state assorbite dalla Cabina di regia con la previsione di una partecipazione stabile dei rappresentanti del Tavolo alle sedute della Cabina di regia. Più in dettaglio, la partecipazione è estesa a: Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, Presidenti dell'Anci e dell'Upi, Sindaco di Roma capitale, rappresentanti delle parti sociali, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e ricerca, della società civile e organizzazioni della cittadinanza attiva[29]. Tale disposizione è stata assunta al fine di garantire, nell'attuazione del Pnrr, l'istituto della consultazione delle parti sociali, ovvero uno degli elementi richiesti dalla disciplina europea per una *governance* efficiente dei Piani.

[26] Art. 5, c. 5, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[27] In questi termini si v. M. Macchia, *La* governance *del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 736.

[28] Cfr. art. 1, c. 4, lett. *c)*, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[29] I componenti saranno individuati con d.P.C.M. entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, secondo il criterio della maggiore rappresentatività (art. 1, c. 4, lett. *b)*, n. 2, d.l. n. 13/2023).

Al secondo livello, si collocano, invece, come ricordato in precedenza strutture amministrative già esistenti, ovvero le amministrazioni pubbliche alle quali è riconosciuto il compito di gestire l'attuazione dei progetti finanziati dal Pnrr. La fase attuativa è infatti perseguita secondo due modalità: un sistema di attuazione diretta da parte delle amministrazioni statali centrali ed un sistema di attuazione indiretta affidato a soggetti attuatori, i quali sono individuati in amministrazioni statali centrali oppure enti territoriali oppure altri organismi pubblici abilitati ad operare a mezzo di proprie strutture o avvalendosi di soggetti attuatori esterni privati individuati nel Piano[30].

Ogni amministrazione titolare di compiti di gestione dei progetti finanziati dal Pnrr affianca, alla propria struttura organizzativa ordinaria, una struttura temporanea interna in grado di governare la responsabilità, in ordine al profilo attuativo dei progetti predetti.

Ogni amministrazione centrale ha il compito di individuare al proprio interno o di costituire *ex novo* una struttura di coordinamento formata da un'unità dirigenziale generale, (che può consistere anche in un'unità di missione) con l'assegnazione di un congruo contingente di unità di personale dedicato. Quest'ultima è chiamata ad agire come punto di riferimento per l'attuazione dei progetti di cui le amministrazioni risultano, per competenze, titolari in precedenza con il Servizio centrale del Pnrr, mentre oggi con l'Ispettorato generale per il Pnrr, a seguito delle modifiche di cui al d.l. n. 13/2023.

Tale struttura di livello dirigenziale individuata dall'amministrazione al proprio interno o costituita *ex novo*, si articola al proprio interno fino ad un massimo di tre uffici di livello dirigenziale non generale, al fine di assolvere al compito di fungere da punto di contatto, in relazione alle attività di monitoraggio, rendicontazione e controllo sulla base delle indicazioni fornite mediante apposite linee guida prima emanate dal Servizio centrale del Pnrr, mentre oggi dall'Ispettorato generale per il Pnrr, a seguito delle modifiche di cui al d.l. n. 13/2023[31]. Le amministrazioni centrali, ovvero essenzialmente i ministeri, hanno proceduto in tale senso approntando soluzioni variabili e flessibili a seconda delle esigenze organizzative interne ed in ragione delle rispettive competenze[32].

[30] Cfr. art. 9, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[31] Cfr. art. 8, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[32] A titolo esemplificativo presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con decreto interministeriale 11 ottobre 2021, ai sensi dell'art. 8, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella l. 29 luglio 2021, n. 108, è stata istituita nell'ambito

Il d.l. n. 13/2023 è intervenuto anche disponendo una riorganizzazione delle unità di missione PNRR costituite nell'ambito delle amministrazioni centrali. Infatti, mediante successivi d.P.C., su proposta del ministro competente, si può provvedere, senza nuovi e maggiori oneri a carico della finanza pubblica e nei limiti delle risorse già assegnate, alla riorganizzazione delle strutture di livello dirigenziale o delle unità di missione preposte presso le amministrazioni centrali al coordinamento della fase attuativa del PNRR, anche trasferendo funzioni e attività ad altra struttura dirigenziale già esistente; la decadenza degli incarichi dirigenziali già assegnati si verificherà esclusivamente con la conclusione delle procedure di conferimento dei nuovi incarichi[33]. Sono, inoltre, riorganizzate, sempre attraverso l'adozione di successivi d.P.C. le unità di missione istituite presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (es. quella istituita presso l'Ufficio del Segretario generale presso la Presidenza del Consiglio), la Segreteria tecnica a supporto dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità per l'attuazione del PNRR, nonché il Nucleo PNRR Stato-regioni[34].

Il decreto-legge consente alle amministrazioni centrali di stabilizzare nei propri ruoli il personale di livello non dirigenziale assegnato alle Unità di missione PNRR, purché abbia svolto servizio continuativo per almeno quindici mesi nella qualifica ricoperta (art. 4, d.l. n. 13/2023).

Al terzo livello, si collocano strutture di nuova costituzione, così come nel primo livello, ma a differenza di quest'ultimo esse non hanno durata meramente temporanea. Come le strutture di primo livello operano presso

del Segretariato generale, l'Unità di missione di livello dirigenziale generale, in posizione di indipendenza funzionale, per il coordinamento delle attività di gestione degli interventi previsti nel PNRR a titolarità del Ministero stesso nonché per il loro monitoraggio, rendicontazione e controllo, con durata fino al completamento dell'attuazione dei predetti interventi e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2026. Presso il Ministero della cultura, a mezzo di decreto del direttore generale incaricato del 21 marzo 2023, è stata istituita una nuova unità, alle dipendenze del Segretariato generale, ovvero l'Unità di Missione per l'attuazione del PNRR, ufficio dirigenziale di livello generale straordinario che assicura il coordinamento e l'attuazione, anche in collaborazione con le altre amministrazioni competenti, degli interventi e dei progetti del PNRR attribuiti alla responsabilità del Ministero della cultura. In particolare, l'Unità di missione provvede al coordinamento delle relative attività di gestione, nonché al loro monitoraggio, rendicontazione e controllo. L'Unità di missione svolge altresì le funzioni relative al coordinamento della fase attuativa del PNRR previste dagli artt. 8 e 9, d.l. 31 maggio 2021, n. 77. Per lo svolgimento delle predette funzioni, l'Unità di missione si avvale del Servizio VIII-Attuazione PNRR e coordinamento della programmazione strategica.

[33] Cfr. art. 1, c. 1 e 2, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[34] Cfr. art. 1, c. 3, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

la Presidenza del Consiglio dei ministri, le strutture di terzo livello operano presso il Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) e condividono con le prime funzioni di presidio e di coordinamento generale in ordine all'attuazione del Pnrr.

In questo ambito assumeva particolare rilievo il Servizio centrale per il Pnrr, struttura dirigenziale di livello generale istituita presso il Mef - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato che rappresenta il punto di contatto nazionale per l'attuazione del Pnrr, avente compiti di coordinamento operativo, monitoraggio, rendicontazione e controllo del Pnrr [35]. Il Servizio centrale per il Pnrr, che si articolava in sei uffici di livello dirigenziale non generale, è stato, inoltre, responsabile della gestione del sistema di monitoraggio sull'attuazione delle riforme e degli investimenti del Pnrr e per l'esercizio dei propri compiti, poteva avvalersi del supporto di società a partecipazione statale. A seguito delle modifiche operate dal d.l. n. 13/2023, il Servizio Centrale per il Pnrr è stato soppresso ed è stato sostituito dall'Ispettorato generale per il Pnrr, istituito presso la Ragioneria generale dello Stato quale ufficio centrale di livello dirigenziale[36]. L'Ispettorato si articola in otto uffici di livello dirigenziale non generale e, per l'esercizio dei propri compiti, può avvalersi del supporto di società partecipate dallo Stato.

Dato che il ruolo di punto di contatto nazionale per il Pnrr è trasferito alla nuova Struttura di missione Pnrr presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, alla Ragioneria Generale dello Stato restano i compiti di coordinamento operativo circa l'attuazione, gestione finanziaria e monitoraggio del Pnrr, nonché di controllo e di rendicontazione all'Ue ai sensi degli artt. 22 e 24 del reg. Ue n. 241/2021 per il conseguimento delle rate dei finanziamenti. Per assicurare il coordinamento dei controlli e ridurre gli oneri amministrativi a carico dei soggetti attuatori, la Ragioneria promuove misure di razionalizzazione e semplificazione delle procedure di controllo del Pnrr, secondo un principio di proporzionalità, anche mediante metodologie standardizzate supportate da sistemi informatici[37]. Presso la Ragioneria Generale dello Stato, è stato istituito l'Ufficio di *audit* del Pnrr [38] quale ufficio dirigenziale non generale. Quest'ultimo opera in una posizione di indipendenza

[35] Cfr. art. 6, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[36] Cfr. art. 1, c. 4, lett. *e)*, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[37] Cfr. art. 1, c. 4, lett. *f)*, n. 4, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[38] Cfr. art. 7, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

funzionale rispetto alle strutture coinvolte nella gestione del Pnrr. Tale ufficio ha funzioni di *audit* del Pnrr, verifica cioè la qualità e la completezza dei dati di monitoraggio oltre a valorizzare e sviluppare iniziative di trasparenza e partecipazione. L'Ufficio di *audit* si avvale, nello svolgimento delle funzioni di controllo relative a linee di intervento realizzate a livello territoriale, dell'ausilio delle Ragionerie Territoriali dello Stato.

Nell'ambito della Ragioneria generale dello Stato, come previsto dalla Legge di Bilancio 2021[39] e dal d.P.C. 15 settembre 2021, è stato sviluppato il sistema informatico ReGiS specificamente rivolto alla rilevazione e diffusione dei dati di monitoraggio del Pnrr, nonché a supportare gli adempimenti di rendicontazione e controllo previsti dalla normativa vigente. Il sistema Regis rappresenta la modalità unica attraverso cui le amministrazioni centrali e territoriali, gli uffici e le strutture coinvolte nell'attuazione possono adempiere agli obblighi di monitoraggio, rendicontazione e controllo delle misure e dei progetti finanziati dal Pnrr. Presso la Ragioneria generale dello Stato è presente Unità di missione, già istituita dalla Legge di Bilancio 2021[40], con la finalità di provvedere alla predisposizione ed attuazione del programma di valutazione *in itinere* ed *ex post* del Pnrr, assicurando il rispetto degli artt. 19 e 20 del reg. Ue n. 241/2021, nonché la coerenza dei relativi *target* e *milestone*. Tale Unità di missione concorre, inoltre, alla verifica della qualità e completezza dei dati di monitoraggio rilevati dal sistema Regis, svolgendo attività di supporto ai fini della predisposizione dei rapporti e delle relazioni di attuazione e avanzamento del Piano[41].

Il d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, ha previsto l'istituzione in ciascuna provincia di una cabina di coordinamento[42] presieduta dal prefetto o da un suo delegato, per rendere maggiormente efficace il monitoraggio, su base territoriale, degli interventi del Pnrr e migliorare l'attività di supporto in favore degli enti territoriali per la definizione del piano di azione per l'efficace attuazione dei

[39] Cfr. art. 1, c. 1043, l. 30 dicembre 2020 n. 178 (legge di bilancio per il 2021).

[40] Cfr. art. 1, c. 1050, l. 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio per il 2021).

[41] Cfr. art. 7, c. 3, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 in base al quale l'Unità di missione «si articola in due uffici dirigenziali di livello non generale. Essa provvede altresì a supportare le attività di valutazione delle politiche di spesa settoriali di competenza del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato e a valorizzare il patrimonio informativo relativo alle riforme e agli investimenti del PNRR anche attraverso lo sviluppo di iniziative di trasparenza e partecipazione indirizzate alle istituzioni e ai cittadini».

[42] Cfr. art. 9, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56.

programmi e degli interventi previsti dal Pnrr in ambito provinciale. Alla cabina di coordinamento partecipano il Presidente della provincia o il sindaco della città metropolitana o loro delegati, un rappresentante della regione o della provincia autonoma, un rappresentante della Ragioneria generale dello stato, una rappresentanza dei sindaci dei comuni titolari di interventi Pnrr o loro delegati e i rappresentanti delle amministrazioni centrali titolari dei programmi e degli interventi previsti dal Pnrr da attuare in ambito provinciale, di volta in volta interessati. La definizione del piano d'azione è rimessa alla predisposizione di apposite linee guida da parte della Struttura di missione Pnrr d'intesa con a Ragioneria generale dello Stato - Ispettorato generale per il Pnrr e con il Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'interno. Il piano di azione e gli esiti del monitoraggio sono comunicati dal prefetto alla Struttura di missione Pnrr, nonché alla Ragioneria generale dello Stato - Ispettorato generale per il Pnrr, anche ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo ovvero di interventi di superamento del dissenso.

Il d.l. n. 19/2024 ha previsto, inoltre, l'istituzione di alcuni meccanismi di *governance* accentrata, finalizzati al celere raggiungimento degli obiettivi di due diverse misure del Pnrr: da un lato un Commissario straordinario per la realizzazione di nuovi posti letto destinati agli studenti universitari, che opera presso il Ministero dell'università e della ricerca e resta in carica fino al 31 dicembre 2026; dall'altro un Commissario straordinario per il superamento degli insediamenti abusivi per combattere lo sfruttamento dei lavoratori in agricoltura, attivo presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e in funzione sino al 31 dicembre 2026.

Appare evidente che l'assetto della *governance* del Pnrr, a seguito dell'intervento di riorganizzazione operato con il d.l. n. 13/2023 ha restituito un quadro più snello a prima vista e dunque più funzionale ad un coordinamento tra strutture, organi, amministrazioni ed enti rispetto a quella precedente. Non è possibile, tuttavia, tacere in ordine da un lato alla riallocazione delle competenze tra le diverse strutture che talvolta non appare definita in maniera precisa (e ciò potrebbe pertanto acuire difficoltà sotto il profilo dell'azione di coordinamento) e dall'altro ai tempi di conversione, sotto il profilo organizzativo, delle strutture e delle amministrazioni centrali che rischia di pesare sul cronoprogramma attuativo del Piano[43].

Come ricordato in precedenza dell'attuazione del Pnrr, in termini

[43] Si v. G. Marchetti, *Il coordinamento nella fase attuativa: modelli di governance (inclusi gli Adp)*, in *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, a cura di P. Bilancia, Bologna, il Mulino, 2024, 275.

strettamente giuridici, risponde un soggetto unico, ovvero il livello statale centrale sotto il profilo amministrativo e l'esecutivo sotto il profilo politico-istituzionale.

La responsabilità assunta dallo Stato è duplice. Infatti, da un lato tale responsabilità si esprime nei confronti dell'Ue, in particolare della Commissione europea e del Consiglio dei ministri dell'Ue, segnatamente quelli economici e finanziari (Ecofin), sia in relazione al prestito accordato, sia *a fortiori* per i contributi concessi a fondo perduto. Dall'altro lato la responsabilità si esprime nei confronti dei cittadini non solo e non tanto per l'attuazione dei progetti finanziati, ma soprattutto per la decisione di accendere prestiti che in ogni caso graveranno sul debito pubblico nazionale già consistente.

Il grado di vincolatività del Pnrr, come ha sottolineato opportunamente attenta dottrina, è massimo per quanto concerne il diritto europeo, in quanto trova la propria disciplina principale nel reg. Ue n. 241/2021, che appresta tutela in particolare per gli interessi finanziari europei e al fine di garantire l'attuazione dei progetti di investimento previsti dai Piani nazionali, mentre risulta minima per il diritto nazionale che svolge un ruolo del tutto strumentale e di supporto[44]. Per tali ragioni, l'assunzione di responsabilità sull'attuazione dei Piani nazionali grava interamente sugli Stati membri, ed è questa la principale ragione per cui si è parlato di *governance* del Pnrr accentrata e verticale.

In tale contesto come si è visto, la struttura disegnata dal legislatore che ha approntato l'assetto di *governance* fa perno esplicitamente sul riconoscimento del ruolo centrale del livello statale centrale e in particolare del Presidente del Consiglio dei ministri, che è stata prevista dal d.l. n. 77/2021 e confermata e rafforzata dal d.l. n. 13/2023. In particolare, il Presidente del Consiglio deteneva già la titolarità della guida della Cabina di regia, ovvero l'organo di indirizzo sull'attuazione del Piano, che risultava peraltro assegnataria di poteri di ricognizione periodica e puntuale, in ordine allo stato di avanzamento di attuazione dei progetti di investimento contenuti nel Piano. Il d.l n. 13/2023 sopprimendo la Segreteria tecnica (presso la Presidenza del Consiglio), ed il Servizio Centrale per il Pnrr (presso il Mef) e prevedendo l'istituzione della Struttura di missione Pnrr, a supporto della Cabina di regia, presso la Presidenza del Consiglio, (posta alle dirette dipendenze del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il Pnrr, si delega del Presidente del Consiglio) e dell'Ispettorato generale per il Pnrr, ha spostato integralmente il baricentro dell'indirizzo e del controllo, prima condiviso con il Mef, in capo esclusivamente alla Presidenza del Consiglio.

[44] Cfr. M. Clarich, *op. cit.*, 1032.

Le disposizioni legislative dimostrano complessivamente che il Presidente del Consiglio, *uti singulus*, assume una centralità primaria con forti toni di autonomia rispetto alla struttura amministrativa della Presidenza del Consiglio, in quanto alcuni poteri sono assolti dal Presidente a prescindere dal suo incarico di Presidente dell'organo collegiale[45].

3. La marginalizzazione del ruolo delle regioni ed il rapporto tra centro e periferia

L'accentramento e la verticalizzazione della *governance* del Pnrr si evincono per contrasto anche con riferimento al ruolo, alquanto marginale, delle regioni, e più in generale delle autonomie territoriali, e dunque al rapporto e al possibile sbilanciamento tra prerogative del centro, ovvero dello Stato e della periferia, ovvero degli enti territoriali.

È opportuno evidenziare come in base alle previsioni di cui al d.lgs. n. 77/2021 il legislatore abbia qualificato l'intervento del Pnrr annoverabile tra le competenze riservate esclusivamente allo Stato, espresse dall'art. 117, c. 2, lett. *a)* e *m)* Cost., ovvero quelle attinenti ai «rapporti dello Stato con l'Unione europea» e alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali». Una volta rilevata la scarsa pertinenza dell'ascrizione dell'intervento del Pnrr alle citate materie, prevista dal legislatore (che possono acquisire rilievo, tuttalpiù, per quanto riguarda la prima concernente i rapporti dello Stato con l'Ue con riferimento alle previsioni delle *governance* del Piano articolate secondo previsioni coerenti con le previsioni di cui all'art. 22, reg. Ue n. 241/2021), le disposizioni concernenti l'attuazione del Piano stesso devono essere valutate in base al riparto di competenze tra Stato e regioni sia con riferimento alle funzioni legislative sia a quelle amministrative, emergenti dai settori convolti dalle componenti e dalle missioni del Piano oggetto di definizione, finanziamento e realizzazione[46]. È, infatti, di tutta evidenza che gli interventi previsti dalle

[45] Sulla funzione del Presidente del Consiglio nella *governance* del Pnrr, si v. R. Perez, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 602 ss.; A. Manzella, *L'indirizzo politico dopo Covid e PNRR*, in *federalismi.it*, 2022, n. 19, 146 ss.; in generale sulla funzione del Presidente del consiglio in chiave storica si v. A. Manzella, *Il Presidente del governo, I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia Repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, a cura di S. Cassese, A. Melloni e A. Pajno, II, Bari, Laterza, 2022.

[46] Come, infatti, ha sottolineato S. Pajno, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, a cura di N. Antonetti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2022, 242, «la pertinenza statale della funzione

sedici componenti articolate in sei missioni di cui consta il Pnrr, incidono significativamente sulle competenze legislative e amministrative regionali.

L'avvenuta legificazione del Pnrr permette di cogliere l'opportunità di delimitare l'area di competenza propria della disciplina inerente alle prerogative della legge in materia di programmazione e quella propria, invece, dell'autonomia regionale. Ciò non solo e non tanto perché la ripartizione di competenze tra Stato e regioni non è definita in modo rigido (anche se in epoca di emergenza pare si sia riaffermato il c.d. regionalismo della separazione[47]), ma anche e soprattutto in ragione dei principi costituzionali in materia di funzioni amministrative attribuite agli enti territoriali a partire dalla stagione del decentramento amministrativo inaugurato negli anni Novanta dalla l. 15 marzo 1997, n. 59, c.d. legge Bassanini. La giurisprudenza costituzionale, soprattutto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, ha prospettato alcuni paradigmi di stretta collaborazione tra lo Stato e le regioni. La Corte costituzionale non ha mancato di riconoscere che, in presenza di esigenze di garantire l'unitarietà dell'esercizio della funzione statuale, che possono sorgere anche al di fuori delle esclusive competenze dello Stato, si possa abilitare lo Stato stesso ad avocare a sé medesimo lo svolgimento della funzione amministrativa, stante però l'obbligo di condividerla con la regione interessata o con le regioni intese nel suo complesso mediante lo strumento giuridico dell'intesa[48]. La Consulta non ha mancato, nemmeno in presenza di una profonda interconnessione delle materie coinvolte nell'attuazione delle sei missioni del Pnrr con le prerogative di competenza esclusiva statale, di riconoscere e valorizzare gli interessi sottesi alle materie di competenza regionale che emergono nell'esercizio delle competenze statali[49]. In particolare, tali circostanze si materializzano nei casi in cui l'esercizio della funzione legislativa statale, anche esclusiva, appare

legislativa in ragione di una competenza esclusiva, non è di per sé stessa sufficiente a fondare la legittimità costituzionale della allocazione all'amministrazione centrale delle funzioni volte a realizzare i concreti interventi prefigurati dal Piano: a tale fine è infatti necessario che l'intervento da realizzare sfugga [ ] alle possibilità valutative dell'ambito regionale in considerazione delle sue dimensioni o dei suoi effetti, conformemente alle logiche del principio di sussidiarietà contemplato dall'art. 118, c. 1, Cost. Da qui la conseguenza secondo la quale [ ] ben potrebbe essere necessario allocare al livello substatale anche funzioni amministrative inerenti assi strategici, e specifici interventi, saldamente collocati nella materia della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" o in quella del "coordinamento informativo statistico e informatico", di competenza esclusiva statale».

[47] Cfr. G. Boggero, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al «regionalismo della separazione»*, in *Le Regioni*, 2021, 894 ss.

[48] Cfr. C. cost., 1° ottobre 2003, n. 303; C. cost., 13 gennaio 2004, n. 6.

[49] Cfr. *ex multis* C. cost., 8 giugno 2005, n. 219; C. cost., 2 ottobre 2011.

porsi inevitabilmente in un rapporto inestricabile con le funzioni legislative e amministrative delle regioni, e per tale ragione, occorre pertanto predisporre adeguati strumenti collaborativi con la regione o le regioni nel suo complesso[50].

Le amministrazioni territoriali sono coinvolte nell'attuazione del PNRR nelle seguenti modalità: la titolarità di specifiche progettualità (attuatori/beneficiari), afferenti materie di competenza istituzionale e la loro concreta realizzazione (es. asili nido, progetti di rigenerazione urbana, edilizia scolastica, interventi per il sociale); la partecipazione a iniziative finanziate dall'amministrazione centrale che destinano agli enti locali risorse per realizzare progetti specifici che contribuiscono all'obiettivo nazionale (es. in materia di digitalizzazione); la localizzazione sul proprio territorio di investimenti previsti nel PNRR la cui responsabilità di realizzazione è demandata a livelli superiori (es. in materia di mobilità, ferrovie/porti, sistemi irrigui, banda larga, ecc.).

Dal momento che l'elaborazione del PNRR è stata interamente definita a livello governativo e quindi statale le regioni hanno ridefinito la propria posizione accettando di differire il coinvolgimento nella fase attuativa del Piano[51]. I livelli di partecipazione stabile delle regioni alla fase attuativa del Piano sono principalmente due: da un lato per garantire il coordinamento tra soggetti attuatori, i presidenti di regioni e delle province autonome partecipano alle sedute della Cabina di regia quando sono esaminate questioni di competenza regionale o locale, nonché il Presidente della Conferenza Stato-regioni, su questioni d'interesse di più regioni; dall'altro al fine di assicurare il coordinamento delle relazioni tra amministrazioni statali titolari di interventi del PNRR e gli enti territoriali è stato istituito il Nucleo PNRR Stato-Regioni, presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei ministri[52].

In qualità di soggetti attuatori, le regioni sono tenute ad assicurare il monitoraggio dei dati e le informazioni necessarie a consentire il controllo del rispetto dei tempi per la realizzazione degli interventi, dotandosi di strutture interne adeguate.

All'attuazione del PNRR le regioni sono chiamate a concorrere sia per la parte riguardante le pubbliche amministrazioni sia intervenendo nei diversi

[50] Cfr. C. cost., 27 marzo 2018, n. 61.

[51] Si v. S. Profeti, *Il rapporto Stato-Regioni nella fase ascendente del PNRR italiano*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia: problemi e prospettive*, a cura di N. Antonetti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2022, 269 ss.

[52] Cfr. art. 33, d.l. 6 novembre 2021, n.152, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233.

settori affidati alla loro competenza legislativa e amministrativa[53]. Secondo la normativa sulla *governance* del PNRR, le regioni, le province autonome, e gli enti locali, infatti, sono soggetti attuatori del Piano, insieme con le amministrazioni centrali.

Benché la responsabilità della programmazione degli interventi finanziati dal PNRR sia demandata al livello governativo-statale, le istituzioni europee ed il reg. Ue n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, raccomandano la più ampia consultazione di tutti i livelli istituzionali territoriali di governo tanto in fase di formulazione quanto in fase di attuazione del Piano[54].

In quest'ultimo, come ricordato in precedenza, la presenza delle re-

[53] Sull'evoluzione del ruolo delle regioni nell'assetto costituzionale ed amministrativo la letteratura è amplissima, si v. tra gli altri G. Ambrosini, *Autonomia regionale e federalismo*, Roma, Edizioni italiane, 1944; S. Bartole e G. Mastagostino, *Le regioni*, Bologna, il Mulino, 1971; A. Barbera, *La regione come ente di governo*, in *Pol. dir.*, 1973; F. Bassanini, *Rapporti e tensioni tra Regioni e Stato*, *Dal regionalismo alla Regione*, a cura di E. Rotelli, Bologna, il Mulino, 1973; G. Mor, *Profili dell'amministrazione regionale*, Milano, Giuffrè, 1973; G. Berti, *Art. 5*, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Barca, Bologna-Roma, Zanichelli – Società editrice del Foro italiano, 1975; M. Cammelli, *Considerazioni sulla riforma regionale*, in *Le Regioni*, n. 3-4, 2000; Aa.Vv., *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*. Atti del Convegno, a cura di G. Berti e G.C. De Martin, Roma, 31 gennaio 2002, Luiss, Roma, 2002; Aa.Vv., *Legge La Loggia. Commento alla l. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, a cura di F. Bassanini, Maggioli, Rimini 2003; Aa.Vv., *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, a cura di R. Bifulco, Torino, Giappichelli, 2006; Aa.Vv., *Semplificare l'Italia. Stato, Regioni, enti locali*, a cura di F. Bassanini e L. Castelli, Firenze, Passigli, 2008; Aa.Vv. *Città, Province, Regioni e Stato. I luoghi delle decisioni condivise*, a cura di V. Antonelli, Roma, Donzelli, 2009; L. Antonini, *Il regionalismo differenziato*, Giuffrè, Milano 2009; L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2010; G. Vesperini, *Poteri locali e Regioni: le dinamiche del cambiamento*, in *Le Carte e la storia*, 2012, 23 ss.; R. Bin, *La crisi delle Regioni. Che fare?*, in *Le Regioni*, 2012, 735 ss.; M. Cammelli, *Regioni e regionalismo 1948-2013*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, (ora anche in ID., *Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi*, Bologna, il Mulino, 2019, 433 ss.; G. Falcon, *A che servono le Regioni?*, in *Le Regioni*, 2014, 767 ss.; G. Falcon, *Ripensando le istituzioni territoriali, tra diritto pubblico ed esperienza*, in *Ist. Fed.*, 2014, n. 1,11 ss.; B.G. Mattarella, *La riforma del Titolo V: bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 731 ss.; G. Piperata, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. amm.*, 2020, n. 3, 645 ss.; ID., *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 318 ss.; F. Merloni, *Il Titolo V, le Regioni e le riforme delle autonomie territoriali*, in *Ist. Fed.*, 2021, 7 ss.; F. Cortese, *Un* check-up *per il regionalismo italiano*, in *Ist. Fed.*, 2021, 107 ss.; Aa.Vv., *L'amministrazione regionale*, a cura di G. Gardini e C. Tubertini, Torino, Giappichelli, 2022.

[54] Cfr. B. Baldi e S. Profeti, *Le Regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali di accesso all'agenda*, in *Riv. it. di pol. pubbliche*, 2021, 432.

gioni come soggetti istituzionali, è indubbiamente marginale, ed è relegata essenzialmente alla fase attuativa. Quest'ultima fase, tuttavia, non appare garantire adeguati spazi destinati a garantire il principio di leale collaborazione nella progettualità tra lo Stato e le regioni[55] in quanto gli obiettivi del Piano sono stati integralmente definiti a livello governativo-statale e sono fondati su un dialogo tra gli Stati membri e la Commissione. Le regioni vengono, infatti, perlopiù richiamate nel Piano non tanto come soggetti istituzionali, bensì come aree territoriali in quanto tali e nell'ottica di politiche di riduzione dei divari regionali e più in generale territoriali su cui il Piano incentra trasversalmente un complesso di interventi[56]. I territori sono visti nell'ottica dell'attuazione del Piano più come ambiti di fragilità cui porre rimedio o comunque per cui intervenire in chiave perequativa e omogenea piuttosto che strumenti per realizzare più efficacemente le linee d'intervento del Piano.

È di tutta evidenza che la marginalizzazione delle regioni in questo frangente deriva da una mancanza di una consapevole riflessione in ordine al

[55] Con riferimento al principio di leale collaborazione pur rilevando che «la sua elasticità consente di avere riguardo alle peculiarità delle singole situazioni» (Cfr. C. cost., 23 dicembre 2003, n. 370) è necessario sottolineare come ha rilevato C. Tubertini, *La questione dei raccordi tra centro e autonomie*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, cit., 78, che «specie nella lunga stagione della c.d. "legislazione della crisi", questa elasticità è divenuta vera e propria cedevolezza. Il principio di leale collaborazione è risultato un principio a "giustiziabilità dimidiata", spesso recessivo rispetto alla necessaria osservanza di altri principi costituzionali, come quello dell'equilibrio del bilancio e di unità e indivisibilità della Repubblica».

[56] Il PNRR si propone di contribuire al riequilibro dei gap territoriali a un duplice livello: a) sul piano della coesione socio-economica, riguardo ai differenziali strutturali tra sistemi economico-produttivi territoriali che hanno ripercussioni critiche sull'assetto socio-demografico; b) sul piano dell'accesso ai «diritti di cittadinanza», talvolta anche ai più elementari, che si sostanziano nel livello e nella qualità di rilevanti infrastrutture e servizi alle persone. La prima delle due direttrici viene richiamata esplicitamente nella declaratoria relativa alla priorità 3 del Piano («riduzione dei divari») e in alcune valutazioni previsionali di impatto. questo proposito, nel contributo si riprendono quattro classici temi chiave: le *performances* del sistema produttivo (con ricorso al «PIL pro-capite»); la qualità del capitale umano (con la proxi «livello d'istruzione»); le opportunità lavorative dei giovani ("tasso di occupazione"); la relativa propensione migratoria («indice» e «tasso migratorio»). La seconda direttrice, connessa ai «diritti di cittadinanza», evoca l'impianto operativo del PNRR, articolato in sei Missioni ossia in linee di intervento tematiche molto ampie che chiamano in causa, rispettivamente, il livello e la qualità delle infrastrutture (missioni 1-3) e dei principali servizi socio-sanitari ed educativi (missioni 4-6). In merito, sono stati approfonditi i seguenti temi: (M1) reti digitali («*digital divide*»); (M2) reti idriche («efficienza»); (M3) rete ferroviaria («elettrificazione»); (M4) servizi di istruzione («competenze degli studenti»); (M5) servizi per l'infanzia («diffusione degli asili nido»); (M6) servizi sanitari («emigrazione sanitaria»).

rapporto sinergico e integrato tra centro e periferia, ma soprattutto tra unità e autonomia. Tale rapporto è condizionato da ultimo tra gli altri anche dalla revisione costituzionale del Titolo V del 2001 (l. cost. n. 3/2001), che mantiene intatte e impregiudicate le ambiguità circa il ruolo della regione come ente di governo dell'amministrazione territoriale, nonché istituzione crocevia di un'attività di programmazione a livello nazionale autonomamente declinata[57], che in questo contesto appare in una fase ormai crepuscolare. La giurisprudenza costituzionale in più occasioni, precedenti all'attuazione del Piano, ha prospettato percorsi collaborativi tendenti a saldare da un lato la necessità di riaffermare le esigenze di unitarietà dell'azione amministrativa attraverso lo strumento dell'intesa[58] (sicuramente valido anche per il periodo attuale interessato dall'esigenza di una più efficace e tempestiva attuazione del Piano e di responsabilità dello Stato nei confronti dell'UE), e dall'altro l'esigenza di valorizzazione degli interessi sottesi alle materia di competenza regionale, che rilevano in sede di esercizio delle competenze statali, espresse nella forma tanto "dell'intreccio"[59], quanto della "forte incidenza"[60] che sicuramente risulta pertinente al tema delle riconosciute competenze legislative regionali implicate dall'attuazione del PNRR. Il necessario e più che mai auspicabile coinvolgimento nell'attuazione del Piano, con riferimento ai casi di cui alla materia regionale, avrebbe potuto assumere la forma dell'intesa, in conformità al principio di sussidiarietà verticale, ma l'impostazione seguita dal legislatore è stata alquanto differente caratterizzata perlopiù da un'impostazione marcatamente centralista nei termini descritti in precedenza. Non solo quindi le regioni e gli enti locali hanno avuto un ruolo alquanto limitato nella fase ascendente ovvero di elaborazione del Piano, ma anche nella fase discendente cioè attuativa non pare che i medesimi enti territoriali abbiano acquisito notevole rilevanza, come dimostra la previsione, vaga nella sua ampiezza, dell'art. 9, d.l. n. 77/2021 sulla realizzazione operativa degli interventi del PNRR demandata anche alle regioni e agli enti locali, e quella dell'art. 33, d.lgs. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233, che ha previsto il Nucleo PNRR Stato-regioni, istituito

[57] Cfr. E. Rinaldi, *L'accentramento del potere amministrativo nel PNRR tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 275.

[58] Si faccia riferimento innanzitutto e tra le altre alle note sentenze C. cost., 1° ottobre 2003, n. 303; C. cost., 13 gennaio 2004, n. 6 ed alla relativa giurisprudenza successiva che si è affermata.

[59] Si faccia riferimento tra le altre alle sentenze C. cost., 8 giugno 2005, n. 219; C. cost.,2 febbraio 2011, n. 33; c. cost., 22 luglio 2010, n. 278.

[60] Si faccia riferimento tra le altre alle sentenze C. cost., 27 marzo 2003, n. 88; C. cost., 31 marzo 2006, n. 134; C. cost., 12 gennaio 2011, n. 8; C. cost., 10 aprile 2014, n. 88.

presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei ministri, che rafforza ulteriormente il presidio statale[61]. A parziale recupero di un'azione di supporto e di coordinamento rispetto all'attività d'attuazione del Piano da parte degli enti locali, ma pur sempre in un'ottica di accentramento del potere, il legislatore ha previsto l'istituzione presso presso ciascuna Prefettura – Ufficio territoriale di Governo, di una cabina di coordinamento, per la definizione del piano di azione per l'efficace attuazione dei programmi e degli interventi previsti dal Pnrr in ambito provinciale. La Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, in una memoria resa ai fini dell'esame del d.l. n. 19/2024[62], ha rilevato criticamente che da un lato tale misura testimonia la preferenza per il legislatore a favore di un'ottica che continua ad essere caratterizzata da scelte che privilegiano l'accentramento delle funzioni di coordinamento e di controllo del Pnrr. Proprio per questo la Corte sottolinea che, atteso l'incardinamento di nuove strutture, servirà un'intensificazione non indifferente dello sforzo organizzativo da parte delle Prefetture-Utg, caratterizzate da criticità legate al sottodimensionamento degli organici della carriera prefettizia.

Dall'altro lato i giudici contabili hanno rilevato che «la norma non sembra al momento affrontare i problemi di coordinamento che pure si pongono in relazione ai numerosi altri strumenti già attivati ai fini di garantire un accompagnamento degli enti locali nell'attuazione corretta e tempestiva delle progettualità Pnrr e che, alla luce della nuova iniziativa legislativa, non sembrano essersi rivelati pienamente idonei a centrare l'obiettivo». Inoltre, la Corte ha rilevato che «[l']'istituzione delle nuove cabine presso le Prefetture – e degli eventuali nuclei specifici di personale non meglio definiti – è auspicabile sia accompagnata da una chiara e puntuale ridefinizione del perimetro di operatività di ciascuno degli strumenti destinati in vario modo al supporto degli enti locali, differenziando compiti, ruoli, responsabilità e modalità di raccordo con le strutture di *governance* nazionale. Ciò al fine di evitare che il conseguimento dell'obiettivo di miglioramento dell'efficacia ed efficienza della gestione del Pnrr a livello territoriale possa essere messo a rischio da un ingorgo di moduli organizzativi differentemente strutturati che finirebbe per disorientare le amministrazioni locali e disincentivare l'utilizzo delle diverse forme di supporto e assistenza a disposizione».

[61] Cfr. B.G. Mattarella, *I problemi del raccordo tra Stato e autonomie territoriali*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, a cura di N. Antonetti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2022, 253.

[62] Cfr. C. Conti, *Memoria della Corte dei conti per l'esame del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) A.C. 1752*, Marzo 2024, in *www.corteconti.it*, 18 ss.

Le tendenze descritte sono comuni anche ad altri Paesi dell'Ue, come ha attestato anche la Relazione annuale 2023 del Comitato europeo delle regioni dal titolo *Lo stato delle regioni e delle città*, che ha osservato come il ruolo delle regioni (pur essendo state in prima fila nella risposta alla pandemia e alla ripresa) non sia stato adeguatamente riconosciuto nell'elaborazione e nella predisposizione del principale strumento per la ripresa e la resilienza dell'Ue ovvero il *NextGenerationEU* tradendo sostanzialmente il dettato del reg. Ue n. 241/2021 istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza, secondo cui ciascun Piano nazionale di ripresa e resilienza dovesse prevedere tra gli altri anche «una sintesi del processo di consultazione, condotto conformemente al quadro giuridico nazionale, delle autorità locali e regionali»[63].

In definitiva il Pnrr segna, per la sua struttura modulata sulla base di una *governance* multilivello, un cambio di paradigma significativo con impatti a valere anche e soprattutto sul rapporto centro-periferia. Se alla luce delle ultime due crisi finanziarie (rispettivamente quella del 2008 dei debiti sovrani e quella del 2020 pandemica) il tasso di pubblicizzazione è salito e ha fatto (ri)emergere, in particolare con l'ultima crisi pandemica, il ruolo propulsivo dello Stato nell'indirizzare e riorientare le dinamiche economiche, tracciando «una fenomenologia largamente nuova di interferenza pubblica nell'economia»[64] (e dunque ridisegnando in parte i rapporti tra Stato e mercato) anche i rapporti tra Stato ed enti territoriali hanno risentito di tale cambio di equilibri nei rapporti economici. Se infatti negli anni Novanta aveva pre-

[63] Cfr. art. 18, par. 4, lett. *q)*, reg. Ue n. 241/2021, del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Secondo la Relazione annuale 2023, Comitato europeo delle Regioni, *Lo stato delle regioni e delle città* «il coinvolgimento degli enti locali e regionali nella preparazione dei PNRR è stato complessivamente basso, anche se in modi diversi a seconda di determinati elementi. Il livello più basso di coinvolgimento segnalato dagli intervistati è stato nella governance del processo (coordinamento, tempistiche, ecc.), con una moltitudine di organizzazioni intervistate che hanno riferito di essere "per niente" coinvolte. I governi subnazionali hanno quindi avuto poche opportunità di influenzare i PNRR. Questa mancanza di coinvolgimento ha conseguenze: alcuni PNRR sono più o meno ciechi spaziali, il che potrebbe compromettere gravemente la loro efficienza e la loro coesione sociale e territoriale, secondo uno studio incentrato sui piani italiano, portoghese e spagnolo. In tali Stati membri mancavano le condizioni che consentivano una consultazione informata, aperta e ampia delle esigenze sociali e territoriali. Sembra altamente probabile che il basso coinvolgimento delle città e delle regioni (e di altri attori) nella preparazione e nell'attuazione dei piani di ripresa sia strettamente correlato alla progettazione e al funzionamento dello strumento stesso. Il dispositivo per la ripresa e la resilienza e il suo approccio basato sulle prestazioni si basano su traguardi e obiettivi predefiniti con poca flessibilità per gli adeguamenti, il che potenzialmente riduce lo spazio per altri attori politici e rafforza la centralizzazione».

[64] Cfr. G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022, 94.

valso una visione che leggeva il confronto tra le autonomie territoriali in chiave competitiva, allo stato attuale appare avere ripreso quota una visione caratterizzata dalla necessità di impostare politiche pubbliche che non siano la mera risultanza della collazione accidentale e affastellata di singole politiche o indirizzi territoriali, bensì siano l'esito organico di una regia e soprattutto di un disegno unitario a livello statuale definito a livello centrale[65].

Se il PNRR è uno strumento di programmazione come ricordato in precedenza o più esplicitamente uno strumento d'innovazione strategica, allora non si può ignorare che l'impostazione scelta dal legislatore per l'elaborazione e l'attuazione del Piano, che risponde a canoni e criteri che appartengono per molti aspetti al passato, ovvero criteri perlopiù gerarchici e ad un'impostazione centralista, si rivela scarsamente adeguata non solo con riferimento alle evoluzioni del quadro nazionale, ma anche e soprattutto di quello europeo. Tale impostazione, che sembra ignorare per alcuni aspetti innovazioni ed evoluzioni del modello dell'amministrazione di risultato che a partire dalla fine degli anni Ottanta e inizio anni Novanta si è progressivamente affermato nell'organizzazione amministrativa, ha indubitabilmente rimesso in discussione alcune conquiste maturate nell'ambito dell'elaborazione delle politiche pubbliche, costituzionalmente riconosciute, attinenti in particolare, sotto il profilo verticale, ai rapporti tra centro e periferia come è stato evidenziato, ma anche sotto il profilo orizzontale tra pubblico e privato.

4. Il potere sostitutivo come clausola di supremazia statale e l'apparato dei controlli della Corte dei conti

L'impostazione centralista del PNRR emerge in maniera evidente anche nella previsione di un complesso meccanismo organizzativo di poteri sostitutivi e di procedure ai fini del superamento dei dissensi, in capo al Governo, e quindi al livello statale, dal momento che nell'attuazione del Piano sono coinvolti anche i livelli territoriali afferenti alle regioni, province, città metropolitane e comuni, quali meri soggetti attuatori degli interventi previsti al pari delle amministrazioni statali centrali.

Attraverso una complessa valutazione e ponderazione degli strumenti giuridici approntati dal legislatore per addivenire ad una realizzazione più celere e più adeguata degli interventi previsti dal PNRR, è possibile cogliere

[65] In questi termini si v. M. Bordignon e F. Cerniglia, *Regioni e autonomie locali nelle prospettive del PNRR*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, a cura di N. Antonetti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2022, 201.

la funzione di norme di chiusura relative all'attivazione dei poteri sostitutivi e delle procedure di superamento dei dissensi.

Infatti, il Piano non ha inteso operare una riallocazione delle competenze in ordine alla realizzazione degli interventi che rimangono immutate in capo ai soggetti attuatori, in particolare agli enti territoriali. Questi ultimi possono avvalersi ai fini dell'attuazione degli interventi di cui al Piano da un lato delle misure di accelerazione e di semplificazione in termini procedurali disposte dalle riforme abilitanti e dall'altro dei servizi di supporto e assistenza tecnica previsti da specifiche norme e dal Piano e assicurati da alcune società a partecipazione pubblica, nell'ottica di un generale rafforzamento della capacità amministrativa dei soggetti attuatori degli interventi del Piano.

I poteri sostitutivi com'è noto sono stati previsti agli artt. 117, c. 5 e 120, c. 2, Cost. In base a quest'ultima disposizione il Governo è titolato ad esercitare il potere sostitutivo, sostituendosi a organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni in caso di inadempimento da parte degli stessi di «norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali».

L'art. 12, d.l. n. 77/2021, infatti, opera sostanzialmente una tipizzazione dei poteri sostitutivi e stabilisce che il mancato rispetto degli obblighi e degli impegni presi dai soggetti attuatori, nonché il ritardo, l'inerzia o la difformità nell'esecuzione dei progetti rendono possibile l'attivazione di poteri sostitutivi, i quali non sono andati esenti da osservazioni critiche anche da parte della dottrina[66]. Tramite questi poteri quindi il Consiglio dei ministri potrà, a determinate condizioni, attribuire a un altro organo pubblico o a un commissario *ad acta* il potere di adottare gli atti necessari e di provvedere all'esecuzione ai progetti.

[66] Sull'esercizio dei poteri sostitutivi nell'attuazione del Pnrr si v. A. Tabacchi, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *federalismi.it*, 2023, n. 9, 122 ss. Sull'effettiva idoneità ed effettività dei poteri sostitutivi al fine di garantire la solerte attuazione del Pnrr si è interrogato tra gli altri anche S. Pajno, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR*, in *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, a cura di N. Antonetti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2022, 250; L. Maccarone, *L'attuazione del PNRR ed i poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle autonomie territoriali*, in questa *Rivista*, 667 ss.; L. Ferraro, *Il potere sostitutivo nei casi di inadempienza*, in Aa.Vv., *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, a cura di P. Bilancia, Bologna, il Mulino, 2024, 291 ss.

Al Ministro per gli affari regionali e le autonomie è riconosciuta la possibilità, nei casi di inadempimento, ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti, di «promuovere le opportune iniziative di impulso e coordinamento nei riguardi di Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni», anche nelle opportune sedi di raccordo interistituzionale come la Conferenza Stato-regioni, nonché di Conferenza unificata.

Nel caso di inadempimento, ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti da parte di soggetti attuatori diversi dai soggetti predetti all'assegnazione del termine supplettivo, ai fini dell'adempimento e all'esercizio del potere sostitutivo, provvede direttamente il ministro competente. Quest'ultimo interviene anche qualora la richiesta di esercizio del potere sostitutivo provenga direttamente anche da un soggetto attuatore, ivi compresi gli enti territoriali.

Con il d.l. n. 13/2023 è stato rivisto il procedimento prodromico all'esercizio dei poteri sostitutivi. Infatti, nel caso di dissenso, diniego o opposizione da parte di un organo statale che può precludere la realizzazione di un intervento previsto dal Pnrr, spetterà al Ministro per gli Affari europei (e non più alla Segreteria tecnica Pnrr che è stata soppressa) o al ministro competente, anche su impulso della Struttura di missione Pnrr, effettuare la segnalazione al Presidente del Consiglio affinché venga sottoposto dal Consiglio dei ministri.

Nel caso in cui il Ministro non adotti i provvedimenti citati ed in tutti i casi in cui situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti di cui al Pnrr non risultino superabili con celerità, il Consiglio dei ministri esercita i poteri sostitutivi su proposta del Presidente del Consiglio o della Cabina di regia.

Nel caso in cui sia messa a rischio il conseguimento di obiettivi previsti dal Pnrr, il Presidente del Consiglio su proposta della Cabina di regia o del ministro competente assegnava al soggetto attuatore un termine non superiore a trenta giorni al fine di provvedere decorsi inutilmente i quali potevano essere esercitati i poteri sostitutivi[67]. Con il d.l. n. 13/2023 al fine di assicurare il rispetto dei tempi di realizzazione degli interventi finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del Pnrr è stato ridotto da trenta a quindici giorni il termine massimo che può essere assegnato ai soggetti attuatori nei casi di mancata adozione di atti e provvedimenti oppure ritardi, inerzie o difformità nell'esecuzione dei

[67] Cfr. artt. 1-16, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108. Sui poteri sostitutivi si veda C. cost. 9 marzo 2018, n. 56.

progetti o interventi, quando l'inadempimento mette a rischio il conseguimento degli obiettivi del Piano[68].

Il soggetto incaricato dell'esercizio dei poteri sostitutivi potrà provvedere all'adozione degli atti o all'esecuzione dei progetti assicurando il coordinamento operativo tra le varie amministrazioni e soggetti coinvolti. Si tratta quindi di poteri sostitutivi molto ampi che si estendono su tutte le materie toccate dal Pnrr, che non necessariamente rientrano nella competenza esclusiva dello stato. Nell'individuare i principi di legittimità costituzionale su cui poggia il decreto, è indicato nel primo articolo che le disposizioni contenute al suo interno sono da considerarsi di competenza esclusiva dello Stato, in quanto attuative di un regolamento dell'Ue e in quanto definiscono livelli essenziali di prestazioni.

Per quanto concerne gli interventi di carattere infrastrutturale, il commissario nominato agisce in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale (eccetto il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Ue), se ciò è indispensabile per il rispetto del cronoprogramma del progetto e dispone dei poteri propri del Commissario straordinario delle grandi opere[69].

Per l'esercizio dei poteri sostitutivi pare possibile individuare due aree principali di intervento: da un lato quelle relativi all'adozione di atti o provvedimenti necessari all'attuazione di una misura del Piano e dall'altro quelle relative alla concreta esecuzione di specifici progetti. Con riferimento alle due aree si possono peraltro individuare due modalità differenti di esercizio di detti poteri: nel caso in cui i poteri siano esercitati in riferimento all'adozione di atti o provvedimenti necessari al raggiungimento di obiettivi del Pnrr, si può ipotizzare la semplice individuazione di un soggetto chiamato a provvedere a fronte dell'inerzia del soggetto attuatore; nel caso in cui si debba dare corso alla concreta esecuzione di specifici progetti, è possibile prefigurare l'attivazione dei poteri, da parte del soggetto istituzionale incaricato, di subentrare nell'attuazione di ordinanze adottate in deroga alla normativa vigente, tale da superare gli ostacoli che hanno impedito l'attuazione della misura[70].

All'art. 13, d.l. n. 77/2021, è previsto che in caso di «dissenso, diniego,

[68] Cfr. art. 3, c. 1, lett. *a*), nn. 1 e 2, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[69] Cfr. art. 3, c. 1, lett. *a*), n. 3, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[70] Cfr. A. Tabacchi, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *federalismi.it*, 2023, n. 9, 152.

opposizione o altro atto equivalente» derivante da un organo statale che sia idoneo a precludere la realizzazione di un intervento previsto dal PNRR, l'Autorità politica delegata in materia di PNRR ovvero il ministro competente, anche su impulso della Struttura di missione PNRR ovvero dell'Ispettorato generale per il PNRR, «propone al Presidente del Consiglio dei ministri, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni». Nel caso in cui il «dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente provenga da un organo della regione, o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano o di un ente locale» la Segreteria tecnica istituita presso la Presidenza del Consiglio, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, «propone al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per concordare le iniziative da assumere». In caso di mancanza di soluzioni condivise, il Presidente del Consiglio ovvero il Ministro per gli affari regionali e le autonomie nei pertinenti casi, propone al Consiglio dei ministri le opportune soluzioni nell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli art. 117, c. 5, e 120, c. 2, Cost.

Un ulteriore profilo che merita di essere segnalato attiene all'organo deputato a formulare una proposta poi rimessa al Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni: inizialmente nel d.l. n. 77/2021 era previsto che fosse la Segreteria tecnica l'organo preposto ad attivarsi in caso di superamento di dissensi formulati da organi statali. Con il d.l. n. 13/2023 la titolarità è stata trasferita al livello politico ovvero al Ministro titolare della delega per l'attuazione del PNRR o del ministro competente in materia, limitando le attività di competenza della Struttura di missione a funzioni di impulso.

Rispetto ai presupposti abilitanti l'esercizio dei poteri sostitutivi, quelli che fondano l'esercizio del superamento dei dissensi presentano criteri meno stringenti: per l'esercizio dei poteri sostitutivi è previsto in via generale che sia messo a repentaglio un obiettivo intermedio o finale del Piano, per attivare la procedura per il superamento dei dissensi è invece sufficiente che l'atto di dissenso sia suscettibile di precludere in tutto o in parte la realizzazione di un intervento. L'oggetto del superamento del dissenso non concerne un obiettivo del Piano nel suo complesso, bensì, un intervento specifico. Il novero delle manifestazioni di dissenso da parte delle amministrazioni è dunque ampio e configura uno strumento duttile, ma avente valenza residuale, che trova quindi un unico limite sotto il profilo applicativo «ove un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti

disposizioni». Quanto al meccanismo che assiste l'attivazione della procedura di superamento del dissenso è possibile osservare che essa presenta elementi distintivi rispetto a quella prevista dall'art. 14-*quinquies*, l. n. 241/1990 e dal d.lgs. n. 127/2016 per il superamento di dissensi "qualificati" nell'ambito delle conferenze di servizi. Secondo tale meccanismo la devoluzione della questione al Consiglio dei ministri si determina a seguito dell'opposizione dell'amministrazione dissenziente, mentre nel d.l. n. 77/2021 si recuperano alcuni profili della procedura introdotta dalla l. n. 15/2005, in base alla quale la rimessione della decisione avveniva su richiesta dell'amministrazione procedente[71].

Per quanto riguarda il regime dei controlli in ordine all'attuazione del Pnrr, esso viene affidato ai medesimi organi deputati alle funzioni di indirizzo e coordinamento che sono state descritte in precedenza[72]. Nell'assetto generale dei controlli sull'attuazione del Piano, a prevalere è sempre la logica della *performance* e del risultato. D'altronde, la valutazione *in itinere* ed *ex post* della Commissione europea sull'intero dispositivo si rivolge, in particolare, al conseguimento effettivo degli obiettivi, all'efficienza nell'uso delle risorse, al valore aggiunto europeo e alla pertinenza delle misure[73]. Un ruolo assolutamente strategico è svolto dalla Corte dei conti, la quale esercita un complesso di funzioni di controllo preventivo, *in itinere* e successivo.

In via generale il controllo preventivo di legittimità è esercitato dalla Corte dei conti sugli atti normativi a rilevanza esterna, gli atti di programmazione comportanti spese e gli atti generali attuativi di norme comunitarie[74]. In particolare, gli atti ministeriali che hanno predisposto gli investimenti Pnrr, sono stati sottoposti al controllo preventivo della Corte dei conti[75].

Il sistema dei controlli esterni di cui è referente la Corte dei conti è stato in occasione del processo di semplificazione funzionale all'attuazione del Pnrr, rafforzato, in particolare con la previsione del Collegio del con-

[71] Cfr. A. Tabacchi, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *federalismi.it*, 2023, 9, 157.

[72] Per una ricostruzione approfondita del regime dei controlli amministrativi nel Pnrr si veda tra gli altri M. Benedetti, A. Naldini, *Controllare e valutare gli interventi finanziati dall'Ue*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, n. 1, 105 ss. spec. 128 ss.; E. Tatì, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *federalismi.it*, 2022, n. 33, 86 ss.; A. M. Quaglini, *Recovery and Resilience Facility: sistema dei controlli e ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. C. conti*, 2021, n. 1, 33 ss; M. Macchia, *La "nuova" discrezionalità amministrativa e il controllo concomitante della Corte dei conti, in Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali,* a cura di J. Bercelli e S. Moro, Torino, Giappicchelli, 2023, 57 ss.

[73] Cfr. art. 32, reg. Ue n. 241/2021 del 12 febbraio 2021.

[74] Cfr. art. 3, c. 1, in particolare *lett. c)*, l. 14 gennaio 1994 n. 20.

[75] Cfr. art. 3, c. 2, l. 14 gennaio 1994 n. 20.

trollo concomitante presso la Sezione centrale di controllo sulle amministrazioni dello Stato presso la Corte dei conti[76], inserita nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, c.d. Decreto semplificazioni. L'obiettivo del controllo concomitante è quello di intervenire *in itinere* durante l'attuazione di un piano, programma o progetto, esercitando un'azione acceleratoria e propulsiva dell'azione amministrativa e assicurando, al contempo, il corretto impiego delle risorse rimesse alla gestione pubblica[77].

Il legislatore con la previsione dell'art. 11, c. 2, della l. 4 marzo 2009, n. 15, c.d. Legge Brunetta, aveva introdotto il controllo concomitante per scongiurare due tipi di fenomeni patologici: le «gravi irregolarità gestionali» e le «gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione»[78]. Nella *ratio legis* il controllo concomitante avrebbe dovuto costituire uno strumento con funzione propulsiva, con la finalità di accelerare e agevolare gli interventi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale, operando in base ad una logica di tipo predittivo. In tale modo si sarebbero dovuti anticipare eventuali scostamenti rispetto a tempi e modalità di svolgimento del progetto.

Tuttavia, il regime dei controlli concomitanti, pur legislativamente contemplato, non ha trovato effettiva attuazione per lungo tempo almeno fino al 2020, quando è stato oggetto di un'operazione di ristrutturazione e di riattualizzazione in un contesto rinnovato, quanto a funzione di controllo

[76] Cfr. art. 22, c. 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, in combinato disposto con l'art. 11, c. 2, l. n. 15/2009, c.d. Legge Brunetta, e con l'art. 3, c. 4 e 6, l. n. 20/1994

[77] Cfr. M. Benedetti e A. Naldini, *Controllare e valutare gli interventi finanziati dall'Ue*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 138, secondo cui «[i]l controllo concomitante si inserisce (o almeno si dovrebbe inserire) nell'alveo dei controlli di gestione di cui all'articolo 3 della l. 14 gennaio 1994, n. 20 con cui condivide l'approccio collaborativo. Il collegio, infatti, può impartire all'amministrazione raccomandazioni e osservazioni (secondo la logica dell'art. 3, c. 6, della legge 20) affinché venga intrapreso un percorso auto-correttivo volto ad indirizzare l'azione amministrativa verso canoni di efficienza gestionale. Le raccomandazioni, che sono il risultato di un percorso istruttorio svolto in contraddittorio con l'amministrazione interessata, sono comunicate alla cabina di regia PNRR, al Ministro per gli Affari europei, il sud, le politiche di coesione e il piano nazionale di ripresa e resilienza, alla Ragioneria generale dello Stato, all'autorità di audit PNRR e alle commissioni parlamentari competenti».

[78] Per una disamina del controllo concomitante si v. A. Peta, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante*, *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. Giordano, Milano, Giuffrè, 2021, 560 ss.; E. Minnei e C. Pagliarin, *Il controllo concomitante della Corte dei conti per l'accelerazione degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 1095 ss.; C. Chiappinelli, *Le innovazioni della legge "Brunetta" al sistema dei controlli nel quadro delle altre recenti riforme*, in *Ragiusan*, 2011, n. 327/328, 90 ss.

da assolvere, con l'accentuazione, come ha rilevato la dottrina, dei caratteri di accertamento[79].

Infatti, mentre l'art. 11, c. 2, della l. n. 15/2009 prevede che «La Corte dei conti [ ] può effettuare controlli su gestioni pubbliche in corso di svolgimento», l'art. 22, c. 1, d.l. n. 76/2002 qualifica l'esito del controllo concomitante quale «eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione dei contributi». Le ragioni dell'applicazione dei controlli concomitanti quanto al perimetro oggettivo ai fondi di derivazione europea cioè del *Next GenerationEU*, funzionali al conseguimento degli obiettivi previsti dal PNRR, traevano ispirazione dall'esigenza di avere a portata di mano misure correttive con la possibilità di intervenire, *in itinere* con processi di autocorrezione, in virtù delle circostanze emergenziali pandemiche che avevano interessato anche il nostro Paese. In definitiva, come ha osservato la dottrina «stando al tenore letterale dell'art. 22, del d.l. n. 76/2020, il "nuovo" controllo concomitante costituisce un ibrido tra il controllo-referto sulla sana gestione e il controllo-accertamento sulla regolarità amministrativo-contabile»[80], in cui fra le diverse funzioni della Corte dei conti trova spazio un potere atto a formulare indirizzi e correzioni, con il vantaggio di poter immediatamente interrompere prassi distorte e inefficienti durante l'esercizio della gestione amministrativa.

Una delle ragioni forse prevalenti della mancata attuazione di tale tipologia di controllo, è legata all'utilizzo, invece, dei controlli successivi sulla gestione, ai sensi dell'art. 3, c. 4, l. n. 20/1994. Tale previsione, già vigente al momento dell'introduzione dei controlli concomitanti nel 2009, configura l'esercizio del controllo successivo sull'atto da esplicarsi in corso di svolgimento «sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sui fondi fuori bilancio e su quelli di provenienza comunitaria verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione». Ne consegue

[79] Si v. G. Rivosecchi, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, in *federalismi.it*, 2023, n. 14, XII, secondo cui «[a]nche la "nuova" versione del controllo concomitante, introdotta nel 2020, non è esente da critiche. Al riguardo, per un verso la disciplina sembra replicare i controlli-referto sulla copertura finanziaria, attivabili «anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari», sia pure estendendoli alle «gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione dei contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili». Per altro verso, rispetto alla versione originaria del controllo concomitante, la norma in parola accentua, con riguardo ai «principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale», la funzione di accertamento che, invece, connota i controlli di legittimità regolarità ad effetto impeditivo».

[80] *Ibidem*, XIII.

che, a prescindere dall'introduzione dei controlli concomitanti, esistevano ed esistono tipologie di controlli successivi aventi un'operatività anticipata ovvero in corso di esercizio, tanto da qualificare la previsione di cui all'art. 3 della l. n. 20/1994 come referente già di una forma di controllo concomitante sebbene non espressamente prevista.

Successivamente attraverso il d.l. n. 77/2021, c.d. Decreto Semplificazioni-*bis*, sono state introdotte alcune novità, in ordine ai controlli sulla gestione, segnatamente sono riconosciute specifiche funzioni già assegnate alla Corte dei conti, che esercita il controllo sulla gestione di cui all'art. 3, c. 4, l. 14 gennaio 1994 n. 20[81], le quali vengono estese, secondo i criteri di economicità, efficienza ed efficacia, all'acquisizione e all'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi PNRR[82]. Inoltre, la Corte dei conti, attraverso le proprie Sezioni riunite, a livello centrale nell'adempimento del suo ruolo riferisce, almeno semestralmente, al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR. A livello territoriale i relativi controlli sono effettuati dalle competenti Sezioni regionali di controllo, sia mediante i controlli di regolarità contabile sui rendiconti di spesa che gli enti ai sensi dell'art. 158 del TUEL hanno l'obbligo di predisporre, sia mediante i controlli sulla gestione dei singoli progetti/interventi. Il controllo ha ad oggetto la verifica circa la rispondenza dell'intervento ai criteri richiesti per l'ammissione ai finanziamenti, il rispetto delle condizionalità associate alle misure (rispetto della parità di genere, dell'occupazione giovanile, della quota da riservare al mezzogiorno

[81] Cfr. art. 3, c. 4, l. n.20/1994 «La Corte dei conti svolge, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria, verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. Accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa. La Corte definisce annualmente i programmi e i criteri di riferimento del controllo sulla base delle priorità previamente deliberate dalle competenti Commissioni parlamentari a norma dei rispettivi regolamenti, anche tenendo conto, ai fini di referto per il coordinamento del sistema di finanza pubblica, delle relazioni redatte dagli organi, collegiali o monocratici, che esercitano funzioni di controllo o vigilanza su amministrazioni, enti pubblici, autorità amministrative indipendenti o società a prevalente capitale pubblico».

[82] Cfr. art. 7, c. 7, d.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 «la Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'articolo 3, c. 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR. Tale controllo si informa a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'articolo 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

e del principio *Do No Significant Harm* (DNSH) ovvero non arrecare danno all'ambiente), il livello di attuazione, la correttezza della gestione, i pagamenti effettuati, la rendicontazione eseguita, eventuali omissioni, inerzie e ritardi.

Tale controllo, che si esplicita in un forte raccordo con la Corte dei conti europea, che esercita i poteri di controlli ai sensi dell'art. 287, par. 3, TFUE[83], è finalizzato a verificare la legittimità e la regolarità della gestione e la corrispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge anche avvalendosi dei controlli interni alle amministrazioni. Il richiamo ai principi di cooperazione tra le autorità contabili europee e nazionali contribuisce a prospettare un quadro nell'ambito dei controlli sempre più orientato ad assicurare la sana gestione finanziaria.

È opportuno rammentare che il controllo sull'impiego delle risorse affidato alla Corte dei conti, va inteso innanzitutto come stimolo alla sana gestione finanziaria degli enti ed è preordinato a evitare squilibri di bilancio complessivi, e allo stesso tempo a garantire, come ha evidenziato la Corte costituzionale[84] a più riprese, il rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Ue in ordine alle politiche pubbliche di bilancio.

Successivamente è stata prevista l'esclusione dal controllo concomitante della Corte dei conti dei piani, programmi e progetti previsti o finanziati dal PNRR e dal PNIEC[85].

[83] Cfr. art. 287, par. 3, TFUE «Il controllo ha luogo tanto sui documenti quanto, in caso di necessità, sul posto, presso le altre istituzioni dell'Unione, nei locali di qualsiasi organo o organismo che gestisca le entrate o le spese per conto dell'Unione e negli Stati membri, compresi i locali di persone fisiche o giuridiche che ricevano contributi a carico del bilancio. Il controllo negli Stati membri si effettua in collaborazione con le istituzioni nazionali di controllo o, se queste non hanno la necessaria competenza, con i servizi nazionali competenti. La Corte dei conti e le istituzioni nazionali di controllo degli Stati membri cooperano in uno spirito di reciproca fiducia, pur mantenendo la loro indipendenza. Tali istituzioni o servizi comunicano alla Corte dei conti se intendono partecipare al controllo. Le altre istituzioni dell'Unione, gli organi o organismi che gestiscono le entrate o le spese per conto dell'Unione, le persone fisiche o giuridiche che ricevono contributi a carico del bilancio e le istituzioni nazionali di controllo o, se queste non hanno la necessaria competenza, i servizi nazionali competenti trasmettono alla Corte dei conti, a sua richiesta, i documenti e le informazioni necessari all'espletamento delle sue funzioni. Per quanto riguarda l'attività della Banca europea per gli investimenti in merito alla gestione delle entrate e delle spese dell'Unione, il diritto della Corte di accedere alle informazioni in possesso della Banca è disciplinato da un accordo tra la Corte, la Banca e la Commissione. In mancanza di un accordo, la Corte ha tuttavia accesso alle informazioni necessarie al controllo delle entrate e delle spese dell'Unione gestite dalla Banca».

[84] Cfr. C. cost., 7 giugno 2007, n. 179; ID., 5 aprile 2013, n. 60; ID. 6 marzo 2014, n. 39; ID., 25 ottobre 2017, n. 228.

[85] Cfr. art. 1, c. 12-*quinquies*, lett. *b)*, d.l. 22 aprile 2023, n. 44 convertito con modifica-

L'abolizione dei controlli *in itinere*, ovvero concomitanti, su attività specificamente volte al rilancio dell'economia, indebolisce i presidi di legalità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa ed appare in controtendenza rispetto ai principi di precauzione a cui è fortemente orientata la disciplina europea che, all'art. 22, Reg. Ue n. 241/2021, richiama gli Stati membri ad una rigorosa azione di prevenzione delle frodi, dei conflitti d'interessi, della corruzione a tutela degli interessi finanziari dell'Ue. Inoltre, il controllo concomitante così come si è configurato, aveva assunto una funzione di tipo refertuale-collaborativa affiancando il decisore politico amministrativo nell'azione amministrativa, agevolando in questo modo i processi di autocorrezione per favorire la realizzazione degli investimenti e il conseguimento degli obiettivi previsti dal Pnrr[86] e sembrava rispondere a quelle esigenze di verifica sulla gestione del bilancio affermate dal diritto dell'Ue, in ordine alla realizzazione degli investimenti previsti dal Pnrr.

Infatti, proprio nell'ottica di dare attuazione in modo efficace ed efficiente agli interventi previsti dal Pnrr che, per espressa previsione normativa europea, esige un costante monitoraggio sulla verifica dei risultati, secondo il cronoprogramma concordato, quale condizione per l'effettiva corresponsione dei fondi destinati all'Italia, il controllo concomitante, si è rivelato strumento di ausilio collaborativo rivolto a stimolare in corso di esercizio la responsabilità del decisore politico-amministrativo in ordine ai risultati conseguiti nell'impiego delle risorse[87].

Autorevole dottrina ha argomentato in senso favorevole all'abolizione del controllo concomitante sottolineando che, in difetto di tale abolizione, sussisterebbe incoerenza tra l'esistenza dei controlli concomitanti ed il sistema costituzionale italiano, facendo riferimento al contenuto letterale dell'art. 100 Cost. che non opera esplicita menzione ai controlli concomitanti[88].

zioni dalla l. 21 giugno 2023, n. 74, che ha modificato l'art. 22, c. 1, d.l. n. 76/2020.

[86] Cfr. C. Conti, Collegio del controllo concomitante istituito presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Quadro programmatico del controllo concomitante sulle gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento per l'anno 2022*, deliberazione n. 1, 2022, 4.

[87] Cfr. G. Rivosecchi, *op.cit.*, XV, secondo cui *«il controllo concomitante, come interpretato dalla Corte dei conti, si è rivelato strumento di ausilio collaborativo rivolto a stimolare in corso di esercizio la responsabilità del decisore politico-amministrativo in ordine ai risultati conseguiti nell'impiego delle risorse»*; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2007, 18 ss.

[88] In particolare, si v. l'intervista a S. Cassese, *Limitare i poteri della Corte dei conti è sacrosanto,* in *Il Foglio*, 3 giugno 2023, ove si suggerisce che i controlli concomitanti non corrispondano al modello costituzionale in quanto «i controlli devono avere alcune caratteristiche. Anzitutto, non essere a tappeto, ma a campione: altrimenti finiscono con l'estendersi troppo

Altra parte della dottrina ha, invero, colto un rischio a riguardo delle potenzialità distorsive del controllo concomitante, quale controllo esercitato in corso di attività. Vi è il rischio che la Corte dei conti diventi la *longa manus* dei poteri esecutivo-legislativo dello Stato[89], violando il principio di separazione dei poteri nella fase attuativa del PNRR, rischiando di dar luogo ad una forma di potere sostitutivo di natura amministrativa[90].

5. L'opera di rafforzamento della capacità amministrativa

Com'è noto l'approvazione del PNRR è avvenuta in un contesto in cui il nostro Paese non poteva contare (e non può contare tuttora) su un repertorio consolidato e aggiornato di politiche e di strumenti sotto il profilo della capacità amministrativa[91]. Il programma *NextGeneratioEU* ed il Piano si sono posti in un contesto nazionale in cui per oltre dieci anni il legislatore aveva risposto alle crisi economico-finanziarie intervenute con politiche di tagli senza approntare riforme, con effetti vincolanti sulle assunzioni, drastici sulle spese dedicate alla formazione, comportando ripercussioni importanti in termini di depauperamento del capitale umano ovvero degli organici e innalzamento dell'età media dei dipendenti pubblici, registrando carenze in termini di competenze adeguate per le esigenze delle amministrazioni pubbliche[92],

e con l'andare assai poco in profondità. In secondo luogo, non devono essere controlli che si limitano alla carta, ma che analizzano l'essenza delle cose. Infine, devono essere esercitati il meno possibile in forma preventiva o concomitante: perché questo tipo di controllo genera troppo facilmente forme di cogestione, col risultato che l'amministratore si sente o terrorizzato o deresponsabilizzato. Nel controllo concomitante c'è la negazione della indipendenza della Corte dei conti, che dovrebbe essere l'"occhio del Parlamento", e non l'"angelo custode degli impiegati». Si v. anche, S. Cassese, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Il Corriere giuridico*, 1993, n. 2, 217 ss.

[89] Cfr. S. Del Gatto, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 246.

[90] Così E. Cavasino, *Autonomie e controlli della Corte dei conti nel quadro dei principi costituzionali e dei vincoli sovranazionali in materia economico-finanziaria*, in *federalismi.it*, 2022, n. 28, 28.

[91] In tema si v. L. Polverari*, La capacità amministrativa in Italia: Sfide, opportunità e prospettive,* in *Quaderno SVIMEZ*, Roma, 2020, 63 ss.; Ismeri Europa*, Inquadramento strategico del tema della capacità amministrativa in Italia nell'ambito dell'azione dell'OT11*, 2023, Roma.; Per una ricostruzione della letteratura concernente la costruzione di capacità amministrativa si v. F. Di Mascio e A. Natalini, *La capacità amministrativa e il PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 437 ss.

[92] Si v. S. Battini, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 735 ss., spec. 774 ss., che osserva come «[i]n una seconda fase, successiva alla crisi del 2008, il peso del vincolo europeo sugli equilibri finanziari e, quindi,

in primis i comuni[93]. Per cogliere le linee direttrici e lo spirito riformatore del legislatore sotteso al Piano occorre innanzitutto partire dalle criticità segnalate per il 2019-2020 dalla Commissione europea che ha indirizzato a ciascun Paese membro opportune raccomandazioni specifiche (*Country specific Recommendations* – CSR[94]) e nel *country report* sull'Italia redatto dalla Commissione nel 2022. Quest'ultimo accompagnava un documento che invitava il Consiglio a esprimere pareri sul Programma Nazionale di Riforma

sui costi della burocrazia, ha mostrato il suo volto più severo. [ ] La legge si è incaricata di introdurre misure di austerity, che hanno interessato non solo le retribuzioni, ma anche gli ingressi esterni, congelati a colpi di c.d. «blocchi del turn-over», cioè vietando la sostituzione dei dipendenti cessati dal servizio con nuove assunzioni. Per effetto di queste misure, è stato calcolato ad esempio che, nel comparto delle amministrazioni centrali, il tasso medio di sostituzione nel decennio 2011-2020 è stato pari a 0,32: un nuovo assunto ogni tre cessazioni. Tutto ciò ha avuto effetti devastanti. Lo Stato si è ritrovato una burocrazia ridotta nei numeri e invecchiata. Quanto alle dimensioni complessive, nel decennio 2011-2020, il personale impiegato dalle pubbliche amministrazioni è diminuito del 2,3 per cento, In alcuni comparti la riduzione è stata molto più marcata: le amministrazioni centrali, ad esempio, in dieci anni hanno perso il 21,6 per cento della consistenza iniziale. Quanto all'invecchiamento, nel ventennio 2001-2020, l'età media riferita al totale del personale è cresciuta di sei anni e mezzo, arrivando a toccare i 50 anni. L'età più elevata si riscontra ancora nelle amministrazioni centrali, dove supera i 54 anni. Tra i due fenomeni, la riduzione della consistenza del personale e l'incremento dell'età media, vi è dunque una stretta correlazione, come ha messo in luce la Ragioneria generale dello Stato».

[93] Cfr. Aa.Vv., *Rapporto SVIMEZ, 2024, L'Economia e la società del mezzogiorno. Competitività e coesione: il tempo delle politiche*, Bologna, il Mulino, 2024, 276 ss. «[a]l 2022, il personale dei comuni italiani contava 91mila unità in meno rispetto al 2011 (-22%). Il calo di gran lunga più ampio tra i diversi comparti della Pa, che ha interessato con intensità differenziata le amministrazioni comunali delle diverse aree del Paese: -22mila nel Nord-Ovest (-20%); -14mila nel Nord-Est (-18%); -16mila nel Centro (-18%); -28mila nel Mezzogiorno continentale (-34%); -11mila nelle Isole (-20%). È questo il lascito delle politiche di contenimento della spesa per il personale pubblico implementate già dai primi anni Duemila, delle successive misure di blocco del turnover allentate solo tra il 2018 e il 2019, e dell'aumento dell'età pensionabile. Presi insieme, questi eventi hanno avuto l'effetto di limitare il ricambio generazionale dei dipendenti comunali, alimentando un progressivo invecchiamento e depauperamento di competenze degli organici. [ ] Il personale delle amministrazioni regionali italiane è rimasto sostanzialmente stabile tra il 2011 e il 2022, calando di circa 5mila unità, da 99mila a 94mila».

[94] Cfr. Commissione europea, Relazione per paese relativa all'Italia, comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale europea e all'Eurogruppo, Semestre europeo 2019: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del Regolamento Ue n. 1176/2011 COM(2019) 150 final, 27.02.2019.

previsto dal Paese nel 2022[95]. Le criticità evidenziate hanno messo in luce dati che erodono l'efficienza dell'amministrazione pubblica, delineandone profili per nulla soddisfacenti[96]. Pertanto, stante l'assoluta precarietà in cui versa la pubblica amministrazione che con alterne vicende ha interessato l'azione di tutti gli esecutivi degli ultimi trent'anni[97], è divenuto prioritario, nonché imperativo il tema del rilancio dell'amministrazione da perseguire con rinnovata determinazione.

Tra le principali novità sul piano normativa che sta accompagnando l'attuazione del Pnrr vi è sicuramente la riforma della pubblica amministrazione. Quest'ultima costituisce una delle riforme c.d. orizzontali, ovvero trasversali alle sei missioni di cui si compone il Piano, in quanto dirette al miglioramento dell'efficienza, l'equità e la competitività del Paese. Sulla base di queste sollecitazioni il Governo attraverso la missione uno del Pnrr (Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo) a cui sono destinati 41,34 miliardi di euro, segnatamente la Componente uno (Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella Pa) ha inteso introdurre alcune misure tese a riformare la pubblica amministrazione[98]. La componente 1 è a sua volta suddivisa in sette ambiti di investimento e tre assi di riforma per promuovere la digitalizzazione della pubblica amministrazione. Complessivamente, le risorse a sostegno di questi interventi ammontano a circa 6,14 miliardi di euro. A questi si aggiungono poi ulteriori 600 milioni di euro previsti dal «Piano Nazionale per gli investimenti complementari al Pnrr».

I tre assi di riforma della pubblica amministrazione corrispondono alle seguenti tematiche: accesso e reclutamento, per snellire le procedure di selezione, renderle più efficaci, favorire un ricambio generazionale; buona amministrazione e semplificazione, per semplificare norme e processi. In

[95] Cfr. Eu Commission (2022), *Country Report - Italy Accompanying the document Recommendation for a Council Recommendation on the 2022 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the Stability Programme of Italy*, Commission staff working document 2022 COM(2022) 616 final.

[96] Cfr. S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019,8 ss.

[97] Sulle tentate riforme amministrative degli ultimi trent'anni si v. senza pretesa di esaustività Aa.Vv., *Le riforme amministrative*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B. G. Mattarella e M. Ramajoli, Bologna, il Mulino, 2024; B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017; M. Savino, *Le riforme amministrative*, *Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, II, 2003, 2185 ss.; Id., *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641 ss.

[98] Per una ricognizione esaustiva degli interventi di ammodernamento della pubblica amministrazione si v. Cnel, *Relazione CNEL sui Servizi Pubblici 2024*, 14 ottobre 2024, in *www.cnel.it*

particolare, la riforma si pone l'obiettivo di eliminare i vincoli burocratici e rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, riducendo tempi e costi per cittadini e imprese; capacità e carriere, per allineare conoscenze e capacità organizzative alle esigenze del lavoro di una pubblica amministrazione moderna ed efficiente, a partire dalla rimozione dei vincoli alla mobilità dei dipendenti pubblici tra amministrazioni e dalle nuove prospettive di carriera. A ciascuno di questi capitoli sono associati precisi interventi di riforma e collegate specifiche azioni di investimento.

Per quanto riguarda gli investimenti, è opportuno richiamare la realizzazione del Portale unico del reclutamento, con investimento totale di 20,5 milioni di euro, la predisposizione di plurime *task force* su digitalizzazione, monitoraggio e performance, con investimento complessivo di 734,2 milioni di euro, infine, promozione delle competenze e della capacità amministrativa con investimento di complessivi 489,9 milioni di euro.

Le risposte offerte con l'avvio del PNRR sono state tese a contrastare il depauperamento di risorse umane, strumentali e finanziarie indotto dai tagli alla spesa pubblica praticati durante la stagione dell'austerità. Pertanto, l'avvio del programma *NextGenerationEU* ha posto le basi per la realizzazione di riforme e investimenti, in armonia con quanto precedentemente aveva prospettato la Commissione europea attraverso raccomandazioni specifiche. I governi degli Stati membri hanno quindi introdotto nei rispettivi piani nazionali misure specifiche dedicate alla riforma e all'ammodernamento dell'amministrazione pubblica[99]. L'obiettivo primario è stato quello di accrescere a livello quantitativo le disponibilità di risorse umane destinate ad attuare progetti PNRR. In tale senso l'approccio quantitativo teso al rafforzamento della capacità amministrativa è stato articolato lungo due direttrici: la prima ha messo a disposizione delle pubbliche amministrazioni il supporto di servizi di assistenza tecnica tramite convenzioni con società a partecipa-

[99] Si ricordano tra le altre il d.l. 22 aprile 2023, n. 44, recante «Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche» (convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2023, n. 74), che ha introdotto importanti misure che consentono alle amministrazioni di assumere nuovo personale e di valorizzare le migliori professionalità; per favorire l'ingresso di giovani talenti e rendere più attrattivo il settore pubblico il decreto-legge ha previsto la possibilità di assumere giovani laureati con contratto di apprendistato e con contratto di formazione e lavoro da selezionare con l'utilizzo del Portale inPA. Si ricorda, altresì, il d.l. n. 36/2022 (convertito con modificazioni dalla l. n. 79/2022), all'art. 3, c. 6, è stato pubblicato il d.P.R. n. 82/2023 l'aggiornamento delle disposizioni contenute nel d.P.R. n. 487/1994 che disciplina le modalità di accesso al pubblico impiego. Il nuovo Regolamento, nel riconfermare la centralità della piattaforma, dispone che il Portale assolverà anche a funzioni fondamentali nell'ambito degli obblighi di comunicazione agli interessati e ai controinteressati in ordine alle istanze di accesso.

zione pubblica; la seconda ha rafforzato la dotazione di personale introducendo misure per favorire nuove assunzioni nelle pubbliche amministrazioni deputate all'attuazione del Piano. Tra queste misure si possono ricordare anche quelle che hanno disposto l'aumento degli incentivi per il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione con destinazione di risorse aggiuntive ai rinnovi contrattuali per il pubblico impiego. Si ricorda anche che è stato disposto l'aumento della quota di incarichi dirigenziali passata dal trenta al cinquanta percento conferiti a soggetti esterni alla pubblica amministrazione per lo svolgimento di compiti strettamente e direttamente funzionali a realizzare gli interventi finanziati dal PNRR[100].

Tra le misure di ausilio tecnico ai soggetti attuatori delle sei missioni del Piano, appare opportuno inquadrare i provvedimenti legislativi, primo fra tutti il d.l. n. 77/2021 e successivi decreti-legge che sono intervenuti e sono tesi a garantire l'attuazione degli interventi del Piano e l'accelerazione degli investimenti, nel rafforzamento della capacità amministrativa[101]. I soggetti attuatori sono così individuati nelle singole amministrazioni pubbliche centrali e negli enti territoriali, sulla base delle rispettive competenze, potendo esse operare attraverso le proprie strutture o mediante i soggetti attuatori esterni, individuati dal Piano stesso o, ancora, secondo le modalità previste dalla normativa nazionale e comunitaria vigente[102]. Si è deciso, infatti, di asservire esplicitamente alla finalità dell'accelerazione degli investimenti lo strumento della *capacity building* amministrativa, sotto il profilo dell'organizzazione e del personale, andando oltre il mero tentativo di alleggerimento trasversale degli oneri e dei termini procedimentali[103].

In base al c.d. decreto Semplificazioni-*bis*, le amministrazioni pubbliche possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di società a prevalente partecipazione pubblica[104] e parimenti possono ricorrere al supporto

[100] Cfr. art. 8, c. 1, d.lgs. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[101] Si fa riferimento in particolare all'art. 9, in particolare c. 2, artt. 10 e 11, d.l. n. 77/2021, rubricati, rispettivamente, «attuazione degli interventi» e «misure per l'accelerazione degli investimenti». Si vedano anche gli artt. da 1 a 13 d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79. Da ultimo si vedano anche gli artt. 8 e 9 d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56.

[102] Cfr. art. 9, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[103] Così A. Averardi, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche,* in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 301.

[104] Cfr. art. 9, c. 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

di società *in house providing*[105], per sostenere la definizione e l'avvio degli affidamenti ed accelerare gli investimenti pubblici nell'ottica di favorire la tempestiva ed efficace attuazione degli interventi del Pnrr, lungo tutto il ciclo degli investimenti, dal momento della definizione e dell'avvio delle procedure di affidamento, sino a quello dell'attuazione, del monitoraggio e della valutazione dei risultati conseguiti.

Tale disposizione è da leggere in combinato disposto con il d.l. 10 settembre 2021, n. 121, convertito con modificazioni dalla l. 9 novembre 2021, n. 156, c.d. decreto Infrastrutture e Trasporti, che ha previsto la possibilità per le amministrazioni pubbliche, nell'ottica di «assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi pubblici» previsti dal Pnrr, di avvalersi «direttamente della società Cassa depositi e prestiti Spa e di sue società direttamente o indirettamente controllate per attività di assistenza e supporto tecnico-operativo, per la gestione di fondi e per attività ad esse connesse, strumentali o accessorie»[106].

La disposizione altresì prevede che i rapporti tra le parti siano regolati da apposite convenzioni, in conformità con l'accordo quadro[107] stipulato tra il Mef e Cassa depositi e prestiti (Cdp) sottoscritto in data 23 dicembre 2021 che ha permesso ad amministrazioni centrali ed enti locali di usufruire dei servizi di consulenza e assistenza tecnica da parte della Cdp, che opera in qualità di *advisor*, per il raggiungimento degli obiettivi del Pnrr.

A supporto delle amministrazioni pubbliche è stato predisposto anche un sistema di assistenza tecnica denominato *Capacity Italy*, accessibile tramite piattaforma digitale. Tale sistema, assolutamente innovativo, è integrato grazie ad una *partnership* tra soggetti formalmente privati, ma in controllo pub-

[105] Cfr. art. 10, c. 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[106] Cfr. art. 10, c. 7-*quinquies*, d.l. 10 settembre 2021, n. 121, convertito con modificazioni dalla l. 9 novembre 2021, n. 156.

[107] L'accordo quadro fra il Mef e Cdp, sulle iniziative di sostegno alle pubbliche amministrazioni nelle fasi di programmazione, definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi del Pnrr, ha quale obiettivo il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche, accelerare la realizzazione degli investimenti, facilitare il rispetto dei tempi e il conseguimento di obiettivi e traguardi previsti. Nell'Accordo sono definite le modalità di attivazione di Cdp per il sostegno ad amministrazioni centrali e agli enti territoriali nell'ambito del Pnrr. A valle dell'Accordo saranno definiti i Piani della attività per ogni ministero che conterranno una descrizione puntuale delle iniziative da svolgere. Inoltre, in forza di specifiche convenzioni, le amministrazioni, che provvedono alla realizzazione degli interventi del Pnrr a livello territoriale, potranno avvalersi direttamente della Cassa (e di società da essa direttamente o indirettamente controllate) per attività di assistenza e sostegno tecnico-operativo, per la gestione di fondi e, infine, per attività connesse alle precedenti.

blico, oltreché dotati di adeguate competenze quali CDP, Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa, Banca del Mezzogiorno - MedioCredito Centrale e, con il supporto della Presidenza del Consiglio dei ministri e del MEF. *Capacity Italy* è in grado di rendere disponibile, a beneficio degli enti territoriali, quali regioni, province, città metropolitane, comuni e altri enti pubblici, e più in generale a tutti gli enti non territoriali impegnati nell'attuazione dei progetti del PNRR, una piattaforma di servizi unica per: il supporto tecnico-amministrativo ed economico-finanziario nell'intero ciclo di vita dei progetti; il coordinamento e la razionalizzazione della documentazione a sostegno dei progetti, uniformando l'attività di comunicazione; l'indirizzo delle *task force* reclutate dalle amministrazioni pubbliche, su base territoriale, per l'attuazione del PNRR[108].

Tali misure hanno, tuttavia, com'è stato rilevato, esposto l'opera tesa al rafforzamento della capacità amministrativa al rischio di predisporre una pluralità di strutture straordinarie che si affiancano alle pubbliche amministrazioni senza coordinarsi tra di loro e senza integrarsi nel tessuto organizzativo degli uffici. [109] La scommessa sul supporto tecnico-specialistico delle società a partecipazione pubblica non è però esente da rischi o comunque da profili di problematicità come è stato opportunamente rilevato[110]. Si pensi ad esempio ai profili di compatibilità del ruolo di soggetto attuatore da un lato e di *advisor* o comunque di supporto dall'altro, in capo alle società a partecipazione pubblica coinvolte nell'attuazione del PNRR. Si pensi altresì alla scelta delle modalità operative per sostenere l'imprenditorialità; in particolare le piccole e medie imprese, creando reti stabili e interazioni tra le società a partecipazione pubblica e gli operatori privati, tenendo presente

[108] Il portale *Capacity Italy*, in particolare offre assistenza al personale tecnico delle amministrazioni impegnato nell'attuazione dei progetti, ad esempio prestando la propria consulenza ai responsabili unici del procedimento, supportando le amministrazioni richiedenti in tutte le fasi di realizzazione degli investimenti, dalla redazione dei bandi alle fasi di rendicontazione e monitoraggio, anche mediante l'apertura di sportelli tecnici appositamente dedicati. L'assistenza è articolata su due livelli: un primo livello, più in funzione della risposta immediata al bisogno e quindi con un tasso di standardizzazione maggiore; un secondo livello, invece, che si articola in un'assistenza maggiormente personalizzata, con la possibilità di formulare specifici quesiti tecnici per ottenere risposte dagli esperti da remoto. *Capacity Italy*, se da un lato si presenta come una piattaforma di assistenza tecnica integrata da soggetti pubblici altamente competenti e specializzati, può diventare un vero e proprio spazio di scambio di buone pratiche e di rafforzamento della capacità amministrativa, in piena adesione alla volontà del legislatore, grazie alla formazione trasversale sul campo nell'attuazione del PNRR ed allo scambio di competenze tra esperti, operatori e amministratori pubblici.

[109] Così F. Di Mascio e A. Natalini, *La capacità amministrativa e il PNRR*, cit., 441.

[110] Si v. A. Averardi, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche,* cit., 303.

che questo presuppone una cultura di politica industriale che l'Italia pare avere abbandonato da tempo.

Si ponga l'attenzione, infine, sul ruolo che possono giocare le società a partecipazione pubblica rispetto ai meccanismi attraverso i quali è possibile garantire l'efficacia degli interventi del PNRR, trasversalmente su tutto il territorio nazionale, con riferimento anche alla molteplicità di amministrazioni pubbliche coinvolte, alquanto differenti ed eterogenee tra loro, sia sotto il profilo dimensionale, sia sotto il profilo di capacità amministrativa.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, con il d.l. 2 marzo 2024, n. 19, segnatamente l'art. 8[111], c. 1, sono state incluse anche le regioni (oltre a enti locali ed enti e aziende del Servizio sanitario nazionale) nel novero dei soggetti pubblici autorizzati ad erogare, relativamente ai progetti del PNRR, gli incentivi per funzioni tecniche[112] (disciplinati all'art. 45 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023), anche al personale di qualifica dirigenziale coinvolto nei predetti progetti; le regioni prevedono attraverso i propri regolamenti e previa definizione dei criteri in sede di contrattazione decentrata. Attraverso tale forma di incentivazione il legislatore si propone di garantire maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, in considerazione dei rilevanti impegni derivanti dall'attuazione dei progetti del Piano e degli adempimenti connessi. Il c. 2, lett. 0a dell'art. 8[113] prevede, invece, sempre in ottica di rafforzamento della capacità amministrativa, una parziale rimodellazione, in chiave acceleratoria, delle procedure speciali finalizzate al reclutamento del personale e il conferimento di incarichi a professionisti da impiegare per l'attuazione del PNRR. Infine, le successive lettere da a) a c) dell'art. 8, c. 2, d.l. n. 19/2024, hanno integrato il dettato delle norme di carattere transitorio che hanno reso possibile la conclusione, in relazione al PNRR, di contratti di lavoro a tempo determinato di durata complessiva superiore a trentasei mesi, nell'ambito di alcune pubbliche amministrazioni. Il c. 3 dell'art. 8[114] reca importanti misure per facilitare e

[111] Cfr. art. 8, c. 1, d.l. 2 marzo 202, 4, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, che modifica l'artt. 8, c. 5, del d.l. 24 febbraio 2023, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[112] Gli incentivi per funzioni tecniche sono compensi a favore dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, che vengono corrisposti a fronte dello svolgimento di determinate attività finalizzate alla conclusione di appalti di lavori, servizi e forniture. Essi operano in deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione di cui all'art. 24, c. 3, del Testo unico sul pubblico impego (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

[113] Cfr. art.8, c. 2, lett. 0a, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, che integra l'art. 1, c. 2, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

[114] Cfr. art. 8, c. 3, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 apri-

accelerare la realizzazione degli investimenti, come ad esempio l'ampliamento delle possibilità operative di regioni, province autonome e enti locali nell'ambito dei processi di avvalimento del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate per la promozione e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali. In particolare, la norma, a seguito della novella, prevede che detti enti possano avvalersi del già menzionato supporto tecnico-operativo anche per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato[115].

Viste nel complesso le misure adottate per il rafforzamento della capacità amministrativa possono comportare per il pubblico impiego alcuni rischi, come è stato segnalato[116], quali in primo luogo la scarsa capacità di risultare attrattivo per le figure professionali a causa soprattutto della debolezza degli incentivi legati alle politiche retributive che rimangono bassi e all'offerta di collaborazioni a tempo determinato. In secondo luogo, le citate misure realizzano le premesse per future istanze di stabilizzazione dei precari. In terzo luogo, si è registrato uno svilimento del principio meritocratico in rapporto al principio del concorso pubblico mediante il ricorso a meccanismi di selezione semplificati e accelerati. Infine, un ultimo rischio attiene ai profili in aumento del grado di fidelizzazione politica dei dirigenti pubblici.

La relazione di interdipendenza tra riforme interne e vincolo esterno è divenuto un dato strutturale. Se, infatti, da una parte la qualità delle riforme della pubblica amministrazione è assurta a componente fondamentale degli indici compositi che misurano il grado di attrattiva dell'Italia, dall'altra l'agenda di ammodernamento e innovazione digitale dell'amministrazione si inserisce all'interno di un quadro più ampio di riforme intraprese da tutti gli attori europei nei confronti dei quali la Commissione funge spesso da soggetto accompagnatore e facilitatore[117].

Sia in occasione della crisi pandemica, sia nell'ambito dell'attuazione a livello europeo del *Next Generation EU* e a livello nazionale del Pnrr, le società a partecipazione pubblica, mettendo a disposizione le proprie competenze tecniche e specialistiche al servizio delle amministrazioni pubbliche, suppliscono da un lato alla crisi e al depauperamento dei corpi tecnici

le 2024, n. 56, che modifica in più punti l'art. 10 del d.l. 31 maggio 2021, n. 771, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

[115] Cfr. l'art. 8, c. 3, lett. a) d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, che modifica l'art. 10, c. 4, d.l. n. 77/2021.

[116] Si v. L. Carbonara, C. Cataldi, C. Ciccodicola, C. Lacava e L. Saltari, *Pandemia e assunzioni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 34 ss.

[117] Cfr. A. Guerrieri, *Il PNRR*, in Aa.Vv, *Le riforme amministrative*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B. G. Mattarella e M. Ramajoli, Bologna, il Mulino, 2024, 167.

nell'amministrazione pubblica[118] e dall'altro contribuiscono a rafforzare la capacità amministrativa esistente delle amministrazioni medesime, tentando di superare cosi la "marginalizzazione"[119] della pubblica amministrazione perpetrata nelle riforme legislative degli ultimi anni. Il tema del rafforzamento della capacità amministrativa è da tempo al centro delle politiche dell'Unione europea attesi gli ingenti investimenti dedicati dalle politiche di coesione a tale tematica. Tale strategia è confortata anche dalla letteratura che ha valorizzato la correlazione positiva tra capacità amministrativa degli enti locali (inclusa la dotazione di personale) e le *performance* di questi enti nella gestione e spesa di risorse provenienti dalla politica di coesione.[120] L'efficacia delle iniziative del Pnrr e delle politiche di coesione per rafforzare la capacità delle amministrazioni pubbliche in particolare quelle territoriali «richiede un rigoroso monitoraggio e un'attenta valutazione, finalizzate a suggerire ulteriori potenziali misure integrative. Da tale processo dipende la capacità degli enti territoriali, quali istituzioni più vicine ai cittadini, di affrontare efficacemente le sfide del periodo post-Pnrr, consentendo a queste amministrazioni di svolgere appieno il proprio ruolo di forza propulsiva per i territori e per il paese»[121].

6. Il parallelismo tra l'"amministrazione disaggregata" stabile e ordinaria e "l'amministrazione di missione" temporanea e straordinaria

L'avvento del Pnrr ha determinato nell'ambito dell'organizzazione amministrativa una parziale riorganizzazione con inserimenti *ex novo* di organi, strutture e uffici temporanei e straordinari nell'ambito di un sistema di *governance* necessariamente multilivello articolato come ricordato in precedenza su tre livelli: il primo costituito da organi e strutture d'indirizzo e d'impulso costituiti *ex novo* e con vigenza temporanea; il secondo rappresentato dalle amministrazioni statali e territoriali già esistenti nell'assetto

[118] In tema si v. L. Fiorentino, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2013, 479 ss.*;* L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 249 ss.

[119] Si v. M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure e riforme, in Dir. amm.*, 2016, 1-2, 9 ss., spec. 13 .

[120] Si v. F. Di Mascio, *Semestre europeo e riforme amministrative in Italia,* in *Riv. it. pol. pubb.,* 2020, 2, 227 ss.

[121] Cfr. Cfr. Aa.Vv., *Rapporto SVIMEZ, 2024, L'Economia e la società del mezzogiorno. Competitività e coesione: il tempo delle politiche*, Bologna, il Mulino, 2024, 289.

organizzativo e non aventi vigenza temporanea, deputate all'attuazione degli interventi finanziati dal Piano; infine il terzo livello costituito da strutture e organi anch'essere costituite *ex novo* ma non aventi vigenza temporanea. La pubblica amministrazione è stata oggetto di interventi di rafforzamento in particolare sotto il profilo organizzativo e dimensionale, ma anche sotto il profilo delle semplificazioni delle procedure amministrative che devono assistere all'attuazione degli interventi del PNRR.

L'esigenza di fornire celere attuazione al Piano ha così determinato un mutamento della morfologia dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica la quale, come ha ricordato autorevole dottrina, ha subito una trasformazione cominciata gradualmente negli anni Settanta del secolo scorso, che ha determinato il passaggio da un'organizzazione amministrativa compatta, secondo un modello a piramide ad un'organizzazione disaggregata, secondo un modello a rete. Il passaggio all'amministrazione disaggregata ha avuto quale principale causa prodromica, il cambiamento dell'ordinamento politico-amministrativo nazionale avvenuto agli albori dei primi anni del Novecento con il passaggio dal cosiddetto Stato monoclasse liberale e notabilare ad uno Stato pluriclasse[122] in via di democratizzazione.

L'avvento del PNRR ha restituito un quadro dell'assetto dell'amministrazione pubblica statale alquanto complesso in cui ad un'amministrazione disaggregata stabile e ordinaria, retta da una normativa stratificata e consolidata e formata da preesistenti strutture ed organi amministrativi si è affiancata in via parallela un'amministrazione di missione, retta da normative *ad hoc*, con l'istituzione *ex novo* di strutture e organi aventi durata temporanea, ovvero condizionata all'esaurimento temporale di attuazione del Piano (ovvero il 2026), e depositarie di elevata specializzazione tecnica.

Alla questione inerente al passaggio dall'amministrazione aggregata all'amministrazione disaggregata sono connessi alcuni profili problematici di rischio di alcune derive, su cui ha riflettuto analiticamente la dottrina[123]. Si è aggiunto, con l'avvento del PNRR, peraltro, anche un ulteriore problema posto dal rapporto tra l'amministrazione disaggregata stabile e ordinaria e l'amministrazione di missione temporanea e straordinaria. Tale complesso rapporto ha determinato da un lato sicuramente un'accentuazione ed anzi

[122] Nel senso richiamato da M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione utile*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 154 ss. È a partire dagli anni Settanta del Ventesimo secolo che, lentamente, la scienza giuridica riconosce l'omogeneità sociale del Paese e la necessità di adeguare a questa le istituzioni. Si veda, in particolare, L. Elia, *La Costituzione materiale di uno Stato pluriclasse*, in *Parlamento*, 1979, n. 10-11, 7 ss.

[123] Da ultimo si v. S. Cassese, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 465 ss.

una torsione in termini di accentramento dei poteri di indirizzo concentrati nelle strutture di vertice ancorate alla Presidenza del Consiglio[124], con l'istituzione in seno ad essa della Cabina di regia, quale organo dotato di poteri di indirizzo politico, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del Piano e della Struttura di missione quale strumento esecutivo dell'indirizzo impartito dalla Cabina di regia. Dall'altro lato nel sistema di *governance* del Piano è possibile registrare uno svuotamento sostanziale del ruolo del Mef che subisce un ridimensionamento in termini funzionali[125]. Se, infatti, prima l'organo che aveva il compito di interfacciarsi con la Commissione era allocato presso tale ministero (il Servizio centrale per il PNRR, sostituito dall'Ispettorato generale per il PNRR), con l'intervento legislativo di riassetto organizzativo tale competenza è stata riallocata in capo alla Struttura di missione PNRR, incardinata presso la Presidenza del Consiglio. Al fine di migliorare il coordinamento delle attività di gestione nonché di monitoraggio, rendicontazione e controllo degli interventi è prevista la possibilità per le amministrazioni centrali titolari di interventi di cui al Piano di potere disporre, senza nuovi o maggiori oneri, la riorganizzazione delle proprie strutture e uffici interni con cui sono gestite le risorse derivanti dal PNRR[126].

L'accentramento piramidale, operato con l'innesto della Struttura di missione nella suddetta struttura organizzativa potrebbe, invero, contribuire ad aggravare le già per alcuni aspetti scarse attitudini della Presidenza del Consiglio a garantire l'effettività di una funzione come quella d'indirizzo politico, così decisiva e strategica per l'attuazione del Piano. In dottrina, infatti, è stato osservato come nell'organizzazione centrale dell'amministrazione pubblica (e, per quanto rileva in questa sede, anche dell'amministrazione del PNRR), segnatamente nella Presidenza del Consiglio, la garanzia dell'effettività dell'equilibrio tracciato nella separazione tra indirizzo e gestione e nel conseguente riparto di competenze, subisce un'alterazione. Quest'ultima si è esplicitata a danno, non come si potrebbe intuire della gestione amministrativa, bensì delle funzioni d'indirizzo politico riservate al Presidente del Consiglio che vengono per così dire "catturate" ad opera di compiti, attività e funzioni ad essa perlopiù non riconducibili[127].

[124] Cfr. M. Macchia, *L'amministrazione del PNRR: un cambio di paradigma?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 446 ss.

[125] Cfr. *Ibidem*, 449 ss.

[126] Cfr. art. 1, c. 1, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

[127] In questi termini si v. G. Repetto, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2023, 363 ss., spec. 380.

I motivi della scarsa effettività dell'esercizio delle funzioni di indirizzo sono dovuti in primo luogo a ragioni di ordine storico-istituzionale, ovvero dalla breve durata dei governi che protrattasi per oltre settant'anni della storia italiana repubblicana ha sempre costituito un reale ostacolo all'esplicitazione compiuta di tali funzioni. In secondo luogo, occorre ricordare che le due linee direttrici che determinano la "cattura" delle funzioni di indirizzo sono da un lato la funzione di coordinamento ascrivibile alle prerogative della Presidenza del Consiglio sia a livello interistituzionali sia a livello interministeriale e dall'altro l'attribuzione e dunque l'esercizio da parte della Presidenza del Consiglio di specifiche funzioni amministrative.

Quanto all'espletamento della funzione di coordinamento amministrativo, soprattutto tra i ministeri, sono riscontrabili notevoli limiti in termini di effettività di esercizio, nel senso che essa si traduce più spesso in un coordinamento di tipo normativo, a mezzo soprattutto del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, piuttosto che in una funzione di coordinamento propriamente amministrativo. Quanto all'esercizio di funzioni amministrative direttamente da parte della Presidenza del Consiglio tale fenomeno si è progressivamente affermato con la proliferazione di numerose strutture interne alla Presidenza del Consiglio cui sono state delegate attribuzioni dopo la l. n. 400/1988, che hanno poca pertinenza con la funzione di indirizzo e di coordinamento, e che si radicano amministrativamente in capo ad essa in quanto destinate ad essere esercitate da ministri senza portafoglio. A tale proposito appare interessante un rilievo mosso dalla Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, in una memoria resa ai fini dell'esame del d.l. n. 19/2024 in merito alle previsioni che quest'ultimo ha disposto a titolo di rafforzamento della Struttura di missione PNRR. La Corte. Infatti, ha rilevato come la previsione di cui all'art. 4 del d.l. n. 19/2024 appare costituire in capo alla Struttura di missione un potere ispettivo generalizzato su tutte le amministrazioni pubbliche sia pure con lo scopo di verificare lo stato di attuazione del Piano. Tale potere, ad avviso dei giudici contabili, non pare essere coerente con i compiti di mero coordinamento assegnati dall'art. 95 Cost. alla Presidenza del Consiglio presso cui risulta allocata la Struttura. Tale incoerenza appare ancora più evidente nel caso di esercizio del potere ispettivo nei confronti delle regioni o degli enti locali, proprio in considerazione del principio costituzionale di cui all'art. 5 cost. sull'autonomia che regola i rapporti tra questi ultimi e le amministrazioni centrali[128].

[128] Cfr. C. Conti, *Memoria della Corte dei conti per l'esame del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) A.C. 1752*, Marzo 2024, in *www.corteconti.it,* 16.

Negli ultimi trent'anni «all'amministrazione centralizzata si è sostituita quella distribuita per livelli di governo dotati di ampia autonomia e vaste competenze»[129]. L'accentramento dei poteri a livello statuale a seguito dell'adozione del PNRR aveva già conosciuto nel recente passato una circostanza analoga ovvero la gestione dell'emergenza pandemica sanitaria. In quel frangente si è sperimentata come la *governance* multilivello, che assiste il nostro modello istituzionale, ha mostrato alcuni segni di debolezza per via soprattutto del mancato coordinamento e sovrapposizione degli interventi posti in essere dai diversi livelli istituzionali coinvolti nella gestione di una emergenza sanitaria.

7. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte finora, l'attuazione del PNRR, quale piano generale, economico e istituzionale[130], che prevede sia investimenti sia riforme da realizzare entro un tempo predeterminato, rappresenta una delle occasioni più significative, sotto il profilo amministrativo, che documenta come nell'ambito dell'azione amministrativa si sia spostato l'angolo di visuale dal profilo meramente organizzativo a quello funzionale, fornendo basi teoriche più solide all'inquadramento teorico delle più recenti riforme che si fondano esplicitamente anche sul piano legislativo sulla logica del risultato amministrativo.

Il modello adottato ai fini dell'attuazione del PNRR, dimostra una complessiva coerenza rispetto alle principali sfide identificate nella letteratura sulla *governance* multilivello delle politiche pubbliche ed in parte dimostra anche di avere acquisito maggiore consapevolezza imparando dagli errori commessi nel passato, come ad esempio la mancanza di coordinamento e chiare responsabilità (*accountability* amministrativa e politica) tra diversi livelli della *governance*, nonché l'insufficiente capacità amministrativa dei soggetti attuatori dei progetti. Tuttavia, non sono mancate le difficoltà nella fase di elaborazione del Piano, in termini di garanzia del pluralismo istituzionale, e non mancano tuttora ritardi nella fase attuativa dello stesso con le descritte farraginosità e disallineamenti tra avanzamento procedurale e finanziario dei progetti previsti, che segnalano inadeguatezze della capacità tecnica e di spesa delle amministrazioni territoriali.

[129] Così G. Napolitano, *Diritto amministrativo e transizioni del sistema politico italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 795.

[130] Si v. M. D'Alberti, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni*, in *federalismi.it*, paper - 15 febbraio 2023, 3

Al fine di ottemperare all'obiettivo di attuare il Piano entro un tempo predeterminato il legislatore ha fatto ricorso all'«amministrazione di missione» straordinaria fortemente accentrata istituita *ex lege* che è stata chiamata ad operare a fianco dell'«amministrazione disaggregata», resa oggetto a sua volta di interventi tesi al rafforzamento della capacità amministrativa, tentando di superare così la "marginalizzazione"[131] della pubblica amministrazione perpetrata nelle riforme degli ultimi anni. Come è stato osservato i ripetuti interventi di riforme amministrative generali intentati nel nostro Paese hanno prodotto due risultati: da un lato una cultura amministrativa nuova, ponendo problemi e soluzioni nuovi; dall'altro lato «la limitatezza dei risultati raggiunti ha reso via via meno convincente l'approccio olistico e rafforzato invece l'idea che convenga agire chirurgicamente su alcuni punti nodali o concentrarsi su riforme di settore, più facili da realizzare e portare a compimento. [ ] la delusione verso i paradigmi generali, come ad esempio il *New public management*, è diffusa proprio in ragione dell'astrattezza delle assunzioni di base e della rigidità dei modelli, che si scontra con la ricchezza e la complessità dei sistemi amministrativi»[132].

In adesione ad un autorevole orientamento dottrinale espresso in materia[133], si potrebbe asserire che fare ricorso ad un'amministrazione che non c'è, che opera per espressa previsione legale in via eccezionale, nonché temporanea sulla base di disposizioni spesso derogatorie e facendo sovente utilizzo di mezzi di commissariamento, può forse risultare adeguato *ratione materiae* (ovvero con specifico riferimento all'attuazione del Pnrr) e *ratione temporis* (ovvero fino al 2026 termine di attuazione dello stesso Piano), ma non è certo un rimedio che può essere applicato in via generalizzata all'intero sistema amministrativo per gli anni a venire e con riferimento all'utilizzo di risorse così ingenti come quelle previste dal Piano medesimo.

Meglio dunque investire sull'amministrazione che c'è, realizzando politiche con riguardo all'organizzazione, alle regole dell'attività e al capitale umano pubblico, invertendo cioè l'approccio e il metodo: cogliere l'occasione del Pnrr per ammodernare strutturalmente non solo temporaneamente l'amministrazione invece di ristrutturare e riorganizzare l'amministrazione perlopiù per attuare il Pnrr, giacché quest'ultimo, che necessità di adeguata ed efficace attuazione ne tempi prefissati, giungerà a termine, mentre l'or-

[131] Si v. M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure e riforme, in Dir. amm.*, 2016, 9 ss., spec. 13.

[132] Cfr. L. Torchia, *Riforma amministrativa*, in *Enc. dir., Tematici, Funzioni amministrative*, diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli, Milano, Giuffrè, 2022, 993.

[133] Si v. L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *www.irpa.eu*, 10 novembre 2020, 6 ss.

ganizzazione del sistema amministrativo resterà e «se invece di procedere in via di eccezione si provasse a costruire nuove regole e nuovi strumenti per la realizzazione del piano, nel caso in cui avessero successo si potrebbero successivamente estendere al sistema nel suo complesso, con gli aggiustamenti necessari sulla base dell'esperienza»[134].

Il Pnrr, preferendo un metodo empirico-induttivo che trova la sua realizzazione entro un tempo predefinito e interviene su aspetti puntuali adattandosi alle esigenze della transizione si digitale sia *green*, appare, invece, tracciare un'inversione di tendenza rispetto all'approccio tradizionale-deduttivo invalso per le riforme, fondato sulla ricerca di una soluzione generale ed astratta da attuare e mettere a regime in un lasso temporale medio-lungo. Il Pnrr, in altre parole, non ambisce a cambiare programmaticamente la complessiva organizzazione istituzionale del Paese; i cambiamenti vengono indotti dalle esigenze di realizzazione del Piano, secondo un approccio che si potrebbe definire apprenditivo ed evolutivo»[135]. È vero che l'approccio tradizionale alle riforme non ha sortito gli effetti sperati, spesso alquanto deludenti. È altrettanto vero parimenti che il Pnrr appare avere dettato un cambio di paradigma nel sistema italiano di governo multilivello, considerando che se negli anni Novanta il rapporto tra governo centrale e territori era dominato dall'idea di uno Stato che oltre a ritirarsi dalla scena economica con le privatizzazione e liberalizzazioni, ricercava un ruolo che si attestava più sulla funzione regolatrice e si limitava a fare l'essenziale (era infatti l'epoca del decentramento amministrativo), dopo la crisi del 2008 e quella del 2020, si è rafforzata l'idea che le pubbliche non sono la mera sommatoria di indirizzi territoriali, ma l'esito di una strategia programmata su grandi missioni e strategie e di un coordinamento tra diversi livelli istituzionali il cui disegno è ordito dal livello centrale.

Il Pnrr ancorché temporalmente limitato e recante obiettivi soltanto prodromici e di contesto ai fini di una organica e profonda riforma dell'apparato amministrativo e della sua attività in chiave di maggiore efficacia ed efficienza, può rappresentare un'occasione per imprimere una spinta propulsiva al ripensamento generale delle categorie giuridiche che presiedono al riassetto complessivo dell'organizzazione amministrativa in generale. Tutto ciò a patto però che le misure adottate temporaneamente dal punto di vista dell'implementazione e del rafforzamento della capacità amministrativa non siano dettate soltanto dall'urgenza di garantire la celerità dell'attuazione del

[134] *Ibidem*, 7,

[135] Cfr. F. Cortese, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Ist. fed.*, 2022, 382.

Piano stesso, ma possano costituire anche il viatico di un processo più complessivo[136].

Lungi dall'emettere un giudizio definitivo sulla potenzialità di impatto del PNRR in termini di benefici sul sistema economico è possibile però allo stato almeno auspicare, attesi le ripetute rimodulazioni e il modesto avanzamento della spesa per progetti PNRR, che nel biennio restante di attuazione del Piano si imprima una generale accelerazione della spesa e semplificazione degli adempimenti. Ciò valorizzando al massimo le potenzialità della *governance* multilivello, pena il fallimento della forse più imponente occasione di investimento pubblico programmato per il nostro Paese equiparabile forse soltanto come dimensioni di intervento allo *European Recovery Program* (c.d. Piano Marshall) finanziato dagli Stati Uniti d'America operante in Italia dal 1948 al 1951 per la ricostruzione del Paese dopo il secondo conflitto mondiale.

Abstract

This essay analyses, from a legal point of view, the theme of multi-level governance as an implementation paradigm of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR), adopted on the basis of the NextGenerationEU programme, focusing on the growing and central role assumed by the State, within a disaggregated administrative organisation. The essay analyses the mechanisms by means of which it was intended to guarantee a preordained structure for the implementation of the PNRR with a centralisation in the hands of the state level and a marginalisation of the role of the territorial autonomies, the provision of clauses of substitutive power, of monitoring and control instruments and of the strengthening of administrative capacity. The implementation of the PNRR represents, in fact, a general test of resilience, or rather of the overall capacity of the institutional and, in particular, administrative set-up to implement precise political guidelines, with regard to policies of social and territorial cohesion, development and economic growth with the implementation of projects financed by European resources.

[136] Occorre, tuttavia, tenere presente che come ha osservato L. Torchia, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *www.aipda.it*, 1 aprile 2021, è radicata la consapevolezza che «non si debba o possa procedere per grandi e generali riforme amministrative, sia perché i cicli di riforma succedutisi dagli anni Novanta ad oggi hanno almeno in parte tradito le aspettative, sia perché il tempo non lo consente: il lasso temporale entro il quale va definito e reso operativo l'assetto di governo e l'insieme di strumenti necessari per realizzare il PNRR è breve e richiede misure di immediata o perlomeno rapida efficacia».

ARTICOLI

Andrea Capurso

L'AUTORIZZAZIONE AMMINISTRATIVA ALL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA SULLA LUNA

Sommario: 1. Il contesto della nuova corsa alla Luna. – 2. L'autorizzazione per attività lunari nel quadro normativo internazionale. – 2.1. Origine, *ratio* e natura degli obblighi internazionali di autorizzazione e controllo. – 2.2. La conformità al diritto spaziale delle attività lunari. – 3. L'autorizzazione lunare nella prassi statale. – 3.1. Leggi generali sulle attività spaziali. – 3.2. Leggi dedicate ad attività private sulla Luna. – 4. Una legge italiana sull'autorizzazione privata lunare: riflessioni *de lege ferenda*. – 4.1. L'oggetto del provvedimento autorizzativo. – 4.2. Criteri e regole per ottenere e mantenere l'autorizzazione lunare. – 5. Conclusioni.

1. Il contesto della nuova corsa alla Luna

Non è fantascienza, ma futuro prossimo.

Aziende private, italiane e straniere, busseranno alla porta delle rispettive autorità nazionali per ottenere un'autorizzazione a svolgere attività sulla Luna. L'imminenza di tale dinamica appare evidente ricordando alcuni recentissimi dati.

Solamente nel 2024, sono stati raggiunti i seguenti traguardi nella c.d. nuova corsa alla Luna: a gennaio, il Giappone è diventato il quinto stato ad aver fatto atterrare (*rectius*: allunare) un suo rover sul suolo lunare[1]; a giugno, la missione cinese *Chang'e 6* è riuscita a riportare sulla Terra circa due kilogrammi di materiale estratto dal lato oscuro della Luna[2]; a settembre l'iniziativa statunitense *Commercial Lunar Payload Services*[3] ha reso possibile

[1] Japan aerospace exploration agency (Jaxa), comunicato stampa del 20 gennaio 2024 sul programma *Small Lander for Investigating Moon*, disponibile al seguente *link*: www.global.jaxa.jp/press/slim/.

[2] S. McCarthy, *China's Chang'e-6 moon mission returns to Earth with historic far side samples*, Cnn, 25 giugno 2024, disponibile al seguente *link*: www.edition.cnn.com/2024/06/25/china/china-change6-moon-mission-return-scn-intl-hnk/index.html.

[3] Il programma *Commercial Lunar Payload Services* della *National aeronautics and space ad-*

attraverso un finanziamento pubblico l'arrivo di un *lander* costruito ed operato interamente da un'azienda privata, *Intuitive Machines*[4].

Il 2025 si prospetta essere un anno di ulteriori e più numerosi traguardi, con missioni pubbliche e private, provenienti dai diversi angoli del pianeta. La stima da qui al 2030 è di circa quattrocento lanci di oggetti spaziali verso la Luna, alcuni dei quali con umani a bordo[5].

Ma cosa c'è dietro questo rinnovato interesse verso la Luna? E cosa è cambiato rispetto alla storica "*Moon race*" degli anni Sessanta del secolo scorso?

La Luna attrae oggi perché è più vicina, tecnologicamente ed economicamente. È più semplice e meno costoso mettere in piedi una missione lunare. In aggiunta, la Luna è la prima "terra" all'orizzonte una volta lasciato il pianeta. Ed è una terra interessante, perché ricca di materiali utili alle esigenze dell'uomo come l'idrogeno, l'ossigeno e le terre rare. Infine, è un corpo celeste morto e senza atmosfera, privo di un ecosistema da tutelare, e quindi dove l'attività dell'uomo è più libera da preoccupazioni di conservazione biologica.

Per queste ragioni, la Luna rappresenta il naturale primo avamposto dell'umanità nello spazio, un luogo non solo da esplorare, ma anche da sfruttare.

Grazie a questa maggiore vicinanza e a questo rinnovato interesse, è aumentato oggi il numero di paesi che investono per raggiungere la Luna[6]. È cosa nota che diversi stati – tra cui Russia, Cina, Stati Uniti, Israele, India e Giappone – hanno avviato nell'ultimo decennio importanti programmi nazionali e internazionali che puntano alla Luna[7], realizzando già diverse missioni con la prospettiva di arrivare ad una presenza stabile entro gli anni Trenta.

Oltre al numero di stati coinvolti, ciò che rende del tutto innovativa l'odierna *Moon race* rispetto a quella tra Stati Uniti e Unione Sovietica è il

ministration (Nasa) può essere consultato al seguente *link*: www.nasa.gov/commercial-lunar-payload-services/.

[4] Le informazioni ufficiali sulla missione sono accessibili nei comunicati stampa pubblicati sulla pagina web dell'azienda Intuitive Machines: www.intuitivemachines.com/im-1.

[5] P. Hollinger e altri, *The new contest to land on the Moon*, Financial Times, 25 agosto 2023, disponibile al seguente *link*: www.ft.com/content/48297c4a-47ff-4525-915f-fe622e-4b9a17.

[6] S. Nelson, *Moon Race 2.0: Why so many nations and private companies are aiming for lunar landings*, Bbc, 16 febbraio 2024, disponibile al seguente *link*: www.bbc.com/future/article/20240216-moon-race-20-why-so-many-nations-are-aiming-for-lunar-landings.

[7] A. Capurso, *The End of Res Communes Omnium*, in *A new role for Roman taxonomies in the future of goods?*, a cura di M. Falcon, Napoli, Jovene, 2022, 59.

fatto che alle agenzie spaziali pubbliche si affianca oggi autonomamente anche l'industria privata[8].

L'obiettivo di quest'ultima è chiaro: sviluppare un *business* di servizi che daranno vita ad una c.d. economia lunare, ossia alla commercializzazione delle attività che l'uomo intende lì realizzare[9].

In altri termini, il ruolo degli attori privati è cambiato. Non si tratta più solamente di soggetti che partecipano ai grandi progetti nazionali attraverso lo strumento dell'appalto[10]. Oggi, è possibile parlare di missioni lunari interamente private, ossia di missioni che nascono dall'iniziativa economica privata, che perseguono il fine del profitto e che si basano su finanziamenti privati, a volte – ma non sempre – a fianco di un finanziamento pubblico.

In questa nuova dimensione delle attività lunari – pubbliche, private e sempre più frequenti – dove si posiziona l'Italia?

Quest'ultima ha siglato nel 2020 l'accordo multilaterale di cooperazione internazionale del Programma lunare Artemis (c.d. *Artemis Accords*)[11]. Si tratta di un programma a leadership statunitense che punta ad una collaborazione con agenzie spaziali partner per realizzare progetti sulla Luna, a partire dal ritorno di astronauti sul suolo lunare nel 2027[12].

Allo stesso tempo, l'Italia supporta il programma dell'Agenzia spaziale europea (Esa) chiamato *Moonlight*[13]. Lo scopo di quest'ultimo è quello di realizzare un'infrastruttura satellitare per servizi di telecomunicazione e navigazione sulla Luna.

Sempre tramite l'Esa, l'Italia partecipa anche al programma *Lunar*

[8] C. Swope, *Salmon Swimming Upstream: charting a course in cislunar space*, Report del Center for strategic and international studies, 2024, disponibile al *link*: www.csis.org/analysis/salmon-swimming-upstream-charting-course-cislunar-space.

[9] L. Scatteia, *Lunar market assessment: market trends and challenges in the development of a lunar economy*, in *PWC Research Paper* (2021), disponibile al *link*: www.pwc.com.au/industry/space-industry/lunar-market-assessment-2021.pdf.

[10] Organisation for economic co-operation and development (Oecd), *Evolving public private relations in the space sector*, in *114 Oecd Science, Technology and Industry Policy Papers* (2021), 24.

[11] Si veda il comunicato stampa dell'Agenzia spaziale italiana (Asi) del 13 ottobre 2020, al *link*: www.asi.it/2020/10/artemis-siglato-il-primo-accordo-multilaterale-di-cooperazione-internazionale/.

[12] Maggiori informazioni sul programma Artemis sono disponibili al link: www.nasa.gov/humans-in-space/artemis/.

[13] Si veda il comunicato stampa della Agenzia spaziale europea (Esa) del 15 ottobre 2024 al *link*: www.esa.int/Newsroom/Press_Releases/L_ESA_lancia_Moonlight_per_stabilire_un_infrastruttura_di_comunicazioni_e_navigazione_lunare.

Gateway, che prevede la costruzione di una stazione spaziale orbitante intorno al satellite terrestre[14].

Ciascuno di questi programmi ha portato alla sottoscrizione di importanti contratti di partenariato pubblico-privato con le aziende del settore.

In particolare, all'interno della collaborazione nel programma *Artemis*, l'azienda *Thales Alenia Space* ha ottenuto la commessa dall'Agenzia spaziale italiana (Asi) per la realizzazione del *Lunar multi-purpose habitat*[15], ossia un modulo abitativo che fungerà da prima base di ricerca permanente sulla superficie lunare[16].

L'azienda Telespazio, invece, ha firmato un contratto con l'Esa in qualità di capofila di un consorzio di imprese a cui è stato affidato il compito di costruire e poi gestire la costellazione di satelliti del programma Esa *Moonlight*[17].

Per quanto riguarda *Lunar Gateway*, l'Esa ha firmato diversi contratti con Thales alenia space per lo sviluppo di due sezioni della stazione orbitante: l'Esprit, acronimo di *European System Providing Refueling, Infrastructure and Telecommunications*; e l'I-Hab, ossia il modulo abitativo per gli astronauti a bordo con due punti di attracco per navicelle spaziali[18].

Il ruolo dell'industria italiana è quindi significativo nei programmi pubblici di esplorazione lunare.

Ma questo ruolo – ed è qui l'aspetto più interessante – non si limita alla realizzazione di un'opera all'interno di un contratto pubblico, così come avviene nel classico schema dell'appalto. Le aziende private italiane sono anche coinvolte attraverso lo strumento del partenariato pubblico privato, come è nel caso di Telespazio per il programma *Moonlight*. La differenza rispetto all'appalto è che il privato contraente assume la gestione, il rischio e la responsabilità per l'infrastruttura spaziale che sarà creata in co-finanziamento con l'ente pubblico, mentre quest'ultimo svolge i ruoli di pianificatore, fis-

[14] Si veda il comunicato stampa dell'Asi del 18 novembre 2020 al *link*: www.asi.it/2020/11/artemis-il-ruolo-dellitalia/.

[15] Nel 2022, all'interno del programma Artemis, l'Asi ha firmato un accordo bilaterale con la Nasa per il *design* di moduli abitativi lunari, come riportato al *link*: www.asi.it/en/2022/06/artemis-mission-signed-agreement-between-asi-and-nasa/.

[16] I dettagli sull'iniziativa sono disponibili al *link*: www.thalesaleniaspace.com/it/news/iniziano-ufficialmente-le-attivita-il-multi-purpose-habitat-lunare.

[17] Il ruolo di Telespazio nel programma *Moonlight* è descritto sul sito della stessa azienda al *link*: https://www.telespazio.com/it/business/space-programmes/moonlight.

[18] Maggiori informazioni sui due programmi sono disponibili rispettivamente ai *link*: www.thalesgroup.com/en/worldwide/space/news/thales-alenia-space-heart-lunar-industrial-challenges e www.thalesgroup.com/en/worldwide/space/press-release/thales-alenia-space-its-way-reach-moon.

sando gli obiettivi del progetto, e di supervisore, effettuando le necessarie verifiche sia in fase preparatoria che esecutiva[19].

Da questo schema contrattuale deriva una posizione particolare per l'industria privata che pone in essere attività spaziali sotto un'influenza da parte dell'ente pubblico – sia esso uno Stato o un'organizzazione internazionale – di grado variabile a seconda del particolare contratto di partenariato. La domanda che sorge è se ai sensi del diritto internazionale l'attività oggetto del partenariato sia da considerarsi un'attività spaziale privata o pubblica[20]. La risposta nell'uno o nell'altro senso cambia radicalmente il regime autorizzativo applicabile nonché – come si vedrà – gli obblighi per l'ente pubblico derivanti dal diritto internazionale dello spazio[21].

Vi è poi un'ulteriore conseguenza del coinvolgimento dell'industria privata italiana nei programmi di esplorazione lunare.

Considerando l'*expertise* che le aziende private italiane svilupperanno nell'esecuzione dei contratti pubblici di cui sono vincitrici, è plausibile immaginare che saranno esse stesse a voler poi investire per realizzare i loro progetti privati volti alla commercializzazione di servizi lunari[22]. Questo porterà alla necessità per l'ente pubblico di sviluppare gli adeguati meccanismi di autorizzazione e controllo di tali progetti[23].

Ma forse non si potrà neanche aspettare fino a quel momento.

Infatti, mentre le grandi aziende spaziali italiane portano avanti i pro-

[19] Sul partenariato pubblico privato in generale in Italia la dottrina è corposa, si veda per tutti: A. Giovannini, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in *Rass. Avv. St.*, 2023, n. 1, 123. Per quanto riguarda l'uso di questo strumento nel settore spaziale e il suo rapporto con il partenariato per l'innovazione si veda: E. Tatì, *L'innovation procurement nel settore spaziale: l'outer space law alla prova della new space economy*, in questa *Rivista*, 2024, 47.

[20] Interessante l'analisi offerta su questa stessa domanda nel mondo della sanità in: L. Clarke, *Public-private partnerships and responsibility under international law*, New York, Routledge, 2014, 103.

[21] *Infra,* par. 2.

[22] Si consideri semplicemente il fatto che negli Stati Uniti è già in fase di sviluppo un programma di comunicazione satellitare sulla Luna – analogo a *Moonlight* – interamente privato. Si tratta di *Parsec*, un progetto del colosso industriale *Lockheed Martin* affidato alla sua sussidiaria *Crescent Space Services* il 28 marzo 2023, come riportato al *link*: www.news.lockheedmartin.com/2023-03-28-Crescent-Space-to-Deliver-Critical-Services-to-a-Growing-Lunar-Economy. Altro esempio significativo viene dall'Australia dove la società Fleet Space Technologies, specializzata in prospezione spaziale per operazioni minerarie sulla Terra, ha raccolto ingenti capitali privati per espandere il proprio *business* sulla Luna lanciando una costellazione di satelliti lunari nel 2026, come riportato al *link*: www.fleetspace.com/newsroom.

[23] *Infra* par. 2.

grammi pubblici di esplorazione lunare, alcune *start-up* hanno deciso di tentare direttamente la strada del *business* lunare ricorrendo a forme di finanziamento pubblico e privato.

Ad esempio, Evolunar è una società che intende sviluppare droni per l'esplorazione lunare, in particolare verso siti difficilmente accessibili come tunnel sotterranei, crateri e regioni permanentemente in ombra[24].

Altra iniziativa interessante è quella dell'azienda torinese Oris che mira a lanciare in orbita intorno alla Terra e poi intorno alla Luna una costellazione di satelliti il cui compito è canalizzare energia attraverso un laser verso un punto di raccolta a distanza, fornendo così una fonte energetica laddove è difficile trovarla[25].

In conclusione, l'interesse anche in Italia verso l'economia lunare è evidente. Ma la conseguenza di questo interesse non è solo economica, bensì anche giuridica: il contesto sin qui descritto della nuova corsa alla Luna, caratterizzato da attraenti prospettive commerciali e da una forte presenza privata, apre infatti le porte anche a problemi di diritto.

Fra di essi, il più centrale nonché il primo ostacolo allo sviluppo di un'industria lunare è il problema dell'autorizzazione pubblica per attività private sulla Luna.

Su questo tema si concentra il presente scritto.

L'analisi che segue è suddivisa in quattro sezioni: la prima (par. 2) descrive le ragioni giuridiche dietro la necessità di stabilire per legge un meccanismo nazionale di autorizzazione e controllo delle attività private sulla Luna; la sezione successiva (par. 3) passa a indagare il modo in cui tale necessità è stata tradotta in legge negli Stati dove si sta sviluppando un'industria privata lunare, ossia Stati Uniti, Lussemburgo, Emirati Arabi Uniti e Giappone; da questo studio comparatistico emergono però delle criticità nell'adattare le caratteristiche del provvedimento autorizzativo alle attività sulla Luna, mancando spesso elementi chiave di un procedimento amministrativo volto alla concessione di un titolo autorizzativo; sulla base di quanto emerso nei paragrafi precedenti, il par. 4 offre una riflessione su come potrebbe essere delineata una legge italiana per l'autorizzazione a svolgere attività private sulla Luna.

[24] Si veda il sito aziendale di Evolunar al *link*: https://www.evolunar.com/.

[25] Anche per Oris, sono disponibili ulteriori informazioni al *link*: https://oris-space.com/.

2. L'autorizzazione per attività lunari nel quadro normativo internazionale

2.1. Origine, ratio *e natura degli obblighi internazionali di autorizzazione e controllo*

Quando negli anni Sessanta del secolo scorso gli Stati parte del Comitato delle Nazioni Unite sugli usi pacifici dello spazio (COPUOS) decisero di stabilire a livello internazionale i principi base sull'esplorazione e sull'uso dello spazio, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti, emerse subito il problema di come regolare le attività private.

La questione era complicata perché tra i primi principi concordati vi era il principio di non-appropriazione, in base al quale l'ambiente spaziale sarebbe rimasto per sempre al di fuori della giurisdizione degli Stati: un ambiente libero – nei limiti delle norme internazionali – e privo di un'autorità sovrana[26]. Questa impostazione basata su libertà e assenza di giurisdizione aveva acceso il timore che le aziende private potessero agire oltre l'atmosfera in maniera incontrollata e quindi pericolosa[27].

Proprio questo timore aveva mosso l'Unione Sovietica a presentare in seno al COPUOS la sua opposizione, ferma, all'idea che i privati potessero accedere allo spazio autonomamente[28]. Nella visione sovietica, le attività spaziali sarebbero dovute rimanere appannaggio degli Stati.

C'erano però dall'altro lato gli Stati Uniti che, invece, avevano un forte interesse nell'alimentare lo sviluppo della propria emergente industria spaziale e che quindi promuovevano il pieno accesso dei privati all'uso e all'esplorazione dell'ambiente extra-atmosferico[29].

Le due posizioni erano inconciliabili. Occorreva trovare un compromesso.

Durante i negoziati per il Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti[30] («Trattato sullo spazio»)

[26] Paragrafi 2 e 3, Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 1962 (XVIII) del 13 dicembre 1963.

[27] M. Gerhard, *Article VI*, in *Cologne Commentary on Space Law: Vol. 1*, a cura di S. Hobe et al., Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2009, 105.

[28] UN Doc. A/AC.105/L.02 del 10 settembre 1962, par. 7.

[29] UN Doc A/C.1/879 del 2 ottobre 1962, par. 4.

[30] *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies* (Trattato sullo Spazio), 610 UNTS 205, 1967.

adottato nel 1967, si trovò una soluzione in quello che oggi è il testo dell'art. VI di tale Trattato: «States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty»[31].

Come si evince dal dettato normativo, viene riconosciuto che tra le attività spaziali nazionali siano incluse anche quelle di enti non-governativi. Tuttavia, esse sono ammesse solo se sono rispettati due specifici obblighi.

Il primo impone al c.d. stato appropriato il dovere di autorizzare e supervisionare in maniera continua le attività degli enti non-governativi nello spazio.

Il secondo obbliga tale stato a garantire che le attività degli enti non-governativi siano poste in essere in conformità con le norme internazionali applicabili.

Si tratta, in altre parole, di un sistema incentrato sul provvedimento autorizzativo e sul controllo del suo titolare[32].

Lo stato adempie al primo obbligo nel momento in cui si dota a livello nazionale di un meccanismo di autorizzazione e controllo, mentre la conformità al secondo obbligo dipende dal procedimento con cui l'autorizzazione è concessa e dal modo in cui il suo titolare è supervisionato dall'autorità pubblica.

Appare evidente allora la natura degli obblighi imposti dall'art.VI: ciascuno stato ha anzitutto un obbligo di risultato, che consiste nell'avere previsto nell'ordinamento un meccanismo di autorizzazione e controllo. Ad esso si affianca poi un obbligo di condotta, che consiste invece nel garantire attraverso tale meccanismo che le specifiche attività private autorizzate non vìolino norme internazionali.

Ciò vuol dire che l'autorizzazione e il controllo sono funzionali ad

[31] Art.VI.

[32] È utile precisare che l'autorizzazione e il controllo di attività private sulla Luna non sono lasciate ad una libera decisione degli stati, né possono perseguire gli scopi che ciascuno stato ritiene opportuni. Tutt'altro: autorizzare e supervisionare è una condotta dovuta in quanto rappresenta un obbligo internazionale al quale lo stato deve adempiere nel momento in cui un ente non-governativo sotto la sua giurisdizione decide di porre in essere un'attività lunare. E tale adempimento deve avvenire in maniera tale da garantire il rispetto da parte del privato degli impegni internazionali assunti dallo Stato autorizzante.

assicurare la conformità delle attività private con gli impegni internazionali assunti dallo Stato autorizzante. È qui il compromesso.

Ai sensi dell'art. VI del Trattato sullo spazio, i privati possono operare nello spazio se un'autorità pubblica li autorizza[33], ma diviene fondamentale per quest'ultima poter dimostrare: 1) che esiste a livello nazionale un procedimento autorizzativo; 2) che esso sia stato applicato correttamente nel caso di specie; 3) che il provvedimento amministrativo sia stato adottato a seguito di un'idonea verifica dell'attività richiesta e, in particolare, della sua conformità alle norme internazionali applicabili; 4) che il controllo sia stato condotto con la diligenza necessaria.

Se mancherà uno di questi elementi, lo stato autorizzante sarà esposto a possibili reclami di responsabilità internazionale da parte di altri Stati parte del Trattato sullo spazio nel momento in cui un'attività privata autorizzata dal primo leda i diritti dei secondi[34].

Ma se l'obbligo di autorizzare e supervisionare le attività private lunari è ben adempiuto solo quando il meccanismo domestico è idoneo a garantire la conformità di tali attività con le norme internazionali applicabili, diviene allora fondamentale capire quali siano le norme che si applicano ad operazioni private in ambiente lunare.

[33] Ciò vuol dire che il privato non ha un diritto di operare nello Spazio, ma può farlo perché uno stato gli trasmette un diritto suo proprio tramite l'autorizzazione. Senza di essa, l'operatore privato nello Spazio è da considerarsi giuridicamente al pari di un pirata in acque internazionali. Si rimanda sul punto alla nota 81, *infra,* par. 4.

[34] Per completezza d'analisi, occorre accennare a un altro fattore che può far sorgere una responsabilità – esclusivamente però di tipo risarcitorio – dello stato per attività di privati e che quindi rappresenta un altro motivo dietro l'adozione di una legge sul provvedimento autorizzativo in generale. Si tratta dell'obbligo internazionale in capo allo Stato di risarcire i danni causati da oggetti spaziali, inclusi quelli privati il cui controllo viene esercitato da un luogo sul quale lo Stato ha giurisdizione. La fonte è l'art. VII del Trattato sullo Spazio. Questa esposizione dello Stato a una responsabilità risarcitoria internazionale per un oggetto non-governativo è stata tradotta nelle leggi per l'autorizzazione spaziale in una serie di requisiti finanziari per il richiedente l'autorizzazione, primo fra tutti: la stipula di un contratto di copertura assicurativa per un importo minimo imposto dalla legge. Anche nel caso di uso di oggetti spaziali privati sulla Luna questi requisiti finanziari sono importanti, anche se una volta che gli oggetti si trovano in ambiente lunare – o comunque lontano dalla Terra – l'esposizione risarcitoria dello Stato è limitata a danni causati per colpa ad un oggetto spaziale di stati terzi. Questa doppia circostanza – del regime basato sulla colpa e della necessità che il danno sia causato ad un oggetto straniero – rende assai minore il rischio per lo Stato di dover sostenere costi di risarcimento a livello internazionale. Sarebbe allora ragionevole adeguare i requisiti finanziari imposti al richiedente l'autorizzazione per attività lunari, rendendoli meno stringenti rispetto a quelli pensati per attività cis-terrestri.

2.2. La conformità al diritto spaziale delle attività lunari

L'individuazione delle norme internazionali il cui rispetto deve essere garantito sulla Luna dipende dagli impegni che lo Stato autorizzante ha assunto a livello internazionale.

Basti pensare ai cinque accordi internazionali Onu in tema di spazio e Luna[35]: se uno stato ha ratificato solo il Trattato sullo spazio dovrà assicurare esclusivamente il rispetto dei principi ivi contenuti, se invece è parte anche degli altri accordi, il procedimento autorizzativo dovrà considerare un numero ben maggiore di norme internazionali.

Ma la difficoltà nell'individuare quali norme si applicano alle attività private lunari non è data solo dalle geometrie variabili nelle ratifiche degli accordi internazionali.

A complicare ulteriormente la questione si aggiungono due fattori.

Il primo è che tutte le norme in tema di attività spaziali, incluse quelle sulla Luna, introdotte dal 1979 in poi, derivano da fonti non-vincolanti per gli Stati, come risoluzioni Onu, linee guida e buone pratiche[36]. In altri termini, sono norme il cui valore – salvo che non ne venga dimostrata la natura consuetudinaria – resta raccomandatorio[37].

Ne deriva che non può parlarsi di un obbligo di assicurare la conformità dell'attività privata lunare a tali norme. E una loro violazione non può essere inquadrata come un inadempimento di un obbligo internazionale[38].

Eppure, si potrebbe sostenere oggi che alcune di queste norme siano ormai diventate veri e propri standard di condotta per la comunità internazionale[39]. Questo vorrebbe dire che se uno stato se ne discosta al momento

[35] Oltre al già citato Trattato sullo Spazio, *supra* nota 30, gli altri quattro accordi internazionali in tema di attività spaziali sono: *Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space* (*Rescue Agreement*), 672 UNTS 119, 1968; *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects* (*Liability Convention*), 961 UNTS 187, 1972; *Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space* (*Registration Convention*), 1023 UNTS 15, 1976; *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies* (*Moon Agreement*), 1363 UNTS 3, 1984.

[36] Una recente rassegna delle norme di *soft law* nel diritto spaziale è offerta da:Y. Zhao, *Soft Laws Relating to Space Activities in International Space Law*, in *The New Space Era*, a cura di B. Sandeepa Bhat et al., Oxford, Oxford University Press, 2024, 183.

[37] E. Crawford, *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 8.

[38] L. Byrd, *Soft Law in Space: A Legal Framework for Extraterrestrial Mining*, in *71 Emory law Journal*, 831.

[39] Ad esempio, è possibile sostenere che le Linee guida dell'Onu sulla mitigazione dei detriti, adottate con risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 62/217 del

di autorizzare o supervisionare un suo operatore privato dovrà dimostrare – qualora sorgesse una controversia – le ragioni dietro tale difformità di condotta[40].

Ma come individuare le norme che non hanno più un mero valore raccomandatorio ma che hanno assunto un valore più forte e più stringente per gli Stati, come appunto uno standard di condotta, ma anche potenzialmente un principio generale di diritto internazionale o persino una consuetudine?

Non è possibile per il singolo stato dare una risposta alla domanda se non attraverso un'indagine sul valore di tali norme alla luce dei criteri interpretativi del diritto internazionale[41]. A questa indagine si affiancano però anche valutazioni politiche sul valore che lo Stato stesso intende attribuire alle norme prese in esame.

La risposta alla quale si arriverà sarà pertanto necessariamente relativa.

Ciò vuol dire che quando ad esempio uno Stato interpreta una norma non-vincolante come meramente raccomandatoria e decide di non includerla tra i requisiti di condotta per il titolare dell'autorizzazione, si espone a un rischio. Infatti, in caso di controversia internazionale sulla condotta di quest'ultimo, un tribunale potrebbe riconoscere a quella stessa norma un grado di vincolatività maggiore e di conseguenza ritenere che lo Stato non abbia agito con la dovuta diligenza nel garantire il rispetto da parte del titolare dell'autorizzazione delle norme internazionali applicabili.

Resta quindi per gli stati un'ambiguità di fondo nella condotta da seguire rispetto a norme che derivano da fonti non-vincolanti. E questo pro-

22 dicembre 2007, rientrino in tale categoria. In tal senso si sono pronunciati diversi Stati in seno all'Onu, come riportato nel report del segretario generale delle Nazioni Unite n. A/76/77 del 13 luglio 2021.

[40] Sul valore delle misure di *soft law* per valutare la condotta degli Stati si consideri quanto riportato da A. Boyle, *Soft Law*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law (2nd edition)*, a cura di L. Rajamani et al., Oxford, Oxford University Press, 2021, 426: «In the Pulp Mills case the ICJ noted that the UNEP Goals and Principles on EIA constitute guidance issued by an 'international technical body' and therefore have to be taken into account under Article 41 of the Statute of the River Uruguay. The parties also relied on WHO standards for air and water pollution. These are also not binding on States, but as the ICJ indicated they are 'to be taken into account by the State so that the domestic rules and regulations and the measures it adopts are compatible with those guidelines and recommendations».

[41] Gli studi sul valore da attribuire a norme di *soft law* nel quadro normativo internazionale sono numerosi. Tra questi, risulta particolarmente esaustiva l'analisi di: M. Von Engelhardt, *Opportunities and Challenges of a Soft Law track to Economic and Social Rights – The Case of the Voluntary Guidelines on the Right to Food*, in *42 Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* (2009), 506 ss. Si veda anche l'inquadramento del tema offerto da: F. Cárdenas Castañeda, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, in *13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2013), 378 ss.

duce chiaramente una situazione di incertezza nel momento in cui uno Stato è tenuto a scegliere quali di queste norme includere come requisiti di condotta per il titolare dell'autorizzazione lunare, o – per dirla diversamente – a quali di queste norme far conformare la condotta di quest'ultimo[42].

Ma c'è anche un secondo fattore di complicazione.

Tra tutte le norme di diritto spaziale, vincolanti o meno, quali sono quelle effettivamente applicabili ad operazioni che si svolgono sulla Luna?

Il problema deriva dal fatto che vi sono norme del diritto spaziale il cui ambito di applicazione è limitato ad attività spaziali intorno alla Terra, lasciando quindi le attività lunari in un vuoto normativo.

Allo stesso tempo, vi sono altre norme che, per quanto potenzialmente applicabili anche all'ambiente lunare, non si conciliano con attività spaziali ben diverse da quelle satellitari in orbita terrestre, creando significativi dubbi su come debbano in concreto essere applicate sulla Luna.

Ad esempio, nella prima categoria di norme rientrano le Linee guida dell'Onu sulla mitigazione dei detriti spaziali adottate nel 2007[43].

Quest'ultime rappresentano un importante punto di riferimento per la comunità internazionale in tema di sostenibilità delle attività extra-atmosferiche. Eppure, la definizione di detrito spaziale su cui si basa l'intera normativa si riferisce esclusivamente ad oggetti non funzionanti «in orbita intorno alla Terra o in fase di rientro verso l'atmosfera terrestre»[44].

Alla luce di tale definizione, non può che concludersi che la loro applicazione alle operazioni sulla Luna sia esclusa.

È facile immaginare come questa lacuna normativa possa essere pericolosa se si immagina la Luna come un luogo dove gli oggetti possono essere abbandonati senza regole in tema di mitigazione e rimozione dei rifiuti simili a quelle in vigore per le attività cis-terrestri[45].

Per quanto riguarda invece le norme della seconda categoria, è possibi-

[42] La scelta tra quali norme non-vincolanti includere o meno è significativa. Il valore più o meno stringente di cui si è fatta menzione cambia infatti – *inter alia* – in rapporto al grado di adesione alla norma da parte della comunità internazionale. Pertanto, quella scelta da parte del singolo Stato diventa un fattore nel verificare quanto una norma ha seguito a livello internazionale. Più Stati includono una determinata norma tra i requisiti di condotta per i titolari della loro autorizzazione, più sarà necessario per gli altri stati adeguarsi alla prassi.

[43] *Supra* nota 37.

[44] Linea guida 3.1. La definizione completa nel testo originale è la seguente: «Space debris are all manmade objects including fragments and elements thereof, in Earth orbit or re-entering the atmosphere, that are non-functional».

[45] Non si vuole con questo dire che non vi siano norme di diritto internazionale dell'ambiente applicabili sulla Luna. Valgono infatti anche in ambiente lunare i principi generali di matrice ambientale applicabili alle attività degli stati qui sulla Terra. Tuttavia, resta

le menzionare un principio fondamentale per le missioni lunari: l'art. II del Trattato sullo spazio.

Quest'ultimo sancisce il divieto di appropriazione dello spazio, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti, in qualsiasi forma da parte degli Stati[46].

È chiaro quindi che la Luna non possa essere oggetto di pretese di sovranità statale, né nel suo insieme né per singole parti o regioni[47]. Non si evince però dal Trattato sullo spazio come debbano essere inquadrate forme di occupazione *de facto* di superficie lunare, quali ad esempio l'installazione di infrastrutture o di stazioni[48]. Ugualmente problematica è la creazione di interessi a tempo indefinito su determinate zone della Luna, per esempio sulla base di ragioni storiche come nel caso dei siti di allunaggio delle missioni Apollo oppure perché in quella zona si sono effettuate delle ricerche – magari anche solo di telerilevamento – in passato[49].

In mancanza di una normativa internazionale di dettaglio sull'applicazione del principio di non-appropriazione, risulta difficile per uno Stato conferire ad un operatore privato l'autorizzazione a realizzare un progetto di lunga durata su una zona estesa di suolo lunare. Il rischio potrebbe essere quello di dover revocare l'autorizzazione in corso d'opera qualora sorgessero controversie internazionali a riguardo, realizzando a livello domestico una violazione potenzialmente gravissima in termini economici del legittimo affidamento dell'operatore privato[50].

preclusa l'estensione di importanti norme di settore come le menzionate linee guida Onu sulla mitigazione dei detriti spaziali.

[46] Art. II, Trattato sullo Spazio.

[47] All'interno della copiosissima letteratura sul tema del divieto di appropriazione, si segnala per un'esaustiva disamina dei principali problemi legali: T. Masson-Zwaan et al., *The Lunar Legal Landscape: Challenges and Opportunities*, in *46 Air & Space Law* (2021), 29 ss. La storia dell'art. II del Trattato sullo Spazio e la sua interpretazione nel dettaglio sono oggetto del contributo di S. Freeland et al., *Article II*, in *Cologne Commentary on Space Law: Vol. 1*, cit., 55.

[48] Tali attività sono contemplate dallo stesso Trattato sullo Spazio all'art. XII, ma senza chiarire la questione dell'occupazione. Si veda sul punto la recente analisi di: F. Von der Dunk, *Property Rights over the Moon or on the Moon? The Legality of Space Resource Exploitation on Celestial Bodies*, in *6 Journal of Law & Innovation* (2023), 95 ss.

[49] Il tema della creazione di siti protetti come patrimonio storico e culturale sulla Luna è stato esaminato da G. Rotola, *The Legal Framework Protecting Cultural Heritage Sites on the Moon and In Situ Preservation*, in *Protection of Cultural Heritage Sites on the Moon*, a cura di A. Froelich, Berlin, Springer, 2020, 1 ss.

[50] Per esempio, in Italia, l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 dispone che in caso di illegittimità del provvedimento l'amministrazione può procedere all'annullamento d'ufficio «sussistendone le ragioni di interesse pubblico [ ] e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati». Di recente, i caratteri dell'affidamento incolpevole in Italia sono stati oggetto della sentenza del Cons. St., Ad. Plen., n. 20/2021, par. d). Sul tema del legittimo affi-

Da quanto sin qui detto emerge in maniera evidente come gli Stati chiamati ad adempiere all'obbligo di condotta contenuto nell'art. VI del Trattato sullo spazio si trovino di fronte a molteplici difficoltà. I fattori di complicazione descritti nelle pagine precedenti rendono incerta l'individuazione delle norme sulla base delle quali possa essere concessa l'autorizzazione e sulla base delle quali possa essere poi vagliata la conformità della condotta del privato sulla Luna.

Tuttavia, nonostante le lacune e le incertezze dell'attuale quadro normativo internazionale, l'industria privata lunare avanza e gli interventi regolatori a livello nazionale divengono una necessità.

Così è anche per l'Italia, dove il 10 settembre 2024 è stato presentato alla Camera dei deputati un disegno di legge recante disposizioni in materia di economia dello spazio[51]. L'obiettivo è dotare il Paese di un regime autorizzativo per gli operatori spaziali privati entro la fine del 2025.

Nel suo ambito di applicazione, all'attuale art. 2, vengono fatte rientrare anche «l'esplorazione, l'estrazione e l'uso delle risorse naturali dello spazio extra-atmosferico e dei corpi celesti»[52]. Ma non solo. La scelta del legislatore italiano è stata di includere nel concetto di attività spaziale – soggetta quindi ad autorizzazione – una vasta gamma di operazioni su corpi celesti: dall'assemblaggio di stazioni alla produzione di oggetti, dalla permanenza di esseri viventi ad ogni altra attività[53].

È evidente quindi l'attenzione del legislatore per lo sviluppo di un'industria privata lunare. Per questa ragione la necessità di regolare le modalità e i termini di un'autorizzazione per attività private sulla Luna è assolutamente concreta e imminente.

Ma l'Italia non è il primo Stato che si appresta ad affrontare le difficoltà giuridiche menzionate poc'anzi.

Prima di approfondire allora l'analisi dell'iniziativa legislativa italiana, occorre chiedersi: in che modo la prassi statale ha finora implementato l'art. VI del Trattato sullo spazio di fronte ad attività lunari?

damento in una dimensione comparatistica europea si è soffermato D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, a cura di D. Corletto, Padova, Cedam, 2007, 36.

[51] Disegno di legge n. 2026/2024. L'attuale stato dell'iniziativa legislativa – in corso di esame nella X Commissione attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati – è consultabile al *link*: www.camera.it/leg19/126?&leg=19&idDocumento=2026.

[52] Art. 2, lett. *a)*, d.d.l. n. 2026/2024.

[53] *Ibidem*.

3. L'autorizzazione lunare nella prassi statale

3.1. Leggi generali sulle attività spaziali

Partendo da una considerazione generale, l'adozione di una legge che definisce il procedimento per ottenere l'autorizzazione ad operare nello spazio, nonché le modalità del suo controllo, è una prassi diffusa in tutti quegli Stati in cui vi sia un'industria privata che conduce attività oltre l'atmosfera[54].

Nella maggior parte dei casi, a prescindere dalla presenza di aziende specializzate nel settore lunare, queste leggi prevedono che il procedimento autorizzativo per attività spaziali sia applicabile anche ad attività da condurre sulla Luna.

Generalmente si ricorre ad una menzione esplicita della Luna tra gli ambiti di applicazione dell'autorizzazione. Così, ad esempio, nella legge spaziale francese un'operazione spaziale è definita come qualsiasi attività consistente nel lanciare o nel tentativo di lanciare un oggetto nello spazio o nel controllare un oggetto spaziale durante la sua permanenza nello spazio, inclusa la Luna[55]. Pertanto, tutte le norme applicabili alle operazioni spaziali si estendono anche a quelle condotte in ambiente lunare.

In alternativa, si ricorre ad un linguaggio sufficientemente ampio da includere le attività lunari nell'ambito di applicazione della legge.

Un esempio di questo secondo approccio è offerto dal Belgio, che applica genericamente la propria normativa nazionale alle attività di lancio e controllo di un oggetto spaziale, definito come qualsiasi oggetto lanciato o destinato a essere lanciato nello spazio[56]. Anche in questo caso, il risultato finale è lo stesso: poiché un oggetto che opera sulla Luna deve necessariamente essere prima lanciato dalla Terra nello spazio, il suo operatore privato dovrà ottenere un'autorizzazione secondo la legge spaziale belga[57].

Sebbene questi due approcci forniscano una base giuridica generale per l'autorizzazione e il controllo delle attività private sulla Luna, possono essere considerati poco soddisfacenti ai sensi dell'art. VI del Trattato sullo spazio.

[54] Sono circa cinquanta le leggi nazionali spaziali nel mondo. L'ufficio Onu per gli affari spaziali le raccoglie al *link*: www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/index.html.

[55] Art. 1, c. 3, *loi n. 518/2008 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales*.

[56] Art. 2, c. 1, e art. 3, c. 2, *loi du 17/09/2005 relative aux activités de lancement, d'opération de vol ou de guidage d'objets spatiaux*.

[57] Una possibile obiezione all'esaustività di questa formula è che resta così escluso dalla definizione un oggetto costruito sulla Luna con risorse in-situ.

Ponendo infatti sullo stesso piano le autorizzazioni per attività in ambiente cis-terrestre e le autorizzazioni per attività in ambiente lunare, vengono trascurate le specificità di quest'ultime. Ne deriva una certa perplessità sull'idoneità di tali approcci legislativi a garantire la conformità delle attività lunari con le norme internazionali applicabili.

A ciò si aggiunge la discrezionalità che resta in capo alla pubblica amministrazione nella necessaria apposizione di condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge sull'autorizzazione spaziale in generale, provocando una inevitabile incertezza sui requisiti specifici che devono essere rispettati dal richiedente un provvedimento autorizzativo per attività lunari.

Non basta allora menzionare nella legge sullo spazio che le attività lunari sono soggette ad autorizzazione, come viene fatto anche nel disegno di legge italiano[58] (*infra*, par. 2.2). Per poter considerare concretamente adempiuto l'obbligo di condotta dell'art. VI del Trattato sullo spazio con riferimento alle attività lunari occorre qualcosa in più.

Nel momento in cui si scrive, quattro Stati hanno adottato una normativa specifica che va oltre la mera inclusione delle attività lunari nell'ambito di applicazione della legge sull'autorizzazione spaziale: Stati Uniti, Lussemburgo, Emirati Arabi Uniti e Giappone[59].

3.2. Leggi dedicate ad attività private sulla Luna

In ognuno di questi quattro Stati è possibile identificare misure legislative relative specificatamente alle attività private sulla Luna.

Partendo dagli Stati Uniti, nel 2015 è stata adottata una normativa che ha stabilito il requisito della necessaria autorizzazione e continuo controllo da parte del governo per poter realizzare missioni di recupero di risorse spaziali, incluse quindi anche quelle lunari[60]. Al titolare dell'autorizzazione gli Stati Uniti riconoscono pieni diritti sulle risorse spaziali una volta estratte[61].

È piuttosto evidente però che dal punto di vista del procedimento autorizzativo la legge statunitense non aggiunge nulla rispetto ad una qual-

[58] Art. 2, lett. *a)*, d.d.l. n. 2026/2024.

[59] Non è stato incluso nella lista il Brasile, il quale ha semplicemente inserito nella sua legge sull'autorizzazione spaziale in generale una clausola in cui menziona tra le attività soggette ad autorizzazione anche l'esplorazione di corpi celesti e delle risorse ivi contenute. Ci si riferisce all'art. 3, n. VIII e IX, *lei n. 14.946 de 31/07/2024 institui normas aplicáveis a atividades espaciais nacionais.* L'esempio brasiliano è quindi più vicino a quello francese che a quello dei quattro Stati menzionati.

[60] Art. 51301 ss., *Title 51 of the United States Code*.

[61] Art. 51302, *Title 51 of the United States Code*.

siasi altra legge nazionale che assoggetta le attività lunari ad autorizzazione e controllo. Gli Stati Uniti hanno semplicemente specificato in maniera esplicita che tra le varie attività spaziali, quella finalizzata all'ottenimento di risorse spaziali necessita di un provvedimento autorizzativo. Tuttavia, la stessa conclusione si raggiunge prendendo in considerazione le leggi nazionali che impongono l'autorizzazione per attività lunari in generale, formula che già include anche le attività estrattive di risorse, e se sono autorizzate si presume che i diritti sulle risorse estratte siano riconosciuti dallo Stato autorizzante al titolare dell'autorizzazione.

A fine 2023, un disegno di legge del governo statunitense ha proposto l'istituzione di un meccanismo specifico di autorizzazione per le c.d. *novel space activities*, definite in generale come quelle attività spaziali innovative non direttamente regolamentate dal sistema normativo attuale, comprese ad esempio le missioni lunari[62]. Tuttavia, l'iter legislativo della proposta non si è ancora concluso[63]. Pertanto, *rebus sic stantibus* l'approccio statunitense risulta essere dal punto di vista amministrativo affetto dalle medesime carenze presenti negli altri Stati privi di una legislazione specifica per la Luna.

Simili considerazioni possono farsi per gli Emirati Arabi Uniti.

La legge emiratina sulle attività spaziali prevede che le regole sul procedimento autorizzativo vadano applicate anche per la scoperta, l'utilizzo, l'estrazione e l'impiego di risorse spaziali da parte di operatori privati, sia per scopi commerciali che scientifici o di altra natura, così come per la costruzione o l'uso di strutture nello spazio o sulla superficie di corpi celesti, in modo permanente o temporaneo[64].

Rispetto alla normativa statunitense è apprezzabile l'inclusione di attività diverse dallo sfruttamento di risorse. L'autorizzazione emiratina non è quindi limitata ad operazioni minerarie, ma si rivolge anche ad attività a carattere "edilizio", come ad esempio la costruzione di una base di ricerca o di un hotel sulla Luna.

[62] Il testo del disegno di legge sulle *novel space activities* è consultabile al link: www.whitehouse.gov/wpcontent/uploads/2023/11/Authorization-and-Supervision-of-Novel-Private-Sector-SpaceActivities_Legislative-Text_final.pdf.

[63] In attesa dell'entrata in vigore del disegno di legge sul procedimento autorizzativo per attività estrattive spaziali, gli Stati Uniti hanno gestito le iniziative dell'industria privata lunare ricorrendo a soluzioni "pragmatiche". Ad esempio, quando la già menzionata azienda *Intuitive Machines* ha richiesto nel 2023 l'autorizzazione per lanciare il proprio lander verso la Luna, gli Stati Uniti hanno fatto ricorso alle procedure autorizzative adoperate per altre attività spaziali: l'Autorità federale per l'aviazione (FAA) ha quindi autorizzato il lancio, mentre l'Autorità federale per le comunicazioni (FCC) ha regolato gli aspetti relativi all'assegnazione di frequenze.

[64] Art. 4, lett. *i)* e *l)*, Decreto federale degli Emirati Arabi Uniti n. 46/2023.

Tuttavia, come nel caso degli Stati Uniti, gli Emirati Arabi Uniti hanno stabilito che le condizioni e i controlli relativi all'autorizzazione saranno determinati in un atto normativo separato[65]. Poiché quest'ultimo non è ancora stato adottato, anche nella giurisdizione emiratina manca una regolamentazione di dettaglio sulle modalità di ottenimento e mantenimento del titolo autorizzativo per attività lunari.

Passando al Lussemburgo, è qui che si trova il primo esempio al mondo di legge sull'autorizzazione e il controllo dei privati sulla Luna.

Con la legge sull'uso e l'esplorazione delle risorse spaziali del 2017[66], sono state infatti stabilite le regole applicabili al richiedente un'autorizzazione per svolgere attività estrattive sulla Luna e su altri corpi celesti.

Già dal titolo si coglie la scelta del legislatore lussemburghese di disciplinare esclusivamente l'esplorazione e l'utilizzo delle risorse spaziali. A scanso di equivoci, vengono esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione della normativa i servizi di telecomunicazione lunare, l'uso di frequenze e il posizionamento in orbita di satelliti intorno alla Luna[67]. Questo vuol dire che nell'ottica del Lussemburgo occorre avere diverse autorizzazioni a seconda del tipo di attività lunare che si intende porre in essere: una cosa è estrarre risorse, un'altra cosa è gestire satelliti di telecomunicazione.

Tuttavia, l'uso del termine esplorazione[68] e il riferimento ai lavori preparatori[69] permette di estendere la legge lussemburghese oltre la mera operazione di estrazione delle risorse spaziali, includendo potenzialmente attività quali la prospezione, il telerilevamento e la costruzione di strutture funzionali all'uso delle risorse.

Dal punto di vista dei soggetti ai quali si rivolge la legge lussemburghese, è interessante notare che l'obbligo di richiedere l'autorizzazione si applica a quelle aziende la cui sede legale e la cui sede amministrativa principale, compresi gli apparati amministrativi e contabili, si trovino in Lussemburgo[70]. La connessione con la sede legale e amministrativa di un'azienda spaziale è

[65] Art. 8, Decreto federale degli Emirati Arabi Uniti n. 46/2023.

[66] *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[67] Art. 2, c. 4, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[68] Art. 3, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[69] Art. 16, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[70] Sempre in ambito di requisiti soggettivi del richiedente, la legge lussemburghese aggiunge ulteriori condizioni legate alla struttura dell'azienda, alla sua solidità finanziaria, alle procedure interne di valutazione del rischio, di controllo contabile e amministrativo, nonché alle modalità di pianificazione e implementazione delle operazioni per le quali si chiede l'autorizzazione (art. 7). A tutto questo si aggiunge poi l'obbligo di comunicare all'amministrazione autorizzante le informazioni riguardanti gli assetti proprietari dell'azienda, i quali devono poter garantire il sano e prudente svolgimento dell'attività (artt. 8 e 9). Infine, come presupposto

comprensibile da un punto di vista fiscale. Tuttavia, essa appare meno convincente dal punto di vista dello scopo ultimo dell'autorizzazione nazionale, ossia garantire che il titolare dell'autorizzazione operi nello spazio secondo le norme internazionali applicabili. Tale garanzia può essere data solo se l'autorità pubblica ha la possibilità di accedere al luogo in cui l'operazione spaziale viene effettivamente controllata: il c.d. centro di controllo missione (o *mission control center*). È questo, infatti, il luogo in cui in concreto viene gestito l'oggetto spaziale mentre è in ambiente extra-atmosferico. Pertanto, è la sede di tale centro che dovrebbe indirizzare l'ambito di applicazione soggettiva della legge sul provvedimento autorizzativo *ex* art. VI del Trattato sullo spazio[71].

Per quanto riguarda i requisiti tecnici che la legge lussemburghese impone al richiedente, viene indicato anzitutto in generale che quest'ultimo fornisca tutte le informazioni utili alla valutazione della missione, come per esempio il c.d. programma di missione[72]. L'art. 12 specifica poi alcuni dati essenziali da trasmettere alla pubblica amministrazione: a) le attività che saranno svolte all'interno del territorio del Granducato e quelle svolte all'estero; b) i limiti che potrebbero essere associati alla missione; c) le modalità per il controllo della missione; d) le condizioni per garantire che l'operatore autorizzato adempia ai propri obblighi. Viene infine menzionata esplicitamente la necessità di trasmettere alla pubblica amministrazione un rapporto sulla valutazione dei rischi della missione corredata dai mezzi finanziari che sono stati predisposti per farvi fronte[73].

Gli articoli finali definiscono le cause di revoca dell'autorizzazione, come l'assenza di attività per un periodo di trentasei mesi dall'ottenimento dell'autorizzazione[74]; la responsabilità totale dell'operatore per eventuali danni causati durante la missione, inclusi i lavori preparatori[75]; e infine le sanzioni applicabili in caso di violazioni[76].

all'accettazione della richiesta, si richiede che l'azienda abbia superato con successo una procedura di audit da parte di una società di revisori accreditati in Lussemburgo (art. 11).

[71] La scelta di dissociare il requisito dell'autorizzazione dall'elemento della giurisdizione sul centro di controllo missione rischia di tradursi in un potere di controllo vuoto sull'attività lunare da parte del Lussemburgo: un'azienda privata può avere la propria sede amministrativa centrale nel suo territorio, ma il controllo sull'oggetto lunare può essere esercitato da un altro Stato. Questo impedirebbe al Lussemburgo di esercitare poteri di enforcement diretto sulle operazioni svolte sulla Luna.

[72] Art. 6, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[73] Art. 10, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[74] Art. 14, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[75] Art. 16, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

[76] Art. 18, *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*.

Da quanto sin qui detto si può concludere che l'attenzione del legislatore si è focalizzata principalmente su aspetti di carattere societario e finanziario del richiedente l'autorizzazione, mentre sono rimasti meno elaborati gli articoli che si riferiscono ai requisiti tecnici dell'attività estrattiva e al controllo che la pubblica amministrazione lussemburghese potrà esercitare sul titolare dell'autorizzazione.

A tal proposito, appare piuttosto problematica la totale assenza di dettagli sulle modalità di controllo da parte dell'autorità pubblica sulle attività autorizzate[77]. Considerato infatti che le attività estrattive vengono svolte in ambienti, come quello lunare, dove gli stati non hanno attualmente gli strumenti tecnologici adeguati a verificare ciò che lì accade dalla Terra, la fase del controllo pubblico sul titolare dell'autorizzazione presso le sue sedi diventa un aspetto cruciale e che avrebbe meritato maggiori specificazioni.

Se la legge lussemburghese sconta il fatto di essere stata adottata in un momento prematuro rispetto ad un tipo di attività che ancora nel 2017 era troppo presto regolare, una maggiore consapevolezza rispetto alle peculiarità del provvedimento autorizzativo per attività estrattive extra-terrestri emerge dalla legge adottata dal Giappone nel 2021[78].

Il suo contenuto è breve ma si nota un'attenzione particolare per alcuni aspetti trascurati invece nella legge lussemburghese. Anzitutto, diverse norme si occupano di trasparenza dell'attività privata, elemento chiave per garantire il coordinamento a livello internazionale delle attività del titolare dell'autorizzazione e per controllare la conformità delle azioni di quest'ultimo in ambiente lunare. A differenza del Lussemburgo, la legge giapponese non si è limitata a indicare tra i documenti da trasmettere alla pubblica amministrazione il c.d. programma della missione, ma ha specificato nel dettaglio gli elementi che il richiedente deve specificare nel c.d. *business activity plan*: lo scopo, il periodo e il luogo dell'attività, i metodi utilizzati per svolgere l'esplorazione e l'uso delle risorse spaziali, le operazioni che saranno realizzate sulle risorse ottenute, nonché eventuali altri dati che saranno specificati in successivi atti regolatori[79].

Tutto ciò fornisce agli operatori privati una chiara comprensione dei dettagli sulla base dei quali la richiesta di autorizzazione sarà valutata. Allo stesso tempo, le informazioni così raccolte consentono alla pubblica amministrazione di individuare più facilmente gli interessi eventualmente contrastanti con il rilascio del titolo autorizzativo.

[77] L'unico riferimento è all'art. 15 in cui si ripete in un rigo che il titolare dell'autorizzazione è soggetto al continuo controllo della pubblica amministrazione.

[78] Atto del Giappone n. 83/2021.

[79] Art. 3, c. 1, Atto del Giappone n. 83/2021.

Anche nel caso giapponese, tuttavia, emergono aspetti problematici.

Ad esempio, la legge esclude dal suo ambito di applicazione quelle attività condotte esclusivamente a fini di ricerca scientifica[80]. Si apre in questo modo la possibilità di aggirare la legge giapponese quando si effettuano ricerche inquadrabili in realtà come prospezione e il cui fine ultimo è l'avvio di attività estrattive.

Inoltre, il Giappone non ha incluso alcuna disposizione – correttamente invece prevista dal Lussemburgo – sulla revoca del provvedimento autorizzativo e sulle sanzioni applicabili al titolare dell'autorizzazione. Si tratta invece di aspetti che – come si dirà nel paragrafo successivo – sono indispensabili per la completezza della legge sul procedimento per il rilascio del titolo autorizzativo.

In conclusione, vi sono ancora molti ambiti dell'autorizzazione per attività private sulla Luna che non sono affrontati nelle leggi sul tema ad oggi in vigore. In attesa che gli Stati Uniti e gli Emirati Arabi Uniti adottino le loro normative di dettaglio, si può nel frattempo dire che le leggi adottate da Lussemburgo e Giappone appaiono solo parzialmente idonee a rappresentare una prassi virtuosa nell'implementazione dell'art. VI del Trattato sullo spazio.

Le criticità sin qui evidenziate non sono solo il riflesso di un approccio cauto verso l'imposizione di regole ad un'industria privata lunare che è ancora in una fase emergente, ma sono anche la conseguenza di una visione incompleta degli elementi essenziali del provvedimento autorizzativo in generale. Manca cioè una concezione che tenga in dovuta considerazione gli aspetti squisitamente amministrativi del tema.

Calando quindi le risultanze di quanto sin qui detto nel contesto dell'attuale iniziativa legislativa italiana per l'economia dello spazio, occorre riflettere su quali possano essere in Italia gli elementi di una legge sul provvedimento autorizzativo per attività private lunari.

4. Una legge italiana sull'autorizzazione privata lunare: riflessioni *de lege ferenda*

Come già detto (*infra,* par. 2.2), ai sensi dell'art. 2 del disegno di legge recante norme in materia di economia dello spazio, l'Italia ha intenzione di assoggettare ogni attività sui corpi celesti, e quindi anche sulla Luna, ad autorizzazione pubblica[81].

[80] Art. 2, lett. *ii)*, Atto del Giappone n. 83/2021.

[81] Si tratta, più in particolare, di un provvedimento che ha un effetto traslativo dei

Dall'analisi offerta nelle pagine precedenti è però emerso che gli Stati parte del Trattato sullo spazio si espongono al rischio di responsabilità internazionale se non si dotano di un meccanismo di autorizzazione e continuo controllo idoneo a: 1) verificare la conformità dell'attività da autorizzare con le norme internazionali applicabili; e 2) garantire un controllo continuo del titolare dell'autorizzazione.

Nell'ambito delle attività lunari, l'autorizzazione e il continuo controllo possono efficacemente limitare il rischio di responsabilità internazionale solo se riflettono le specificità geografiche e giuridiche dell'ambiente lunare.

Da questa considerazione sorge l'esigenza per l'Italia di andare oltre il citato art. 2 e di configurare, dopo l'entrata in vigore del disegno di legge, anche una normativa di dettaglio specifica per l'autorizzazione di attività private lunari. A tal fine, gli esempi lussemburghese e giapponese (*infra,* par. 3.2) possono offrire spunti interessanti; tuttavia, essi sono lo specchio di un approccio poco attento a riflessioni tipicamente amministrative. Occorre allora chiedersi, assumendo l'approccio lì mancante, quali elementi divengono rilevanti per una normativa sulle autorizzazioni lunari?

Le questioni principali da affrontare sono essenzialmente due:

diritti e degli obblighi posti in capo allo stato autorizzante dal diritto internazionale dello spazio. Ne consegue che l'autorizzazione spaziale e ugualmente quella lunare hanno una particolare efficacia costitutiva, ossia sono intese a costituire delle legittimazioni o potestà *ex novo* in capo all'autorizzato. Non si potrebbe parlare quindi di diritti del privato all'uso dello spazio e della Luna a cui l'attività permissiva della pubblica amministrazione nulla aggiunge. Al contrario, per come la comunità internazionale ha deciso di inquadrare giuridicamente le attività spaziali, esse devono ritenersi una prerogativa degli stati, la quale attraverso l'autorizzazione viene trasferita nella sfera giuridica del privato. Sul carattere costitutivo dell'autorizzazione la dottrina ha dibattuto a lungo, almeno sin dal famoso contributo di O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, 29. Più di recente: F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, 214; A. Gemmi, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *P.A. Persona e Amministrazioni*, 2019, 1, 489. Si veda anche l'approfondita disamina del dibattito dottrinale sul tema offerta da S. Carlucci, *La trasferibilità delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Tesi di dottorato – Università di Torino, 2021, 17 ss., disponibile al link: https://iris.unito.it/handle/2318/2016876. In aggiunta al particolare carattere costitutivo, l'autorizzazione per attività lunari private è un atto la cui adozione deve avvenire tramite un provvedimento espresso della pubblica amministrazione non essendo attività liberalizzata (art. 19, l. n. 241/1990) o semplificata (art. 20, l. n. 241/1990). Le attività spaziali, incluse quelle sulla Luna, coinvolgono infatti gli interessi essenziali della sicurezza nazionale, della continuità delle relazioni internazionali, e della protezione di infrastrutture critiche per lo stato, come indicato dall'art. 7 del disegno di legge n. 2026/2024. Il relativo procedimento amministrativo prevede dunque il coinvolgimento del Ministero della difesa per l'esame delle richieste di autorizzazione.

1) scegliere l'oggetto del provvedimento autorizzativo per l'iniziativa economica privata sulla Luna;

2) fissare i criteri e le regole in base ai quali viene concessa l'autorizzazione e vengono poi effettuati i controlli sulla stessa.

4.1. L'oggetto del provvedimento autorizzativo

Come evidenziato da illustre dottrina del secolo scorso, con l'autorizzazione si conferisce al titolare di una potestà il potere di esercitarla relativamente a quel determinato oggetto in ordine al quale viene accordata[82].

Esiste però un margine significativo in capo al legislatore nella scelta dell'ampiezza di tale oggetto, ossia del novero di attività che sono autorizzate con un unico provvedimento.

Ad esempio, l'autorizzazione all'attività estrattiva di materiali di cava e torbiera interessa generalmente tutto il complesso dei lavori necessari per l'individuazione del giacimento, l'escavazione dei materiali, l'installazione di impianti di pertinenza ai lavori, la costruzione di strade di servizio[83]. Si tratta in sintesi di un oggetto molto ampio. Diversa è la situazione nel caso di un'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche in forma itinerante, che si limita alla possibilità di vendere beni appartenenti ai settori merceologici indicati nel titolo autorizzativo[84].

L'oggetto di un'autorizzazione può essere quindi più o meno ampio. Questo pone il legislatore sempre di fronte a una scelta quando si tratta di definire i contorni di un provvedimento autorizzativo.

La stessa scelta si presenta oggi con riguardo all'autorizzazione per le attività private lunari.

Richiamando il testo dell'art. VI del Trattato sullo Spazio, è chiaro che le attività degli enti non-governativi sulla Luna vanno autorizzate[85]. È meno chiaro cosa si intenda per "attività".

[82] A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1964, 68. Nonostante vi siano elaborazioni più recenti in dottrina sulla definizione di provvedimento autorizzativo – come ad esempio R. Villata et al., *Il Provvedimento Amministrativo (II ed.)*, Torino, Giappichelli, 2017, 28 – si è scelto di utilizzare la definizione di A.M. Sandulli in quanto per primo l'Autore mette in risalto il collegamento tra la potestà che il titolare "ha" (o nel caso delle autorizzazioni lunari "acquista") e l'oggetto del provvedimento.

[83] Esempi in tal senso possono rinvenirsi in: art. 5, l.r. Lazio n. 17/2004; art. 2, l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 12/2016.

[84] Art. 28, d.lgs. n. 114/1998.

[85] Il testo originale recita: «The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization». Art. VI, Trattato sullo spazio.

Secondo un'interpretazione restrittiva si potrebbe sostenere che ogni singola attività del privato vada autorizzata dalla pubblica amministrazione. Estremizzando, questo vorrebbe dire per esempio che ottenuta l'autorizzazione a prelevare risorse dal suolo lunare, si dovrebbe ottenere un'altra autorizzazione per spostare le risorse prelevate in un deposito e lavorarle, e poi un'altra autorizzazione per gestire i residui di estrazione e lavorazione, e ancora altre autorizzazioni per ogni elemento ancillare all'operazione del prelievo in sé per sé considerata. Questo porterebbe ad oneri burocratici insostenibili per l'operatore privato e per la pubblica amministrazione, divenendo il procedimento autorizzativo inconciliabile con le dinamiche delle operazioni lunari.

Abbandonando quindi un'impostazione del genere si potrebbe interpretare il termine "attività" in senso ampio.

A supporto di quest'interpretazione viene il testo dell'art. VI del Trattato sullo Spazio, il quale qualifica geograficamente le attività da autorizzare come le attività nello Spazio, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti[86]. Sarebbe allora possibile argomentare che esistono tre tipi di attività: quelle nello Spazio, quelle sulla Luna e quelle sugli altri corpi celesti[87].

Tradotto in termini di oggetto dell'autorizzazione per attività private lunari, questo vorrebbe dire prevedere un unico provvedimento autorizzativo per l'ambiente Luna. Non ci sarebbe quindi nella legge di implementazione dell'art. VI per attività private lunari alcuna distinzione a monte sull'attività da svolgere, ma si permetterebbe al privato che intende operare sulla Luna di accedere ad un procedimento autorizzativo unico, uguale per qualunque tipo di operazione, indipendentemente dalle specifiche attività che il richiedente intende porre in essere in quell'ambiente.

La verifica della pubblica amministrazione si dovrebbe allora incentrare sulla compatibilità delle condizioni soggettive e oggettive del richiedente con delle generiche attività potenzialmente esercitabili in ambiente lunare in virtù di tale provvedimento. Così impostato, il provvedimento rilasciato all'esito della verifica sarebbe da inquadrare nell'ambito della licenza[88].

[86] *Ibidem*.

[87] Del resto, a supporto di questa tripartizione vi è il fatto che lo spazio inteso come il vuoto tra i corpi celesti risponde a dinamiche fisiche ben diverse rispetto a quelle che si trovano su corpi celesti diversi dalla Terra. Si pensi solo agli aspetti gravitazionali. Tra i corpi celesti, poi, la Luna assume un valore unico in termini di vicinanza e influenza sulla Terra nonché di valore storico e culturale che possiede per l'umanità. Per questo si può comprendere la sua menzione separata rispetto alla categoria generica «other celestial bodies». Tutto questo si riflette anche nella presenza di regole giuridiche specifiche per ciascuna di queste tre categorie geografiche.

[88] Volendo trovare un possibile campo di attività regolato da una licenza simile a quella

Eppure, nonostante il *favor* di un'impostazione del genere verso la libertà di azione del privato, il rilascio di licenze lunari solleverebbe criticità significative.

Per esempio, l'oggetto della licenza sarebbe eccessivamente indefinito[89]: attività sulla Luna in generale. Ciò vuol dire che i criteri e i requisiti per ottenerla sarebbero generici, senza poter entrare nelle specificità delle particolari operazioni che il privato intende realizzare, e le verifiche della pubblica amministrazione in sede di rilascio della licenza sarebbero approssimative rispetto alla condotta effettiva del titolare della licenza sulla Luna. Questo porterebbe un'altra criticità nella fase successiva all'ottenimento della licenza, durante la quale il suo titolare potrebbe abusare di un margine di manovra eccessivamente ampio, esponendo l'Italia a rischi di responsabilità internazionale (*infra*, par. 2).

Quanto detto è sufficiente a comprendere come l'idea di una licenza lunare unica porterebbe ad uno snaturamento dell'obbligo di autorizzazione previsto dall'art. VI del Trattato sullo Spazio, riducendolo ad un giudizio approssimativo sull'attività specifica del privato e quindi inidoneo a tutelare lo stato da possibili responsabilità internazionali.

La conclusione a cui si arriva è dunque che né l'estremo dell'autorizzazione per ogni singola attività, né l'estremo della licenza lunare unica, rappresentano opzioni congrue a delineare l'oggetto del provvedimento autorizzativo per l'iniziativa economica privata sulla Luna.

Tuttavia, è possibile immaginare una terza strada.

Si tratta di individuare una lista di macro-tipologie di attività sulla Luna e di prevedere per ciascuna di esse un'autorizzazione diversa secondo criteri e regole specifiche.

Così ad esempio – ipotizzando una lista non esaustiva, ma solo indicativa – si potrebbe distinguere tra autorizzazioni relative a: l'attività estrattiva di risorse lunari, l'attività di lancio di oggetti spaziali dalla Luna, l'attività di costruzione di impianti o altre strutture, l'attività di posizionamento di satelliti in orbita lunare.

qui prospettata per le attività private lunari, si può far riferimento alla licenza di caccia, come regolata dalla l. n. 157/1992, e in particolare dal suo art. 12. Sul tema si veda F. Fracchia et al., *Le funzioni amministrative in tema di caccia*, in *N. auton.*, 2020, 24.

[89] Tutto questo solleverebbe anche problemi con riguardo al principio di tipicità degli atti amministrativi, il quale implica che la norma attributiva del potere debba circoscrivere la discrezionalità amministrativa mediante una puntuale individuazione di presupposti, contenuto ed effetti giuridici della fattispecie provvedimentale. Sul punto, M. Calcagnile, *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, Bologna, Bologna University Press, 2022, 67.

In questo modo, verrebbe messa in risalto la differenza fattuale, ma anche giuridica, tra ciascuna di queste attività. Si valorizzerebbe poi la presenza di interessi pubblici di differente natura a seconda del tipo di operazione lunare: ad esempio, garantire il rispetto dell'obbligo internazionale di non-appropriazione quando si costruisce sul suolo lunare è ben diverso dal salvaguardare le casse dello Stato di fronte al rischio di collisioni tra satelliti in orbita lunare. Infine, così facendo, verrebbe assicurata la conformità con le norme internazionali specificatamente applicabili ad una determinata attività, evitando richiami generici nella legge a fonti normative di dubbia rilevanza per una particolare attività lunare. Tutto questo permetterebbe quindi di stabilire requisiti più puntuali e chiari per colui che richiede il provvedimento autorizzativo e per la pubblica amministrazione, chiamata ad esprimere un giudizio sull'opportunità di adottarlo.

Tornando all'analisi comparatistica fatta nel paragrafo precedente, si può dire che un approccio di questo tipo è già in atto in quegli Stati che hanno adottato una legge sull'autorizzazione all'estrazione di risorse lunari, ossia il Lussemburgo e il Giappone.

Ma quest'approccio appare altresì più in linea con il modo in cui l'art. VI del Trattato sullo Spazio è stato implementato dagli stati con riguardo alle attività spaziali in orbita terrestre. Anche in quell'ambito si trovano delle macro-tipologie di attività per le quali gli stati richiedono autorizzazioni diverse: ad esempio, l'autorizzazione per il lancio di un razzo[90], l'autorizzazione per le operazioni in orbita di un satellite[91], o l'autorizzazione per l'uso di sistemi di telerilevamento[92].

Dunque, la scelta di determinare l'oggetto del provvedimento autorizzativo per attività private lunari sulla base di macro-tipologie di attività ha sicuramente diversi pregi. Essa pone però alcune questioni su cui il legislatore deve porre l'attenzione.

In primo luogo, adottare diversi atti normativi per le diverse macro-tipologie di attività lunari produce una riduzione di efficienza in termini

[90] Si veda per esempio la legge australiana sulle attività spaziali che contiene un capo della legge dedicato al permesso di lancio: artt. 28 e ss., *Space (Launches and Returns) Act* 2018, n. 123/1998.

[91] Un'autorizzazione del genere deve essere ottenuta, per esempio, in Francia ai sensi dell'art. 4 della l. n. 518/2008 *relative aux opérations spatiales,* in combinato disposto con gli artt. 13 e ss. del decreto n. 643/2009 *relatif aux autorisations délivrées en application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales*.

[92] Leggi di questo tipo si trovano ad esempio in Germania (*Satellitendatensicherheitsgesetz*, BGB l. I S. 2590, adottata il 23 novembre 2007) e negli Stati Uniti (Articoli 9601 e ss., *Title 51 of the United States Code*).

di economia legislativa e una maggiore difficoltà di orientamento per gli operatori dinanzi a una normazione "a mosaico". Per evitare che ciò accada è preferibile ricorrere ad una legge sull'autorizzazione lunare che preveda capi diversi per le macro-tipologie di attività, così permettendo tra l'altro anche l'inclusione di rimandi interni e di norme applicabili trasversalmente a tutte le attività.

In secondo luogo, le varie autorizzazioni lunari rischiano di avere ambiti di applicazione per alcuni aspetti sovrapponibili: ad esempio, la costruzione di strutture per la lavorazione delle risorse lunari può essere autorizzata sia come attività di costruzione sia come elemento funzionale all'attività estrattiva. Ecco allora che diviene essenziale per il legislatore indicare dei criteri generali di risoluzione delle possibili sovrapposizioni, come ad esempio la prevalenza del procedimento per l'autorizzazione dell'attività più generale rispetto a quella più specifica.

In conclusione, la terza strada appena descritta appare quella preferibile a garantire che l'oggetto del provvedimento autorizzativo sia, da un lato, abbastanza ampio da permettere al privato un certo grado di libertà una volta ottenuta l'autorizzazione, senza sottoporlo a continue richieste autorizzative, e sia, dall'altro lato, abbastanza circoscritto da permettere alla pubblica amministrazione di effettuare verifiche puntuali e valutazioni congrue degli specifici interessi in gioco.

Proprio quest'ultimo aspetto porta il discorso alla seconda questione di carattere amministrativo che occorre tenere in considerazione nell'elaborazione di una normativa sulle autorizzazioni per attività private lunari: quella della fissazione dei criteri e delle regole in base ai quali viene concessa l'autorizzazione e vengono poi effettuati i controlli sulla stessa.

4.2. Criteri e regole per ottenere e mantenere l'autorizzazione lunare

La definizione dei criteri e delle regole per ottenere e mantenere l'autorizzazione lunare assume una valenza centrale nel rapporto tra pubblico e privato. È infatti sulla base di essi che: il privato formula la sua richiesta di autorizzazione; la pubblica amministrazione valuta l'opportunità di adottare il provvedimento autorizzativo; e l'autorità di controllo effettua le verifiche sulla rispondenza di quanto autorizzato con quanto posto in essere dal privato.

Questi criteri e queste regole rappresentano dunque delle pietre miliari sul percorso dell'autorizzazione, dal momento della sua richiesta al momento del suo venir meno.

Il loro contenuto non è definibile *a priori* per ogni macro-tipologia

di attività lunare, poiché dipende da scelte di politica legislativa diverse per ogni Stato. Così, ad esempio, il contenuto cambia a seconda del tipo di bilanciamento che il legislatore in un determinato momento intende realizzare tra un controllo pubblico forte con molti criteri e molte regole e un liberismo che faciliti lo sviluppo dell'industria privata lunare con una regolazione poco ingombrante.

Ma pur non potendo fornire il contenuto dettagliato di ciascun criterio e regola, si può però in questa sede riflettere su quale possa essere uno schema o una struttura applicabile in generale ad una legge sull'autorizzazione per attività private lunari.

Il primo aspetto da affrontare è quello dell'individuazione del soggetto legittimato a presentare la richiesta alla pubblica amministrazione.

In generale, considerato che il fine dell'autorizzazione lunare è garantire la conformità della condotta privata con le norme internazionali applicabili, la soluzione più ragionevole è quella di far richiedere l'autorizzazione alla società che esercita dal territorio nazionale il controllo sull'oggetto utilizzato per svolgere le attività lunari. Ma ciò non basta. Individuato tale soggetto, occorre poi definire i requisiti soggettivi di capacità tecniche e di struttura societaria e finanziaria che esso deve possedere per assicurare che l'attività autorizzata sia posta in essere nel rispetto delle regole contenute nella legge sull'autorizzazione lunare. Solo in questo modo, in caso di controversia internazionale, la pubblica amministrazione può dimostrare di aver effettivamente valutato al momento della domanda l'idoneità del richiedente ad essere autorizzato ai sensi dell'art. VI del Trattato sullo Spazio.

Non solo.

Sono proprio i requisiti soggettivi riguardanti la struttura societaria e finanziaria – in particolar modo le coperture assicurative – che permettono alla pubblica amministrazione di valutare se possa essere tutelato l'interesse pubblico a non subire un danno economico in forza di un risarcimento internazionale a causa della condotta del privato[93].

Il secondo aspetto riguarda il contenuto tecnico o oggettivo della richiesta, e quindi tutto ciò che interessa l'attività da autorizzare.

È qui che la mano del legislatore deve essere maggiormente attenta nell'imporre al privato il rispetto di tutte le norme specificatamente applicabili alla macro-tipologia di attività lunare da autorizzare.

[93] In quest'ottica, ad esempio, il legislatore italiano ha inserito nel disegno di legge sull'economia dello spazio l'art. 21, il quale sancisce che gli operatori autorizzati stipulano contratti assicurativi o altra idonea garanzia finanziaria a copertura dei danni derivanti dall'attività spaziale con massimale pari a 100 milioni di euro per ciascun sinistro.

Il discorso va inquadrato sotto un duplice profilo.

Si tratta da un lato di stabilire quali informazioni il richiedente deve fornire alla pubblica amministrazione affinché quest'ultima possa comprendere le modalità di conduzione delle attività in ambiente lunare e formulare un giudizio prognostico sull'opportunità di rilasciare il titolo autorizzativo alla luce delle norme internazionali applicabili e alla luce degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale. Il legislatore può facilitare questo compito individuando gli elementi primari da allegare alla richiesta, così che la pubblica amministrazione possa effettivamente valutare gli interessi pubblici potenzialmente lesi dalle attività lunari che il privato vorrebbe compiere.

Su quest'aspetto, seppur limitatamente all'estrazione di risorse minerarie, ha ben legiferato il Giappone (*infra*, par. 3), che ha elencato una lista di documenti da trasmettere con la richiesta di autorizzazione e attraverso i quali sia possibile evincere i dettagli delle attività che il privato intende porre in essere sulla Luna[94].

Tutto questo assume particolare rilevanza se si considera che l'Italia ha degli obblighi di condivisione di informazioni a livello internazionale riguardo le attività spaziali private sotto la sua giurisdizione[95]. In aggiunta, deve anche adempiere ad un obbligo di coordinamento con le attività governative e private di altri Stati che si svolgono sulla Luna[96]. Ne deriva una necessità di ottenere informazioni complete e puntuali dal richiedente un'autorizzazione per attività lunari.

Dall'altro lato, il discorso si completa solamente se si considera un secondo profilo: non basta imporre al richiedente di trasmettere determinati documenti sulle attività che intende realizzare; la legge deve indicare anche le norme che nella giurisdizione italiana sono applicabili a quelle attività e il cui rispetto rappresenta condizione *sine qua non* per ottenere e poi per mantenere l'autorizzazione.

In questo senso, non appare sufficiente menzionare semplicemente che il provvedimento autorizzativo indicherà gli obblighi dell'operatore privato[97]. Si impedisce così al privato di conoscere in anticipo quali oneri dovrà assumere per ottemperare a quanto indicato in tale provvedimento.

Ciò vuol dire che il privato, consultando la legge sull'autorizzazione,

[94] Art. 3, Atto del Giappone n. 83/2021.

[95] Questo tipo di obblighi informa l'intero quadro normativo di diritto internazionale dello spazio. Si consideri ad esempio l'art. XI del Trattato sullo spazio, ma anche l'art. IV della *Registration Convention*, ratificata dall'Italia e resa esecutiva ai sensi della l. n. 153/2005.

[96] Art. IX del Trattato sullo spazio.

[97] Come avviene ad esempio all'art. 7, c. 8, disegno di legge n. 2026/2024.

deve anzitutto poter sapere le norme sulla base delle quali la sua richiesta sarà valutata, potendo così conoscere i parametri legislativi che la pubblica amministrazione utilizzerà per formulare il suo giudizio.

Allo stesso tempo, il privato deve altresì avere un'indicazione degli obblighi che sarà tenuto a rispettare: occorre per esempio indicare quali sono le norme di *soft law* il cui rispetto è reso obbligatorio per il titolare dell'autorizzazione, come le prescrizioni in tema di sostenibilità ambientale contenute nelle c.d. *Long Term Sustainability Guidelines*[98] o quelle in tema di contaminazione della Luna contenute nella c.d. *Planetary Protection Policy*[99].

Queste brevi considerazioni sui requisiti soggettivi ed oggettivi della richiesta di autorizzazione non sono però sufficienti a delineare in modo completo il rapporto tra privato e pubblica amministrazione se non si regola anche un ultimo aspetto: l'attività di vigilanza sulla condotta del titolare del provvedimento autorizzativo[100].

In quest'ambito, è per prima cosa fondamentale chiarire lo scopo del controllo da parte della pubblica amministrazione. Dinanzi ad attività private lunari, occorre assicurarsi che il privato, nell'esercizio dell'attività autorizzata, non si comporti in maniera difforme rispetto a quanto sancito nella legge nazionale e nel provvedimento autorizzativo[101].

Per poter raggiungere tale scopo è fondamentale disciplinare nella legge sull'autorizzazione dei meccanismi di comunicazione e di ispezione, basati su trasparenza, correttezza e proporzionalità.

Andando più nel dettaglio, si tratta ad esempio di imporre al titolare dell'autorizzazione la trasmissione periodica di informazioni dettagliate sullo stato dell'attività autorizzata e la comunicazione immediata di qualsiasi

[98] Documento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. A/AC.105/C.1/L.366 del 17 luglio 2018, intitolato: *Guidelines for the Long-term Sustainability of Outer Space Activities*.

[99] *Policy on Planetary Protection*, adottato dal Bureau del *Committee on Space Research* il 20 Marzo 2024.

[100] Occorre ricordare che le attività spaziali rientrano tra i settori reputati strategici, come indicato dall'art. 4 del reg. UE n. 452/2019. Si tratta, cioè, di attività delicate da un punto di vista della sicurezza nazionale e per le quali assume quindi centrale importanza la vigilanza dell'autorità pubblica.

[101] Una precisazione è d'obbligo: seppur sotto propria autorizzazione, lo Stato autorizzante non risponde di tutto quello che fa il privato in un ambiente sul quale né lui né altri Stati hanno alcuna sovranità. Lo Stato autorizzante deve solo adottare le misure necessarie per supervisionare la condotta del titolare della sua autorizzazione. Se, nonostante un controllo continuo e diligente da parte della pubblica amministrazione, il privato autorizzato lede un diritto altrui sulla Luna, sarà il privato a risponderne e non certo lo stato. Al più si potrà segnalare la condotta alle autorità nazionali competenti al fine di vedere irrorata una sanzione nei suoi confronti.

evento straordinario o incidente rilevante. Tali obblighi assicurano che l'autorità di controllo disponga di dati aggiornati per controllare efficacemente le operazioni in ambiente lunare. L'importanza di questo aspetto è evidente se si considera che l'Italia non possiede le capacità tecnologiche per poter monitorare da Terra ciò che accade sulla Luna.

Parallelamente, il legislatore deve delineare le modalità di esercizio del potere di ispezione dell'autorità di controllo sul titolare dell'autorizzazione[102]. Questo implica l'istituzione di procedure di ispezione, audit e verifica che garantiscano la conformità alle normative vigenti durante l'intera durata dell'attività autorizzata. Chiaramente, si tratta di accessi alle sedi di controllo delle operazioni lunari che si trovano sotto la giurisdizione italiana. Non è infatti attualmente possibile determinare delle forme di ispezione *in situ* sulla Luna.

Solo con questo duplice canale di comunicazioni e ispezioni è possibile garantire quella supervisione continua di cui parla l'art. VI del Trattato sullo Spazio. L'attività di vigilanza sarebbe però un'arma spuntata se non fosse al contempo previsto nella legge sull'autorizzazione un quadro sanzionatorio preciso e proporzionato.

È essenziale che la legge specifichi le sanzioni applicabili in caso di violazioni, fornendo agli operatori privati una chiara comprensione delle conseguenze derivanti da comportamenti illeciti. Le sanzioni possono variare da ammende pecuniarie alla sospensione temporanea dell'attività, fino alla revoca definitiva dell'autorizzazione nei casi più gravi. In quest'ultimo caso, tuttavia, si apre un tema sulla rimozione degli oggetti usati e sul rispristino dello stato dei luoghi sulla Luna che è ad oggi privo di una soluzione.

Da quanto sin qui detto emerge come l'elaborazione di un quadro normativo sull'autorizzazione per attività private lunari ruoti intorno a temi squisitamente amministrativi. Le regole indicate nella legge devono assicurare che la pubblica amministrazione possa svolgere le sue funzioni di verifica della richiesta e di vigilanza sulla condotta del privato all'interno di parametri legislativi precisi. Allo stesso tempo, gli operatori privati necessitano di conoscere preventivamente, in maniera esaustiva e trasparente, i requisiti per ottenere il provvedimento autorizzativo, gli oneri che ne derivano, e le possibili conseguenze delle loro azioni sulla Luna. Solo così si potranno pianificare attività lunari private con la dovuta sicurezza e si potrà favorire lo sviluppo forte e responsabile dell'industria lunare italiana.

[102] Sul rapporto tra ispezionante e ispezionato si veda M. De Bellis, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 131 ss.

5. Conclusioni

La storia dell'autorizzazione è la storia del rapporto tra iniziativa economica privata e controllo pubblico della stessa[103].

Questo rapporto si è evoluto nel tempo e si tinge oggi di colori nuovi nell'ambito delle attività spaziali, in special modo di quelle lunari. L'autorizzazione per operare sulla Luna appare infatti come una commistione tra due branche del diritto: quella propria dei provvedimenti autorizzativi, ossia il diritto amministrativo, e quella che invece regola le attività degli esseri umani oltre l'atmosfera, ossa il diritto internazionale. L'una si mischia all'altra, dando vita ad un quadro normativo del tutto particolare.

Come si è visto all'inizio del presente contributo, la necessità di sottoporre l'iniziativa economica privata sulla Luna ad un'autorizzazione deriva dagli obblighi stabiliti nell'art. VI del Trattato sullo Spazio. Ma il modo in cui tali obblighi sono adempiuti dipende da considerazioni squisitamente amministrative, legate cioè al meccanismo di autorizzazione e controllo stabilito e applicato in ciascuno stato.

Nella prassi legislativa straniera, si è avuta poca attenzione all'inquadramento dell'autorizzazione lunare come provvedimento, frutto di un procedimento in rapporto con la pubblica amministrazione e sottoposto alla sua attività di vigilanza. Ciò vuol dire che gli obblighi internazionali del diritto spaziale non sono stati tradotti efficacemente in leggi domestiche che riflettano gli aspetti puramente amministrativi del provvedimento autorizzativo lunare.

Questa mancanza apre un'opportunità.

In Italia è attualmente in corso l'iter parlamentare per l'adozione della prima legge sulle autorizzazioni per attività spaziali, intese in senso ampio. Considerato però l'interesse dello Stato italiano e dell'industria nazionale verso l'economica lunare, è solo questione di tempo prima che diventi necessario presentare anche un disegno di legge in tema di attività lunari private.

L'Italia sarà allora posta di fronte alla sfida di saper delineare un meccanismo autorizzativo che dia pieno risalto alle questioni amministrative ad esso collegate, quali la definizione ragionata dell'oggetto del provvedimento autorizzativo e la determinazione dei requisiti e dei criteri sulla base dei quali la pubblica amministrazione potrà ricevere, valutare e controllare la richiesta di autorizzazione da parte del privato.

[103] E. Cassese, *Le trasformazioni dell'autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza*, in *Archivio Ceradi*, 2004, 2.

Se l'Italia saprà cogliere questa sfida legislativa potrà porsi all'avanguardia nel campo della regolazione di attività lunari private, dimostrando piena consapevolezza dello sviluppo di un nuovo settore normativo: quello del diritto amministrativo spaziale.

Abstract

Italy is among the States that are leading the new "Moon Race". As a result, the Italian lunar industry is developing and is planning to operate on the Moon by the end of the decade. Considering Italy's international obligation to authorize and continuously supervise the activities of private actors on the Moon, the question is: how should Italy draft a law on private lunar authorizations? To answer it, the present paper bridges aspects of international space law with considerations of administrative law. First, it comparatively analyses other States' national laws on private lunar activities. Then, it depicts the essential elements that need to be included in the Italian law so that the evaluations and the controls of the public authority can be exercised with the right balance with the interests of the private operators to operate in a transparent and encouraging legal framework.

ARTICOLI

Edoardo Scelsi

IL GOVERNO DELLA SPESA DEI DISPOSITIVI MEDICI

Sommario: 1. Premesse. – 2. Tendenze e politiche di acquisto e di spesa. – 3. Il mercato dei dispositivi medici. – 4. Alle origini: il *payback* sul farmaco. – 5. Il *payback* sui dispositivi medici. – 6. L'*Hta*: un "nuovo" orizzonte per la programmazione degli acquisti. – 7. Il sistema dei prezzi di riferimento. – 8. La legge di bilancio 2025 e le misure di «governo del settore dei dispositivi medici». – 9. Considerazioni conclusive.

1. Premesse

Millenaria è la storia del cerusico che, custode prescelto della manualità della cura, da sempre «si giova della mano e dei ferri per guarire certi mali del corpo»[1]. Nella sua semplicità, questo breve richiamo[2] denota l'esistenza di un atavico ed inscindibile rapporto tra il dominio del sapere ed il dominio della tecnica[3], tra il sapere specialistico della medicina e gli strumenti necessari perché quest'ultimo possa assolvere il proprio mandato: custodire la vita e il vivente.

Non par dubbio, dunque, che le tecnologie sanitarie presentino un precipuo carattere di trasversalità, risultando impiegate nella maggior parte (quando non nella totalità) dei percorsi diagnostici o terapeutici intrapresi, costituendo ad un tempo indefettibile presupposto ed insormontabile limite per l'erogazione delle cure nei confronti degli assistiti. L'utilizzo di tali strumenti, pertanto, costituisce la *condicio sine qua non* per l'erogazione delle prestazioni e dei servizi ricompresi nei Livelli essenziali di assistenza (Lea) che, impermeabili ai condizionamenti finanziari inevitabilmente propri dei

[1] G. Cosmacini, *La vita nelle mani. Storia della chirurgia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, premessa.

[2] Il riferimento al cerusico e al suo perpetuo bisogno di mezzi per trascendere il circoscritto «margine d'azione consentito dalle nude mani e dalla percezione sensoriale» ricorre già in A. Pisani Tedesco, *Il nuovo quadro normativo europeo dei dispositivi medici*, in *Dir. comm. intern.*, 2022, n. 3, 675.

[3] Cfr. A. Pisani Tedesco, *op. loc. cit*.

diritti a prestazioni[4], devono essere assicurati a tutti i cittadini nel rispetto dei principi di universalità, uguaglianza ed equità.

Nell'ampio novero delle tecnologie sanitarie, crescente è la rilevanza acquisita dai dispositivi medici (d'ora in avanti, anche DM) e dai dispositivi medico-diagnostici *in vitro*, rispettivamente disciplinati dal reg. Ue n. 745/2017[5] e dal reg. Ue n. 746/2017[6]. In ragione dell'innegabile ampiezza definitoria che accompagna la delimitazione dei prodotti regolamentati[7], quella in discorso rappresenta una categoria profondamente estesa, che ricomprende nel proprio ordine strumenti altamente differenziati (sia in termini di complessità di progettazione e di utilizzo sia in termini di costo) che possono muovere, come sottolineato in occasione del tavolo tecnico di lavoro sui farmaci e i dispositivi medici istituito presso l'ufficio di gabinetto del Ministero della salute, «dalle grandi apparecchiature ai semplici prodotti consumabili al letto del paziente»[8].

L'estensione e l'eterogeneità della categoria è testimoniata, peraltro, dall'ampio mercato al quale tali prodotti hanno dato origine, che vede operare più di quattromila imprese divise tra fabbricazione, distribuzione e servizi correlati ai DM. Quest'ultimo è tra i comparti industriali a più alta

[4] Il diritto alla salute, infatti, come tutti i diritti a prestazioni, «si colloca al punto di congiuntura tra l'imposizione giuridica di determinati obiettivi e il grado di materiale praticabilità del loro conseguimento». In questi termini, D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni,* Torino, Giappichelli, 2021, 99.

[5] Reg. Ue n. 745/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la dir. 2001/83/Ce, il reg. Ce n. 178/2002 e il reg. Ce n. 1223/2009 e che abroga le dir. 90/385/Cee e 93/42/Cee del Consiglio.

[6] Reg. Ue n. 746/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro e che abroga la dir. 98/79/Ce e la decisione 2010/227/Ue della Commissione.

[7] L'art. 2, reg. Ue n. 745/2017 (MDR) definisce come dispositivo medico «qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, reagente, materiale o altro articolo, destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle seguenti destinazioni d'uso mediche specifiche: diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie; diagnosi, monitoraggio, trattamento, attenuazione o compensazione di una lesione o di una disabilità; studio, sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico o patologico; fornire informazioni attraverso l'esame in vitro di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, e che non esercita nel o sul corpo umano l'azione principale cui è destinato mediante mezzi farmacologici, immunologici o metabolici, ma la cui funzione può essere coadiuvata da tali mezzi».

[8] Tavolo tecnico di lavoro sui farmaci e i dispositivi medici, *Documento in materia di Governance dei dispositivi medici*, 2018, 2.

crescita ed intensità di innovazione[9] ed occupa più di centodiciassette mila dipendenti a elevata qualificazione tecnica[10].

Benché non possa essere negata la strumentalità dei dispositivi medici e del rispettivo comparto industriale al benessere del Paese e del servizio sanitario nazionale, pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica hanno determinato il governo e il parlamento ad intervenire, non senza incorrere in alcune contraddizioni, nella materia *de qua*.

Si tratta, tuttavia, di un'operazione complessa, giacché non è semplice contemperare i diversi interessi in gioco, che muovono dalla tutela della salute alla promozione dell'innovazione, dalla tutela dell'iniziativa economica privata al perseguimento dell'equilibrio di bilancio.

Lo scopo del presente contributo, allora, è quello di ricostruire e vagliare criticamente le politiche prescelte dal legislatore per il governo della spesa dei dispositivi medici, così da fornire un quadro complessivo sullo stato dell'arte in materia.

2. Tendenze e politiche di acquisto e di spesa

Secondo il decimo rapporto di monitoraggio effettuato dalla Ragioneria generale dello stato, nel 2022 la spesa sanitaria corrente si è attestata approssimativamente sui centotrentuno miliardi di euro[11].

Incrociando i dati risultanti dal rapporto di monitoraggio con quelli desumibili dai rapporto sul coordinamento della finanza pubblica resi dalle Sezioni riunite della Corte dei conti in riferimento alle medesime annualità (2013-2022), dunque, è possibile individuare il peso specifico rivestito da tali tecnologie nell'ambito della spesa sanitaria complessiva e come questo è variato nel tempo[12]. In particolare, nel 2022 l'onere economico sostenuto dal

[9] Le *start-up* innovative operanti nel settore Dm in Italia ammontano a centootto ed il trentanove per cento delle stesse ha investito in ricerca e sviluppo almeno il quindici per cento del fatturato oppure è titolare di almeno un brevetto. Le Pmi innovative, al contempo, ammontano a duecentouno unità, l'ottanta per cento delle quali ha investito in ricerca e sviluppo almeno il tre per cento del fatturato, mentre il settantasette per cento delle stesse è titolare di almeno un brevetto. I dati, riferiti al 2023, sono tratti dall'elaborazione del Centro Studi Confindustria Dispositivi Medici, consultabile presso il seguente indirizzo *web* www.confindustriadm.it/il-settore-in-numeri-2024.

[10] Questo dato, relativo al 2022, rinviene a sua volta dall'indagine del Centro Studi Confindustria Dispositivi Medici, poc'anzi richiamata.

[11] Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della ragioneria generale dello stato, *Il monitoraggio della spesa sanitaria*, *Rapporto n. 10*, 2023, 7 ss.

[12] Cfr. Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, *Rapporto 2023 sul coordinamento*

Ssn per l'acquisto di dispositivi medici ha raggiunto i 7,6 miliardi di euro, con un'incidenza sulla spesa sanitaria del 5,8 per cento, laddove quest'ultima nel 2013 si attestava approssimativamente al 5,15 per cento.

A spiegare la tendenza incrementale in discorso concorrono diversi elementi: da un lato vi sono fattori di natura economica, come l'aumento dei costi delle materie prime o dei costi di certificazione dei prodotti considerati; dall'altro, vi si sommano fattori di carattere clinico, come l'invecchiamento della popolazione o la cronicizzazione di patologie precedentemente non trattabili[13].

Per far fronte alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, il legislatore, a partire dal 2011, ha disposto una pluralità di interventi diretti a razionalizzare le risorse disponibili per l'approvvigionamento di dispositivi medici, mirando, al contempo, a indurne un impiego efficiente e responsabile. In altre parole, si è ritenuto fosse necessario non solo spendere meno, ma anche spendere meglio. Così, alle politiche di spesa si è affiancata l'adozione di politiche di acquisto volte ad efficientare le relative procedure di gara, sul presupposto che «il livello di spesa, e quindi le prospettive di razionalizzazione della stessa, dipendono sì dalla misura delle risorse disponibili che le autorità di governo possono stanziare di anno in anno, e dalle correlate scelte politiche di incentivo anche fiscale ed attrazione dei capitali privati da investire nel settore, ma sono condizionati altresì dalla capacità di generare risparmi negli ambiti istituzionali in cui si perfeziona l'incontro fra domanda e offerta»[14].

Pertanto, dal punto di vista sistematico è dato distinguere due tipologie di interventi, a seconda che gli stessi siano preordinati ad incidere sulla spesa complessiva oppure sui fattori che concorrono a determinarla[15].

All'interno della prima tipologia è possibile ricomprendere il c.d.

della finanza pubblica, 2023, 246; Cfr. Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, *Rapporto 2015 sul coordinamento della finanza pubblica*, 2015, 185.

[13] Cfr. M. Ritrovato, I. Cristiano e P. Derrico, *Dalla programmazione all'innovazione: verso una nuova governance dei Dispositivi Medici*, in *CREA SANITÀ, 19° Rapporto Sanità, il futuro (incerto) del SSN, fra compatibilità macro-economiche e urgenze di riprogrammazione*, a cura di F. Spandonaro, D. D'Angela e B. Polistena, Mesagne, Locorotondo Editore, 2023, 459.

[14] G. Fares, *Politiche di spesa pubblica e payback per i dispositivi medici: note sparse su un istituto controverso*, in *Ius et Salus. Scritti di diritto sanitario (2023-2023)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 350.

[15] La distinzione tra le due tipologie di misure rispecchia la bipartizione tracciata, nell'ambito della disciplina della finanza pubblica, da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2022, 445 s., il quale individua, in materia, due dimensioni, l'una concernente «[le] entrate e [le] uscite dello Stato in un'ottica di equilibrio generale economico e finanziario» (dimensione c.d. macro) e l'altra riguardante, in particolare, «la gestione

payback sui dispositivi medici che, importato dal contiguo mercato farmaceutico, può identificarsi nell'obbligo delle imprese fornitrici di provvedere al ripiano di una parte degli sforamenti del tetto di spesa fissato per l'acquisto di *medical devices* da parte dei servizi sanitari regionali.

All'interno della seconda tipologia possono essere annoverate le misure adottate per conseguire risparmi di spesa mediante l'efficientamento delle procedure di approvvigionamento dei dispositivi medici sia in sede di programmazione degli acquisti sia in sede di affidamento del contratto. In particolare, al miglioramento della programmazione da parte delle strutture sanitarie pubbliche è preordinata l'implementazione, nel settore dei *medical devices*, di un modello di *Health technology assessment* (*HTA*)[16]*;* diversamente, sotto il profilo dell'affidamento, è stato istituito un sistema di prezzi di riferimento e sono stati predisposti dei capitolati tecnici standardizzati, onde promuovere una maggiore omogeneità tra le procedure di gara bandite e aggiudicate all'interno del territorio nazionale.

Nel rinviare l'analisi delle misure anzidette al prosieguo della trattazione, pare doveroso premettere che ciascuna di esse va incontro a dei limiti, alcuni dei quali rivengono direttamente da certe caratteristiche del mercato dei dispositivi medici – in particolare, «l'elevata eterogeneità dei prodotti che lo compongono, la rapida obsolescenza di questi ultimi, i diversi livelli di complessità tecnologica e la variabilità degli impieghi clinici»[17] – che «ne rendono più difficile la regolazione»[18]. Ad esempio, come si avrà occasione di sottolineare in seguito, una tra le principali difficoltà incontrate nella definizione dei prezzi di riferimento dei DM riguarda l'individuazione di *cluster* omogenei di prodotti.

Altre difficoltà, inoltre, derivano dalla scarsità delle risorse a disposizione del decisore pubblico. Non è un caso, a ben vedere, che le risorse dirette all'attuazione del programma nazionale *HTA* (2023-2025) siano attinte dal c.d. fondo 0.75 per cento, destinato ad essere alimentato, ai sensi degli artt.

delle risorse e i procedimenti di spesa da parte delle singole pubbliche amministrazioni» (dimensione c.d. micro).

[16] In via di prima approssimazione, e ricorrendo alla definizione fornita dal Ministero della salute sul proprio sito *web*, l'*health technology assessment* può essere definito come un «processo multidisciplinare che sintetizza le informazioni sulle questioni cliniche, economiche, sociali ed etiche connesse all'uso di una tecnologia sanitaria» preordinato a «contribuire all'individuazione di politiche sanitarie sicure, efficaci, incentrate sui pazienti e mirate a conseguire il miglior valore».

[17] Corte dei Conti, sez. riunite in sede di controllo, *Rapporto 2016 sul coordinamento della finanza pubblica*, 2016, 288.

[18] *Ibidem*.

28, d.lgs. n. 137/2022 e art. 24, d.lgs. n. 138/2022, dalle aziende fornitrici del servizio sanitario nazionale[19].

In definitiva, benché risulti sempre più chiaro che «la razionalizzazione della spesa [debba] coniugarsi a un aumento delle risorse»[20], nessun risultato positivo può essere raggiunto senza che si tenga debitamente conto, in sede regolatoria, delle caratteristiche distintive del mercato dei dispositivi medici.

3. Il mercato dei dispositivi medici

Per poter compiutamente esaminare le politiche adottate per governare la spesa dei dispositivi medici, dunque, è necessaria una previa analisi di mercato.

L'identificazione delle sue caratteristiche fondamentali – in particolare, delle dinamiche di interazione tra la domanda e l'offerta dei prodotti che su questo vengono scambiati – dovrebbe costituire l'imprescindibile punto di partenza per la messa a punto di un quadro regolatorio efficace e sostenibile nel tempo.

Ebbene, il mercato dei dispositivi medici presenta diversi connotati che, se talvolta risultano comuni a tutti i mercati di tecnologie sanitarie, talaltra lo differenziano marcatamente da questi ultimi e, per quanto rileva in questa sede, dal mercato dei prodotti medicinali.

Converrà muovere, in questa sede, dalle caratteristiche proprie di tutti i mercati di tecnologie sanitarie, le quali derivano, a ben vedere, dalla finalità cui risulta preordinato l'impiego dei prodotti ivi scambiati.

In primo luogo, la circostanza che la tutela della salute individuale e collettiva sia istituzionalmente affidata, nel territorio della Repubblica, al servizio sanitario nazionale, implicherà che sia quest'ultimo il principale, ancorché non esclusivo, acquirente di tecnologie sanitarie. Il rispettivo mercato, quindi, si avvicinerà, pur senza coincidervi del tutto, al paradigma economico del monopsonio, caratterizzato, come noto, dalla presenza di un solo

[19] L'art. 28, d.lgs. n. 137/2022, dispone l'istituzione, in conformità all'art. 15, l. n. 53/2021, di un fondo per il governo dei dispositivi medici alimentato da una quota annuale pari allo 0,75 per cento del fatturato, al netto dell'IVA, derivante dalla vendita al SSN dei dispositivi medici e delle grandi apparecchiature da parte delle aziende che producono o commercializzano dispositivi medici. Un terzo delle risorse così procacciate, a norma del c. 6, è vincolato al finanziamento delle attività del programma nazionale di valutazione *HTA* dei dispositivi medici attribuite all'AGENAS.

[20] A. Biancardi, *Il payback sui dispositivi medici: il punto sulle norme vigenti e sui giudizi pendenti,* in *Osservatorio del farmaco 2024*, a cura di G.F. Ferrari, Piacenza, La tribuna, 2024, 215.

compratore a fronte di una pluralità di venditori. Forte, dunque, è il rischio che il *buyer* pubblico abusi, ai danni delle imprese fornitrici, del proprio potere monopsonistico, vale a dire della propria capacità di influenzare il prezzo dei beni acquistati[21].

In secondo luogo, per converso, la domanda da parte dell'acquirente pubblico sarà inevitabilmente rigida, ossia insensibile alle variazioni del prezzo. Tale rigidità, non di rado, è stata sfruttata dalle imprese fornitrici di tecnologie sanitarie che, in più d'un occasione, hanno posto in essere pratiche suscettibili di compromettere il regolare funzionamento del mercato, i bilanci pubblici e, soprattutto, la salute dei pazienti[22].

Le anzidette condizioni di monopsonio e la rigidità della domanda, in linea di principio, dovrebbero essere in grado di controbilanciarsi. Laddove ciò non risulti possibile, e solamente in tal caso, dovrebbe trovare spazio l'adozione di interventi correttivi. Misure spropositate e disorganiche, infatti, data la natura preminente degli interessi coinvolti, potrebbero rivelarsi pericolose per la tenuta del sistema e, in taluni casi, irreversibili.

Volgendo lo sguardo ai tratti distintivi del mercato dei dispositivi medici, è possibile scorgere, per quanto rileva in questa sede, almeno tre elementi che consentono di differenziarlo dai mercati contigui, in particolare da quello del farmaco: a) l'ampiezza e l'eterogeneità della categoria merceologica considerata; b) la determinazione dei rispettivi prezzi unitari mediante procedure ad evidenza pubblica; c) la peculiare composizione soggettiva del rispettivo comparto industriale.

Relativamente al primo punto, si è già detto che la famiglia dei dispositivi medici ospita al proprio interno un numero esteso di presidi altamente differenziati, mentre nel mercato farmaceutico è possibile ravvisare una maggiore omogeneità tra i prodotti oggetto di scambio. L'eterogeneità della famiglia dei dispositivi medici[23], apparentemente ininfluente sulle politiche

[21] Un argine ai possibili abusi da parte dell'acquirente pubblico è costituito dal consolidato principio giurisprudenziale del c.d. utile necessario che impone che «gli appalti pubblici [siano] pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso […]». *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2019, n. 8110; Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013, n. 2063; Cons. St., sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073.

[22] Il caso Aspen, finito nel mirino dell'Agcm, costituisce solo uno degli esempi di come la rigidità della domanda delle tecnologie sanitarie possa essere strumentalizzata da parte delle aziende farmaceutiche. Per un approfondimento sulla vicenda, si v. M. Colangelo, *Farmaci, prezzi iniqui e concorrenza: il caso Aspen*, in *Merc. conc. Reg.*, 2016, 539 ss.

[23] L'ampiezza della categoria merceologica considerata ha spinto alcuni autori ad evidenziare come, in realtà, il settore dei dispositivi medici dia vita ad una pluralità di mercati.

di governo della spesa analizzate nel presente contributo, riveste al contrario importanza centrale perché dovrebbe escludere, almeno in teoria, la ragionevolezza di interventi diretti a ridurre indiscriminatamente la voce di spesa considerata, senza cioè tener debitamente conto delle caratteristiche di ciascun dispositivo considerato, in particolare in termini di benefici (clinici, economici, sociali) apportati al sistema ed in termini di innovatività.

Quanto al secondo punto, risulta necessario sottolineare come, a differenza del mercato dei medicinali – in cui il prezzo unitario dei farmaci soggetti a rimborso da parte del Ssn è definito a livello centrale all'esito della negoziazione tra l'azienda farmaceutica interessata e l'Aifa – il prezzo sostenuto dai servizi sanitari regionali per l'acquisto dei dispositivi medici viene determinato in via decentrata, ossia all'esito delle procedure di gara di volta in volta bandite dalle singole stazioni appaltanti sulla base del fabbisogno espresso dalla popolazione di riferimento. Il corollario di tale sistema si coglie nella elevata disomogeneità tra le procedure di gara all'interno del territorio nazionale, nonché nella diffusa variabilità dei prezzi raggiunti all'esito del confronto competitivo.

Infine, in merito al terzo punto, occorre evidenziare come tra i due comparti industriali sia possibile scorgere profonde dissomiglianze in punto di composizione soggettiva. Infatti, se nella filiera dei medicinali operano in prevalenza grandi imprese – le c.d. *Big Pharma*[24] – in quella dei dispositivi medici si registra la presenza preponderate di Pmi[25]. Quest'ultimo elemento distintivo, di immediata evidenza, dovrebbe escludere interventi legislativi tendenti ad assimilare i due comparti industriali sotto il profilo *lato sensu* impositivo. Tuttavia, come avrà occasione di sottolinearsi in sede di analisi del *payback* sui dispositivi medici, il legislatore parrebbe aver ignorato tale dato, dando vita ad un sistema di governo della spesa dei Dm altamente pericoloso per le imprese del comparto, per il servizio sanitario nazionale e, conseguentemente, per tutti gli assistiti.

In proposito, si veda P. Armeni, O. Ciani, V.A. Vella, M.C. Cavallo e R. Tarricone, *I dispositivi medici in Italia: un settore, tanti mercati*, in *Mecosan*, 2010, 23 ss.

[24] Per un approfondimento, si suggerisce la lettura di A. Nato, *L'accesso equo ai medicinali e il rapporto tra Big Pharma e poteri pubblici nella governance globale della salute*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 915 ss.

[25] Secondo le analisi condotte dal Centro Studi Confindustria Dispositivi Medici il novantaquattro per cento delle imprese operanti nel comparto italiano dei dispositivi medici presenta i connotati di una piccola, media o microimpresa (Pmi). I dati, riferiti al 2022, possono essere consultati presso il seguente indirizzo *web*: www.confindustriadm.it/il-settore-in-numeri-2024.

4. Alle origini: il *payback* sul farmaco

Introdotto con la precipua finalità di ridurre la spesa pubblica sostenuta per l'acquisto di dispositivi medici, il *payback* sui dispositivi medici, dopo anni di silenziosa latenza, ha di recente trovato applicazione, sollevando diversi dubbi in ordine alla sua legittimità ed opportunità.

Espressione di una più ampia tendenza all'equiparazione dei mercati delle tecnologie sanitarie, l'istituto *de quo* costituisce il frutto di un incauto trapianto – nel settore dei *medical devices* – del sistema di governo della spesa farmaceutica convenzionata e per acquisti diretti messo a punto in Italia a partire dai primi anni del ventunesimo secolo.

Da quest'ultimo, pertanto, pare opportuno muovere la presente analisi, avendo cura di evidenziarne, sia pur senza pretese di esaustività, le caratteristiche principali.

Il sistema di governo della spesa farmaceutica si fonda, come già si è accennato, sul binomio tra tetti di spesa[26] e obblighi di ripiano dei rispettivi sforamenti. Più in particolare, all'indicazione di limiti quantitativi agli acquisti dei servizi sanitari regionali si accompagna l'onere, diversamente distribuito tra gli attori della filiera e le regioni, di copertura degli scostamenti prodottisi.

Relativamente ai primi, allo stato dell'arte è dato distinguere, in materia farmaceutica, due tetti di spesa, l'uno fissato per la spesa convenzionata, l'altro per la spesa per acquisti diretti[27].

Quanto agli obblighi di ripiano, il punto di partenza è costituito dall'art. 5, d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, il quale ha posto integralmente a carico delle imprese titolari dell'AIC, dei grossisti e dei farmacisti, l'onere – determinato in proporzione alle rispettive quote di spettanza sui prezzi dei medicinali – di provvedere alla copertura degli scostamenti dal tetto fissato per la spesa farmaceutica convenzionata.

Successivamente, con l'art. 15, c. 7, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, l'onere di ripiano è stato esteso anche agli sforamenti del tetto fissato per gli acquisti diretti. Tale ultima disposizione, infatti, impone alle aziende farmaceutiche di farsi carico di una quota – determinata in funzione del *market share* detenuto da ciascuna impresa ed accertato dall'AIFA – pari al cinquanta per

[26] Per un approfondimento in merito ai tetti sulla spesa farmaceutica, si v. F. Costa e C. Jommi, *Le principali politiche del farmaco in Italia*, in *Osservatorio del farmaco 2018*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, Egea, 2018, 141 ss.

[27] Ai sensi dell'art. 1, c. 223, l. 30 dicembre 2023, n. 213 (legge di bilancio 2024), attualmente i tetti sulla spesa convenzionata e sulla spesa per acquisti diretti corrispondono, rispettivamente, al 6,8 per cento e all'8,5 per cento del FSN.

cento dell'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale. Al contempo, inoltre, viene introdotto l'obbligo delle regioni in *over-spending* di provvedere alla copertura del residuo in proporzione ai rispettivi disavanzi.

In linea di principio, gli obblighi di ripiano parrebbero costituire una mera eventualità, suscettibile di profilarsi ogniqualvolta le risorse impiegate dal Ssn risultino eccezionalmente superiori a quelle previste. Tuttavia, la prassi fornisce testimonianza di come lo sforamento dei tetti – e, segnatamente, di quello fissato per gli acquisti diretti – sia divenuto una costante della spesa farmaceutica. Infatti, se nel caso della farmaceutica convenzionata si registra un *trend* di spesa decrescente ed inferiore al relativo tetto, al contrario gli acquisti diretti sono aumentati in modo esponenziale determinando «superamenti costanti della spesa programmata»[28].

Di conseguenza, il *payback* sui farmaci[29] ha acquisito crescente rilevanza per i bilanci pubblici e, ancor prima, per quelli delle aziende che di esso risultino gravate. Basti pensare che nel 2022 le imprese della filiera sono state chiamate a versare, a titolo di ripiano, più di un miliardo di euro[30].

Con tutta evidenza, quindi, l'istituto in discorso è in grado di incidere in misura non indifferente sul comparto industriale, riducendo sensibilmente i ricavi derivanti dall'attività di impresa. Ciononostante, si tratta di un peso che, per la quasi totalità delle imprese operanti nel settore, risulta più che sostenibile. Infatti, il mercato farmaceutico, come si è già sottolineato, vede per lo più operare al proprio interno grandi imprese multinazionali, certamente non sprovviste delle risorse economiche necessarie per far fronte agli obblighi di ripiano. Nondimeno, la presenza di Pmi all'interno della filiera ha suggerito al legislatore l'introduzione di una specifica franchigia[31], con la quale si è inteso, come riconosciuto dal Tar Lazio, privilegiare le piccole im-

[28] Corte Dei Conti, *Relazione al Parlamento sulla gestione dei servizi sanitari regionali*, 2024, 140, evidenzia come «le due componenti di spesa hanno avuto un andamento divergente, registrandosi, nel caso della farmaceutica convenzionata, un livello di spesa annuale decrescente (da 8,7 a 8 miliardi) e inferiore al relativo tetto, mentre gli acquisti diretti sono cresciuti costantemente (da 17,8 a 21,4 miliardi)».

[29] Il *payback*, in materia farmaceutica, non denota un fenomeno unitario. Infatti, con il termine in discorso si fa riferimento, oltre che al *payback* relativo alla spesa farmaceutica convenzionata e a quella per acquisti diretti, anche al c.d. *payback* 5% e al c.d. *payback* 1,83%, per l'analisi dei quali si rinvia al contributo di A. Marcheselli, *Il c.d.* payback *farmaceutico, tra contenimento della spesa pubblica e giusto tributo: i problemi di applicazione dell'IVA*, consultabile presso www.academia.edu/26600462/Il_c_d_payback_farmaceutico_tra_contenimento_della_spesa_pubblica_e_giusto_tributo_i_problemi_di_applicazione_dell_IVA.

[30] Cfr. Aifa, Determina direttoriale n. 449/2023 recante «Attribuzione degli oneri di ripiano della spesa farmaceutica per acquisti diretti per l'anno 2022».

[31] L'art. 1, c. 579, l. n. 145/2018 dispone che il fatturato complessivo annuale di ciascu-

prese che, in questo modo, «verrebbero alleggerite se non del tutto esonerate da obblighi di ripiano»[32].

Un'ulteriore esenzione è stata introdotta dal legislatore per preservare la produzione dei farmaci orfani – ossia quei «medicinali utilizzati per il trattamento di malattie e di condizioni rare che affliggono una percentuale limitata di individui»[33] (traduzione di chi scrive) – i quali, se ricompresi nella lista predisposta dall'Ema, non sono computati ai fini del ripiano degli sforamenti del tetto sulla spesa per acquisti diretti[34].

Le perplessità sollevate dalle imprese hanno sollecitato l'intervento della Consulta che, nel respingere il contrasto con l'art. 3 Cost., ha riconosciuto la legittimità del *payback* sui farmaci, il quale chiama le aziende del comparto a contribuire al finanziamento di un sistema «dal quale esse stesse ricavano indubbi benefici»[35]. Tuttavia, se l'istituto in discorso ha generalmente raccolto il consenso della dottrina quanto alla sua necessità[36] e il patrocinio pretorio in ordine alla sua legittimità, non mancano voci dissenzienti[37].

na azienda farmaceutica titolare di Aic è calcolato deducendo «il fatturato sino a tre milioni di euro».

[32] Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 dicembre 2021, n. 13179.

[33] A. Sandulli, *Orphan drugs for the treatment of rare diseases. A comparative public law perspective*., in *IJPL*, 2019, 477.

[34] Cfr. art. 1, c. 578, l. 31 dicembre 2018, n. 145.

[35] C. cost., 7 aprile 2017, n. 70.

[36] Cfr. L. Aristei e L. Golisano, *Il payback farmaceutico. Il contemperamento di interessi a fronte della scarsità di risorse,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1225 s., i quali, senza escludere l'opportunità di apportare delle modifiche in grado di conferire maggiore stabilità alla normativa, ritengono che il *payback* farmaceutico, strutturato in modo tale da «bilanciare i diversi interessi costituzionali in gioco, garantendo il contenimento della spesa pubblica, il diritto alla salute e, sub specie, il diritto di accesso al farmaco», risulti necessario per salvaguardare la sostenibilità del servizio farmaceutico, specie in considerazione della «scarsità delle risorse pubbliche e dell'impossibilità per lo Stato di aumentare liberamente la propria spesa ricorrendo ulteriormente all'indebitamento». Si v., anche, M. Trimarchi, *Il meccanismo del payback e la spesa farmaceutica al vaglio del giudice amministrativo*, in *Luiss Law Review*, 2022, n. 2, 46 s., che, pur avvertendo intorno ai pericoli che potrebbero discendere, in generale, dall'applicazione di un meccanismo di ripiano *ex post* e, in particolare, «il rischio di rendere "flessibile" il vincolo di bilancio» (cosicché non venga adottata una regolamentazione rigida e puntuale) oppure quello di «incorrere in una distorsione del mercato e in una perdita di controllo delle dinamiche della spesa», riconosce come il *payback* si riveli «necessario e potenzialmente – se migliorato – funzionale in modo ottimale», poiché, senza privare le aziende della possibilità di trarre i propri profitti, «cerca di trovare un meccanismo di perequazione, temperando la spesa farmaceutica».

[37] Cfr. P. Belardinelli, *Payback farmaceutico: Come funziona e cosa si può fare per eliminarlo*; in *IBL briefing paper*, 2019, 5 s., il quale, al contrario, evidenzia come il *payback*, divenendo modalità ordinaria di finanziamento della spesa farmaceutica, potrebbe finire per subordina-

5. Il *payback* sui dispositivi medici

Gli strumenti di governo della spesa farmaceutica hanno apportato diversi benefici al sistema, consentendo, da un lato, di ridurre l'*overspending* dell'amministrazione sanitaria e, dall'altro, di recuperare dagli attori della filiera una parte delle risorse pubbliche impiegate per l'acquisto dei medicinali laddove queste ultime eccedano i volumi di spesa programmati.

I considerevoli vantaggi derivanti dalle politiche di spesa messe a punto nel mercato farmaceutico, quindi, hanno suggerito al legislatore l'opportunità di traslare queste ultime – rispettivamente, la fissazione di un tetto sugli acquisti e la previsione di un meccanismo di ripiano – nel limitrofo settore dei dispositivi medici. Tuttavia, come si è avuto occasione di sottolineare, i mercati delle tecnologie sanitarie, pur condividendo alcune caratteristiche, non possono essere pienamente assimilati sotto il profilo regolatorio, pena l'inadeguatezza delle misure adottate.

Ad ogni buon conto, prima di trarre conclusioni in ordine alla condivisibilità del trapianto normativo, risulta necessario richiamare il dato legislativo e le diverse vicissitudini che ne hanno accompagnato l'applicazione.

Il primo intervento in materia è rappresentato dall'art. 17 , d.l. 6 luglio 2011, n. 98, che, a fini di controllo e razionalizzazione della spesa sostenuta direttamente dal Ssn, ha introdotto, a decorrere dal 1 gennaio 2013, un tetto di spesa annuale a livello nazionale e regionale per l'acquisto di dispositivi medici.

Se inizialmente le conseguenze economiche derivanti dal superamento del tetto di spesa erano poste integralmente a carico delle amministrazioni regionali, le sole chiamate a ripianare i rispettivi disavanzi, un punto di svolta si registra con l'adozione del d.l. 19 giugno 2015, n. 78.

L'art. 9-*ter*, in particolare, ha introdotto un meccanismo di compartecipazione delle imprese fornitrici di dispositivi medici del Ssn agli oneri economici di ripiano derivanti dal superamento dei volumi di spesa programmati, quest'ultimo certificato con decreto del ministro della salute, di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze[38].

re l'adempimento del servizio sanitario alle vicende aziendali delle imprese farmaceutiche, producendo, al contempo, effetti distorsivi e limitativi della capacità delle imprese impegnate nella ricerca e nell'innovazione.

[38] L'art. 9-*ter*, c. 8, d.l. n. 78/2015 originariamente disponeva che «Con decreto del ministro della salute, di concerto con il ministro dell'Economia e delle finanze, da adottare entro il 30 settembre di ogni anno, è certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa [...] per l'acquisto di dispositivi medici, sulla base dei dati di consuntivo relativi

Veniva alla luce, così, il *payback* sui dispositivi medici, il quale impone alle aziende fornitrici di dispositivi medici di concorrere «in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici» alla copertura dei disavanzi regionali «per una quota complessiva pari al 40 per cento nell'anno 2015, 45 per cento nell'anno 2016 e al 50 per cento a decorrere dal 2017»[39].

A ben vedere, le coordinate del sistema erano state tracciate in modo chiaro.

Ciononostante, per molti anni l'istituto è rimasto in *stand-by*, in ragione dell'inerzia manifestatasi in punto di coordinamento politico-amministrativo. Difatti, l'operatività del *payback* era subordinata alla definizione, in sede di Conferenza Stato-regioni, di elementi centrali della disciplina come la definizione delle modalità procedurali di ripiano o la quantificazione dei tetti di spesa regionali[40].

L'istituto è stato rivitalizzato solamente nel 2019 quando, dopo quattro anni dalla sua introduzione, il Ministero della salute ha demandato agli assessorati regionali alla sanità l'elaborazione di un prospetto riepilogativo del fatturato di ciascun fornitore per le annualità 2015-2018[41].

Nel 2019, quindi, sono stati conclusi due accordi in sede di Conferenza Stato-regioni, i quali hanno, rispettivamente, quantificato i tetti di spesa

all'anno precedente, rilevati dalle specifiche voci di costo riportate nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE [...] salvo conguaglio da certificare con il decreto da adottare entro il 30 settembre dell'anno successivo, sulla base dei dati di consuntivo dell'anno di riferimento». L'art. 1, c. 557, l. n. 145/2018 (legge di bilancio 2019) ha modificato la disposizione citata che, nella sua formulazione attuale, dispone che «Il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale [...] per l'acquisto di dispositivi medici, rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA è dichiarato con decreto del ministro della salute, di concerto con il ministro dell'Economia e delle finanze, entro il 30 settembre di ogni anno. La rilevazione per l'anno 2019 è effettuata entro il 31 luglio 2020 e, per gli anni successivi, entro il 30 aprile dell'anno seguente a quello si riferimento, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, relativi all'anno solare di riferimento». Inoltre, la medesima disposizione ha introdotto, nel medesimo comma, l'obbligo per le imprese di indicare separatamente nella fatturazione elettronica il costo del bene ed il costo del servizio, trovando il *payback* applicazione solamente sul prezzo del dispositivo medico fornito alla stazione appaltante e non anche sul costo del servizio reso.

[39] Art. 9-*ter*, c. 9, d.l. n. 78/2015.

[40] L'art. *9-ter*, c. 1, lett. *b)*, d.l. n. 78/2015 dispone che, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento del FSN, il tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici è fissato con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro il 15 settembre del 2015 ed è aggiornato con cadenza biennale.

[41] Circolare del Ministero della salute del 29.07.2019, prot. n. 22413.

regionali nella misura del 4,4 per cento del FSN[42] e determinato le relative modalità procedurali di ripiano[43].

In seguito a ciò, sono trascorsi, inesorabili, altri tre anni, decorsi i quali è "finalmente" intervenuto il decreto del ministro della salute 6 luglio 2022. Tale provvedimento ha certificato il superamento dei tetti agli acquisti per le annualità 2015-2018 e quantificato l'onere a carico dei fornitori per un ammontare complessivo di circa 2,1 miliardi di euro: un carico evidentemente insostenibile per le imprese della filiera.

Così, con l'avvio delle procedure di ripiano[44] si è dato inizio ad un

[42] Accordo Stato-regioni n.181/CSR del 7 novembre 2019.

[43] Accordo Stato-regioni n. 182/CSR del 7 novembre 2019.

[44] Per dar seguito alle procedure di ripiano, il legislatore d'urgenza ha introdotto, nel 2022, una disciplina derogatoria *ad hoc*. In particolare, con l'art. 18, d.l. 9 agosto 2022, n. 115, all'art. 9-*ter* è stato aggiunto il c. 9-*bis*, a mente del quale «in deroga alle disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 9 e limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, dichiarato con il decreto del ministro della salute di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze di cui al comma 8, le regioni e le province autonome definiscono con proprio provvedimento, da adottare entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del predetto decreto ministeriale, l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale. Con decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza delle regioni e delle province autonome entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al primo periodo, sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali. Le regioni e le province autonome effettuano le conseguenze iscrizioni sul bilancio del settore sanitario 2022 e, in sede di verifica da parte del Tavolo di verifica degli adempimenti regionali di cui all'art. 12 dell'Intesa tra il governo, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, del 23 marzo 2005, ne producono la documentazione a supporto. Le aziende fornitrici assolvono ai propri adempimenti in ordine ai versamenti in favore delle singole regioni e province autonome entro trenta giorni dalla data di pubblicazione dei provvedimenti regionali e provinciali. Nel caso in cui le aziende fornitrici di dispositivi medici non adempiano all'obbligo del ripiano di cui al presente comma, i debiti per acquisti di dispositivi medici delle singole regioni e province autonome, anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale, nei confronti delle predette aziende fornitrici inadempienti sono compensati fino a concorrenza dell'intero ammontare. A tal fine le regioni e le province autonome trasmettono annualmente al Ministero della salute apposita relazione attestante i recuperi effettuati, ove necessari». Peraltro, l'insostenibilità dell'onere economico richiesto alle imprese è stata portata all'attenzione del governo che, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, ha puntualmente differito il termine fissato alle imprese per procedere ai versamenti dovuti. Infatti, il termine originariamente fissato, ai sensi dell'art. 9-*ter,* c. 9-*bis,* d.l. n. 78/2015, al 15 gennaio 2023 è stato dapprima differito al 30 aprile 2023 (d.l. n. 4/2023), successivamente al 31 luglio 2023 (d.l. n. 51/2023) e, infine, al 30 ottobre 2023 (d.l. n. 98/2023). Inoltre, con l'art. 8, d.l. 30 marzo 2023, n. 34 (c.d. decreto Bollette) è stato istituito un fondo nazionale di 1,085 miliardi di euro, diretto ad alleggerire gli oneri delle sole

contenzioso senza precedenti, che ha sollecitato il Giudice amministrativo a sottoporre l'art. 9-*ter* al sindacato del giudice delle leggi.

Numerosi sono i profili di illegittimità costituzionale paventati dal Tar Lazio nelle molteplici ordinanze di rimessione alla Consulta del novembre 2023[45]. Secondo il giudice *a quo*, infatti, la disciplina del *payback* colliderebbe con gli artt. 3, 23, 41 e 117 Cost.[46].

Di diverso avviso si è mostrata, tuttavia, la Corte costituzionale che, con la sentenza 22 luglio 2024, n. 140[47], ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tar Lazio con riferimento all'art. 9-*ter,* sia pur limitatamente alla sua applicazione per le annualità 2015-2018.

Se non appare cruciale, ai fini dello studio che qui ci impegna, passare in rassegna le ragioni per le quali la Corte ha negato l'intervenuta violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., in questa sede risulta al contrario doveroso analizzare le motivazioni addotte dal Giudice delle leggi per escludere il contrasto dell'art. 9-*ter* con gli artt. 3, 41 e 117 Cost.

A tal proposito, nell'opinione della Consulta, il *payback* sui dispositivi medici, sia pur non senza criticità, costituisce la risultante di una complessa operazione di bilanciamento che, rispettosa dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità consacrati nell'art. 3 Cost., avrebbe adeguatamente contemperato gli interessi in gioco, senza travalicare i delicati limiti tracciati nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale. Di conseguenza, non sarebbe ravvisabile, ad avviso della Corte, alcuna compressione costituzionalmente insostenibile della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.

imprese che non abbiano intrapreso la via del contenzioso o che la abbiano abbandonata. Tuttavia, La Corte costituzionale, con sentenza 22 luglio 2024, n. 139, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, c. 3, d.l. 30 marzo 2023, n. 34, nella parte in cui non estende a tutte le aziende fornitrici di dispositivi medici la riduzione del 48 per cento della quota determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'art. 9-*ter*, c. 9-*bis*, d.l. 19 giugno 2015, n. 78.

[45] Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, ordinanza 24 novembre 2023, n. 17539; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17540; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17542; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17543; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17544; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17545; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17546; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17547; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17548; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17549; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17550; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17551; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17552; Id., ordinanza 24 novembre 2023, n. 17553.

[46] Per un approfondimento sulle ordinanze di rimessione emesse dal Tar Lazio, B. Salsi*, Payback dispositivi medici: sollevata la questione di legittimità costituzionale*, in *IUS et SALUS*, 2024, n. 1.

[47] Per un commento alla pronuncia, si v. M. Milanesi, *Il payback dei dispositivi medici in Corte cost., sentenza n. 140 del 2024. Ovvero: sul crescente rilievo costituzionale del contenimento della spesa*, in *Rivista AIC*, 2024, n. 6, 82 ss.

né alcuna violazione dei principi di ragionevolezza, di irretroattività e di legittimo affidamento, presidiati dall'art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, la ragionevolezza di quello che la Corte ha definito «un contributo di solidarietà» deve desumersi, ad avviso di quest'ultima, dalla finalità cui l'istituto risulta preordinato, ravvisabile «nell'esigenza di assicurare la dotazione di dispositivi medici necessari alla tutela della salute, soprattutto in una generale situazione economico-finanziaria altamente critica, che non consente ai bilanci dello Stato e delle regioni, finanziate con risorse della collettività, di far fronte in modo esaustivo alle spese richieste»[48].

Quanto alla proporzionalità del *payback* sui dispositivi medici, rilievo decisivo, come riconosciuto dalla Corte, ha rivestito l'istituzione, ad opera del decreto legge 20 marzo 2023, n. 34, del fondo di 1.085 milioni di euro la cui fruizione, con la sentenza della Corte costituzionale 22 luglio 2024, n. 139, è stata estesa a tutte le imprese destinatarie degli obblighi di ripiano, a prescindere dalla circostanza che queste ultime abbiano intrapreso o meno la via del contenzioso.

Il fondo ha consentito, quindi, di limitare sensibilmente l'onere imposto alle aziende fornitrici per il periodo 2015-2018, garantendo così la proporzionalità dell'istituto *de quo*. La Consulta, a ben vedere, parrebbe aver lanciato un monito per il legislatore che, per far salvo il meccanismo designato dall'art. 9-*ter* da eventuali pronunce di illegittimità costituzionale, dovrà necessariamente ridurre l'entità dell'onere economico imposto ai fornitori del servizio sanitario nazionale.

Infine, la retroattività della misura, quantomeno per le annualità certificate, è stata esclusa dalla Corte costituzionale, in considerazione del fatto che il comma 9-*bis*, introdotto all'art. 9-*ter* nel 2022, non avrebbe avuto altra finalità se non quella di dare concreta attuazione alla disciplina introdotta nel 2015, «senza innovare sull'aspetto sostanziale della vicenda, già oggetto di una chiara e accessibile disciplina»[49]. Sulla scorta delle medesime motivazioni, la Corte ha escluso, quindi, che si sia prodotta una lesione dell'affidamento delle imprese fornitrici, poiché lo *ius superveniens*, recante una disciplina meramente procedimentale, avrebbe solamente reso operativo l'obbligo di ripiano già noto alle imprese, quantomeno «nei suoi tratti essenziali, ancorché non nella sua concreta incidenza a carico di ciascuna impresa»[50].

La legittimità costituzionale dell'istituto, quindi, parrebbe ormai appu-

[48] C. cost., 22 luglio 2024, n. 140, punto 8.1 del considerato in diritto.

[49] C. cost., n. 140/2024, punto 8.3 del considerato in diritto.

[50] *Ibidem*.

rata, se non altro per le annualità 2015-2018, ferma naturalmente la possibilità del giudice amministrativo di operare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE[51].

Al contempo, tuttavia, numerose rimangono le perplessità in merito all'opportunità del trapianto normativo operato dal legislatore con il d.l. n. 78/2015.

A tal proposito, è bene rilevare come il «contributo di solidarietà» imposto alle imprese, incidendo sul tasso di remunerativività delle commesse sanitarie, sia tale da determinare una profonda alterazione degli assetti del mercato, compromettendo, a parità di domanda, l'offerta delle tecnologie di cui si discorre o, quantomeno, quella rivolta ai servizi sanitari regionali. In altre parole, forte è il rischio che l'applicazione dell'art. 9-*ter* dia luogo a fenomeni di carenza o indisponibilità di dispositivi medici per il SSN[52], a discapito della qualità e dell'efficacia delle cure erogate da quest'ultimo.

[51] La disciplina in discorso, difatti, parrebbe confliggere con il diritto euro-unitario e, nello specifico, con gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Se il primo, in particolare, riconosce la libertà di impresa, il secondo ammette la possibilità di apporvi delle limitazioni, purché le stesse siano previste per legge, ne rispettino il contenuto essenziale e, nel rispetto del principio di proporzionalità, «siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Di conseguenza, come riconosciuto in più occasioni dalla C. giust. UE, «la libertà di impresa non costituisce una prerogativa assoluta, bensì deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione nella società» cosicché la stessa potrà, dunque, «essere soggetta ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica» (C. giust., Grande sez., 22 gennaio 2013, C-283/11, punti 45 e 46). Limitazioni che saranno legittime, tuttavia, solo in quanto «rispondano ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, riguardo allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inammissibile che leda la sostanza stessa delle libertà così garantite» (C. giust., sez. I, 9 settembre 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, punto 52). L'istituto, peraltro, mal si concilia con il principio generale di certezza del diritto che, come insegna la C. giust. UE, «esige che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati» (C. giust., sez. III, 12 dicembre 2013, C-362/12, punto 44). Sull'opportunità di promuovere un rinvio pregiudiziale per verificare la compatibilità della disciplina in materia di *payback* DM con i principi generali di proporzionalità e di certezza del diritto, M. Corbo, *Le sentenze della corte costituzionale sul payback: una battuta d'arresto per le aziende, ma la partita è ancora aperta*, in *Risk & Compliance Platform Europe*, 2024, consultabile al seguente indirizzo *web*: www.riskcompliance.it/news/sentenze-della-corte-costituzionale-sul-payback-una-battuta-d-arresto-per-le-aziende-ma-la-partita-e-ancora-aperta.

[52] Per un inquadramento delle problematiche inerenti al fenomeno delle carenze e delle indisponibilità di medicinali e di dispositivi medici, si rinvia a F. Caroccia, *Tra diritto alla salute e tutela della concorrenza: parallel trade e diritto di accesso ai farmaci nel contesto emergenziale*, in *Dir. sal.*, 2020, n. 2.

Così, il *payback* sui dispositivi medici – rappresentando un incentivo alla fuoriuscita dal mercato delle commesse pubbliche sanitarie per le imprese che già vi operino e, al contempo, una barriera all'entrata per quelle che intendano farvi ingresso – è suscettibile di determinare una drastica riduzione degli operatori di mercato e, con essi, delle tecnologie sanitarie a disposizione. Per di più, è lecito ritenere, come altri hanno evidenziato, che le poche aziende che continueranno a investire in Italia orienteranno il proprio *business* verso il mercato degli erogatori privati a discapito di quello pubblico – dove innovazione e qualità saranno necessariamente inferiori – alimentando così le già innegabili diseguaglianze sociali e territoriali nell'accesso alle prestazioni sanitarie[53].

Inoltre, il meccanismo di ripiano potrebbe incidere sull'offerta dei prodotti in discorso anche per altra via. Infatti, le aziende fornitrici potrebbero essere indotte a proporre alle stazioni appaltanti prezzi unitari maggiori, formulati in modo tale da sterilizzare la decurtazione dei margini di guadagno conseguente all'applicazione della misura. Se tale previsione dovesse rivelarsi corretta, i costi sostenuti da parte del *buyer* pubblico per l'approvvigionamento di queste tecnologie saranno maggiori e, in un contesto di risorse scarse, il risultato non potrà che essere quello della riduzione della quantità e della qualità delle prestazioni erogate dalle strutture sanitarie pubbliche.

Un ulteriore profilo problematico dell'istituto riguarda il carattere generalizzato della sua applicazione, ossia la mancata previsione di esenzioni dirette a salvaguardare, da una parte, le imprese fornitrici di tecnologie innovative e, dall'altra, le forniture di dispositivi medici orfani che, analogamente agli omonimi prodotti medicinali, sono destinati ad essere impiegati per rispondere ai bisogni clinici di una popolazione circoscritta[54]. Così, ignorando l'elevata eterogeneità ravvisabile tra i prodotti che concorrono a comporre la famiglia dei dispositivi medici, si è dato vita ad un sistema che finisce per

[53] Cfr. P. Derrico, M. Boggetti, G. Carpani, P. Clerici, F. Gellona, V. Giannotti, W. Locatelli, M. Marletta e G. Vitali, *La Governance dei Dispositivi Medici in Italia: proposte per un nuovo modello*, 2023, 11 ss.

[54] Secondo la linea guida Mdcg 2024-10, possono essere considerati orfani ai sensi del reg. Ue n. 745/2017 i dispositivi medici o gli accessori che siano specificamente destinati a favorire i pazienti nel trattamento, nella diagnosi o nella prevenzione di una malattia o condizione che si presenta in non più di 12.000 individui all'anno nell'Unione europea. Inoltre, perché un dispositivo medico possa essere considerato orfano, è necessario che sussista almeno una delle seguenti condizioni: a) vi è un'insufficienza di opzioni alternative disponibili per il trattamento, la diagnosi o la prevenzione di questa malattia/condizione; b) il dispositivo offrirà un'opzione che fornirà un beneficio clinico atteso rispetto alle alternative disponibili allo stato dell'arte per il trattamento, la diagnosi o la prevenzione di questa malattia/condizione, tenendo conto sia dei fattori specifici del dispositivo che della popolazione dei pazienti.

sacrificare, sull'altare del risparmio di spesa, l'innovazione tecnologica e il diritto alla salute delle persone più fragili[55].

Alle criticità poc'anzi richiamate viene a cumularsi, peraltro, l'impatto derivante dall'applicazione dell'istituto per le annualità 2015-2018. Quest'ultimo, come è stato evidenziato – oltre ad aver già negativamente impattato sui livelli occupazionali, sugli investimenti in ricerca e sviluppo e sulla partecipazione delle imprese alle gare pubbliche[56] – potrebbe provocare, soprattutto per le imprese più piccole, stati di crisi o di stati di insolvenza tali da renderne obbligata la fuoriuscita dal mercato[57].

Appare, pertanto, evidente come il trapianto del *payback* nel settore dei *medical devices* denoti l'assenza di lungimiranza del legislatore, rappresentando, come sottolineato in dottrina, «un plastico esempio di come non basti introdurre norme sostanzialmente emergenziali volte ad assicurare una spending review e gli equilibri di bilancio per risolvere problemi che sono invece strutturali»[58].

In ultima istanza, non potrà che confidarsi nell'intervento del legislatore, l'unico legittimato ad asportare un istituto che, sia pur dichiarato costituzionalmente legittimo per come applicato con riferimento alle annualità 2015-2018, rischia di danneggiare irreversibilmente il comparto industriale, la sanità pubblica e tutti coloro i quali si siano affidati alle sue cure.

[55] A dir la verità, un regime di esenzione è stato introdotto dall'art. 1, c. 287, l. 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di Bilancio 2021) per i dispositivi medici diretti al contrasto all'emergenza Covid-19 che, per le annualità 2020 e 2021, sono stati esclusi dal computo di spesa. Inoltre, come chiarito con la circolare congiunta del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze n. 7435 del 17 marzo 2020, i dispositivi ad utilità pluriennale devono essere scorporati dai dati di costo rilevati a consuntivo e risultanti dal modello CE consolidato regionale, non risultando conseguentemente assoggettati al *payback*.

[56] Secondo una recente indagine del Centro studi di Confindustria dispositivi medici, realizzata insieme a *Price Waterhouse Cooper*, il sessantuno per cento delle aziende della filiera ha bloccato le assunzioni, il trentuno per cento ha fatto ricorso a licenziamenti e quattro imprese su dieci hanno ridotto gli investimenti in ricerca e sviluppo. Inoltre, il sessantuno per cento delle aziende si è astenuta dalla partecipazione alle gare pubbliche, limitando al mercato privato le soluzioni più avanzate (cinquantaquattro per cento). I dati relativi all'indagine citata sono riportati da M. Lopes, *Dispositivi medici e payback, la decisione slitta a giungo*, in *FortuneItalia, 2024,* consultabile presso il seguente indirizzo: www.fortuneita.com/2024/05/23/dispositivi-medici-e-payback-la-decisione-slitta-a-giugno.

[57] Cfr. P. Derrico, M. Boggetti, G. Carpani, P. Clerici, F. Gellona, V. Giannotti, W. Locatelli, M. Marletta e G. Vitali, *La Governance dei Dispositivi Medici in Italia, cit.*, 11.

[58] A. Biancardi, *Il payback sui dispositivi medici: il punto sulle norme vigenti e sui giudizi pendenti*, *cit.*, 214.

6. L'*HTA:* un "nuovo" orizzonte per la programmazione degli acquisti

Tra gli interessi di cui la regolazione del settore deve farsi carico vi è certamente la promozione dell'innovazione tecnologica, indispensabile per il miglioramento della qualità della vita e della salute della popolazione.

Si pensi alla robotica riabilitativa, ai software basati sull'intelligenza artificiale, alla telechirurgia oppure alle protesi realizzate mediante la tecnica *dell'additive manufacturing*. Questi sono solamente alcuni degli esempi che testimoniano il repentino sviluppo che ha caratterizzato negli ultimi anni il settore dei dispositivi medici, tra i settori a più alto tasso di innovatività e crescita.

Tuttavia, è raro che tali tecnologie riescano ad arrivare tempestivamente "al letto del paziente".

A spiegare il ritardo concorrono due fattori.

In primo luogo, non di rado il decisore pubblico è privo degli elementi conoscitivi utili ad individuare i dispositivi medici innovativi, atteso che non vi è una definizione condivisa di innovatività nel settore[59]. Di conseguenza, i servizi sanitari regionali non sono messi in condizione di programmare adeguatamente il fabbisogno (anche) in funzione degli sviluppi tecnologici.

In secondo luogo, quand'anche il decisore pubblico riesca ad individuare i DM innovativi e a programmarne l'acquisizione, quest'ultima tendenzialmente avviene secondo tempistiche incompatibili con le esigenze cliniche dei pazienti[60].

Con l'adozione del patto della salute 2014-2016[61], lo stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano hanno inteso far fronte alla

[59] Per una riflessione sul tema dell'innovazione nel settore dei *medical devices*, si rinvia a F. Spandonaro, *Spunti sul concetto di innovazione applicato alla governance dei dispositivi medici*, in *Ius et Salus,* 2021, n. 2, 1 ss.

[60] Per fronteggiare quest'ultima problematica, la regione Toscana, pioniera in materia, ha introdotto un percorso accelerato per l'approvvigionamento delle tecnologie innovative, predisponendo un *set* di criteri atti a selezionarle e a consentirne l'ingresso precoce nella pratica clinica. In particolare, la delibera della regione Toscana n. 737 del 27 giugno 2022, individua i dispositivi medici innovativi sulla base dei seguenti criteri alternativi:

- Criterio 1: soddisfacimento di un bisogno terapeutico non soddisfatto o non sufficientemente soddisfatto (c.d. *unmet clinical need*);

- Criterio 2: Documentato vantaggio di natura clinica rispetto ai predecessori (c.d. beneficio incrementale);

- Criterio 3: Documentato vantaggio di natura organizzativa, quale ad esempio quello derivante dalla riduzione della tempistica di esecuzione delle procedure e di impiego del personale necessario per effettuare la procedura stessa.

[61] Intesa Stato-regioni n. 82/CSR del 10 luglio 2014.

prima problematica – ossia al *deficit* informativo che affligge il decisore pubblico in sede programmatoria – mediante l'implementazione di un modello di *HTA* nel settore dei dispositivi medici[62].

Nello specifico, con *Health technology assessment* si fa riferimento ad un processo multidimensionale e multidisciplinare diretto ad analizzare le implicazioni medico-cliniche, sociali, organizzative, economiche, etiche e legali derivanti dall'introduzione di una tecnologia sanitaria nella pratica clinica del SSN. La valutazione multidimensionale, così, si presenta come «ponte tra il mondo della ricerca e il mondo della politica»[63], fornendo al *decision-maker* risultanze utili a programmare l'acquisizione dei dispositivi medici in funzione del valore complessivo generato da questi ultimi per il sistema, anche rispetto ad altre tecnologie disponibili (*benchmarking*), in ossequio ai principi del *public procurement value based*. Uno strumento indispensabile, evidentemente, per «rispondere appropriatamente alla crescente domanda di salute e alla continua disponibilità di nuove tecnologie, a fronte di limitate risorse economiche»[64].

Lungi dal presentare carattere di assoluta novità, l'attività di valutazione delle tecnologie sanitarie negli ultimi anni è stata oggetto di crescente attenzione anche da parte dell'Unione europea.

L'intervento europeo in materia affonda le proprie radici nella comunicazione della Commissione europea e del Consiglio del 2004 con la quale l'*HTA* è assurto al rango di priorità politica dell'allora Comunità europea. Così, nel 2005, un gruppo di trentacinque organizzazioni in tutta Europa, guidato dal Centro danese per l'*HTA*, ha posto le basi per la creazione della rete volontaria *EUnetHTA*. A quest'ultima, successivamente, si è affiancata la rete delle autorità competenti per l'*HTA* (*HTA Network*) istituita ai sensi dell'art. 15 della dir. 2011/24/Ue[65].

Tuttavia, le divergenze metodologiche tra i diversi Stati membri spesso hanno ostacolato la comparabilità dei dati e delle evidenze cliniche a fondamento dell'attività valutativa.

[62] L'art. 26 del Patto della salute 2014-2016, in attuazione della dir. 2011/24/Ue, ha disposto la creazione di un modello istituzionale di *HTA*, affidando al Ministero della salute il compito di indirizzare le proprie iniziative in modo tale da «migliorare la capacità del Servizio Sanitario Nazionale di selezionare i dispositivi medici e le tecnologie elettromedicali in relazione al valore generato nel sistema».

[63] Cfr. R.N. Battista e M.J. Hodge, *The evolving paradigm of health technology assessment: reflections for the millennium*, in *Cmaj*, 1999, 1464.

[64] G. La Torre, C. De Waure, A. Boccia e W. Ricciardi, *Health Technology Assessment: strumento innovative per la valutazione delle tecnologie in sanità*, in *Tendenze nuove*, 2010, n. 2, 187.

[65] Dir. 2011/24/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relative all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Per questa ragione, il legislatore europeo ha deciso di normare *a posteriori* l'attività di valutazione delle tecnologie sanitarie, mediante l'adozione del reg. Ue n. 2282/2021[66], entrato in vigore nel 2022, ma destinato a trovare applicazione solamente a decorrere dal gennaio 2025.

Il regolamento, nel segno di una progressiva armonizzazione e centralizzazione delle procedure valutative, presenta come finalità precipua quella di istituire un quadro di sostegno e procedure per la cooperazione degli Stati membri per stabilire le informazioni, i dati, le analisi e le altre evidenze necessarie per lo svolgimento dell'attività di valutazione clinica congiunta di tecnologie sanitarie.

È evidente, quindi, il rapporto tra il regolamento in discorso e i reg. Ue n. 745/2017 (Mdr) e n. 746/2017 (Ivdr) che, in ragione dell'identità tra i valori e gli interessi pubblici ad essi sottesi, sono legati «in un contesto unitario il cui scopo ultimo sono i migliori obiettivi di salute raggiungibili grazie ad una appropriata sinergia fra i due convergenti sistemi regolatori»[67].

Per consentire l'adeguamento dell'attività di *Hta* nazionale al mutato contesto di riferimento, profondamente innovato a seguito dell'entrata in vigore dei due ordini normativi poc'anzi richiamati, è stato adottato il Programma nazionale *Hta* dei dispositivi medici per il triennio 2023-2025, mediante il quale è stata compiutamente disciplinata l'attività valutativa, con la puntuale determinazione dei principi di fondo, delle strutture istituzionali coinvolte e del relativo *iter*.

Sino ad ora, tuttavia, il programma non ha potuto trovare attuazione, in ragione della mancanza delle risorse necessarie per il suo funzionamento, da attingersi, come noto, dal fondo 0,75 per cento[68]. Le imprese chiamate ad alimentarlo, difatti, prima ancora che scadesse il termine per i versamenti, fissato al 31 dicembre 2024, hanno sollecitato il controllo del giudice amministrativo in ordine alla legittimità del prelievo loro imposto. Pertanto, è stato necessario attendere la sentenza n. 23298/2024[69], con cui il Tar Lazio ha riconosciuto la ragionevolezza e la proporzionalità del tributo, nonché l'insussistenza di profili di frizione con il diritto euro-unitario o con il dettato costituzionale, affinché le imprese procedessero a versare quanto loro richiesto.

[66] Reg. Ue n. 2282/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 relativo alla valutazione delle tecnologie sanitarie e che modifica la dir. 2011/24/Ue.

[67] G. Fares, *Politiche di spesa pubblica e payback per i dispositivi medici*, *cit.*, 360.

[68] Cfr. E. Gramolini, *Dispositivi medici e Hta. Il programma nazionale si sta inceppando*, in *Aboutpharma*, 2024, consultabile su: www.aboutpharma.com/sanita-e-politica/dispositivi-medici-e-hta-il-programma-nazionale-si-sta-inceppando.

[69] Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 23 dicembre 2024, n. 23298.

Al contempo, tuttavia, pare arduo sostenere l'idea che il prelievo destinato ad alimentare il fondo non venga a costituire, come da altri sottolineato, «un aggravio insostenibile»[70] per le aziende che forniscono dispositivi medici al SSN, già destinatarie degli oneri di ripiano derivanti dal *payback* sui dispositivi medici.

Da ultimo, la legge di bilancio per il 2025 ha demandato al Ministero della salute l'elaborazione di un nuovo programma di *HTA* che, destinato a entrare in vigore dal 1 gennaio 2026, dovrà essere attuato da parte delle regioni, rientrando, in modo inedito, nel novero degli adempimenti richiesti per l'accesso alla quota premiale del finanziamento del Ssn. Se tale previsione deve essere accolta favorevolmente, denotando un rinnovato interesse del legislatore per l'attività di valutazione delle tecnologie sanitarie, non si può fare a meno di notare come gli stessi problemi di finanziamento che hanno accompagnato il *PNHTA* (2023-2025), se non risolti, potrebbero riproporsi in questa sede.

7. Il sistema dei prezzi di riferimento

Si è già detto che la principale problematica derivante dal sistema di definizione della spesa che il *buyer* pubblico è chiamato a supportare per l'acquisto dei dispositivi medici riguarda la diffusa variabilità dei prezzi raggiunti all'esito dei confronti competitivi.

Si tratta di un profilo particolarmente critico, soprattutto in ragione della frequenza e delle dimensioni che nel tempo ha assunto il fenomeno in discorso. Nel 2011, ad esempio, l'Autorità per la vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (confluita nell'Anac dal 2014) ha riscontrato che una Asl poteva spendere sino ad otto volte in più di un'altra per l'approvvigionamento di inserti di protesi d'anca[71]. Più di recente, l'Anac ha avviato un'indagine conoscitiva in merito ai prezzi di acquisto dei dispositivi medici per l'autocontrollo e l'autogestione del diabete mellito, rispetto ai quali le associazioni dei pazienti affetti da diabete avevano evidenziato «la presenza di rilevanti differenze territoriali che impattavano significativamente sulla spesa e sui livelli di assistenza previsti»[72].

[70] G. Fares, *Politiche di spesa pubblica e payback per i dispositivi medici*, *cit*., 358.

[71] I dati sono riportati in *La giungla dei prezzi. Ecco quelli di riferimento per dispositivi medici e farmaci ospedalieri*, in *Quotidiano sanità*, 2012, consultabile al seguente indirizzo web: www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=9153.

[72] Anac, *Aggiornamento dell'indagine conoscitiva relativa al mercato dei dispositivi medici per l'autocontrollo e l'autogestione del diabete,* 2021, 3.

La frequenza di tali episodi ha sollecitato l'intervento del governo che, con la finalità di offrire alle regioni ulteriori strumento operativi di controllo e di razionalizzazione della spesa, nel 2011 ha introdotto il sistema dei prezzi di riferimento. In particolare, l'art. 17, c. 1, lett. *a)*, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, demanda all'Avcp il compito di fornire alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento «alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali [...] tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale».

Ciononostante, nella fase embrionale poc'anzi descritta, l'istituto in discorso non aveva ancora acquisito una specifica «valenza regolatoria»[73], pur costituendo uno strumento utile a colmare l'asimmetria informativa che fisiologicamente affligge il rapporto tra le stazioni appaltanti e le imprese fornitrici. Con il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, il governo ha quindi provveduto, novellando l'art. 17, ad ampliare il raggio d'azione dello strumento in esame, conferendo all'elenco dei prezzi di riferimento, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, la natura di provvedimento-prezzi.

In particolare, è stato introdotto l'obbligo, a carico delle aziende sanitarie, di proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti in corso laddove emergano, in seguito all'attività di rilevazione o in base alle analisi effettuate dalle centrali regionali per gli acquisti, «differenze significative dei prezzi unitari», per tali intendendosi «differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento»[74].

A ben vedere, tuttavia, l'obbligo di rinegoziazione, così configurato, sarebbe stato di per sé inidoneo a raggiungere le finalità per le quali era stato istituito. Infatti, data la rigidità della domanda di dispositivi medici, le imprese fornitrici non avrebbero avuto interesse ad assecondare la ridefinizione *in pejus* dei prezzi raggiunti all'esito delle procedure competitive, mentre le aziende sanitarie che avessero inteso procedere al recesso unilaterale avrebbero dovuto, ai sensi dell'art. 1671 c.c., tenere indenni gli appaltatori delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. Per questa ragione, l'art. 17 prescrive che, laddove la proposta di rinegoziazione non porti entro trenta giorni dalla trasmissione della proposta alla conclusione di un accordo tra l'impresa fornitrice e l'azienda sanitaria, quest'ultima potrà eccezionalmente recedere dal contratto senza essere gravata, in deroga

[73] L. Tolomeo, *I prezzi di riferimento come strumento di efficienza amministrativa, contenimento della spesa pubblica e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, 17.

[74] Art. 15, c. 12, lett. *b)*, d.l. n. 95/2012.

all'art. 1671 c.c., da alcun onere indennitario. Se non può condividersi sino in fondo l'impianto normativo messo a punto, che fa leva sull'interesse delle imprese a proseguire i rapporti contrattuali intercorrenti con le pubbliche amministrazioni senza essere destinatarie di recessi unilaterali privi di indennizzo, è necessario tener presente che tale norma è destinata a trovare applicazione in tutti quei casi in cui l'asimmetria informativa sia stata utilizzata dai fornitori per ritagliare margini di extraprofitto ai danni dell'erario.

Sono evidenti i vantaggi dell'istituto *de quo*. Come riconosciuto in dottrina, infatti, l'utilizzo dei prezzi di riferimento è in grado di trascendere «il loro fine genetico di "spending review"»[75], concorrendo ad individuare e contrastare, nella pubblica amministrazione, le eventuali inefficienze o il verificarsi di episodi corruttivi[76].

Tuttavia, così come sono grandi i benefici che il sistema descritto è in grado di apportare al *public procurement* sanitario – ricompreso dall'Anac tra le aree maggiormente esposte al rischio di fenomeni corruttivi[77] – diversi sono i profili critici rilevati in materia dalla giurisprudenza amministrativa, soprattutto in punto di definizione del mercato di riferimento[78].

In particolare, il Tar Lazio, nel disporre l'annullamento – sia pur limitatamente ai prezzi di riferimento relativi ai dispositivi medici – dell'elenco pubblicato nel 2012 dall'Avcp sul proprio sito web[79], ha evidenziato come i prezzi da quest'ultima *illo tempore* elaborati non potessero essere determinati in relazione alle categorie generali di Dm indicate nella Cnd[80], pena la loro

[75] L. Tolomeo, *I prezzi di riferimento come strumento di efficienza amministrativa, contenimento della spesa pubblica e prevenzione della corruzione, cit.*, 6.

[76] Cfr. L. Tolomeo, *op. loc. cit.*

[77] Cfr. determinazione Anac n.12 del 28 ottobre 2015.

[78] Con l'espressione impiegata si intende far riferimento ad un insieme di beni sufficientemente simili tra loro (sostituibili) che possano essere assoggettati allo stesso prezzo di rimborso. In questi termini, P. Armeni, P. Boscolo, G. Callea, M.C. Cavallo, O. Ciani, F. Costa, S. Ghislandi, R. Tarricone e A. Torbica, *Prezzi di riferimento per dispositivi medici: criticità, vantaggi e approcci*, in *Rapporto OASI 2018*, Milano, Egea, 2018, 569.

[79] Tar Lazio, Roma, sez. III, 2 maggio 2013, n. 4401.

[80] La Classificazione nazionale dei dispositivi medici (Cdn), istituita ai sensi dell'art. 57, l. 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), è il sistema di classificazione italiano che raggruppa i dispositivi medici in categorie omogenee di prodotti destinati ad effettuare un intervento diagnostico o terapeutico simile. Tale tassonomia ha acquisito rilevanza anche a livello europeo, tanto da essere adottata come nomenclatore per la banca dati Eudamed. Peraltro, la nuova legge di bilancio per il 2025, ai sensi dell'art. 1, c. 330, lett. *b)*, ha demandato alla direzione generale dei dispositivi medici e del farmaco del Ministero della salute, con il coinvolgimento delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e il supporto del settore produttivo dei dispositivi medici, l'elaborazione della nuova classificazione na-

«non significatività o non riferibilità con i concreti oggetti delle singole forniture»[81].

A conti fatti, erano due i punti fermi fissati al tempo dal giudice amministrativo.

In primo luogo, il prezzo imposto alle imprese presuppone che quest'ultimo «sia riferibile a dispositivi effettivamente confrontabili per caratteristiche qualitative e funzionali con quelli oggetto dei singoli contratti»[82]. L'elevata eterogeneità tra i prodotti in discorso, nondimeno, rende l'identificazione del mercato rilevante particolarmente complessa e onerosa, richiedendosi l'apporto di diverse professionalità per lo svolgimento delle attività di rilevazione e clusterizzazione.

In secondo luogo, il prezzo d'imperio deve tenere debitamente conto delle caratteristiche dei singoli contratti che siano in grado di influire maggiormente sul prezzo di aggiudicazione, dando debito rilievo «all'oggetto complessivo della fornitura, alla sua durata e alla prestazione di accessori e di servizi connessi»[83]. Un contributo alla risoluzione del problema, peraltro, può ravvisarsi nell'intervento del Ministero della salute che, con decreto 10 agosto 2018, ha individuato le informazioni e i requisiti indispensabili cui le stazioni appaltanti devono attenersi per la stesura dei capitolati di gara relativi all'acquisto di dispositivi medici a livello nazionale, regionale, intra-regionale o aziendale. Tale standardizzazione, oltre a semplificare l'attività degli operatori economici in sede di predisposizione dei documenti di gara, consente, infatti, l'acquisizione di elementi informativi omogenei sui singoli dispositivi medici e sulle relative condizioni di fornitura, contribuendo così a garantirne la clusterizzazione e la confrontabilità. Inoltre, un ulteriore strumento utile all'identificazione di tali caratteristiche è rappresentato dal flusso informativo sui consumi (e sui contratti) di dispositivi medici che, istituto nell'ambito del Nsis nel 2010, presenta come finalità precipua quella di acquisire ed approfondire i dati relativi alla domanda e all'offerta delle tecnologie in discorso.

I profili di criticità rilevati dal giudice amministrativo, strettamente attinenti all'eterogeneità del mercato dei dispositivi medici ed al carattere decentrato dei relativi acquisti, concorrono a spiegare il contenuto circoscritto dell'elenco dei prezzi di riferimento attualmente disponibile, pubbli-

zionale dei dispositivi medici, in sostituzione di quella prevista dal decreto del ministro della salute 20 febbraio 2007.

[81] Tar Lazio, Roma, sez. III, n. 4401/2013, punto 6 del considerato in diritto.

[82] *Ibidem*.

[83] *Ibidem*.

cato dall'Anac nel 2016. Infatti, con riferimento ai dispositivi medici, sono stati elaborati solamente i prezzi d'imperio di siringhe, ovatta di cotone e cerotti[84].

Un'ultima considerazione dev'essere spesa con riferimento al rinnovato osservatorio nazionale sui dispositivi medici, titolare, ai sensi dell'art. 9-*ter*, d.l. 19 giugno 2015, n. 78, di funzioni di supporto e di monitoraggio delle stazioni appaltanti nonché di funzioni di verifica in merito alla coerenza dei prezzi a base d'asta rispetto ai prezzi di riferimento definiti dall'Anac ovvero ai prezzi unitari disponibili nel flusso consumi.

In particolare, benché sia da salutare con favore l'istituzione dell'osservatorio, non può negarsi come siano ancora limitate le competenze di cui lo stesso dispone.

Infatti, nonostante la legge di bilancio 2025 ne abbia previsto un sensibile ampliamento[85], le stesse parrebbero ancora insuscettibili di denotare il superamento del «ruolo meramente informativo»[86] attribuito all'organo sin dal momento della sua istituzione.

Per garantire che l'azione dell'osservatorio sia efficace rispetto all'obiettivo di ridurre la diffusa variabilità dei prezzi di aggiudicazione dei dispositivi medici, allora, si impone un ripensamento intorno alle funzioni ad esso assegnate e all'ambito in cui le stesse devono essere esercitate.

8. La legge di bilancio per il 2025 e le misure di «governo del settore dei dispositivi medici»

Della necessità di innovare il quadro regolatorio del settore dei *medical devices* si è fatta interprete, da ultimo, la legge di bilancio per il 2025[87] che, con l'art. 1, c. 330, ha previsto l'implementazione, a partire dal 1 gennaio 2025, di un nuovo sistema di governo del settore dei dispositivi medici, preordinato a perseguire, nell'ambito del Ssn, «l'uso efficiente e appropriato della tecnologia dei dispositivi medici» nonché la «riconduzione della spesa nei limiti del [rispettivo] tetto».

Diverse misure, tra quelle prescelte, possono ritenersi condivisibili.

In particolare, va salutata con favore l'introduzione di una nuova clas-

[84] Cfr. Anac, delibera n. 212 Reg/Ucs/03/2016 del 2 marzo 2016, *Prezzi di riferimento dei dispositivi medici: siringhe, ovatta di cotone e cerotti*.

[85] *Infra* par. 8.

[86] M. Ritrovato, I. Cristiano e P. Derrico, *Dalla programmazione all'innovazione, cit.*, 466.

[87] L. 30 dicembre 2024, n. 207 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2025 e bilancio pluriennale per il triennio 2025-2027).

sificazione nazionale dei dispositivi medici (CND) che, votata a promuovere, in particolare, l'«analiticità dell'individuazione e della descrizione del dispositivo medico», l'«univocità dell'individuazione del dispositivo medico» nonché la «previsione di [un] aggiornamento annuale della classificazione», consentirà una migliore identificazione e *clusterizzazione* delle tecnologie sanitarie, indispensabile per l'elaborazione di adeguate politiche di *pricing*.

Ulteriore misura positiva è rappresentata dal rafforzamento dei compiti riservati all'osservatorio nazionale sui dispositivi medici che, oltre ad essere destinatario di nuovi oneri di pubblicazione via internet, sarà tenuto a curare e monitorare la progressiva attuazione del "nuovo" programma nazionale di *HTA*[88].

Se gli interventi brevemente richiamati possono ritenersi adeguati, perché idonei a supportare il processo di efficientamento degli acquisti da parte delle regioni – e, per questa via, un taglio agli sprechi derivanti dall'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra venditori e acquirenti di tecnologie sanitarie – quelli preordinati alla riduzione della spesa si sono limitati ad irrigidire ulteriormente il sistema di controllo previgente.

Si fa riferimento, in particolare, all'art. 1, c. 331, il quale demanda alle regioni il compito di assegnare agli enti del rispettivo SSR un *budget* aziendale per i dispositivi medici, il cui rispetto, specifica il medesimo comma, costituisce elemento di valutazione dei direttori generali degli enti dei Servizi sanitari regionali e dei direttori di strutture aziendali.

Senonché, a fronte del costante sforamento dei tetti fissati per l'acquisto di dispositivi medici, sarebbe stato senz'altro auspicabile un ripensamento circa il sistema di controllo della spesa prescelto o, quantomeno, un incremento dei *budget* assegnati ai servizi sanitari regionali. Del resto, ricorrendo ad una metafora, dinanzi a un fiume in piena risulta più efficace innalzarne gli argini che non cercare di comprimerne il corso.

9. Considerazioni conclusive

All'esito della breve ricostruzione sin qui operata, risulta opportuno spendere qualche considerazione conclusiva in merito alle diverse misure legislative passate in rassegna.

In primo luogo, non possono essere sottaciuti i grandi vantaggi derivanti dall'utilizzo dell'*HTA* che, mediante una stima delle implicazioni derivanti dall'introduzione dei dispositivi medici nella pratica clinica del SSN,

[88] *Supra* par. 6.

fornirà al *decision-maker* risultanze utili a programmare l'acquisizione delle tecnologie sanitarie in funzione del valore complessivo generato da queste ultime per il sistema, in ossequio ai principi del *public procurement value based*. Nondimeno, si rivela indispensabile una razionalizzazione degli oneri economici richiesti alle imprese, poiché i problemi di finanziamento che hanno accompagnato l'attuazione del *PNHTA* (2023-2025) ben potrebbero riproporsi in futuro, generando ulteriori paralisi ed incertezze.

In secondo luogo, deve accogliersi favorevolmente l'introduzione del sistema dei prezzi di riferimento che, contribuendo a ridurre la diffusa variabilità dei prezzi di aggiudicazione dei dispositivi medici, può garantire il risparmio di ingenti risorse da parte del SSN.

Al netto di ciò, perché l'istituto possa dispiegare il proprio potenziale, sarà necessario dare avvio, mettendo a disposizione le risorse economiche e professionali all'uopo necessarie, ad un processo sistematico di rilevazione e clusterizzazione dei dispositivi medici. A tal fine, i dati raccolti ed elaborati dai diversi *dataset* disponibili – in particolare, i flussi informativi istituiti nell'ambito del NSIS – potrebbero rivelarsi una risorsa di grande valore.

In questo contesto, l'elaborazione della "nuova" classificazione nazionale dei dispositivi medici, prevista dalla legge di bilancio per il 2025, rappresenterà, senz'ombra di dubbio, l'occasione ideale per raccogliere tali auspici.

Un ulteriore contributo sarà certamente offerto, inoltre, dal rinnovato osservatorio nazionale sui dispositivi medici che, nell'esercizio delle proprie funzioni di supporto e monitoraggio delle stazioni appaltanti – ampliate, come si è detto, dalla legge di bilancio per il 2025 – potrà raccogliere informazioni utili al processo di standardizzazione qui auspicato.

Le politiche di acquisto messe in campo, dunque, si rivelano, con tutti i loro limiti, potenzialmente efficaci in rapporto agli obiettivi perseguiti.

Cionondimeno, a conclusioni opposte deve pervenirsi con riguardo alle politiche di spesa adoperate nella materia *de qua*. Difatti, la trasposizione del sistema di governo della spesa farmaceutica nel settore dei *medical devices*, operato sulla base della più ampia tendenza all'equiparazione delle tecnologie sanitarie, ha dato origine a un quadro confuso, pericoloso e, con tutta probabilità, irreversibile.

Se i tetti di spesa, evidentemente, non si sono dimostrati funzionali all'obiettivo di contenimento della spesa pubblica – atteso che il loro puntuale sforamento da parte dei servizi sanitari regionali costituisce testimonianza dell'inadeguatezza di questi ultimi rispetto ai reali fabbisogni espressi dalla popolazione – il *payback* sui dispositivi medici è risultato ancor meno utile ed anzi, certamente più dannoso. Quest'ultimo, infatti, si è mostrato per quello che è: il frutto di un malriuscito trapianto normativo che rischia di

compromettere irreversibilmente la filiera dei dispositivi medici, il Ssn e i pazienti che alle cure di quest'ultimo si siano affidati.

Pur prendendo atto che la Corte costituzionale, con la sentenza 22 luglio 2024, n. 140, ha dichiarato costituzionalmente legittimo il meccanismo di ripiano per le annualità 2015-2018, nondimeno permangono numerose le perplessità in ordine all'opportunità della sua introduzione.

Si rivela più che mai necessario, dunque, un intervento legislativo diretto ad asportare definitivamente dall'ordinamento il «contributo di solidarietà» imposto alle imprese fornitrici del Ssn, sia pur nella consapevolezza che le sue scorie continueranno, per lungo tempo, a menomare le possibilità di rilancio del settore. Questa è la direzione in cui si muove la recente proposta di legge Vaccari-De Maria[89] che, presentata lo scorso 13 settembre presso la Camera dei deputati, prevede, da una parte, l'abrogazione dei commi 9 e 9-*bis* dell'art. 9-*ter*, d.l. n. 78/2015, nonché di ogni altra disposizione connessa e, dall'altra, l'incremento del finanziamento del fabbisogno sanitario nazionale standard per il 2025 e il 2026.

In conclusione, per assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio senza compromettere la sostenibilità del Ssn, si rivela oramai imprescindibile, dunque, la messa a punto di un quadro regolatorio stabile che, strutturato in funzione delle caratteristiche del mercato dei dispositivi medici, consenta di efficientare i processi di acquisto della pubblica amministrazione senza pregiudicare – ma, anzi, promuovendo – lo sviluppo della filiera e dell'innovazione che quest'ultima reca con sé.

Abstract

In Italy, the urgent need to contain healthcare costs has led the government and parliament to intervene on more than one occasion in the items that contribute to these costs, particularly medical devices. While some measures have proved to be effective and sustainable over time, others have placed a heavy burden on companies in the supply chain and on the National Health Service.

The aim of this paper is to analyse the chosen policies in the light of the characteristics of the medical device sector, in order to provide an overview of the state of the art in this field.

[89] A.C. 2033.

ARTICOLI

Nicola Granato

L'INDUSTRIA DEL TESSILE: TRA INSOSTENIBILITÀ AMBIENTALE E ALTI MARGINI DI CIRCOLARITÀ*

Sommario: 1. Introduzione. Le ragioni della ricerca. – 2. La *road map* dell'Ue: dal Paec alla Strategia sul tessile. – 2.1. La nuova responsabilità estesa del tessile: una disciplina europea in divenire. – 2.2. Buona la prima, ma con tante ombre. – 3. La filiera del tessile in Italia: un'istantanea dello *status quo*. – 4. L'Epr in Italia: cosa c'era prima e cosa si attende dalla riforma, passando per la bozza di schema Epr del 2023. – 4.1. Una filiera in *fermento*. I consorzi per la gestione dei rifiuti tessili. – 4.2. La prima mossa del Mase e poi l'attesa: la bozza di schema Epr e le sue spine. – 5. L'aderenza alla circolarità dell'industria tessile. – 6. Per il momento... conclusioni.

1. Introduzione. Le ragioni della ricerca

Scrivere di economia circolare ad oggi ha assunto una veste di dovere che ha affiancato quell'interesse, quell'opportunità che la letteratura scientifica vedeva dietro il modello circolare ormai decenni fa.[1]

Il tema è da alcuni anni al centro delle riflessioni dei giuristi, che si concentrano sul passaggio al modello circolare[2], che presuppone un utilizzo

* Il presente lavoro fa riferimento al Programma di ricerca: Ecosystem for Sustainable Transition in Emilia-Romagna Codice CUP D93C22000460001, Spoke 5, dal titolo: «Il cantiere in costruzione dell'economia circolare. Principi, regole e modelli» – S.S.D: IUS/10.

[1] La letteratura scientifica in materia è andata via via infoltendosi, si veda F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi significati giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, 163 ss.; Id., *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *RQDA*, 2020, n. 1, 50 ss.; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Diritto dell'economia*, n. 1, 2019, 493 ss.; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi modelli di sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2020; B. Celati, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia*, Padova, Cedam, 2021; T. Federico, *I fondamenti dell'economia circolare*, Fondazione per lo sviluppo sostenibile, 2015.

[2] E. Scotti, *Poteri pubblici*, cit., 493 «Se l'economia lineare trae dalla natura le risorse per poi utilizzarle nei processi produttivi e restituirle come rifiuti, con una duplice aggressione all'ambiente (il prelievo e il disfacimento), l'economia circolare tenta, di tali esternalità, il

più efficiente delle risorse, rappresentando la principale sfida che attende la comunità internazionale tutta e le istituzioni europee.[3]

Beninteso, questo lavoro non vuole ripercorrere la genesi e lo sviluppo di tale modello economico[4], ma piuttosto porre luce sulla sua applicabilità ad uno dei settori più complessi, problematici e contingenti delle nostre società: il ciclo dei rifiuti tessili.

Il settore del tessile – al pari delle plastiche e dell'alimentare – si presta molto bene a quell'esigenza avvertita a tutti i livelli di dover modificare i nostri modelli di consumo e produzione.

Questa sfida globale è ben cristallizzata nell'obiettivo 12 dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, dove tale *goal* recita «garantire modelli di produzione e consumo sostenibili».[5] Un obiettivo immenso che tira dentro molteplici settori dell'attività umana, commerciale ed etica, giuridica e sociale.

Trattare di circolarità necessita di tale approccio orizzontale, dal momento che i problemi, anzi le crisi della nostra società hanno assunto un carattere tridimensionale su scala mondiale. Il termine crisi ben si adatta a questo discorso, poiché derivando dal greco *krisis* – che significa scelta-decisione – capiamo quanto gli strumenti giuridici, l'analisi economica e sociale

superamento: i rifiuti divengono risorsa, cioè materia prima, e i prodotti sono congegnati per utilizzare tali nuove materie prime e per restituirle circolarmente al sistema».

[3] M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare*, cit., 17. Il concetto di efficienza delle risorse è stato molto sviluppato, a livello globale, in numerose iniziative (OCSE, UNEP e in G7, G8, G20). In particolare, l'OCSE, attiva da circa vent'anni sui temi dell'economia circolare, ha prodotto numerosi studi su temi quali i flussi di materia, la gestione sostenibile dei materiali e sull'efficienza delle risorse. Si veda sul punto Ocse, "*Policy guidance on resource efficiency*", 2016; Unep e Irp, "*Resource Efficiency: Potential and Economic Implication*, 2017. Il secondo report afferma che il movimento dell'economia circolare può offrire benefici sotto il profilo ambientale ed economico.

[4] F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio*, cit., 170. L'A. consiglia abilmente, per comprendere appieno il concetto di economia circolare, di scomporlo in tre diverse prospettive. La prima attiene al suo rapporto con la gerarchia dei rifiuti, la seconda si preoccupa di far tornare il prodotto dalla tomba alla culla, per poi guardare all'utilizzo delle materie prime secondarie. La terza, invece, è la dimensione più promettente ed innovativa, che coincide con la bioeconomia e ad una progettazione di nuovi prodotti che sia ecocompatibile. Sul tema della bioeconomia, in questa sede, si rinvia ad un grande classico di N. Georgescu-Roegen, *Bioeconomia. Verso un'altra economia ecologicamente e socialmente sostenibile*, a cura di M. Bonaiuti, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

[5] L'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile è stata sottoscritta nel settembre 2015 dai governi dei centonovantatre Paesi membri dell'Onu, incorporando diciasette obiettivi per lo Sviluppo sostenibile (*SDGs*) in un grande programma d'azione per un totale di centosettantanove *target*. Sul punto Unep, *Keeping the promise. Annual Report*, 2023, 13.

debbano direzionarsi verso delle scelte di fondo precise, strutturate ma al tempo stesso flessibili che affrontino, per l'appunto, la crisi climatica, la perdita di biodiversità e l'inquinamento del pianeta.[6]

In queste righe iniziali del lavoro, l'attenzione è spostata sulle motivazioni che spingono a trattare del tessile e di economia circolare in modo organico.

In primo luogo, avremo modo di vedere come il settore del tessile (e dell'abbigliamento, dei pezzami, dei tessuti tessili per l'industria e la casa, *etc.*) centra, o se si preferisce, è responsabile di tutti e tre i prismi delle crisi mondiali che stiamo vivendo.

A tal proposito, chi scrive è consapevole che ogni lavoro ad oggi quanto meno nelle coordinate di partenza necessita di un confronto con i numeri, dati che misurino l'impronta ambientale delle attività umana. Ecco, a livello mondiale, europeo e italiano i numeri del settore del tessile sono inequivocabili e ci raccontano molto di più di quello che generano, ad esempio sulle nostre economie, sui nostri stili di vita e sui consumi dei nostri tempi.

In secondo luogo, rileva ciò che caratterizza il tessile, che affianca ad impronta ambientale decisamente consistente altrettante evidenti potenzialità.

Delle "promesse di circolarità" che si inseriscono in un ecosistema variegato, la cui complessità è ben tratteggiata dall'*United nations environment programme* (Unep) che considera il tessile un settore ad alto impatto, non solo per le ripercussioni ambientali e sociali, ma perché «esemplifica sfide comuni per altri settori in termini di visibilità della catena del valore, consumo e sovraproduzione e circolarità»[7].

La fondazione Ellen MacArthur già nel 2017 evidenziava la prioritaria attenzione da affidare all'impatto del settore del tessile, documentando che circa il settantacinque per cento della produzione mondiale finisce in discarica e che la quota circolare della catena del valore è del tutto marginale, non arrivando neanche all'un per cento del riciclato[8].

L'impronta ambientale del tessile è altrettanto ben nota a livello euro-

[6] Id., *Sustainability and Circularity in the Textile Value Chain. A Global Roadmap*, 2020. Su tale versante si segnala l'iniziativa lanciata dall'Unep «*The One UNEP Textile Initiative*», consultabile in *www.unep.org*; International Resource Panel (Irp), *Global Resources Outlook. Natural Resources for the Future We Want*, 2019.

[7] International Resource Panel (Irp), *op. loc. cit.*

[8] Ellen MacArthur Foundation, *A New Textiles Economy: Redesigning fashion's future*, 2017. A livello internazionale, si segnala l'Alleanza delle Nazioni Unite per la moda sostenibile, progettata per contribuire agli *SDGs* attraverso un'azione coordinata nel settore della moda. Unasf, *Synthetis Report on United Nations System-wide Initiatives related to Fashion*, 2021.

peo, non a caso già all'alba della presentazione del *Green new deal* (Gnd), il tessile veniva identificato come settore ad alta intensità di risorse ambientali e che, quindi, sarebbe stato al cento di interventi e della *road map* che avrebbe compreso anche il Piano di azione per l'economia circolare (Paec) del 2020[9].

I motivi di fondo alle criticità del tessile centrano appieno i paradigmi che più necessitano di intervento: i modelli di consumo e di produzione.

Come inquadramento, basti pensare che il tessile è il quarto settore per l'impiego di materie prime e acqua (dopo alimentare, costruzioni e trasporti) e il quinto per emissioni di gas effetto serra.[10] A questo si aggiunge, come evidenziato dal report dell'Agenzia europea per l'ambiente (Aea) 2023 – *EU exports of used textiles in Europe's circular economy* – che le principali ragioni della cattiva gestione dei rifiuti tessili sono da ascrivere sia alle insufficienti/inadeguate raccolte differenziate sia alla mancanza di una filiera del recupero[11].

Tuttavia, nel Paec emerge un altro aspetto di grande interesse: il doppio volto di una filiera che utilizza la maggior parte delle risorse dell'Ue, ma al contempo presenta un elevato potenziale di circolarità.

Partendo dal secondo aspetto che accompagnerà la ricerca, al momento ci basta immaginare quanti margini di circolarità possiede tale filiera, dal momento che ad oggi discutiamo di una catena del valore che restituisce meno dell'un per cento del riciclato. A questo si affianca un volume decisamente elevato di rifiuti tessili che non vengono differenziati e quindi, sono irrimediabilmente destinati a discarica.

La centralità del tessile è da rintracciare, altresì, nella nuova strategia industriale per l'Europa del 2020[12], dove l'obiettivo è quello di costruire un'economia Ue più circolare e per farlo la commissione concede priorità, in termini di transizione circolare, ai settori ad alto impatto ambientale, come appunto il tessile.

Richiami al tessile e alla sua centralità nel processo di transizione verde sono presenti nell'*Annual single market report* (2021/351/Ue), dove la filiera

[9] Comunicazione della Commissione, 11 marzo 2020, COM (2020) 98, *Un nuovo piano di azione per l'economia circolare*, 11.

[10] European Environmental Agency (Eea), *Healthy environment, healthy lives: how the environment influences health and well-being in Europe. Report*, n. 21, 2019.

[11] Id., *EU exports of used textiles in Europe's circular economy*, 2023.

[12] Comunicazione della Commissione, 10 marzo, COM (2020) 102, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*. La comunicazione è stata poi sottoposta ad un aggiornamento con la comunicazione, 5 maggio, COM (2021) 350, *Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa*.

del tessile è inserita tra i quattordici ecosistemi industriali che rappresentano circa l'ottanta per cento dell'economia europea[13].

La strategicità del tessile è ben spiegata con i numeri che accompagnano il settore.

Si tratta di sedici milioni di tonnellate di rifiuti tessili l'anno (2020), prodotti in Ue.[14] Produzione e consumo di prodotti tessili sono in continuo aumento; infatti, la produzione è quasi raddoppiata negli ultimi vent'anni ed entro il 2030 si arriverà a centodue milioni di tonnellate[15].

Ogni anno in Ue vengono gettati in mare 5,8 milioni di tonnellate di prodotti tessili. Il consumo è diventata una delle tre principali pressioni sull'uso dell'acqua e del suolo[16].

Sempre nel 2020 l'impronta ambientale del tessile, a persona, è stata registrata in quattrocento metri quadrati di terreno, nove metri cubi di acqua e trecento novantuno chilogrammi di materie prime e ha causato un'impronta di carbonio di circa duecentosettanta chilogrammi[17].

Bene, consumo eccessivo di risorse naturali, pressione sull'inquinamento globale di acqua potabile, un elevato peso sul computo delle emissioni globali di carbonio delineano il panorama attuale del peso specifico dell'industria del tessile.

Ciononostante questi numeri ci mostrano come il settore del tessile possa assurgere a filiera modello per rappresentare le sfide di circolarità che la nostra società deve affrontare.

Abbiamo già specificato come la produzione del tessile sia quasi raddoppiata negli ultimi venti anni, a questo si aggiunga che la quota maggiore

[13] Comunicazione della Commissione, 5 maggio, COM (2021) 351. *Annual Single Market Report 2021*, 169. Per l'ecosistema industriale del tessile sono previste tre iniziative: rafforzare il mercato Ue per prodotti sostenibili e circolari; finanziare la ricerca e l'innovazione del settore (relativamente a materiali, modelli di *business* e riciclaggio); aumentare i tassi di raccolta, riciclo e riutilizzo dei materiali tessili (ad esempio implementando i sistemi di responsabilità estesa del produttore).

[14] Statista, *Fast Fashion in Europe. Statistics report about the fast fashion industry in Europe*, 2020. Il report aggiornato al 2023 è consultabile in www.statista.com.

[15] Comunicazione della Commissione, 30 marzo, COM (2022) 141, *Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari*, 1 ss.

[16] European Environmental Agency (Eea), *Textiles and the environment: the role of design in Europe's circular economy*, 2022.

[17] European Environmental Agency (Eea), *op. cit.*, 7. Dai dati dell'Agenzia europea per l'ambiente viene registrato un consumo eccessivo di risorse naturali nella produzione di prodotti tessili. Per rendere l'idea, fabbricare una sola maglietta di cotone richiede duemilasettecento litri di acqua dolce, volume pari a quanto una persona dovrebbe bere in due anni e mezzo.

proviene dall'industria della moda, per circa l'ottantuno per cento[18]. Il dato è eloquente ma al tempo stesso motivato dalla tendenza mondiale della c.d. *fast fashion*, un modello di *business* che si basa sulla produzione veloce ed economica di abbigliamento di bassa qualità su scala mondiale.

Si tratta di un modello economico che stressa la produzione, polverizza i tempi di progettazione e distribuzione, confezionando nel minor tempo possibile capi e collezioni di bassa qualità a bassi costi[19].

I principali effetti della *fast fashion* sono la sovraproduzione e consumo eccessivo di risorse e di capi. Ma non solo. Tale tendenza ha forti ripercussioni anche sui consumatori che vanno a preferire capi di bassa qualità a poco prezzo, che però potranno cambiare sempre più facilmente, rispetto, invece, a prodotti di alta qualità e più longevi.

Il saggista statunitense Victor Lebow già nel 1951 dettagliava abilmente il problema della sovraproduzione – alla quale la fast fashion è intimamente legata – «La nostra economia, immensamente produttiva, esige che facciamo del consumo il nostro stile di vita. Abbiamo bisogno che i nostri oggetti si logorino, si brucino, e siano sostituiti e gettati a ritmo sempre più rapido»[20].

Il fenomeno della *fast fashion* è un fulgido esempio di un modello economico lineare[21] con tassi di riutilizzo bassi e che non considera né la qualità del prodotto né la sua progettazione. Dunque, un ciclo di vita brevissimo che si alimenta maleficamente in modo autonomo e che genera un enorme problema ambientale, di cui abbiamo provato a delineare i primissimi tratti caratteristici.

Si tratta di un modello economico insostenibile e calibrato in modo programmato, come da anni sostiene l'economista Serge Latouche «siamo costretti a consumare, perché i nostri prodotti si rompono molto più di prima e riparare costa più che comprare nuovi prodotti»[22].

Per invertire la tendenza, la strategia europea sul tessile si concentra sul

[18] COM (2022) 141, 1.

[19] O. Lai, *Explainer: What is fast fashion*, in *Eart.org*, 2021.

[20] V. Lebow, *Price competition*, in *Journal of Retailing*, 1955. Le idee enunciate da Lebow hanno avuto molto successo negli anni a seguire, trovandolo citato anche nel libro di successo di A. Durning, *Quanto basta: la società dei consumi e il futuro della Terra*, Worldwatch Institute, 1992.

[21] Sul concetto di economia lineare (o *red economy*) si veda G. Pauli, *Blue Economy 2.0.*, Milano, Edizioni Ambiente, 2015; F. de Leonardis, *Ambiente e Costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 2019, n. 3; R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Piem. auton.*, 2018, n. 5.

[22] S. Lautoche, *Breve trattato sulla decrescita serena*, 2007; Id. *Usa e getta. Le follie dell'obsolescenza programmata*, 2013. Per approfondire sul rapporto tra mercato e ambiente, si veda M. Cafagno, *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, in *Cambiamento climatico*

ruolo dei produttori e sulla necessità di offrire nuovi modelli di economia circolare che riducano la produzione ed elevino la qualità[23].

La sfida della conversione dei modelli di produzione e consumo – centrale in ogni ragionamento circolare – assurge nel tessile e nell'industria della moda una valenza vitale che dev'essere affrontata da tutti i *players* in gioco, istituzioni, soggetti pubblici e privati e consumatori.

La sensazione inziale del "dovere" di approfondire tale settore è condivisa con il dovere di individuare strumenti, incentivi che pongono al centro la progettazione e la qualità del prodotto.

La presente ricerca desidera rintracciare le linee guida proclamate dalle istituzioni europee, comprendere se si pongono in questa direzione, soffermandosi, in particolar modo, sui principali strumenti che coinvolgono il mondo dei produttori.

Come vedremo, uno degli strumenti elettivi scelti è quello dell'*Extended producer responsibility* (Epr), una strategia che comporta una maggiore responsabilizzazione dei produttori, dalla fase di progettazione a quella del consumo/uso fino alla fase di gestione del post-vita.

2. La *road map* dell'Ue: dal Paec alla strategia sul tessile

La complessità della catena del valore del tessile e le enormi sfide ambientali e di risorse che deve affrontare hanno spinto il diritto europeo ad intervenire massicciamente per conformare alla circolarità un settore altamente critico.

A livello programmatico, il *corpus* normativo sul tessile inizia a prendere forma con la definizione di una mappa di azioni, confluita nel Paec del 2020, centrata sull'adozione di una strategia globale dell'Ue per i tessili e sull'applicazione ai prodotti tessili del nuovo quadro in materia di prodotti sostenibili e di misure per la progettazione ecocompatibile[24].

e sviluppo sostenibile, a cura di G.F. Cartei, Torino, Giappichelli, 2013, 105 ss.; Id., *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2019, 155 ss.

[23] COM (2022) 141, 10.

[24] Il fascio di azioni intraprese dal diritto europeo si inserisce in una disciplina settoriale e non organica dove è possibile includere il reg. Ue n. 1907/2006 concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (reach), il reg. Ue n. 1007/2011 sull'etichettatura dei prodotti tessili, la decisione della Commissione, 5 giugno, 2014/350/Ue, che stabilisce i criteri ecologici per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica dell'Ue (Ecolabel Ue), *EU green public procurement criteria for textiles products and services* – SWD (2017) 231.

Parallelamente a questi due pilastri della nuova *governance* europea sul tessile, la commissione europea ha definito l'impegno per agevolare gli Stati membri a conseguire livelli elevati di raccolta differenziata entro il 2025, incentivando la selezione, il riutilizzo e il riciclaggio dei tessili.

Per dare concretezza a questi ambiziosi piani, risulta necessario partire dal mondo della produzione, responsabilizzare i produttori, quindi partendo dai sistemi di responsabilità estesa del produttore[25].

La strategia Ue per prodotti tessili sostenibili e circolari – COM (2022) 141– è peraltro solo un tassello dell'approccio voluto dalla Commissione in materia di prodotti più ecosostenibili e circolari. La comunicazione gemella del 30 marzo 2022 «Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola» prevede un pacchetto di iniziative che ha come obiettivo quello di ridurre l'utilizzo (*rectius* lo spreco) delle risorse, intervenendo dapprima sulla progettazione e produzione dei prodotti[26].

Proprio per questi motivi, il fulcro del pacchetto è la proposta di regolamento sulla progettazione ecocompatibile di prodotti sostenibili – cui approfondiremo in seguito[27].

Partendo dalla strategia sul tessile – atto di natura eminentemente programmatico – questa si apre con una dichiarazione di principio abbastanza rilevante «entro il 2030 i prodotti tessili immessi sul mercato Ue saranno durevoli e riciclabili, in larga misura costituiti da fibre riciclate, privi di sostanze pericolose e prodotti nel rispetto dei diritti sociali e dell'ambiente»[28].

È palmare constatare che l'approccio *life cycle* del Paec e di tutto il Gnd anima anche la riforma del tessile, ponendo un obiettivo – non vincolante – di progettare e produrre prodotti tessili circolari.

Il traguardo non è *sic et simpliciter* estendere la vita dei prodotti tessili, ma diffondere e favorire modelli di *business* circolari, quali il riutilizzo, il noleggio e soprattutto la riparazione (*product as service*).

[25] COM (2020) 98, 11.

[26] Comunicazione della Commissione, 30 marzo, COM (2022) 140, *Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola*, 1. Il contesto da cui si muove è chiaro «l'estrazione e la trasformazione delle materie prime primarie sono all'origine di metà delle emissioni di gas a effetto serra e del novanta per cento della perdita di biodiversità nel mondo e il modello economico lineare tuttora dominate (prendere – produrre – usare – gettare) comporta uno spreco significativo di risorse».

[27] Comunicazione della Commissione, 30 marzo, COM (2022) 142, *Proposta di regolamento che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE*, 2022. Del pacchetto fanno, altresì, parte la revisione del regolamento sui prodotti da costruzione – COM (2022) 144– e una proposta legislativa sulla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde – COM (2022) 143.

[28] COM (2022) 141, 3.

Se l'attenzione viene dunque spostata, da subito, sulle prestazioni ambientali dei tessili, centrale sarà anche la composizione dei materiali. La natura delle fibre utilizzate e la loro mischia, la presenza o meno di sostanze pericolose che possono ostacolare il riciclaggio[29]. Il segmento del riciclo è uno dei tasti più dolenti dell'ecosistema tessile, dal momento che meno dell'un per cento dei rifiuti tessili viene riciclato, circa il venti per cento dei tessili raccolti separatamente viene trasformato in materiali di valore inferiore (processo di *downcycled*), mentre il venticinque-quaranta per cento di tutti i tessuti diventa rifiuto[30].

La progettazione, pertanto, è il primo passo per affrontare le sfide tecniche del settore nel tentativo di ridurre la mischia di fibre naturali o riciclate con poliestere o altre sostanze a base petrolio. Ma non solo, incidere sulla composizione dei materiali è cruciale per avere un risultato riciclato di migliore qualità che si reintroduca nel tessuto commerciale[31].

Se queste sono le sfide tecniche, il secondo asse portante della strategia Ue sul tessile è rappresentato, prima, dalla proposta e poi dall'adozione del reg. Ue n. 1781/2024 per la progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili – *Ecodesign for sustainable products regulation* (Espr).[32]

Il regolamento ha il principale merito di estendere le nuove norme sull'*ecodesign* a tutti i prodotti, compresi i tessili[33], superando l'approccio set-

[29] S. Toniolo, A. Marcon, C. Pieretto e F. Bortoletto, *Il recupero dei rifiuti tessili per la circular economy. Una fotografia della situazione attuale della produzione del settore tessile e dei rifiuti generati*, in *Qualità*, 2020, n. 6, 25. Basti pensare che ad oggi il sessantatré per cento del consumo globale di fibre utilizzate per il tessile è rappresentato da fibre sintetiche a base di petrolio, seguite dal cotone venticinque per cento, da fibre a base di lana al sette per cento e da altre fibre naturali al cinque per cento.

[30] R. Aus, H. Moora, M. Vihma, R. Unt, M. Kiisa e S. Kapur, *Designing for circular fashion: integrating upcycling into conventional garment manufacturing processes*, 8 in *Fashion and Textiles* (2021).

[31] I. Kucinska-Krol, N. Festinger, A. Walawska e J. Kulczycka, *Study of Lodz Society's Knowledge of the Circular Economy in the Textile and Clothing Industry*, 32 in *Fibres&Textiles in Eastern Europe* (2024), 12. Al riguardo si legge che «*Carbon footprint and environmental footprint form the basis for assessing the environmental impact of textile materials. The composition of textile materials (natural, synthetic and blends), their production and disposal are of great importance. Recycled materials will not always show a lower carbon footprint due to the difficulty of obtaining good quality fibers, especially from blended materials*».

[32] Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 giugno, n. 1781/2024 che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili.

[33] Art. 1, c. 1, reg. Ue n. 1781/2024 «Il presente regolamento si applica a qualsiasi bene fisico immesso sul mercato o messo in servizio, compresi i componenti e i prodotti intermedi».

toriale della dir. 2009/125/Ue [34] limitata ai soli prodotti connessi all'energia. Il secondo merito è da riconoscere allo strumento giuridico adottato; un regolamento, non una direttiva, quindi immediatamente efficace e vincolante per tutti gli Stati membri.

Su queste premesse, l'obiettivo è quello di creare un quadro normativo omogeneo ed armonizzato dove vengano definiti i requisiti di progettazione ecocompatibile per tutti prodotti immessi sul mercato.[35]

In aggiunta, come si legge all'art. 1, reg. è istituito un passaporto digitale di prodotto, sono definiti requisiti obbligatori per gli appalti pubblici verdi e viene stabilito un quadro per evitare la distruzione dei prodotti di consumo invenduti[36].

La portata principale del nuovo regolamento si concentra sulla definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile che «dovrebbero essere usati per migliorare gli aspetti del prodotto inerenti alla sostenibilità ambientale, quali la durabilità, la riutilizzabilità, la riparabilità, l'efficienza energetica, la riciclabilità e le impronte di carbonio e ambientale»[37].

In primo luogo, viene definita la progettazione ecocompatibile come «l'integrazione di considerazioni di sostenibilità ambientale nelle caratteristiche del prodotto e nei processi che si svolgono lungo l'intera catena del valore del prodotto». Tali requisiti devono comprendere requisiti di prestazione e/o obblighi di informazioni volti a rendere il prodotto e il processo produttivo maggiormente ecosostenibile.

Le condizioni in base alle quali viene parametrata una progettazione ecocompatibile sono la durabilità, l'affidabilità, la riutilizzabilità, possibilità di miglioramento, riparabilità, *etc.* (art. 5, reg.). La volontà di fondo è quella di «migliorare gli aspetti del prodotto» al fine di ridurre l'obsolescenza pro-

[34] La direttiva 2009/125/CE ha istituito il quadro per la definizione di requisiti per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia. Unitamente al reg. Ue n. 1369/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva ha ridotto in modo significativo nell'Unione la domanda di energia primaria per i prodotti.

[35] Considerando 9, reg. Ue n. 1781/2024 «Il presente regolamento contribuirà al conseguimento degli obiettivi dell'Unione in materia di clima e energia». Al considerando 10 «Il presente regolamento contribuirà anche al conseguimento degli obiettivi ambientali dell'Unione più ampi. L'8° programma d'azione per l'ambiente istituito dalla decisione (Ue) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio sancisce in un quadro giuridico l'obiettivo dell'Unione di rimanere all'interno dei limiti del pianeta [ ] Il presente regolamento svolgerà pertanto un ruolo significativo nel conseguimento [ ] di diversi traguardi fissati nell'ambito degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, in particolare i traguardi dell'obiettivo di sviluppo sostenibile 12».

[36] Art. 1, c. 1, reg. Ue n. 1781/2024.

[37] Considerando 16, reg. Ue n. 1781/2024.

grammata e precoce, migliorare l'affidabilità del prodotto finale, favorire lo smontaggio funzionale ad estendere il suo ciclo di vita.

Per assicurare una maggiore aderenza alle caratteristiche peculiari di ogni prodotto, si prevede che i requisiti di progettazione siano definiti per un gruppo specifico di prodotti[38].

Come si ha modo di osservare, il regolamento pone attenzione non solo alla composizione del prodotto, nelle sue componenti e materiali, ma aggiunge un altro importante parametro: quello prestazionale.

Infatti, a norma dell'art. 6 «I prodotti devono essere conformi ai requisiti di prestazione relativi agli aspetti del prodotto». Per requisito di prestazione intendiamo «il requisito quantitativo o non quantitativo per il prodotto o in relazione al prodotto volto a raggiungere un determinato livello di prestazione rispetto a un parametro di prodotto di cui all'allegato I»[39].

Altro tassello centrale nel nuovo mosaico sull'*ecodesign*, da affiancare a quello prestazionale sono gli obblighi di informazione[40] che devono accompagnare ogni prodotto immesso sul mercato.

I prodotti «devono essere conformi agli obblighi di informazione relativi agli aspetti del prodotto». Tali obblighi includono almeno i requisiti relativi al passaporto digitale di prodotto, informazioni sulle prestazioni del prodotto e dirette ai clienti e agli impianti di trattamento per agevolare le operazioni future di smontaggio e riutilizzo[41].

[38] Art. 5, c. 4, reg. Ue n. 1781/2024.

[39] I parametri di prodotto, funzionali al miglioramento degli aspetti del prodotto, sono individuati a norma dell'allegato I del reg. ESPR e tra i tanti comprendono: durabilità e affidabilità del prodotto, facilità di riparazione e di miglioramento, riutilizzo, progettazione per il riciclaggio, l'impronta di carbonio e l'impronta dei materiali del prodotto.

[40] Considerando 28, reg. Ue n. 1781/2024 «Per migliorare la sostenibilità ambientale dei prodotti, gli obblighi di informazione dovrebbero riguardare un particolare parametro inerente ad un aspetto del prodotto, come l'impronta ambientale e l'impronta di carbonio del prodotto e la sua durabilità. Tali obblighi dovrebbero imporre al fabbricante di rendere disponibili le informazioni sulle prestazioni del prodotto». Sul tema degli obblighi di informazione ambientale, da ultimo, M. Delsignore, *Il principio DNSH e la lotta al greenwashing*, in *Federalismi.it*, n. 27, 2024, 82. L'A. delinea l'evoluzione storica della legislazione europea in tema di trasparenza e informazione ambientale, registrando «uno stacco netto rispetto alle precedenti posizioni della Commissione in materia di responsabilità sociale, che avevano sempre fatto affidamento sulla scelta volontaria e discrezionale delle singole imprese». Difatti, «la legislazione più recente non si pone più, tanto, un questione reputazionale, per cui la comunicazione delle informazioni sulla sostenibilità sul mercato è in grado di avvantaggiare l'impresa", ma piuttosto "ragionano nel senso della necessità di estendere gli obblighi informativi e renderli vincolanti, e non più volontari, per un'ampia platea di operatori nel mercato».

[41] Art. 7, c. 2, reg. Ue n. 1781/2024.

Nell'idea della commissione, questo fascio di informazioni deve confluire nel c.d. passaporto digitale di prodotto (Pdp).

In realtà, a norma dell'art. 9, i prodotti possono essere immessi sul mercato o messi in servizio solo se è disponibile il Pdp. Questo rappresenta una delle innovazioni tecnologiche più rilevanti del regolamento, dal momento che è stato pensato come uno strumento strategico che mira ad introdurre informazioni chiare che riguardano l'intero ciclo di vita del prodotto, dalla sua progettazione fino al post-consumo[42].

La strategicità del Pdp si coglie ancora di più in un settore come quello del tessile, dove gli impatti sociali ed ambientali sono alquanto opachi. Per come è stato ideato, tale strumento assurge ad un magazzino portatile e digitale che accompagnerà ogni prodotto tessile con lo scopo di favorire scelte più consapevoli, rendendo potenzialmente visibili gli impatti sociali ed ambientali, nonché renderli accessibili[43].

Si comprende, dunque, quanto tale strumento possa generare vantaggi per l'intero ecosistema del tessile. Dal lato dei produttori, permetterebbe loro di scegliere i prodotti e i processi che supportano modello economici circolari. Dall'altro lato, i consumatori vedrebbero accresciuta la loro consapevolezza sugli impatti ambientali dei prodotti che scelgono, potendo, di conseguenza, influenzare altresì le scelte dei produttori[44].

Tuttavia, è altrettanto intuitivo comprendere come un tale sistema necessiti di regole vincolanti e standardizzate per generare gli effetti desiderati. Nel frattempo, l'*iter* è stato avviato, fissando l'obbligatorietà del Pdp per tutti i prodotti tessili entro il 2030.

Per dare coerenza alla riforma, la *road map* sul tessile prevede anche il riesame del reg. Ue n. 1007/2011 sull'etichettatura dei prodotti tessili – *Textile labelling regulation* (Tlr). Il Tlr prevede, ad oggi, che i tessili venduti nel mercato Ue devono recare un'etichetta che descriva la composizione fibrosa e indichi eventuali parti non tessili di origine animale[45].

[42] B. Jægger e S. Myrold, *Textile industry circular supply chains and digital product passaports. Two case studies*, in *Advances in Production Management Systems. Production Management Systems for Responsible Manufacturing, Service, and Logistics Futures*, a cura di E. Alfnes, A. Romsdal, J.O. Strandhagen, G. von Cieminski e D. Romero, Springer, 2023, 351 «A DPP contains data required by stakeholders to take informed decisions with regards to 1. Usage and maintenance; 2. Product identification; 3. Products and materials; 4. Guidelines and manuals; 5. Supply chain and reverse logistics; 6. Environmental data; 7. Environmental compliance».

[43] B. Jægger e S. Myrold, *op. cit.*, 353.

[44] M. Tichoniuk, *Digital Product Passport (DPP) as an Important Mechanism Supporting the Circular Economy*, in *Current Trends in Quality Science. Innovative and sustainable products, materials, and technologies*, a cura di Id. e K. Michocka, Poznan University of Economics and Business, 2024.

[45] Reg. Ue, 27 settembre, n. 1007/2011. Ad oggi, le norme del regolamento sono

L'*iter* di riesame è stato avviato nel luglio del 2023 e soltanto nel secondo semestre del 2025 vedrà partorire una proposta di revisione del regolamento. Tuttavia, è possibile anticipare che il punto di partenza sarà la disponibilità di nuove tecnologie in materia di etichettatura digitale, fibre e in termini di riciclaggio[46]. L'obiettivo è quello di aggiungere un altro tassello per la costruzione di un nuovo e ampio quadro normativo dell' Ue per i tessili[47].

Se l'estensione della vita dei tessili è esigenza centrale nella nuova *governance* del tessile, di pari valore è la necessità di ridurre la produzione di rifiuti e gli scarti tessili. Ogni anno in Ue vengono raccolti separatamente fino a 2,1 milioni di tonnellate di prodotti tessili (circa il trentotto per cento), mentre la restante parte viene smaltita nei flussi di rifiuti misti, quindi dispersi. L'assunzione di responsabilità da parte dei produttori non è più derogabile. Ancora di più in settori come quello dell'abbigliamento e della moda, la crescita delle filiere dev'essere dissociata dalla produzione di rifiuti.

Questi propositi passano per il successo dei regimi di Epr, da applicare anche ai tessili, dal momento che tali regimi si sono mostrati molto efficaci per diversi altri flussi di rifiuti[48].

Il valore strategico dei sistemi Epr può incoraggiare la progettazione di prodotti che guardino all'intero ciclo di vita dei materiali, tenendo in conto già in sede di produzione il fine vita dei prodotti tessili. Diversi stati tra

limitate alla composizione fibrosa dei prodotti tessili, che ha consentito l'introduzione di requisiti di etichettatura disparata tra gli Stati membri su altri settori dell'etichettatura. Questo ha comportato non solo la complessità delle informazioni, spesso sovrapposte, al consumatore, ma anche spezzettato il mercato interno e aumentato i costi di conformità per le imprese. L'iter di riesame è consultabile in *www.single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/textiles-ecosystem/regulation-eu-10072011_en*.

[46] COM (2022) 141, 6.

[47] A tal proposito la Commissione propone di modificare, altresì, la dir. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali e la dir. 2011/83/Ue sui diritti del consumatore, con nuove prescrizioni perfettamente aderenti al mondo del tessile. Difatti, da un recente vaglio delle autodichiarazioni ambientali nel settore del tessile e dell'abbigliamento è emerso che il trentanove per cento di esse potrebbero essere false o ingannevoli.

[48] La letteratura scientifica sull'Epr negli anni è lievitata fortemente, si consiglia una prima lettura a partire da P. Dell'anno, *Disciplina della materia dei rifiuti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da Id. e E. Picozza, II, Padova, Cedam, 2013; Ellen MacArthur Foundation, *The Circular design guide*, in *Circulardesignguide.com*, 2017; S. Benvenuti, *Raccolta, Gestione e Smaltimento dei rifiuti in Italia. La complessità del quadro normativo e del riparto delle competenze* in *Produzione, Gestione, Smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra Diritto, Tecnologia, Politica*, a cura di G.C. Feroni, Torino, Giappichelli, 2014; H. Kalimo, *What Roles for Which Stakeholders under Extended Producer Responsibility?*, in *Reciel* (2014), 41; K. Kropelien, *Extended Producer Responsibility: New Legal Structures for Improved Ecological Self-Organization in Europe?*, *ivi* (2000), 165.

cui ad esempio la Francia[49] si sono già da tempo dotati di un corpus molto strutturato in materia, dato l'obbligo a livello Ue di istituire un raccolta differenziata dei rifiuti tessili entro il primo gennaio 2025[50],

La nuova disciplina confluirà nella proposta di revisione della direttiva quadro sui rifiuti avviata dalla Cod (2023) 0234 finalizzata a creare una disciplina Ue armonizzata in materia di Epr per i tessili con un'eco modulazione delle tariffe[51].

L'obiettivo è quello di creare «un'economia per la raccolta, la cernita, il riutilizzo, la preparazione ai fini del riutilizzo e il riciclaggio [ ] la Commissione proporrà che una quota rilevante dei contributi ai regimi di responsabilità estesa del produttore sia destinata alle misure di prevenzione dei rifiuti e alla preparazione ai fini del riutilizzo»[52].

Ultimo aspetto è il contrasto alla distruzione dei tessuti invenduti, compresi i capi di abbigliamento, che rappresentano uno spreco di valore e di risorse, oltre a generare una grave pressione per l'ambiente.

In un settore come quello del tessile, permeato dalla moda veloce e da una sovraproduzione globale[53], la commissione ha inserito, nel nuovo reg. Espr, il capo VI sulla «Distruzione dei prodotti di consumo invenduti»[54].

[49] In Francia dal 2007 sussiste l'obbligo di *compliance* all'Epr per tutte le persone giuridiche che producono, importano o distribuiscono articoli tessili e di abbigliamento. Si veda l. n. 2020-105 del 10 febbraio 2020, c.d. *AGEC* relativa alla lotta ai rifiuti e alla promozione di un'economia circolare; *Code de l'environnement*, *Livre V*, *Titre IV: Déchets, Article L541-15-8*, 2021, che riguarda il divieto di distruzione di articoli invenduti e in alternativa il ricorso al reimpiego, riutilizzo e riciclaggio di nuovi prodotti invenduti. *Cfr.* T. Ruggi, Epr *nel settore tessile, bene ma non basta: dubbi sulla revisione della direttiva quadro sui rifiuti*, in *economiacircolare.com*, 2024. Sul modello francese, si registra che dal 2014 ad oggi il tasso di raccolta è aumentato del quaranta per cento e nel 2022 (ultimi dati disponibili) il 59,5% dei prodotti tessili raccolti è stato riutilizzato e il 31,3% riciclato.

[50] Art. 1, par. 12, dir. 851/2018/Ue.

[51] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 7 luglio, COD (2023) 0234, che modifica la dir. 2008/98/CE relativa ai rifiuti. Il 5 luglio 2023 la Commissione ha presentato una prima proposta di revisione, rivolta in particolare al settore tessile ed alimentare. Successivamente è stata seguita dalla risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2024 e dall'orientamento generale adottato dal Consiglio europeo del 17 giugno 2024.

[52] COM (2022) 141, 8.

[53] Al considerando 57 del regolamento si legge che tra i prodotti distrutti figurano «prodotti tessili, in particolare capi di abbigliamento, di nuova produzione ma invenduti. Sarebbe opportuno valorizzare maggiormente i capi di abbigliamento, indossarli più a lungo e dedicarvi una cura maggiore di quanto non avvenga nell'attuale cultura della moda veloce. Dal punto di vista dell'economia circolare, questo spreco di preziose risorse è palesemente in contrasto con gli obiettivi del presente regolamento».

[54] Al considerando 55 del regolamento si legge «La distruzione dei prodotti di consumo invenduti, quali i prodotti tessili e le calzature, da parte degli operatori economici sta di-

La nuova disciplina è animata dal principio di prevenzione e dal criterio della ragionevolezza per evitare di distruggere i prodotti di consumo invenduti, compresi i tessili. In caso contrario, l'operatore economico che si disfi di un prodotto invenduto sarà soggetto ad un set di obblighi informativi da divulgare, come ad esempio il numero e il peso dei prodotti invenduti durante l'anno, i motivi della distruzione, la percentuale dei prodotti di cui si è disfatto e, soprattutto, le misure adottate per prevenire la distruzione.

A corredo della disciplina, è previsto un divieto assoluto di distruzione dei prodotti di consumo invenduti elencati all'allegato VII del reg. Espr dal 19 luglio 2026.[55]

2.1. La nuova responsabilità estesa del tessile: una disciplina europea in divenire

La cornice normativa prescelta per l'implementazione dei sistemi Epr tessili è la direttiva quadro sui rifiuti 2008/98/Ce.[56]

L'obiettivo principale, palesato nella proposta iniziale del 5 luglio 2023 – Cod (2023) 0234, è quello di ridurre gli impatti ambientali e climatici associati alla produzione e alla gestione di due particolari flussi di rifiuti: i tessili e gli alimentari[57].

Sulle criticità e i numeri del settore del tessile, abbiamo già ampiamente dibattuto, basti ricordare che la produzione globale di fibre tessili

ventando un problema ambientale diffuso in tutta l'Unione, in particolare a causa della rapida crescita delle vendite online [ ] È dunque necessario, nell'interesse della tutela dell'ambiente, che il presente regolamento istituisca un quadro per impedire la distruzione dei prodotti invenduti destinati in primo luogo ai consumatori».

[55] Allegato VII, reg. Ue n. 1781/2024 «Prodotti di consumo di cui è vietata la distruzione da parte degli operatori economici», di cui fanno parte gli articoli di abbigliamento e accessori di abbigliamento.

[56] Il quadro normativo Ue sui rifiuti è abbastanza frastagliato, ricco di discipline settoriali ma che vede nella direttiva quadro del 2008 il suo *corpus* principale. L'apporto della Commissione è sempre stato di rilievo, soprattutto nell'ottica di integrare il modello di economia circolare nella gestione dei rifiuti; infatti, si segnalano due importanti comunicazioni; una del 2014 «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa zero rifiuti» e una del 2015 «*Closing the loop: an action plan for the circular economy*». Quest'ultima ha dato il là all'emanazione del pacchetto *Circular Economy* del 4 luglio 2018 con quattro direttive: la n. 851 direttiva rifiuti; n. 852 direttiva imballaggi; n. 850 direttiva discariche; n. 849 direttiva veicoli, pile e RAEE.

[57] COD (2023) 0234, 1. Nel preambolo dei motivi e obiettivi della proposta si legge che «Il *Green Deal* europeo e il piano d'azione per l'economia circolare chiedono un'azione rafforzata e accelerata a livello dell'Ue per garantire la sostenibilità ambientale del settore tessile e di quello alimentare, in quanto rappresentano settori ad alta intensità di risorse [ ] e non rispettano pienamente i principi fondamentali dell'UE in materia di gestione dei rifiuti».

negli ultimi venti anni è più che raddoppiata, con una tendenza in costante aumento, registrando, tuttavia, solo un disaccoppiamento relativo dalla produzione di rifiuti dalla crescita economica[58].

L'alta intensità del settore relativa all'uso di materiali rari, acqua, suolo ed emissioni di gas a effetto serra va ad integrare uno scenario bisognoso di regolazione.

Allo *stress* sulle matrici ambientali, si aggiunge il fattore dei costi di gestione del settore non internalizzati nel prezzo dei prodotti. Questo comporta l'invisibilità delle relative esternalità, come quelle connesse all'incenerimento, smaltimento in discarica, impatto ambientale e sociale delle esportazioni verso paesi terzi[59].

Pertanto, la primaria preoccupazione è quella di diminuire l'impronta ambientale del settore, per questo la commissione vuole orientare il modello economico del tessile, impiegando *business* circolari, che mirino alla longevità e alla durabilità del prodotto, che comportino un uso efficiente e razionale delle risorse. È necessario spingere per strutturare una rete di raccolta e di riutilizzo, ben consapevoli che la prevenzione, il riutilizzo e il riciclaggio siano alla base di una corretta gestione dei rifiuti.

In altre parole, l'operazione per il tessile è nelle premesse molto lineare: migliorare la gestione dei rifiuti tessili, rendendola maggiormente in linea con la gerarchia dei rifiuti[60].

A queste due principali traiettorie individuate, si aggiunge quella che maggiormente interessa in questa sede: l'inserimento di una nuova disciplina per i sistemi Epr per il tessile[61].

[58] European environmental agency (EEA), *Prevenzione dei rifiuti in Europa*, 2021.

[59] Id., *Textiles and the environment*, cit., 16. Per quanto riguarda sia la produzione di materie prime che di prodotti tessili, la maggior parte delle pressioni e degli impatti connessi al consumo di abbigliamento, calzature e prodotti tessili per uso domestico nell'Ue si verifica in altre regioni del mondo. Tuttavia, sebbene la maggior parte delle pressioni ambientali correlate al consumo di prodotti tessili nell'Ue si verifichi in paesi terzi, esse incidono anche sull'Ue a causa del loro impatto globale.

[60] COD (2023) 0234, 3. Concetto di gerarchia dei rifiuti «sancita dalla direttiva quadro sui rifiuti, dando priorità alla prevenzione dei rifiuti, alla preparazione per il riutilizzo e al riciclaggio dei prodotti tessili rispetto ad altre opzioni di recupero e di smaltimento, nonché di attuare il principio chi inquina paga».

[61] Una soddisfacente definizione di tale principio è fornita dall'Ocse «*an environmental policy approach in which a producer's responsibility for a product is extended to the post-consumer stage of a product's life cycle*». Oecd, «*Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*», Paris, March 2001, 164, richiamato nel documento della Commissione europea, DG Ambiente, *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (*Epr*)*, Final Report, 2014.

Lo spirito è quello di armonizzare gli approcci alla gestione dei rifiuti tessili, fornendo maggiore certezza giuridica, implementando le operazioni di riutilizzo e riciclaggio. Un tale approccio è finalizzato a «colmare il *deficit* di finanziamento attraverso norme comuni in materia di responsabilità estesa del produttore [ ] riducendo notevolmente gli oneri economici per l'industria e le Pmi, mantenendo la loro competitività»[62].

La novellata disciplina, si muove, su due assi portanti. Il primo è quello di rendere responsabili i produttori, finanziariamente, dei propri prodotti con un'eco modulazione delle tariffe da pagare per la gestione del fine vita[63].

Successivamente, la produzione dev'essere orientata al riutilizzo, permettendo così di estendere il ciclo di vita dei prodotti tessili. Quest'ultimo risulta essere un aspetto decisivo, soprattutto in una filiera caratterizzata da tassi insostenibili di sovraproduzione e consumo eccessivo (*fast fashion*)[64].

Passando nel dettaglio alla proposta disciplina, è possibile subito accorgersi dell'esigenza di definire chi è «produttore di prodotti tessili» e in secondo luogo, cosa si intende per «organizzazione per l'adempimento della responsabilità estesa dei produttori».

La prima definizione è volutamente ampia, considerando produttore qualsiasi persona fisica o giuridica che produca, distribuisca o importi prodotti tessili, associati ai tessili e calzaturieri nel mercato interno, anche attraverso la vendita *online*[65].

La seconda, invece, fissa al livello collettivo l'adempimento alla *policy* dell'Epr da parte dei primi, definendo l'organizzazione per l'adempimento della responsabilità estesa dei produttori come «la persona giudica che organizza finanziariamente, o finanziariamente ed operativamente, l'adempimento degli obblighi di responsabilità estesa del produttore per conto dei produttori»[66].

[62] COD (2023) 0234, 12. Il settore del tessile Ue è composto per il novantanove per cento da Pmi, l'adempimento della policy Epr avverrebbe collettivamente attraverso organizzazioni che si assumono la responsabilità dei produttori per conto di questi ultimi, il che ridurrebbe notevolmente gli oneri amministrativi a loro carico. Segue «per ridurre ulteriormente l'impatto sulle Pmi, le microimprese, che rappresentano l'88% di tutto il settore, sono escluse dal regime di responsabilità estesa del produttore, il che comporta una notevole riduzione degli oneri amministrativi e dell'impatto sulle Pmi».

[63] Considerando 17, COD (2023) 0234, 34 «Nel rispetto del principio "chi inquina paga", di cui all'articolo 191, paragrafo 2 del TFUE, è essenziale che i produttori che immettono sul mercato dell'Unione determinati prodotti tessili, associati ai tessili e calzaturieri si facciano carico della loro gestione alla fine del ciclo di vita e dell'estensione della loro durata di vita mettendoli a disposizione sul mercato per il riutilizzo».

[64] Considerando 19, COD(2023) 0234, 35.

[65] Art. 1, par. 2, COD (2023) 0234 che modifica l'art. 3, dir. 2008/98/Ce (definizioni).

[66] *Ibidem*.

La proposta prevede l'inserimento *ex novo* di quattro articoli, dall'art. 22-*bis* all'art. 22-*quinquies*[67].

L'art. 22-*bis* definisce il principio di responsabilità per i produttori in conformità alla disciplina generale sull'Epr prevista agli artt. 8 e 8-*bis* della direttiva quadro.[68] Entro diciotto mesi (e non più trenta come proposto dalla Commissione), gli Stati membri dovranno istituire regimi di Epr.

La struttura della disposizione rimanda a quella generale dell'art. 8-*bis*; dunque, richiama all'attenzione gli Stati membri sulla definizione in modo chiaro dei ruoli e delle responsabilità dei soggetti coinvolti, per poi passare al profilo più strategico: i costi da sostenere.

I produttori dovranno coprire almeno i costi relativi alla raccolta dei rifiuti tessili, alle operazioni di cernita, preparazione per il riutilizzo e riciclaggio dei quantitativi raccolti, nonché i costi di trasporto e delle operazioni di recupero e smaltimento[69].

Il successivo art. 22-*ter* «Registro dei produttori di prodotti tessili, associati ai tessili e calzaturieri» prevede l'iscrizione obbligatoria dei produttori al neo-registro istituito. Inoltre, in coerenza con la successiva disposizione, gli obblighi connessi alla registrazione «possono essere adempiuti, per conto dei produttori, da un'organizzazione per l'adempimento della responsabilità del produttore»[70].

Il funzionamento delle suddette organizzazioni è disciplinato dall'art. 22-*quater*, così come modificato dall'orientamento del Consiglio europeo[71].

[67] La disciplina generale in materia di responsabilità estesa del produttore è rinvenibile negli artt. 8 (Responsabilità estesa del produttore) e 8-*bis* (Requisiti generali minimi in materia di responsabilità estesa del produttore) della dir. 2008/98/Ce, come da ultima modificata dalla direttiva 851/2018/Ue. Il testo della proposta potrà essere soggetto ad emendamenti, anche in vista della nuova conformazione del Parlamento europeo che insieme al Consiglio europeo, seguiranno l'*iter* della proposta fino ad arrivare alla pubblicazione della nuova direttiva entro il 31 dicembre 2024.

[68] Interessante è il c. 1-*bis* dell'art. 22-*bis*, dove in sostanza si prevede che qualsiasi produttore o di altro Stato membro o di un paese terzo, che metta a disposizione per la prima volta sul loro territorio prodotti tessili, associati ai tessili e calzaturieri, debba designare «una persona fisica o giuridica stabilita nel loro territorio quale rappresentante autorizzato ai fini dell'adempimento, sul loro territorio, degli obblighi di un produttore connessi al regime di responsabilità estesa del produttore».

[69] «Gli Stati membri possono decidere che i produttori di prodotti tessili [ ] coprano, in tutto o in parte, i costi di cui al paragrafo 4, lettera *a*), [ ] che finiscono in rifiuti urbani indifferenziati».

[70] Art. 22-*ter*, c. 5, dir. 2008/98/Ce, così come modifica proposta dalla COD (2023) 0234.

[71] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 17 giugno 2024, che modifica la direttiva 2008/98/Ce relativa ai rifiuti – Orientamento generale, n. 11300/2024.

Tali organizzazioni si avvicinano al modello dei *Producer responsibility organization* (Pro), composti da una gamma eterogenea di soggetti (i produttori e non solo) che sottoposti ad un fascio specifico di obblighi (*policy* Epr) si rivolgono ad un sistema collettivo per l'assolvimento della responsabilità estesa[72].

Dopo aver ricevuto un'autorizzazione da parte dell'autorità competente – chi scrive immagina possa coincidere con il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (Mase), le Pro sono raggiunte da tre specifici fasci di obblighi.

Il primo è relativo a «garantire che i contributi finanziari che ricevono dai produttori di prodotti tessili [ ] si basino sul peso e sulla quantità» e soprattutto siano modulati sulla base delle specifiche tecniche definite dal regolamento Espr[73]. Dunque, criterio quantitativo dei volumi ma anche qualitativo poiché parametrato in base alla composizione e alla progettazione dei materiali.

Per dare cogenza al principio dell'eco-modulazione delle tariffe, la commissione «adotta atti di esecuzione che stabiliscono i criteri di modulazione delle tariffe»[74]. In aggiunta, un criterio suppletivo per la modulazione delle tariffe, riguarda l'influenza delle pratiche dei produttori che comportano la sovraproduzione e quindi, politiche di contrasto ai modelli di *fast fashion*.

Dal momento che uno degli scopi annunciati dell'Epr, è quello di creare un'economia della prevenzione, raccolta, cernita e recupero dei prodotti tessili, le Pro «istituiscono un sistema di raccolta differenziata»[75]. Tale sistema deve garantire, principalmente, punti di raccolta dei rifiuti tessili, la copertura dell'intero territorio nazionale e realizzare un aumento costante delle quantità in peso dei prodotti tessili e proporzionalmente un calo dei prodotti tessili confluiti nei rifiuti urbani misti[76].

[72] Sulla posizione soggettiva delle PRO si veda D. Bonato, *Guida strategica alla progettazione dei sistemi* Epr, in *I Quaderni di EconomiaCircolare.com*, 2021, n. 1, 19 ss.

[73] COD (2023) 0234, 8. Come si legge nella relazione illustrativa alla proposta della Commissione l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile «può anche servire da base per la fissazione di contributi finanziari armonizzati ai regimi di responsabilità estesa del produttore».

[74] Questo passaggio è di rilievo dato che nella proposta originaria della Commissione, il testo recitava «può adottare», mentre in quella passata per il vaglio del Consiglio ha rafforzato tale previsione, passando all'attuale «adotta», per dare maggiore coerenza e coordinamento tra la normativa sulla progettazione ecocompatibile e la proposta disciplina in tema di Epr.

[75] Il sistema di raccolta differenziata istituita dalle Pro offre la raccolta dei prodotti tessili, prevede le modalità necessarie per la relativa raccolta e trasporto, compresa la fornitura gratuita di contenitori adeguati alla raccolta e al trasporto ai punti di raccolta.

[76] Art. 22-*quater*, par. 6, lett. *c*).

Da ultimo, in coerenza con le previsioni in materia di obblighi informativi per i prodotti tessili definite sia nella strategia Ue sul tessile sia nel regolamento Espr, le Pro hanno l'obbligo di pubblicare un folto set di informazioni.

In *primis*, le quantità di prodotti immessi nel mercato ogni anno, quelle in peso della raccolta differenziata e specificare in modo separato i prodotti invenduti. A queste principali si aggiungono, i tassi di riutilizzo, di preparazione per il riutilizzo e riciclaggio, le percentuali di recupero e smaltimento, nonché i tassi di esportazione di prodotti tessili.[77]

Per concludere un primo e sintetico commento alla neo-disciplina sull'Epr per il tessile, la norma di chiusura (art. 22-*quinquies*) è dedicata ai criteri che devono ispirare la relativa gestione dei rifiuti.

In *primis*, viene ribadito l'obbligo per gli Stati membri di istituire entro il 1° gennaio 2025 la raccolta differenziata dei tessili finalizzata al riutilizzo, preparazione per il riutilizzo e riciclaggio.

Potrebbe sembrare una ripetizione, ma fissa il panorama gerarchico che dà priorità al riutilizzo, fino ad arrivare al riciclaggio; visione che viene confermata nei paragrafi successivi.

Al c. 3 proposto viene poi presa una decisione, da un punto di vista giuridico, di rilievo, classificando come rifiuti – al momento della raccolta – tutti i «prodotti tessili e associati usati»[78] e di scarto raccolti separatamente.

Tuttavia, nello spirito di promuovere il mercato vivo degli abiti di seconda mano e dare impulso alle attività già presenti sul territorio dei soggetti dell'economia sociale, viene introdotta una deroga alla regola precedente. Difatti, «non sono considerati rifiuti al momento della raccolta i prodotti tessili [ ] consegnati direttamente dagli utilizzatori finali e sono ritenuti idonei al riutilizzo[79] in base a una valutazione professionale diretta presso il punto di raccolta da parte dell'operatore del riutilizzo o dei soggetti dell'economia sociale». Norma di sicuro favore per il riutilizzo e per incentivare il

[77] La definizione dei commentati obblighi di informazione da pubblicare, specialmente quelli rivolti all'utilizzatore finale dimostra, quantomeno nelle premesse, un palmare coordinamento con le altre normative Ue in materia di tessili, in *primis* con la strategia Ue sul tessile e, in secondo luogo, con i requisiti di progettazione ecocompatibile (che devono contenere i citati obblighi informativi) definiti dal reg. Espr.

[78] Considerando 17-*bis*, Orientamento generale, n. 11300/2024, dove per prodotti tessili usati si intendono «i prodotti tessili oggetto di raccolta differenziata che sono scartati dall'utilizzatore finale, con l'intenzione e la possibilità di riutilizzarli o di non riutilizzarli».

[79] *Ibidem*. Proseguendo, altra definizione offerta riguarda i prodotti tessili usati ritenuti idonei al riutilizzo «i prodotti tessili che sono stati ritenuti idonei al riutilizzo dopo la raccolta, la cernita, la preparazione per il riutilizzo o dopo la valutazione professionale diretta presso il punto di raccolta».

flusso di prodotti tessili usati, ma che conserva dei dubbi su quali parametri venga svolta la valutazione professionale.

Infine, in sintonia con l'obiettivo di conformare la gestione dei rifiuti tessili al principio gerarchico generale definito all'art. 4 della direttiva quadro rifiuti, le operazioni cernita o di selezione devono essere finalizzate a ottenere prodotti tessili per il riutilizzo e la preparazione per il riutilizzo. In questa sede, viene aggiunto un ordine di priorità che vede come primario canale di destinazione il «riutilizzo locale», in seconda battuta i prodotti tessili selezionati bisognosi di ulteriori operazioni di preparazione per il riutilizzo sono destinati «a uno specifico mercato del riutilizzo» e, da ultimo, i prodotti giudicati non idonei al riutilizzo «sono selezionati per il riciclaggio»[80].

2.2. Buona la prima, ma con tante ombre

Premettendo che l'i*ter* di definizione della proposta di modifica alla direttiva quadro sui rifiuti non è concluso, è possibile comunque mettere giù delle prime riflessioni.

La strategia Ue sul tessile e la neo-disciplina Epr si inseriscono in un contesto europeo che vede già diversi ordinamenti dotati di *policy* di Epr, che hanno mostrato significativi benefici ambientali ed economici, quali il richiamato modello francese, a cui si sono aggiunti Paesi Bassi, Svezia e Ungheria[81].

Discipline che, per quanto virtuose, necessitano di un'armonizzazione europea. Dunque, in tal senso, il primo dato di fatto è la volontà dell'Ue di muoversi organicamente verso il modello circolare, implementando la responsabilità estesa e introducendo un'ossatura comune dei *compliance schemes* all'Epr[82].

Bene. Un primo aspetto da salutare con favore riguarda l'estensione del perimetro di applicazione dell'Epr a tutti i prodotti tessili, ad uso domestico e no[83]. Anche da un punto di vista soggettivo viene ampliato il campo,

[80] Art. 22-*quinquies*, par. 5, Orientamento generale, n. 11300/2024.

[81] Waste and Resources Action Programme (WRAP), *Textiles Extended Producer Responsibility (*Epr*). Status report summarising the proliferation of Extended Producer Responsibility (*Epr*) systems for the textiles waste stream*, 2024, 11 ss.

[82] Basti pensare che già nel 2015, in seno alla proposta (COD) 2015/0275 della Commissione Ue, propedeutica all'emanazione del *circular package* del 2018, il Parlamento europeo inseriva tra i principali «strumenti economici per promuovere il passaggio verso l'economia circolare» proprio i regimi di responsabilità estesa del produttore. Ancora al considerando XXI della dir. 851/2018/Ue veniva affermato che «i regimi di responsabilità estesa del produttore sono elementi essenziali di una buona gestione dei rifiuti».

[83] Allegato IV-*quater*, Orientamento generale, n. 11300/2024, 59, denominato «Prodotti che rientrano nell'ambito di applicazione della responsabilità estesa del produttore per

estendendo la definizione di importatori, con l'inclusione delle piattaforme di vendita *online*[84]. Aspetto che contestualizzato alle criticità contemporanee del mercato del tessile non pare di così poco conto.

Viene, ancora, potenziata l'operazione di cernita dei rifiuti urbani misti, nell'ottica di raccogliere i prodotti che possono essere riciclati, riducendo il flusso di rifiuti diretti in discarica[85]. Qui si annida un elevato margine di potenzialità, dal momento che ad oggi si registrano bassi tassi di raccolta e di riciclato, contrapposti ad una quota smodata di rifiuti tessili che confluiscono nella frazione mista.

Altro aspetto da tenere in considerazione, riguarda il raggio di operatività consegnato ai soggetti dell'economia sociale[86], lasciati liberi di «mantenere e gestire i propri punti di raccolta differenziata» ricevendo un trattamento paritario o preferenziale nell'ubicazione dei punti di raccolta differenziata[87].

Il dettaglio normativo interessa molto in previsione futura, soprattutto come "equilibratori" di una filiera che tenterà di evitare situazioni monopolistiche[88]; aspetto che in altre filiere molto più risalenti del tessile in termini di Epr, non è di certo mancato[89].

determinati prodotti tessili, associati ai tessuti e calzaturieri». L'estensione più ampia possibile prevede abbigliamento e accessori, coperte, biancheria da letto, tende, cappelli, calzature, materassi e tappetti, ma non solo anche prodotti materiali affini ai tessili, quali il cuoio, pelli ricostruite, gomma o plastica.

[84] Art. 3, par. 4-*sexies*) «piattaforma online», la cui definizione viene desunta dall'art. 3, lett. *i*), reg. Ue n. 2065/2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali che modifica la dir. 2000/31/Ce.

[85] Art. 22-*quinquies*, par. 6, Orientamento generale, n. 11300/2024. Si legge che «Entro il 1° gennaio 2026 e successivamente ogni cinque anni gli Stati membri effettuano un'indagine sulla composizione dei rifiuti urbani indifferenziati raccolti per determinare la percentuali di prodotti tessili, associati ai tessili e calzaturieri di scarto ivi contenuti».

[86] Art. 3, par. 4-*nonies*) «soggetto dell'economia sociale», il soggetto di diritto privato che fornisce beni e servizi, comprese le cooperative, le società mutualistiche, le associazioni, inclusi gli enti di beneficenza, le fondazioni o le imprese sociali quali definite all'art. 2, par. 1, punto 13), del reg. Ue n. 1057/2021.

[87] Al considerando 25 della proposta si dà atto della presenza strategica di tali soggetti coinvolti nella gestione dei prodotti tessili usati «visto l'importante ruolo che ricoprono negli attuali sistemi di raccolta dei prodotti tessili e il loro potenziale in termini di creazione di modelli commerciali locali, sostenibili, partecipativi e inclusivi e di posti di lavoro di qualità nell'Unione [ ] Questi soggetti dovrebbero pertanto essere considerati partner nei sistemi di raccolta differenziata che promuovono un maggiore ricorso al riutilizzo e alla riparazione e creano posti di lavoro di qualità per tutti, in particolare per i gruppi vulnerabili».

[88] A tal proposito all'art. 22-*quater*, par. 11 della proposta in commento si legge che «Gli Stati membri provvedono affinché le organizzazione per l'adempimento della responsabilità estesa del produttore non possano rifiutare la partecipazione dei soggetti dell'economia sociale».

[89] Basti pensare alla situazione del sistema del Consorzio nazionale imballaggi (Conai)

In generale, le prime osservazioni degli *stakeholders* sottolineano come i nuovi sistemi Epr registrano un maggiore allineamento con la gerarchia dei rifiuti, preferendo la prevenzione e la preparazione per il riutilizzo sopra ogni altra scelta.

Tuttavia, non è così semplice. Secondo la rete di associazioni ambientaliste *European environmental bureau* (Eeb)[90], il *focus* dell'attuale proposta è ancora settato sull'aumento della quota di riciclo, piuttosto che sulla prevenzione e il riutilizzo dei tessili. Anzi, in una lettera firmata da quarantotto associazioni e dieci parlamentari Ue si legge che «La transizione verso l'economia circolare dovrebbe avere al centro la riduzione dell'utilizzo delle risorse: invece di limitarci a chiudere un ciclo sempre più ampio, dobbiamo ridurre le dimensioni dei flussi di materiali. Ciò richiede una completa riorganizzazione dei nostri modelli di estrazione, produzione e consumo»[91].

In queste osservazioni, è possibile notare un tratto comune alle *policy* di Epr, a cui la novella sul tessile non sfugge.

Introdurre l'Epr per il tessile affronta sola una parte della crisi dei rifiuti, quello che è necessario è incentivare i produttori a progettare articoli pensando alla durata, al riutilizzo e, poi, ad un riciclo di alta qualità. In altre parole, la circolarità del settore non si può e ne si deve ridurre alla *policy* dell'Epr.

Qui si annida probabilmente un'occasione mancata. L'attuale proposta – per quanto meritevole – non corregge la grave carenza di introdurre obiettivi distinti per la prevenzione, la raccolta, il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti tessili.[92] Gli Stati membri, infatti, hanno rinviato al 2028 qualsiasi considerazione sugli obiettivi di gestione dei rifiuti tessili[93].

nella filiera della plastica, più volte evidenziata e censurata sia dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) che dal Consiglio di Stato. Si veda Agcm, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani* IC 49, 2016 e Cons. St., sez.VI, n. 4475/2015; Cons. St., sez. IV, n. 781/2021; Cons. St., sez.VI, n. 8402/2021.

[90] L'*European environmental bureau* è la più grande rete di organizzazione di cittadini ambientali in Europa. Attualmente è composta da oltre centoottanta organizzazioni aderenti in quarantuno paesi, tra cui un numero crescente di reti e rappresenta circa trenta milioni di membri e soggetti individuali. Per maggior approfondimento si consulti *www.eeb.org*.

[91] T. Ruggi, Epr *nel settore tessile*, cit.

[92] Questo approccio per il tessile stride con quello invece adottato per il settore alimentare, dove la direttiva prevede obiettivi vincolanti di riduzione da raggiungere entro il 2030: almeno il venti per cento nella trasformazione e produzione alimentare e il quaranta per cento pro capite nella vendita al dettaglio, nei ristoranti, nei servizi alimentari e nelle famiglie.

[93] Secondo Emily Macintosh, *Senior Policy Officer* per i tessili di Eeb, «il Parlamento ha votato per valutare la possibilità di fissare obiettivi di riduzione dei rifiuti tessili per il 2032

Una tale lacuna rischia di tarpare le ali all'operatività dei sistemi Epr, come ha sottolineato Theresa Morsen di *Zero waste europe* (Zwe) «senza obiettivi, gli schemi Epr diventano poco più che tasse che i giganti dell'abbigliamento sono più che disposti a pagare per inquinare. Il ritardo nella definizione degli obiettivi significa che i produttori saranno poco o nulla incentivati a investire in infrastrutture per il riutilizzo e riciclaggio»[94].

Eppure, come già accennato, in Europa non mancano stati pionieri che non solo hanno già introdotto una *policy* Epr, ma hanno, altresì, determinato obiettivi specifici di riduzione e prevenzione dei rifiuti tessili[95]. Su tale centrale profilo bisognerà attendere la conclusione dell'*iter* di riforma.

Da salutare, invece, con maggiore favore è la modulazione delle tariffe Epr orientata alla quantità immessa nel mercato, ma soprattutto in relazione alle prestazioni ambientali dei prodotti. L'eco modulazione richiamata nel testo della proposta (art. 22-*quater*), composta dal parametro della quantità – per ridurre la sovraproduzione – e da quello dei criteri Espr sulla progettazione ecocompatibile sono ottimi punti di partenza, ma si attende la loro definizione e coerenza con i requisiti di ecoprogettazione da definire in sede del regolamento Espr.

Riassumendo, ecoprogettazione ed eco modulazione delle tariffe da un lato, e obiettivi distinti sulla riduzione dei rifiuti, dall'altro, rappresentano sia le sfide per la novellata disciplina, che altresì due assi portanti di ogni *policy* di Epr[96].

Lo schema dell'Epr, infatti, solo apparentemente, guarda alla fase successiva al consumo, in realtà, il reale obiettivo della *policy* è quello di spingere gli agenti economici a modificare a monte i propri modelli di produzione[97].

Chiaramente per un tal tipo di conformazione, si ribadisce la necessità

entro il 2025». Ancora troppo poco e in modo vago, andando peraltro a disilludere l'impegno promosso dal Parlamento europeo in sede di azione della strategia tessile Ue.

[94] Zwe, *T(h)reading a path. Towards textiles waste prevention targets. Policy briefing*, 2023.

[95] Wrap, *Textiles Extended Producer Responsibility (*Epr*),* cit., 13 ss. Il report ci dimostra come in Francia, sia stato registrato un aumento del novanta per cento nel tesso di recupero del tessile dal 2006. Nei Paesi Bassi i produttori sono tenuti a preparare una quota dei tessuti raccolti per il riciclo e il riutilizzo, con l'obiettivo di raggiungere almeno il cinquanta per cento di tessili preparati per il riutilizzo entro il 2025. Ancora in Svezia, il sistema Epr vigente mira a ridurre del settanta per cento i tessili smaltiti entro il 2028, dell'ottanta per cento entro il 2032 e del novanta per cento entro il 2036. Inoltre, dal 2028, almeno il novanta per cento dei rifiuti tessili raccolti dovrà essere preparato per il riutilizzo o il riciclo.

[96] Sia consentito il rinvio a N. Granato, *Economia circolare e Responsabilità estesa del produttore: una strategia di politica ambientale*, in *Il mosaico dell'economia circolare. Regole, principi e modelli*, a cura di M. Cocconi, Milano, FrancoAngeli, 2023, 69-102.

[97] European Commision – DG Environment, *Development of guidance*, cit., 28-29 «*The*

e anche l'urgenza di obiettivi vincolanti per gli Stati membri e quindi per i produttori, senza i quali il potenziale di circolarità che caratterizza la filiera del tessile rischia di andare disperso.

3. La filiera del tessile in Italia: un'istantanea dello *status quo*

Il punto di partenza per inquadrare la filiera del tessile in Italia è che manchi una politica industriale per la gestione e la raccolta dei rifiuti.

Tale *deficit* – avvertito ampiamente a livello europeo[98] – costituisce terreno fertile per l'introduzione sperimentale di sistemi di EPR e, più in generale, rappresenta la necessità di introdurre modelli di *business* circolari che conformino sia la produttività che l'impronta ambientale del settore[99].

Una premessa doverosa che, calata nella dimensione interna del c.d. Paese della moda, emerge vistosamente.

I *deficit* della filiera del post consumo dei prodotti tessili non coincidono, tuttavia, con i volumi di operatività, che va dall'industria della moda a quello dell'abbigliamento, dai tessuti per la casa a tutta la produzione di filati e di tessuti industriali.

Secondo gli ultimi dati disponibili, in Italia, la filiera del tessile è il terzo settore manifatturiero – dopo meccanica e automobilistica – che conta quasi 45.000 aziende attive con circa quattrocento mila addetti[100].

Più nello specifico, secondo i dati del 2021 forniti dall'Osservatorio economico del Ministero degli Affari Esteri, il numero delle imprese è di oltre undici mila – con una larga maggioranza di microimprese (ottanta per cento), vanta più di centosette mila occupati e ha prodotto un fatturato globale nel 2023 di circa sessanta miliardi di euro[101].

economic reasoning behind the EPR *concept is to have producers internalise treatment and disposal costs so that they have an incentive to design products that last longer and are more easily treated after use*».

[98] Si veda *supra* par. 2.

[99] Molto puntuale risulta l'approfondimento di Laboratorio REF Ricerche, *Rifiuti tessili: occorrono strategia e strumenti economici*, n. 193, 2021.

[100] I dati relativi al 2021 sono stati elaborati dall'Agenzia ICE – *Italian Trade & Investment Agency*, presso il Ministero delle Imprese e del *Made in Italy* e il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. Per un maggior approfondimento, si consulti *www.ice.it*.

[101] Osservatorio Economico del Ministero degli Affari Esteri – DG per la Promozione del Sistema Paese – Ufficio I, *Statistiche relative all'interscambio commerciale italiano nel settore Tessile*, 2024. Si può osservare come l'ecosistema del settore dei prodotti tessili si completi con una buona parte di piccole imprese (17,5%) e la restante parte da medie imprese (2,8%) e da grandi imprese per la parte residua, circa lo 0,3%.

I dati raccolti dall'Osservatorio mostrano una grande propensione all'*export* (circa il 43,8%) delle imprese italiane, situando il nostro paese come terzo esportatore al mondo, dopo Cina e Germania. La rinomata eccellenza italiana si traduce in una grande domanda rivolta sia ai mercati europei che a quelli di alta fascia presenti in Russia, Cina, Giappone e Stati Uniti.

Bene, in termini produttivi bisogna, subito, distinguere due flussi di prodotti dell'industria tessile. Il primo riguarda i prodotti a base tessile immessi nel mercato italiano – in larga parte prodotti all'estero – il secondo, invece, riguarda il c.d. *Made in Italy* che produce, a livello locale, tessuti, filati e semilavorati pregiati destinati alla produzione di capi di alta fascia venduti nei mercati esteri.[102]

Tale distinzione, oltre a scattare una prima istantanea dell'industria del tessile italiana e dell'abbigliamento, possiede un prezioso valore in termini di copertura finanziaria dell'Epr, su cui torneremo più avanti.

Partendo dalla definizione di prodotto tessile, questa è rinvenibile nel reg. Ue n. 1007/2011 sull'etichettatura dei prodotti tessili, dove viene definito come «il prodotto grezzo, semilavorato, lavorato, semi manufatto, manufatto, semi confezionato o confezionato, esclusivamente composto di fibre tessili, qualunque sia il procedimento di mischia o di unione utilizzato»[103].

Da questa scarna definizione, si può osservare come il punto di partenza della filiera del tessile sia la fibra[104] .

Bene, oltre a segnalare che come tutta la produzione tessile, anche quella delle fibre, a livello globale abbia subito un'enorme accelerata negli ultimi cinquant'anni, quello che più interessa è il rapido cambiamento nelle tipologie di fibre utilizzate[105] .

Aumentando la produzione, fin dalla metà degli anni Novanta, le fibre sintetiche hanno totalmente occupato più della metà della produzione glo-

[102] Laboratorio Ref Ricerche, *Tessili: Verso una nuova responsabilità*, n. 243, 2023, 7.

[103] Art. 3, c. 1, lett. *a*), reg. Ue n. 1007/2011.

[104] Anche in questo caso viene in soccorso il regolamento sull'etichettatura dei prodotti tessili, dove all'art. 3, c. 1, lett. *b*) definisce fibra tessile, alternativamente, come «un elemento caratterizzato da flessibilità, finezza ed elevato rapporto tra lunghezza e dimensione trasversale massima, che lo rendono atto ad applicazioni tessili e/o una lamella flessibile o un tubo di larghezza apparente non superiore a 5 mm, comprese le lamelle tagliate da lamelle più larghe o da film, fabbricati a base di sostanze che servono per ottenere le fibre elencate nella tabella 2 dell'allegato I e atti ad applicazioni tessili».

[105] Textile Exchange, *Materials Market Report*, 2023, 9. Per dare una veloce istantanea, la produzione globale di fibre tessili è aumentata da 8,3 kg/persona nel 1975 ai 14,6 kg/persona del 2022. Nello stesso anno, è stato raggiunto il record di produzione di ben centosedici milioni di tonnellate che, secondo l'attuale andamento, potrebbero arrivare alla cifra di centoquarantasette entro il 2030.

bale, sostituendo le fibre vegetali e animali. In altri termini, rapidamente, si è passati dal cotone e dalla lana al poliestere, che ad oggi – da solo – pesa per circa il cinquantaquattro per cento sulla produzione mondiale[106].

Non è complicato comprendere quanto sia l'aumento massiccio della produzione che lo *swift* nella composizione in fibre a base sintetiche possano pesare nella successiva fase post consumo[107].

Quando parliamo di rifiuti tessili, utilizziamo un termine ombrello che comprende la porzione di rifiuti di abbigliamento, accessori correlati e tessuti tecnici per la casa giunti al loro fine vita. A questi, si aggiungono i residui derivanti dalle industrie tessili – filati e tessuti – e dall'industria della moda, insieme ai materiali tessili impiegati all'interno degli edifici (ad es. rivestimento pareti e pavimenti)[108].

Ad oggi, a livello normativo, tuttavia, non esiste una definizione di rifiuto tessile. L'unico riferimento è rinvenibile all'allegato D, parte IV, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 dove sono indicate le sette tipologie di rifiuto riconducibili ai materiali tessili[109].

Tra queste, le uniche due che rientrano nella raccolta urbana tramite la raccolta differenziata (RD) sono quelle dell'abbigliamento e dei prodotti tessili. In altri termini, parliamo di indumenti usati, accessori per l'abbigliamento e prodotti tessili per la casa, nonché i rifiuti dell'industria tessile[110].

[106] Textile Exchange, *op. cit.*, 10. La composizione del mercato globale delle fibre tessili, oltre a quelle sintetiche (circa il sessantacinque per cento), comprende le fibre a base vegetale (ventisette per cento), le fibre cellulosiche artificiali – le c.d. *Man-Made Cellulosic Fibers* – (MMCFs) per il 6,3% e quelle di origine animale (meno del due per cento).

[107] In termini soprattutto ambientali, ma le criticità nascono molto prima della fase post consumo, lungo tutto il ciclo di vita di un prodotto tessile che è composto da numerosi *step*. Dalla produzione delle materie prime e delle fibre alla produzione dei tessuti e degli indumenti per passare al *packaging* e alle fasi di distribuzione, vendita ed uso. I. Zucchetto, *Analisi della gestione dei rifiuti tessili. La filiera italiana*, Università Politecnico di Torino, 2022, 10 ss. Sull'analisi quantitativa dei singoli impatti ambientali che si registrano lungo i diversi step produttivi si v. S. Moazzem, E. Crossin, F. Daver e L. Wang, *Environmental impact of apparel supply chain and textile products*, in 24 *Environmental, Development and Sustainability* (2021), 9757 ss.

[108] A. Bruzzi, *Riciclo dei rifiuti tessili in edilizia, un'attrezzatura low-budget per valutare la classificabilità dei materiali in termini di reazione al fuoco*, Università Politecnico di Milano, 2023, 19.

[109] Allegato D, parte IV, d.lgs. n. 152/2006, l'elenco comprende: rifiuti da materiali compositi (Codice CER 040209); rifiuti da fibre tessili grezze (Codice CER 040221); rifiuti da fibre tessili lavorate (Codice CER 040222); imballaggi in materia tessile (Codice CER 150109); abbigliamento (Codice CER 200110); prodotti tessili (Codice CER 200111); rifiuti tessili generati durante il processo meccanico di lavorazione e produzione dei precedenti (Codice CER 191208).

[110] Laboratorio REF Ricerche, *Tessili*, cit., 8. Interessante il riferimento al TAR Toscana,

Questi flussi di rifiuti vengono intercettati e raccolti tramite appositi contenitori per strada – di solito affidati con gara dai comuni e dalle stazioni appaltanti a cooperative sociali (circa il settanta per cento dei soggetti affidatari).

Secondo il rapporto dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (Ispra) 2023 sui rifiuti urbani, la frazione del tessile raccolta in modo differenziata nel 2022 ammonta a centosessantamila tonnellate di rifiuti, confermando il dato in aumento costante dal 2018[111]. Non rientra, invece, nel perimetro della raccolta urbana e né tantomeno in quello della normativa sulla gestione dei rifiuti, tutto quel flusso di capi di abbigliamento ed accessori donati «a fini di solidarietà sociale», ad esempio a enti religiosi, associazioni caritatevoli, *etc.*[112].

A queste due frazioni, vanno, poi, sommati i volumi – che costituiscono la larga parte dei rifiuti tessili – che confluiscono nell'indifferenziato, scomparendo in termini di tracciabilità, ma soprattutto rappresentando uno spreco di risorse per il riutilizzo e riciclaggio.

Qui si annida uno dei maggiori potenziali di crescita della filiera del post consumo, poiché se, secondo le stime di Ispra le frazioni tessili presenti nell'indifferenziato si aggirano intorno al sei per cento[113], ulteriori analisi merceologiche rileverebbero volumi ben più alti[114]. Secondo le previsioni di Ispra, parliamo di quasi 1,5 milioni di tonnellate di rifiuti tessili potenzialmente da destinare al riuso o in seconda scelta al recupero di materia e riciclo[115]. In altri termini, tante risorse disperse.

sez. II, n. 153/2023, dove il giudice amministrativo ha fatto emergere alcune contraddizioni in merito alla movimentazione transfrontaliera dei rifiuti tessili, soprattutto quando questi ultimi vengono classificati come EoW. Il contenzioso è stato risolto a sfavore dell'azienda italiana – dovuta ad un'incertezza regolatoria – dal momento che il Tar si è rifatto all'art. 28, par. 1, reg. Ce n. 1013/2006 che prevede che «se le autorità competenti di spedizione e destinazione non si accordano in merito alla classificazione dei materiali come rifiuti o no, detti materiali sono trattati come rifiuti».

[111] Ispra, *Rapporto Rifiuti Urbani. Edizione 2023*, 42.

[112] La cornice normativa di riferimento è l'art. 14, c. 1, l. n. 166/2016 derubricato «Distribuzione di articoli e accessori di abbigliamento usati a fini di solidarietà sociale», recita «Si considerano cessioni a titolo gratuito di articoli e di accessori di abbigliamento usati quelle in cui i medesimi articoli ed accessori siano stati conferiti dai privati direttamente presso le sedi operative dei soggetti donatori».

[113] Laboratorio Ref Ricerche, *Tessili*, cit., 9. Per maggior approfondimento si veda Economiacircolare.com, *Raccolta differenziata del tessile? "Un'opportunità per il settore e per l'Italia"*, in *Economiacircolare.com*, 2021.

[114] Confservizi Toscana, *Studio sulle analisi merceologiche dei rifiuti urbani in Toscana*, Università di Firenze, 2023.

[115] Per rendere l'idea dei volumi di cui discutiamo, il dato del quantitativo di rifiuti tes-

Individuati i diversi flussi di rifiuti, proviamo a tratteggiare la *governance* e la gestione dei rifiuti tessili, ad oggi, in Italia.

Un primo dato di fatto è che l'intercettazione dei rifiuti tessili viaggia su canali differenti. Un aspetto fisiologico – di cui si è dato già conto – dal momento che i flussi della raccolta urbana seguono le due arterie dell'indifferenziato e della RD tramite i cassoni per strada (servizi pubblico), a cui poi si aggiunge il raggio di operatività degli enti del terzo settore relativamente ad atti donativi di capi di abbigliamento usati – peraltro da non considerare come rifiuti[116].

La filiera si caratterizza, in *primis*, per essere impostata sul riutilizzo e la preparazione per il riutilizzo come principale destinazione dei rifiuti raccolti in modo differenziato. Ampio spazio è affidato a soggetti dell'economia sociale (cooperative, *onlus*, ETS) che, di fatto, si occupano sia della gestione delle RD che delle prime fasi di trattamento dei rifiuti tessili[117]. Peraltro, questo flusso di rifiuti tessili, è l'unico di cui si ha tracciabilità e, secondo i dati ISPRA, circa il cinquanta per cento del raccolto differenziato è destinato al riuso[118].

Una caratteristica di fatto, ma anche storica, che deriva dal sistema scelto negli anni dal servizi pubblico di raccolta. Da sempre, comuni e gestori della raccolta dei rifiuti urbani hanno demandato la gestione a soggetti terzi, che per opportunità hanno impostato un'economia fondata esclusivamente sul riutilizzo.

Una precisazione. Quando parliamo di raccolta urbana dei tessili, ad

sili presenti nella frazione indifferenziata è superiore di quattro/cinque volte rispetto a quello intercettato nella RD, che si attesta a meno dell'un per cento. Un dato che, se quantificato, porterebbe a circa 663mila tonnellate/anno di rifiuti tessili non valorizzati. Laboratorio REF Ricerche, *Rifiuti tessili*, cit., 8.

[116] Utile il riferimento a Utilitalia, *Linee Guida per l'affidamento del servizio di raccolta e avvio a recupero degli indumenti usati (Cod. EER 20.01.10 – 20.01.11)*, 2020, 6. Si afferma chiaramente il concetto che tali prodotti non rientrino nel perimetro della disciplina dei rifiuti. Difatti, quando «il reimpiego degli indumenti è frutto di canali alternativi alla raccolta differenziata del rifiuto tessile, esso è riconducibile alla definizione di riutilizzo, quando invece il reimpiego riguarda ciò che viene conferito nei contenitori stradali, la disciplina da applicare è ancora quella del rifiuto, e nei passaggi successivi si parla di preparazione per il riutilizzo».

[117] Aa.Vv., *Il Riciclo in Italia*, Fondazione per lo Sviluppo Sostenibile, a cura di E. Ronchi, 2023, 176. Nella gran parte dei casi, tali soggetti in accordo con il sistema pubblico si occupano del posizionamento, della manutenzione e dello svuotamento dei contenitori per la raccolta nonché della fase di cernita ed eventuale igienizzazione.

[118] Laboratorio REF Ricerche, *Tessili*, cit., 11. «considerando una media annua di circa 150.000 tonnellate di rifiuti tessili raccolte separatamente (4% del totale differenziato), sarebbero destinate al riuso circa 75.000 tonnellate».

oggi intendiamo le frazioni tessili e dell'abbigliamento. Questi due scarti tessili si raccolgono insieme ma hanno un diverso e profondo valore economico potenziale. Difatti, lo scarto di abbigliamento ha di solito un valore maggiore delle ordinarie frazioni tessili, sia in termini di riuso che di riciclo.

Qualcosa di molto simile accade nelle frazioni dei rifiuti solidi urbani (RSU) per gli imballaggi, con un differente valore marginale tra i rifiuti urbani e quelli derivanti dal canale commercio e industria (C&I), tale delta economico può e genera casi di fallimenti di mercato[119].

Questi primi tratti caratteristici, ci restituiscono una filiera del tessile poco implementata, che si regge, prevalentemente, per il ruolo strategico dei selezionatori, cioè i soggetti che acquistano dai raccoglitori – comuni o gestori della raccolta. Ai fini della preparazione per il riutilizzo, l'attività principale, dunque, risulta la cernita[120], ossia il controllo, principalmente, visivo finalizzato a determinare se il materiale sia idoneo alla selezione e ad una seconda vita[121].

Il mercato che si è formato successivamente a tale passaggio è il reale motore della catena del valore del tessile: la filiera dell'usato.

Gli scarti tessili raccolti in RD vengono inviati agli impianti di trattamento per le operazioni di cernita ed igienizzazione. Qui, i capi di abbi-

[119] In economia, viene definito «fallimento del mercato» quella situazione in cui l'allocazione dei beni e dei servizi effettuata tramite il libero mercato non è efficiente, ovverosia non si riscontrano possibilità per incrementare il benessere di alcuni partecipanti senza ridurre quello di qualcun altro. C. Muraca, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, n. 1, 2021; Agcm, *IC 49*, cit., par. 601. In merito alla distinzione – in seno alla categoria dei rifiuti da imballaggio – tra i rifiuti urbani e quelli provenienti dal canale commerciale e industriale (C&I), che vengono computati insieme, ma presentato diversissime caratteristiche, in particolare in termini di redditività marginale. Difatti, i secondi generano profitti, mentre i primi, perché più dispersi e diffusi maggiormente, comportano maggiori oneri di raccolta e quindi costi da coprire, che superano i ricavi.

[120] S. Maglia, *La cernita non è una fase della gestione rifiuti*, in *TuttoAmbiente.it*, 2024. Secondo la Treccani per cernita si intende "azione di separare le cose diverse"; in sé questa "azione" non necessita di autorizzazione di alcun tipo, specialmente se viene compiuta a monte della gestione rifiuti. La definizione è consultabile *www.tuttoambiente.it*.

[121] Caso esemplare è il distretto tessile di Prato, che importa ogni anno circa centoottanta mila tonnellate di scarti di lana da destinare al riciclo come lana cardata, affermandosi come uno dei più grandi distretti industriali d'Italia e il più grande centro tessile a livello europeo, nonché tra i più importanti nel mondo per la lavorazione e produzione di tessuti in lana. Il distretto è costituito da circa settemila imprese. V. Unione Industriale Pratese, *Distretto Pratese. Breve sintesi della sua evoluzione*, 2011; M. Azzari, *Dal sottoscala, al distretto, al mercato globale. Il ruolo dell'imprenditoria straniera nell'evoluzione del sistema economico della Piana di Firenze e Prato*, in *AGEI*, nn. 43-44-45, 2020, 201-209.

gliamento in buone condizioni (c.d. crema, circa il sessanta per cento del totale), una volta preparati per il riutilizzo, vengono reinseriti nel mercato di seconda mano. La prima destinazione è il mercato nazionale (trentacinque-quarantacinque per cento), mentre il restante – di minore qualità che rappresenta più della metà degli scarti – viene collocato ed esportato in mercati esteri, in particolare paesi dell'est Europa e nord Africa.

La restante quota di scarto viene avviata a riciclo o a recupero di materia, salvo come ultima scelta a smaltimento.

Il grande assente nella *governance* del post consumo degli scarti tessili è, certamente, la filiera del riciclo.

È possibile osservare come, vuoi per tratti storici vuoi per necessità di delega, una *governance* pubblica sulla filiera del riciclaggio sia mancata.

L'industria post-consumo del tessile, come anticipato, è settata principalmente sul riutilizzo, dimenticando il riciclaggio. Questo non significa che il secondo aspetto debba essere preferito al primo, anzi, come sappiamo il riuso è gerarchicamente superiore al riciclaggio.

Tuttavia, per costruire un sistema industriale di gestione di qualsivoglia flusso di rifiuti, l'economia del riciclo è fase imprescindibile, chiaramente se declinata in modo orizzontale: pianificazione, impiantistica e sostegno economico[122].

Nel tessile, tale segmento della catena del valore risulta da costruire quasi da zero, per un primissimo argomento: non è stato ancora progettato.

In quest'aspetto trova coerenza la prima osservazione svolta: la mancanza di una politica industriale per la gestione degli scarti tessili.

Il *deficit* impiantistico è sicuramente tra le criticità della filiera[123]. Aspetto, peraltro, ben conosciuto ed evidenziato sia nella Strategia nazionale per

[122] Una determinata visione richiede, necessariamente, l'intervento pubblico, anche e non solo per correggere eventuali fallimenti di mercato o situazioni patologiche. Su tale argomento si rinvia *amplius* a A. La Spina e G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000; F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano: il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013; M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Bari, Laterza, 2018; F. de Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2018.

[123] Il tessile, difatti, rientra tra le filiere scelte per i «Progetti faro di economia circolare» finanziati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con un investimento pari a seicento milioni di euro (Componente 1 «Economia circolare e agricoltura sostenibile» – Missione 2 «Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica»). Nello specifico, la misura citata mira a sostenere il miglioramento della rete di raccolta differenziata e degli impianti di trattamento/riciclo per ottenere l'obiettivo cento per cento di recupero nel settore tessile tramite «*Textile Hubs*» (Linea d'Intervento D: infrastrutturazione della raccolta delle frazioni tessili pre-consumo e post consumo, ammodernamento dell'impiantistica e realizzazione di nuovi impianti di riciclo delle frazioni tessili in ottica sistemica – Avviso M2C.1.1 I 1.2).

l'economia circolare (Sec)[124] che nel Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (Pngr).[125]

La Sec, peraltro, oltre a concentrarsi sulla responsabilità estesa, programma la definizione e lo sviluppo del regolamento *End of Waste* (EoW)[126] e dei Criteri ambientali minimi (Cam) per i prodotti tessili[127].

Tuttavia, anche se i finanziamenti europei vanno in quella direzione, la sfida del settore non si gioca tutta e solo sull'impiantistica e sui fondi del Piano nazionale ripresa e resilienza (Pnrr)[128]. La logica di tali investimenti, in realtà, risponde all'arretratezza tecnologica e reale dei nostri impianti, ma non «inquadra una strategia più ampia che contempli il fatto che è soprattutto la fase della prima selezione a determinare il maggior margine di ricavo

[124] Mase, *Strategia Nazionale per l'Economia Circolare (SEC)*, 2022, 52. È considerata come «prioritaria l'introduzione in tale strategica filiera di una disciplina che dettagli le modalità di prevenzione, riutilizzo, preparazione per il riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti tessili». Si legge nella SEC che procedere con la riforma dell' Epr nella filiera del tessile implica, altresì, il potenziamento delle reti impiantistiche destinate al trattamento e alla valorizzazione dei rifiuti.

[125] Mase, *Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti (PNGR)*, 2022. La pianificazione prevista per i rifiuti tessili prevede di implementare i sistemi di raccolta differenziata attraverso raccolte di tipo selettivo e realizzare centri di preparazione per il riutilizzo di rifiuti tessili, nonché sperimentare modalità di raccolta differenziata più efficiente e incentivare lo sviluppo di tecnologie per il riciclo.

[126] Schema di regolamento recante disciplina della cessazione della qualifica di rifiuti tessili (c.d. EoW Tessili). Il Mase ha presentato lo schema di regolamento a dicembre 2023, avviando il periodo di consultazione con le parti interessate che si è concluso nel gennaio 2024. Il provvedimento – inserito nel Cronoprogramma della Sec (d.m. n. 342/2022) stabilisce i flussi di rifiuti interessati, i criteri di conformità ai fini della cessazione della qualifica di rifiuti, gli scopi specifici di utilizzabilità e gli obblighi documentali. L'iter di approvazione è consultabile *www.mase.gov.it*.

[127] Mase, Decreto ministeriale 7 febbraio 2023, Criteri ambientali minimi per le forniture ed il noleggio di prodotti tessili ed il servizio di *restyling* e finissaggio di prodotti tessili (GU Serie Generale n. 70 del 23.03.2023). Il nuovo decreto ministeriale, che sostituisce il precedente d.m. 30 giugno 2021, valorizza con punteggi premianti i prodotti preparati per il riutilizzo e i prodotti con fibre tessili riciclate e/o costituite da sottoprodotti.

[128] Laboratorio Ref Ricerche, *Tessili*, cit., 29. Secondo le stime elaborate dal Laboratorio Ref sui dati Mase, attualmente risultano finanziati ventitré progetti per il tessile, per un contributo totale di circa 62,2 milioni di euro (sui centocinquanta totali) a copertura mediamente del ventisei per cento dei costi di progetto. Continua «L'erogazione dei fondi del PNRR si è basata in particolare sull'idea dei *Textile Hubs*, che non appare sorretta da una indicazione di cosa essi siano o vogliano diventare. Manca una codifica dei *Textile Hubs*: le singole esperienze distrettuali […] si sono fino ad oggi fermate alla produzione di manufatti. Esperienze di *Textile Hubs* che si siano spinte fino a chiudere la filiera in un'ottica di riciclo e riuso non se ne conoscono, almeno attualmente».

dalla raccolta degli indumenti usati, e che questa si può svolgere al meglio soprattutto grazie al lavoro manuale degli operatori e degli addetti»[129].

Senza una strategia industriale e di *policy* meditata, senza una programmazione di lungo respiro – di concerto con gli attori economici del settore – la filiera non potrà decollare secondo logiche circolari e di efficienza. Criticità a cui si accosta il problema regolatorio delle tariffe di trattamento[130].

Nello scenario appena tratteggiato, si inserisce l'introduzione – in anticipo rispetto alla legislazione europea – dell'obbligo di raccolta differenziata dei rifiuti tessili di origine urbana dal 1° gennaio 2022, in anticipo all'obbligo generale previsto dall'Ue per il 2025[131].

Corollario del citato obbligo, il legislatore nazionale già a fine 2022, ha disposto l'ulteriore obbligo di istituire i sistemi Epr per i prodotti tessili.

4. L'Epr in Italia: cosa c'era prima e cosa si attende dalla riforma europea, passando per la bozza di schema Epr del 2023

4.1. Una filiera in fermento. *I consorzi per la gestione dei rifiuti tessili*

L'ordinamento italiano, prima di altri paesi, ha accolto la sfida di implementare sistemi di responsabilità estesa del produttore nella gestione dei rifiuti tessili.

Il d.m. n. 342/2022 ha dato attuazione al cronoprogramma della Sec, dove tra le varie azioni si prevede la «definizione di schemi di decreto per l'istituzione di Epr per filiere strategiche della Sec: tessile e plastiche non imballaggio»[132].

Ciononostante, al momento in cui si scrive, l'Italia non si è ancora

[129] Laboratorio Ref Ricerche, *op. cit.*, 24.

[130] Per un approfondimento sul versante tariffario-regolatorio si veda Laboratorio Ref Ricerche, *op. cit.*, 27-29. In via generale, per regolazione si intende «*the art of regulating or the state of being regulated*» oppure come «*a standing rule*». Ocse, R*eport on Regulatory Reform*, Parigi, 1997.

[131] Mase, *SEC*, 2022, 74. Si attesta che al 2020, oltre il settanta per cento dei comuni italiani ha attivato sistemi di raccolta della frazione tessile; tuttavia, non è possibile trarre conclusioni su quanto sia elevato il reale tasso di intercettazione. Il numero di comuni con una RD dei tessili superiore ai 5,5 kg/abitante è pari a solo il 10,3% del totale.

[132] Mase, *Cronoprogramma di attuazione delle misure della Strategia Nazionale per l'Economia Circolare*, d.m. n. 342 del 2022, All. 1, Tema 6. Tra gli obiettivi si segnalano la «Definizione Accordo di programma per la realizzazione di un modello sperimentale di attuazione degli obblighi Epr per i venditori a distanza su mercati on line – Istruttorie per istituzione di nuovi sistemi autonomi e DM ai sensi dell'articolo 178-*bis* TUA in base all'arrivo delle istanze –

dotata di una regolamentazione Epr per il tessile. Dunque, si può dire che formalmente una filiera Epr per il tessile ancora non esiste, ma questo non vuol dire che il settore non sia in fermento[133].

Ad oggi, pur in mancanza di una disciplina che dia attuazione alla *policy* dell' Epr, il sistema imprenditoriale nazionale si è già da tempo mosso, con la nascita di consorzi promossi dall'industria e dai distributori.

I consorzi – dalla natura collettiva – sono sei e brevemente ne diamo conto.

Il primo consorzio istituito in Italia per la gestione dell'Epr dei rifiuti tessili è Ecotessile, costituito il 9 dicembre 2021[134].

Il consorzio, in attesa di disciplina, si propone di gestire per i produttori un'ampia gamma di prodotti tessili, che vanno dagli articoli tessili, tappeti, pezzami, indumenti da lavoro, all'abbigliamento in pelle, biancheria e altri articoli di abbigliamento e accessori.

Nel solco dell'Epr, il consorzio si è fatto portavoce del mondo delle imprese, con la volontà di coniugare efficienza, tracciabilità e riduzione dell'impatto ambientale nella gestione dei prodotti tessili, mirando a creare una filiera dedicata ed affidabile[135].

Retex.Green, invece, è il primo consorzio formato esclusivamente dai produttori, costituito nel marzo del 2022 e promosso da Sistema moda Italia (Smi)[136].

Quindi un consorzio rivolto agli operatori del settore moda, in particolare produttori del prodotto finito nel mercato nazionale, importatori

Definizione di schemi di decreto per l'istituzione di Epr per filiere strategiche per la Sec: Tessile e plastiche non imballaggio».

[133] Si dà conto di talune proposte giunte dagli operatori del settore tessile e della moda italiani. SMI, *Position Paper. Verso un regime* Epr *nel settore tessile*, 2021. Si osserva come nel dicembre del 2021, si è tenuta una riunione presso l'allora Mite (oggi Mase) alla presenza di diversi soggetti rappresentativi della filiera del tessile, che avrebbe dovuto portare alla definizione di una disciplina Epr nazionale. *Cfr.* Icesp, *L'economia circolare nelle filiere industriali: i casi tessile, abbigliamento e moda (TAM) e mobilità elettrica. Sistemi di progettazione, produzione, distribuzione e consumo sostenibili e circolari*, 2020.

[134] Il consorzio, che fa parte della galassia Ecolight (già operante come schema Epr per i Raee e le pile dal 2004, per i beni in polietilene dal 2019 e per i materassi e imbottiti dal 2021), è stato costituito in risposta al d. lgs. n. 116/2020, con il quale l'Italia ha introdotto l'adozione del modello Epr in ambito tessile a partire dal 1° gennaio 2022. Per un approfondimento si consulti *www.ecotessili.it*.

[135] Sistema Ecolight, *Rapporto Sociale 2023*, 19-21. Si dà conto, altresì, del consorzio Ecoremat – costituito nel 2021 – per la gestione dei materassi e degli imbottiti a fine vita, poiché anch'essi soggetti agli obblighi di Epr (art. 178-*bis*, d. lgs. n. 152/2006).

[136] Il consorzio è stato promosso dal Smi e Fondazione del tessile italiano per il riciclo nella moda, grazie ad un sistema collettivo Epr, per la gestione dei rifiuti del tessile, dell'abbigliamento, delle calzature e della pelletteria.

e *brandholder*, cioè coloro che fanno fabbricare il prodotto da terzi ma lo immettono nel mercato con il proprio marchio[137].

Retex.Green gestisce rifiuti provenienti da filati e tessuti, tessili per la casa, abbigliamento, calzature e pelletteria. Da evidenziare, secondo lo statuto del consorzio, la composizione del contributo ambientale, calcolato su un importo «per ciascun materiale componente, in base al peso, oppure per singole tipologie di prodotto. A questo si aggiungono fattori di *bonus* o *malus* in relazione alla natura dei materiali costituenti e alla loro riciclabilità»[138].

In ordine di costituzione, Cobat Tessile[139] – fondato ad aprile 2022 – come Ecotessili, fa parte dell'alveo dei gestori dei sistemi collettivi Epr. Il consorzio ha una composizione eterogenea, non solo produttori, ma anche Associazione delle piccole, medie e grandi industrie e da Tintess Spa – società attiva nel settore del riciclo[140].

Cobat Tessile è impegnato nella raccolta, trattamento e avvio a recupero di prodotti tessili giunti a fine vita, offrendo servizi integrati e personalizzati di gestione ambientale, con particolare attenzione alla gestione del fine vita e al riuso[141].

Il quarto consorzio è Re.Crea, costituito nell'agosto 2022, sotto il coordinamento della Camera nazionale della moda italiana ed è rivolto alle aziende italiane di eccellenza del settore moda[142].

Gli ultimi due sistemi Epr dell'ecosistema tessile sono Erion Textiles e Corertex.

Il primo fa parte della piattaforma Erion, sistema collettivo multi-consortile attivo da tempo sui Raee ed è costituito dalle aziende di abbigliamento, accessori, pelletteria, tessili per la casa e calzature[143].

L'ultimo consorzio da passare in rassegna è Corertex, che fa riferimento al distretto del tessile di Prato[144]. Il neo-consorzio ambisce di occuparsi

[137] Per un maggior approfondimento si consulti *www.retex.green*.

[138] D. Di Stefano, *Rifiuti tessili: aspettando la responsabilità estesa del produttore, arrivano i consorzi*, in *Economiacircolare.com*, 2022, testo consultabile in www.economiacircolare.com.

[139] Il 23 dicembre 2021, Cobat Tessile ha depositato presso l'allore Mite istanza di parte per attivare in territorio italiano la disciplina europea dell' Epr, relativamente alla gestione del fine vita dei tessuti.

[140] Il consorzio fa parte della piattaforma Cobat, piattaforma multi-consortile dell'economia circolare, di cui fanno parte Cobat Ripa (pile e accumulatori), Cobat Raee, Cobat Tyre (pneumatici fuori uso) e Cobat compositi (materiali compositi).

[141] Si consulti *www.cobattessile.it*.

[142] Camera Nazionale della Moda Italiana, *Nasce il Consorzio Re.Crea*, 2022, consultabile *www.pradagroup.com/it*.

[143] Per approfondire si consulti *www.eriontextiles.it*.

[144] Il consorzio si inserisce nel distretto industriale di Prato, tra i più grandi in Europa

delle attività di riuso e di riciclo e risulta composta da una pluralità di aziende del settore tessile, attive su tutto il territorio nazionale[145].

4.2. La prima mossa del Mase e poi l'attesa: la bozza di schema Epr e le sue spine

Il 2 febbraio 2023 il Mase ha trasmesso una nota ministeriale con la quale ha presentato la prima bozza di schema di decreto per dare attuazione alla responsabilità estesa per i prodotti tessili[146].

Dopo aver avviato una consultazione con gli *stakeholders* principali[147] – fino a marzo 2023 – l'iter è entrato in una fase di stallo. La volontà del Ministero di attendere la conclusione dell'iter di approvazione delle modifiche alla direttiva quadro rifiuti ha prevalso – in modo sensato – sul fermento del settore e dei neo-consorzi che richiedono una regolamentazione[148].

Nella breve nota del Mase si «afferma la centralità di chi produce nel rispetto della legge e dell'ambiente», introducendo il sistema Epr per il tessile, sostenuto dai produttori – tramite il versamento del contributo ambientale – per assicurare i mezzi finanziari e organizzativi per sorreggere il sistema di raccolta e gestione, in accordo con gli enti d'ambito.[149]

Una prima novità da attenzionare è la volontà di creare un sistema multi-consortile, che vedrà come soggetto coordinatore della filiera il Centro di coordinamento per il riciclo dei tessili (Corit).

Lo schema proposto riguarda i prodotti tessili finiti – abbigliamento, tessili per la casa, calzature e pelletteria – ed è volto a promuovere la sostenibilità dei prodotti, la loro progettazione e dei loro componenti «volta a ridurne gli impatti ambientali e la generazione di rifiuti durante la produzione e il successivo utilizzo dei prodotti»[150].

che si estende su settecento km^2, ne fanno parte tredici comuni, settemila aziende attive e trentacinquemila addetti. Per Corertex si approfondisca a *www.corertex.it*.

[145] Art. 3, Statuto Corertex.

[146] Mase, *Tessile/Moda: MASE, per sostenibilità e minore impatto su ambiente arriva la responsabilità estesa del produttore*, 2023, testo consultabile *www.mase.gov.it*.

[147] Tra questi, nel testo della nota, vengono citati i consorzi per la gestione dei rifiuti tessili già nati, associazioni che raccolgono gli operatori del riuso, della raccolta e del settore dell'usato, comuni, Istituto superiore di sanità (Iss) e Ispra.

[148] Per le prime reazioni dal settore tessile si consiglia S. Abagnato, *Rifiuti tessili: facciamo il punto*, in *Aware.it*, 2023, testo disponibile a *www.aware.polimi.it*; S. Fant, Epr *tessile: in Europa arriva la responsabilità estesa del produttore*, in *circularity.com*, 2023, testo disponibile a *www.circularity.com*.

[149] Mase, *Tessile/Moda*, cit.

[150] Mase, Schema di decreto per l'istituzione del regime di responsabilità estesa del

Operativamente, i produttori dovranno garantire il finanziamento e l'organizzazione della raccolta, avvio a preparazione per il riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti tessili, nonché realizzare una rete capillare su tutto il territorio nazionale.

Nelle previsioni del decreto, i produttori di prodotti tessili promuovono e definiscono – assieme ai sistemi di gestione e agli operatori della filiera – le operazioni di riparazione e riutilizzo dei prodotti, in più sviluppando specifici sistemi di raccolta selettiva (art. 4, c. 3).

Per assolvere a questo corposo set di obblighi, i produttori possono scegliere la via individuale o collettiva, entrando a far parte di uno dei consorzi già esistenti e da riconoscere presso il Mase. Ai sistemi Epr possono partecipare non solo i produttori, ma ad esempio anche i distributori.

Come ogni sistema Epr, centrale sarà il contributo ambientale, versato dai produttori e che rappresenta la «somma che servirà a gestire il fine vita dei prodotti e a coprire tutti gli obblighi dei produttori».

Viene previsto che il contributo – come nella proposta europea – sia eco modulato, cioè, calcolato in base ai criteri di prestazione ambientale dei prodotti tessili, parametrato alla composizione dei materiali, all'eventuale utilizzo di fibre riciclate e agli indici di riparabilità e riutilizzabilità (art. 4, c. 7).

La logica è tarare la principale leva economica del nuovo sistema Epr sulla prevenzione; tuttavia, senza criteri oggettivi e misurabili – che non sembrano ravvisarsi – sul ciclo di vita dei prodotti, il rischio è quello di lasciare eccessiva discrezionalità e creare confusione.

Inoltre, la lettera non fa riferimento né ai costi di smaltimento, parlando a riguarda solo dei «costi di recupero» né a come verranno coperti i costi sostenuti dal servizio pubblico per la raccolta degli indumenti usati[151].

Una prima differenza rispetto alla COD 2023/0234 riguarda, invece, la previsione di «obiettivi di preparazione per il riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti tessili»[152].

produttore per la filiera dei prodotti tessili di abbigliamento, calzature, accessori, pelletteria e tessili per la casa, art. 1 dove viene affermata la ratio del provvedimento «al fine di prevenire e ridurre gli impatti ambientali derivanti dalla progettazione, dalla produzione e dalla gestione dei prodotti tessili al termine del loro utilizzo, rafforzando la prevenzione, il riutilizzo, la riparazione e il riciclaggio».

[151] Laboratorio REF, *Tessili*, cit., 15. Su quest'ultimo punto, non vi è menzione, nonostante tale frazione rappresenti ad oggi la principale modalità di raccolta dei rifiuti tessili.

[152] Il testo del provvedimento prevede obiettivi progressivi – e peraltro molto ambiziosi – di almeno il venticinque per cento in peso entro il 2025, di almeno il quaranta per cento in peso entro il 2030 e di almeno il cinquanta per cento in peso entro il 2035. Utile

Su questo due appunti. In primo luogo, sembrano *target* davvero troppo ambiziosi, stante il punto di partenza e la rapidità programmata per raggiungerli[153].

Il secondo aspetto è non aver previsto *target* distinti, distinguendo quanto la preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio e il recupero debbano pesare nel raggiungimento degli obiettivi.

Ecco. Scendendo più nel dettaglio, è possibile tratteggiare tre coordinate base del provvedimento.

La prima è sicuramente la particolare enfasi mostrata per il rispetto della parte alta della gerarchia dei rifiuti, ossia sulla prevenzione.

Lo schema Epr, poi, opta per la scelta del modello della responsabilità condivisa[154], quindi per una responsabilità equamente distribuita tra tutti gli attori della filiera. Va, subito, osservato come la disposizione non vada oltre ad una dichiarazione di principio e non scioglie i dubbi circa la reale assegnazione dei compiti e delle responsabilità[155].

Infine, l'introduzione di Corit rappresenta una novità assoluta nel panorama del tessile, scelta, certamente, influenzata dalle ottime prestazioni assunte dal Centro di coordinamento Raee[156], nella rispettiva filiera. Tuttavia, anche qui, bisogna registrare – oltre alle ampie funzioni ad esso affidate

riferimento in D. Di Stefano, *Novità per i rifiuti tessili: la bozza di decreto sulla responsabilità estesa del produttore (*Epr*)*, in *Economiacircolare.com*, 2023, testo disponibile in *www.economiacircolare.com*.

[153] F. Magalini, J. Courtois, A. Concheso e C. Heinz, *I sistemi di Responsabilità estesa del produttore e il ruolo strategico per i produttori*, Erion, 2021, 31. Basti pensare che la Francia – dove l' Epr è attivo da ormai diciassette anni – registra un tasso di raccolta del "solo" trentaquattro per cento rispetto al totale immesso. Rispetto alla quota di rifiuti intercettata, circa il cinquantotto per cento è destinato al riutilizzo, il trentatré per cento riciclato, mentre la restante quota va destinata a recupero di energia. Re_Fashion, *Activity Report*, 2023, documento disponibile a *www.refashion.fr*.

[154] Sul concetto di responsabilità condivisa, si rimanda a D. Röttgen, *Rifiuti: tra corresponsabilità, responsabilità estesa del produttore e responsabilità condivisa*, in *Ambiente&sviluppo*, n. 6, 2016; F. De Leonardis e S. Micono, *L'economia circolare alla prova dei fatti. La responsabilità estesa del produttore (ERP): i consorzi di gestione degli imballaggi*, in *Apertacontrada*, 2017; G. Squitieri, *Il modello italiano di gestione dei rifiuti d'imballaggio: un successo di portata europea,* in *La riforma dei rifiuti. A 20 anni dal d. lgs. 22/97 e alla vigilia delle nuove direttive rifiuti-circular economy*, a cura di E. Ronchi, 2017, 217.

[155] Laboratorio REF, *Tessili*, cit., 12. Per attori della filiera, si intende produttori, distributori, gestori del servizio di raccolta urbana, cittadini, cooperative ed enti benefici coinvolti nei diversi segmenti della filiera post consumo del tessile.

[156] Il Centro di coordinamento Raee (Cdc Raee) è l'organismo centrale che si occupa di garantire condizioni operative omogenee tra i sistemi collettivi e rappresenta il punto di riferimento per tutta la filiera di gestione dei Raee domestici. Le funzioni e le attività del CdC sono disciplinate dagli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 49/2014.

– ben poco sul fronte delle modalità operative e finanziarie che guideranno la sua operatività.

Stringendo, invece, sul ruolo dei produttori, ci accorgiamo che lo schema confeziona un formato inedito di EPR.

I produttori «devono farsi carico del finanziamento e della organizzazione» non solo della raccolta, ma anche dell'avvio a riutilizzo e recupero[157]. Anzi, gli viene conferito un ruolo attivo anche nell'implementazione della rete dei centri per il riuso a livello comunale.

Tale estensione non viene però controbilanciata nelle fasi di raccolta e gestione delle frazioni intercettate; qui , infatti, continuano ad operare i comuni e i gestori della raccolta. Distribuzioni di compiti poco chiare che rischiano di esacerbare conflitti.

Frammentare la filiera, in particolare nelle fasi della raccolta e nei passaggi obbligati ai centri per il riutilizzo a livello comunale rischia di non fare altro che stressare il conflitto che esiste tra due logiche di agire – chiaramente – contrapposte: da un lato i comuni e i gestori della raccolta, dall'altro i produttori – i protagonisti della nuova governance[158].

A complicare il quadro – già abbastanza sovrapposto – ci sono gli artt. 12 e 13 sul deposito temporaneo e sul ritiro e trasporto dei rifiuti tessili presso i distributori[159].

I passaggi obbligatori presso i centri comunali di raccolta, spezzettano la filiera, quando probabilmente sarebbe stato più coerente lasciare la raccolta ai gestori del servizio pubblico, una volta che i rifiuti vengono ritirati presso i punti di vendita[160].

Altro aspetto che riguarda, ancora, i produttori è precisare chi versa il contributo ambientale.

[157] Art. 7, Schema di decreto.

[158] LABORATORIO REF, *Tessili*, cit., 19-20. Approfondendo «se i Comuni, infatti, chiedono che le raccolte non vengano frammentate dall'interventi di altri attori, che non vengano quindi sottratti i flussi che generano valore, che sia chiarito il perimetro del contributo ambientale [ ], i produttori – insieme ai distributori – chiedono, al contrario, di essere lasciati liberi di occuparsi della raccolta, secondo logiche di mercato e industriali, appellando al fatto di essere gli unici a conoscere davvero il settore».

[159] Art. 12 «Deposito temporaneo prima della raccolta presso i distributori»; Art. 13 "Ritiro e trasporto dei rifiuti tessili conferiti presso i distributori».

[160] Per esempio sugli obblighi di raccolta e ritiro presso i punti vendita, la bozza italiana si differenzia rispetto a quella europea, che indica una serie di punti in cui si potranno raccogliere i rifiuti tessili, senza chiedere che ogni negozio realizzi una raccolta "uno contro uno". Su tale aspetto in termini di efficienza sembra preferibile la soluzione europea, come si dà conto in D. Di Stefano, *Erion Textiles: sulla normativa* EPR *le nostre imprese preferiscono attendere l'Europa*, in *Economiacircolare.com*, 2024, testo disponibile a *www.economiacircolare.com*.

Occorre distinguere dal lato dei produttori, chi immette prodotti e accessori tessili nel mercato italiano e chi, invece, produce filati, semilavorati destinati a produzione estere. I primi sono soggetti all'Epr e a pagare il contributo, i secondi no[161].

La bozza segue questa distinzione, quindi restringendo il campo dei produttori, paradossalmente escludendo dal raggio dell'Epr il vero *Made in Italy*.

L'ultima osservazione che segue ha natura sistemica. La regolazione dell' Epr sarebbe dovuta partire, preservando, ciò che ad oggi funziona nella filiera – il segmento del riutilizzo – per poi costruire nuovi segmenti di valore, *in primis* il riciclo e poi il recupero di materia.

Ecco, quello che sembra proprio mancare nella bozza in commento è uno degli aspetti madre delle *policy* di Epr: creare valore aggiunto nella catena di produzione e gestione dei prodotti.

Invece di segmentare la filiera, sarebbe stato opportuno mettere su un sistema che intercetti la quota più elevata di frazioni (nessuna esclusa) per destinarle al mercato del riuso, «avendo cura di non cannibalizzare le frazioni di maggior valore e attivando successivamente la filiera del riciclo»[162], che ribadiamo non riceve alcun impulso significativo dalla proposta del Mase.

Su questo terreno, la bozza conferma l'assenza di una visione chiara e non colma la lacuna di una politica industriale per la gestione di tutte le frazioni di rifiuti tessili.

Chiaramente, su questo aspetto – che rappresenta un'occasione mancata per il provvedimento – come sulla maggior parte di quelli toccati, non si può che attendere la definizione dell'iter europeo, stante lo stop del Mase che pare richiamare alla prudenza e alla coerenza multilivello[163].

5. L'aderenza alla circolarità dell'industria tessile

Come si è tentato di dare conto nei paragrafi iniziali del lavoro (*supra*

[161] Laboratorio REF, *Tessili*, cit., 7. Si veda *supra* par. 3.

[162] Laboratorio REF, *op. cit.*, 32. Viene aggiunto «al momento sembra mancare una visione chiara sulla costruzione del valore legato alla gestione di tutte le frazioni tessili raccolte. Partendo dalla consapevolezza che il valore si genera partendo dalla selezione, ovvero la fase a più altra intensità di lavoro».

[163] Aa.Vv., *Il Riciclo in Italia*, Fondazione per lo Sviluppo Sostenibile, a cura di E. Ronchi, cit., 2024, 29. Da ultimo, si segnala che a seguito delle sollecitazioni ricevuta dalla filiera, il Ministero ha ripreso, ad ottobre 2024, le attività di redazione del decreto, così da avere, appunto, una versione definitiva entro il trimestre del 2025.

parr. 1-2), tra il modello circolare e l'industria del tessile esiste uno stretto collegamento.

La connessione è da ricercare nelle potenzialità che tale filiera dimostra, al netto dell'enorme impronta ambientale e del modello della fast fashion su cui è globalmente imperniata[164].

Le ragioni che hanno mosso questa ricerca si incasellano, proprio, in questa istantanea; da un lato i margini consistenti di circolarità del tessile e dall'altro, la centralità e al tempo stesso la necessità dell'industria tessile e dell'abbigliamento di aderire al modello circolare.

Detto che l'avanzamento, anzi la transizione di un settore passa – inevitabilmente – dalla sua regolazione forte, ossia nella sua traduzione in atti normativamente vincolanti, le azioni programmate a livello Ue e italiano sembrano collocarsi nella direzione di dotare di un'impalcatura circolare l'ecosistema del tessile[165].

Ecco, l'interrogativo da porsi è se il settore tessile sia pronto alla sfida circolare.

Beninteso, modelli sostenibili e tessile (in particolare moda e abbigliamento), non sono mai stati parti dello stesso *genus* – industrialmente[166] – a cui si è unita anche la concezione sensoriale, creata dall'industria della moda, che le persone necessitano di nuovi prodotti ogni stagione[167].

L'idea della accelerazione caratterizza tale industria che «genera profitti incalcolabili, ma che al tempo stesso crea insostenibili disuguaglianze»[168],

[164] Si veda *supra* par. 3. I. Kucinska-Krol, N. Festinger, A. Walawska e J. Kulczycka, cit., 12 «*the phenomenon of fast fashion, is caused by the constant influx of new goods. Fast fashion involves the supply of low-quality, low-cost, fast fashion clothing in global distribution networks. It estimated that about 1/3 clothing produced never reaches consumers*». P. Gazzola, E. Pavione, D. Grechi e V. Raimondi, *L'economia Circolare nella Fashion Industry, Ridurre, Riciclare e Riutilizzare. Alcuni esempi di successo*, in *Economia Aziendale Online*, XI, n. 2, 2020, 168, dove si registra che negli ultimi venti anni «il tempo medio di utilizzo di ciascun capo da parte dei consumatori è diminuito del 36%, con un picco del 70% in Cina».

[165] B. Minucci, *La strategia europea per il tessile sostenibile: un passo in avanti verso l'economia circolare*, in *DPCE online*, 2023, n. 2, 10. Sul processo di regolamentazione segue «ci troviamo davanti ad una ridotta normativa vincolante, che pur è in costante aumento ed è sempre più dettagliata, [ ] ma che ancora troppo spesso abbisogna di atti legislativi di attuazione e la cui effettività è da porre necessariamente sotto la lente d'ingrandimento».

[166] Si permetta un rinvio extragiuridico a C. Bonfigli, *Il lato oscuro del Made in Europe. Industria della moda e sfruttamento*, in *il Mulino*, 2014, n. 6, 984 ss.; B. Pozzo, *Sustainable Fashion… Italian Style!*, in *The Italian Law Journal*, 2023, n. 9, 263 ss.

[167] R. Radev e V. Marinova, *Textile waste in the context of the circular economy*, in *International Scientific Siberian Transport Forum – TransSiberia 2023*, CDII, 2023, 3.

[168] C. Bonfigli, *Il lato oscuro*, cit., 984. Per rendere l'idea ogni giorno, 1,5 miliardi di vestiti vengono cuciti da circa quaranta milioni di persone in duecentocinquantamila fabbriche

innescando un meccanismo globale e invisibile – e in più occasioni lesivo dei diritti umani e della salute dei lavoratori – che «quando il consumatore vuole qualcosa a basso prezzo, il lavoratore dev'essere pagato di meno»[169].

La matassa del tessile è sovra strutturata; dalla questione ambientale, ai modelli di produzione *labour intensive*, alla gestione dei rifiuti, fino alla delicata situazione relativa ai diritto sociali e dei lavoratori.

Questo *mix* di fattori comporta necessariamente l'abbandono di un modello usa e getta – di cui la fast fashion ne è la quintessenza – per abbracciare l'economia circolare[170].

Tuttavia, se la strada della transizione è stata battuta, una verifica analitica ci offre un quadro più dettagliato dei *motivators*[171] che sospingono il tessile verso il modello circolare.

Per *motivators* si vuole, qui, intendere dei fattori di rilievo, dei *drivers* che guidino il settore tessile alla circolarità. Nella letteratura scientifica, è così possibile individuare *drivers* interni ed esterni.

I primi hanno natura e ripercussione tutte di tutela ambientale: dalla prevenzione e riduzione dei rifiuti, al diminuire notevolmente lo *stress* sulle risorse ambientali del pianeta e, conseguentemente, ridurre l'inquinamento ambientale della filiera[172].

Per quanto riguarda la prospettiva esterna, questa si riflette tutta verso i consumatori e riguarda, quindi, principalmente le scelte presso le aziende.

Quindi, *drivers* esterni sono da considerare l'aumentata immagine e reputazione per aver abbracciato politiche industriali circolari, di concerto ad una sempre più elevata richiesta di prodotti sostenibili che si traduce in uno specifico vantaggio competitivo[173].

collocate per lo più nel Sud del mondo, con profitti che si aggirano intorno ai tre trilioni di dollari (2014).

[169] Sia concesso sul punto rinviare a L. Siegle e J. Burke, *We are what we wear: Untravelling Fast Fashion and the Collapse of Rana Plaza*, Guardian Shorts, 2014. Dal testo «*The manufacturing pressures that come from our deep love of incredibly cheap, incredibly current fashions were shot to global attention in 2013 when the Rana Plaza building in Dhaka, Bangladesh's capital city, collapsed in a cascade of tumbling rubble, twisted metal and trapped bodies. Over 1,100 people died, mainly young women*».

[170] Rinvio a N. Granato, *La Responsabilità estesa del Produttore: Una strategia di politica ambientale*, Università La Sapienza di Roma (Tesi di Dottorato), 2023, 249, dove le pratiche di usa e getta del tessile vengono accostate a quelle che hanno interessato, ben prima, la plastica e la plastica monouso.

[171] Termine mutuato dalla brillante ricerca, nella letteratura economica e giuridica, elaborata da A. Farrukh e A. Sajjad, *Drivers for and barriers to circular economy transition in the textile industry: A developing economy perspective*, in *Sustainable Development*, 2024, 1 ss.

[172] A. Farrukh e A. Sajjad, *op. cit.*, 4.

[173] Sullo stretto rapporto che esiste tra il rispetto di dinamiche concorrenziali e van-

Chiaramente, questo fascio di *motivators* richiedono di essere accompagnati da una regolazione forte e sistematica.

Accanto ai *drivers* che guidano la transizione non possono mancare degli elementi sfidanti che, a volte rappresentano delle vere e proprie barriere all'avanzamento del processo. Anche in questo caso è possibile affidarsi ad una suddivisione che delinea barriere interne ed esterne.

Partendo dall'angolo di visuale interno, un primo aspetto è da rintracciare in un *deficit* di consapevolezza sui benefici di un approccio circolare da parte del mondo delle imprese. A questa si sommano, gli alti costi iniziali di processi sostenibili e la complessità delle operazioni di recupero e riciclo che caratterizza, ad oggi, la filiera del post consumo tessile[174].

Esternamente, le sfide più complesse da affrontare riguardano le infrastrutture. Sistemi di raccolta insufficienti, strutture ed impianti di selezione e recupero dei rifiuti rappresentano, mediamente, le maggiori difficoltà per un approdo pieno ad un'industria del tessile circolare[175].

Scendendo nel dettaglio, è possibile stringere il campo di analisi sul recupero e riciclo dei rifiuti tessili; ben consapevoli che, ad oggi, tale filiera in Italia è tutta da costruire[176].

Al netto dei vantaggi (ambientali, sociali ed economici)[177], l'implemen-

taggi in termini di tutela ambientale, in particolar nella gestione rifiuti si v. *amplius* F. de Leonardis, *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolar*e, in *RQDA*, 2022, n. 1,. Il rapporto biunivoco è, peraltro, ben noto da tempo all'*Authority* per la concorrenza e il mercato, *cfr.* Agcm, *IC 49*, cit., par. 591, dove «Il rapporto tra concorrenza e tutela dell'ambiente in questo caso è però biunivoco: non solo la legislazione ambientale fornisce uno strumento di concorrenza alle imprese ma, allo stesso tempo l'efficacia di tale legislazione, [ ] si basa sull'operare di meccanismi concorrenziali. Detto altrimenti, la concorrenza contribuisce a raggiungere gli obiettivi ambientali». Invece, per evidenziare il contributo della concorrenza «nella promozione di un'economia circolare nel settore dei rifiuti» si veda Agcm, *S4143 – Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, 2021.

[174] Interessante a tal proposito lo studio, condotto sull'industria della moda, di L.W. Piller, *Designing for circularity: Sustainable pathways for Australian fashion small to medium enterprises*, in 27(2) *Journal of Fashion Marketing and Management: An International Journal*, (2022), 287 ss.

[175] A. Farrukh e A. Sajjad, *Drivers*, cit., 6. Un altro elemento sfidante è la mancanza di collaborazione degli stakeholders unito ad un netto divario informativo che i consumatori scontano verso le grandi aziende riguardo il ciclo di vita dei prodotti tessili.

[176] Dettagliatamente sia concesso il rinvio a *supra* par. 3.

[177] S. Toniolo, A. Marcon, C. Pieretto e F. Bortoletto, *Il recupero dei rifiuti tessili*, cit., 25. I benefici dovuti al riutilizzo e al riciclo dei rifiuti tessili si declinano sotto forma di maggiore efficienza energetica, riduzione delle emissioni di carbonio e di nuovi posti di lavoro. Ancora, il riciclaggio degli indumenti usati potrebbe ridurre le emissioni di CO_2 del cinquantatré

tazione del recupero e del riciclo dei rifiuti tessili è tratto ineludibile per ogni approccio pienamente circolare al post-consumo.

A tal fine, è interessante scrutare gli ostacoli che l'industria tessile deve affrontare.

In primo luogo, prodotti di bassa qualità restituiscono rifiuti che non sono adatti per diversi riutilizzi. Correlata è la composizione dei prodotti tessili, spesso composti da un *mix* di materiali (fibre di vario tipo, presenza di materie plastiche e metalli) che li rendono inadatti al riciclaggio.

Un secondo livello di difficoltà tocca la scarsa informazione presso i consumatori sui meriti e benefici del riciclaggio e lo scarso accesso a tal tipo di informazioni.

Da ultimo, fintantoché non verranno definiti standard di eco progettazione e un quadro regolatorio vincolante e ben coordinato sul recupero e riciclaggio[178], l'industria del tessile difficilmente vincerà questa sfida.

6. Per il momento… conclusioni

Il presente lavoro risponde, prima di tutto, all'interesse scientifico di chi scrive per tale filiera, nelle sue sottili peculiarità e anche per essere uno degli "ultimi" settori attenzionati dalla riflessione giuridica in relazione all'economia circolare.

Va, appunto, osservato che in particolare nella letteratura interna, il tema non ha avuto ancora lo stesso spazio affidato ad altri flussi di rifiuti. Da ciò l'interesse ad effettuare un approfondimento scientifico e sistemico.

In termini di transizione circolare, è da registrare un ruolo strategico della filiera del tessile teso a raggiungere gli obiettivi europei e interni in materia di protezione ambientale e di politica industriale.

Lo spazio affidato a più livelli, nel nostro ordinamento nella Sec e con i fondi Pnrr (es. *Textile Hubs*) e a livello europeo con la strategia Ue per il

per cento, l'inquinamento associato al trattamento chimico del quarantacinque per cento e ridurre i livelli di eutrofizzazione dell'acqua del novantacinque per cento (Ecosign, 2017).

[178] In questo aspetto, attendiamo la definizione e l'applicazione dei rispettivi regolamenti sulla cessazione della qualifica di rifiuto per i rifiuti tessili, dei Cam nelle commesse pubbliche, all'implementazione dei sistemi Epr, con specifiche di *ecodesign* vincolanti. Si veda *supra* par. 3. Per uno sguardo sul mondo delle imprese è consultabile D. Di Stefano, *End of waste tessili, Confindustria Toscana Nord: bene che il Ministero lavori, ma aspettiamo l'UE*, in *Economiacircolare.com*, 2024, testo disponibile in www.economiacircolare.com; Id., *De Salvo (Corertex): Vorremmo che in Europa su end of waste ed* Epr *arrivassero le nostre ragioni*, in *Economiacircolare.com*, 2024, testo disponibile in *www.economiacircolare.com*.

tessile, il regolamento Espr e la nuova disciplina Epr confluita nella direttiva quadro rifiuti, confermano l'assunto.

Proprio allo strumento dell' Epr è stato affidato larga parte del lavoro, perché si ritiene centrale nella costruzione di una politica industriale nella *governance* del tessile.

L'*Organization for economic co-operation and development* (Oecd), a ben ragione, l'ha definita strategia di politica ambientale[179] che, nel solco del principio di prevenzione, spinge gli attori responsabili (di regola i produttori), con le loro scelte, a modellare il mercato di riferimento prima a monte e poi a valle e viceversa[180].

La funzionalità dell'Epr va misurata, in particolare, nella forza di sospingere l'intero mercato – agenti economici e utenti finale – a modificare i propri modelli di comportamento[181].

Il protagonismo affidato all'Epr va in linea con l'impulso normativo e, ancora di più, con la nascita spontanea di già sei consorzi, che attendono il riconoscimento dal Mase.

Il completamento dell'impalcatura Epr per il tessile passa dalla definizione del suo quadro regolatorio. Su questo alcune finali osservazioni.

In primo luogo, il principale auspicio è che tra le due normative – Ue e italiana – ci sia coordinamento, anzi che, in questo caso, il Mase attendi la definizione del percorso di modifica della direttiva quadro e si conformi alle previsioni Ue.

Un secondo aspetto riguarda l'assenza di *target* per la preparazione per il riutilizzo, il riciclo e il recupero dei rifiuti tessili. Entrambe le normative sono su quest'aspetto lacunose; senza obiettivi vincolanti e distinti si rischia di minare la credibilità anche di buone iniziative.

Invece, una nota positiva riguarda la tecnica legislativa prescelta, ad esempio, per la definizione dei requisiti di progettazione confluiti in un regolamento – quello Espr – e il quadro normativo Epr ai sensi degli artt. 22-*bis* ss.

Chiaramente per la seconda, essendo una direttiva, si dovrà attendere,

[179] Oecd, *Extended Producer Responsibility*, cit., 164.

[180] F. de Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *RQDA*, n. 2, 2011, 31. Si tratta di quella che potrebbe essere definita come l'accezione «positiva» del principio di prevenzione che, non postula una «non produzione», bensì una produzione diversa, così, peraltro, innescando processi di innovazione e di ricerca del tutto originali.

[181] Sul ruolo dei produttori si v. Oecd, *Extended Producer Responsibility*, cit., 54 «*The producer is in the position to influence a number of stakeholders to accept responsibility for their behaviour, including suppliers, businesses, consumers, educators, media, government and retailers. The producer is also in the position to influence the environmental impact(s) of their products – or correct the market failure*».

poi, come il legislatore italiano recepirà il contenuto della disciplina europea[182].

Un terzo aspetto riguarda i dubbi applicativi che derivano dalla lettura dello schema Epr italiano proposto. Un esempio per tutti, il tema importante dei produttori non europei che esportano in Europa.

Stando al testo proposto, anche chi importa da fuori dell'Ue, ma immette il prodotto finito nel mercato interno, dev'essere considerato un produttore e, quindi, pagherà l'eco-contributo.

Bene. Ma come funzionerà il meccanismo? Detto che le grandi multinazionali potrebbero non essere in linea con questa *policy*, il tema è cruciale poiché la maggior parte della *fast fashion* arriva da fuori Ue (Primark, Shein, Temu, Alibaba, *etc.*).

Stante l'obbligo, è interessante capire come sarà sorvegliato che un prodotto comprato *online* su una di queste piattaforme sia coperto dall'eco contributo; e nel caso in cui venga pagato, dove va a finire?

Altro tema evidenziato lungo il lavoro è la mancanza di una visione, di una politica industriale chiara nella filiera del tessile italiana.

Vi è da registrare il timore che lo schema Epr del Mase si fondi sull'idea che la responsabilità estesa da sola possa essere grimaldello per risolvere ogni tipo di problema della filiera.

Non è e né può essere così per la stessa natura dell'Epr; servono vie parallele che crescano insieme; impulsate da un'azione di supporto e regolamentare del legislatore, che quantomeno conduca alla definizione di schemi EoW per i rifiuti tessili e alla vincolatività dei Cam, negli appalti pubblici, per la diffusione di prodotti sostenibili e circolari.

Ad esempio gli artt. 6-7 dello schema Epr sono dedicati sia alle misure di eco-progettazione sia alle misure per il riutilizzo e la riparazione dei prodotti tessili. Nella definizione di entrambe, ai produttori è affidato un ruolo centrale.

Per quanto sia condivisibile l'intento di rendere protagonisti i produttori, in special modo a monte della filiera, queste sembrano attenere più a norme tecniche di settore che all'operatività di uno schema Epr[183].

Il timore che, oltre alle condivisibili dichiarazioni di principio, non si

[182] Qui è possibile attendersi un recepimento simile a quello avvenuto per il *circular package* del 2018, recepito nel nostro ordinamento con i d.lgs. n. 116/2020 (sui rifiuti e rifiuti di imballaggio), d.lgs. n. 118/2020 (pile e RAEE), d.lgs. n. 119/2020 (veicoli fuori uso) e d.lgs. n. 121/2020 (discariche). Sul punto è consultabile G. Amendola, *La responsabilità estesa del produttore quale asse portante dell'economia circolare nella normativa comunitaria e nel d. lgs. 116/2020*, in *Diritto e giur. agraria alimentare e dell'ambiente*, n. 1, 2021.

[183] Laboratorio Ref, *Tessili*, cit., 15. Altri dubbi correlati riguardano le modalità at-

centri il problema o che comunque si abbia un immagine distorta dell'istituto dell'Epr, che non può incidere così in profondo su dinamiche tecniche. Lo schema Epr opera in un momento successivo[184].

L'obiettivo strategico dell'Epr è, invece, creare valore lungo la catena produttiva, dalla prevenzione al recupero di materia, incentivando il riciclaggio. Questa logica però non sembra guidare il provvedimento ministeriale, che punto molto – se non tutto – sulla prevenzione.

Anche qui aspetto condivisibile, ma che corre il rischio di non generare gli effetti desiderati in termini di gestione concreta ed efficiente delle diverse frazioni dei rifiuti tessili.

In ultima istanza, seppur non possa essere regolato dalla normativa Epr, ulteriore auspicio è rivolto ad una maggiore attenzione e coordinamento in materia di diritti umani, dei lavoratori e delle delicate conseguenze sociali che si palesano nella produzione dell'industria tessile e dell'abbigliamento[185].

Per concludere.

L'interesse a trattare tematiche in fermento normativo è, proprio quello di seguire i possibili sviluppi, navigare a volte a vista, ma con la possibilità di cogliere tutte le implicazioni e gli sviluppi in atto.

Per questo, i temi distribuiti sul tavolo sono tanti e dai futuri – e prossimi – step legislativi ci si attende una sistemazione ed una precisa logica di fondo che possa conferire le ali alla filiera del tessile.

Abstract

In the midst of legislative action on the circular economy, this study explores the implications in the textile supply chain. The production and consumption patterns of the fashion and clothing industry exemplify the problems of a linear economy model: severe environmental degradation, excessive use of natural resources and social

traverso le quali il Mase valuterebbe caso per caso il rispetto delle singole prescrizioni ed eventualmente con quali provvedimenti sanzionatori.

[184] Laboratorio Ref, *op. loc. cit*. Proseguendo, tale compito «spetterebbe invece a iniziative legislative e regolamentari, probabilmente non di carattere nazionale. Anche tenendo in conto del fatto che si tratta di un settore esposto alla concorrenza internazionale, dove l'eccesso di normazione domestica rischia di penalizzare le imprese. Iniziative come il GPP e i CAM appaiano più adatte a sostenere mercati di sblocco per le materie prime generate».

[185] Andando incontro a tale esigenza, si menziona la recente dir. Ue 2024/1760 (*Corporate Sustainability Due Diligence – CS3D o CSDDD*), pubblicata il 5 luglio 2024, che stabilisce i requisiti di due diligence per le aziende, con l'obiettivo di prevenire e mitigare gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente, concentrandosi anche sul settore tessile.

inequalities (e.g. fast fashion). From this starting point, the paper analyses the main actions put in place at European and internal level: from the 2022 Textile Strategy to the 2024 Eco-design Regulation. In the Italian context, however, first the National Strategy on the Circular Economy (SEC) and then the NRRP funds push for the implementation of the Extended producer responsibility (Epr) instrument. The Epr *is identified as an effective environmental policy strategy to positively affect the textile value chain, promoting prevention and the implementation of collection networks. Finally, it is argued that the market for recycling and recovery of textile waste needs to be redefined.*

ARTICOLI

Martina Cardone

L'INTEROPERABILITÀ NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Sommario: 1. L'importanza dell'interoperabilità nella pubblica amministrazione. – 2. Le «application programming interfaces» – 3. L'interoperabilità nell'Unione europea. – 4. Il ruolo della piattaforma digitale nazionale dati. – 5. Alcuni attuali problemi applicativi. – 6. Le sfide dell'interoperabilità nel nuovo codice dei contratti pubblici. – 7. Conclusioni.

1. L'importanza dell'interoperabilità nella pubblica amministrazione

Il concetto di interoperabilità trova le sue origini nel campo dell'informatica; il termine è stato coniato per descrivere la capacità dei sistemi informatici, come *software* o *hardware*, di comunicare, cooperare e scambiare informazioni tra loro[1]. Nel corso degli anni, con il progresso delle tecnologie, tale nozione è diventata sempre più rilevante, tanto che oramai viene utilizzata anche in altri settori come risposta alla crescente complessità e diversificazione delle tecnologie. Questo ampliamento di prospettiva ha reso, dunque, l'interoperabilità non solo un istituto tecnico, ma anche un principio guida trasversale per favorire l'integrazione e la coesistenza armoniosa di sistemi eterogenei in vari contesti operativi.

L'interoperabilità ha assunto inevitabilmente un ruolo chiave anche nella pubblica amministrazione. In un mondo che diventa sempre più digitale e tutto è destinato a trasformarsi in "dato"[2], il sistema dell'interoperabi-

[1] L'interoperabilità è la capacità di due o più sistemi, reti, mezzi, applicazioni o componenti, di scambiare informazioni tra loro e di essere poi in grado di utilizzarle. Essa può essere di tipo tecnico e/o di tipo concettuale. Quella di tipo tecnico è la più nota: basti pensare al mondo delle telecomunicazioni, al software e alla continua evoluzione dei sistemi di calcolo. Cfr. Enciclopedia Treccani.

[2] Negli ultimi anni, infatti, si sente sempre più parlare di *«datificazione»* di qualsiasi cosa, ovvero la conversione in dati digitali di qualsiasi aspetto del mondo reale e della vita delle persone. In tal senso, si veda M. Lycett, *Datafication: Making Sense of (Big) Data in a Complex*

Munus, n. 3, 2024 – issn 2240-4732 – doi 10.26321/munus/3_2024
Editoriale Scientifica srl

lità rappresenta uno dei principali strumenti per valorizzare il patrimonio informativo pubblico: realizza i vantaggi derivanti dall'apertura dei dati[3], aumenta in modo significativo la possibilità di combinare diverse basi di dati e favorisce lo sviluppo di nuovi e migliori prodotti e servizi. Inoltre, i dati detenuti dalle amministrazioni attualmente hanno acquistato un significato e un valore che prima era del tutto sconosciuto dalla società[4]; tale conquista è stata condizionata sì dalle crescenti esigenze di trasparenza, di efficienza e di maggiore partecipazione dei cittadini alle dinamiche pubblicistiche[5], ma anche dalla presa d'atto del considerevole valore economico che i dati detengono[6]. Si pensi, ad esempio, alla dir. 2019/1024/Ue, recepita in Italia con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 200, volta ad agevolare l'utilizzo di dati aperti e il riutilizzo a fini commerciali e non delle informazioni detenute da pubbliche amministrazioni, da organismi di diritto pubblico e, a determinate condizioni, anche da imprese pubbliche, promuovendo la concorrenza e la trasparenza nel mercato dell'informazione[7]. Ciò ovviamente è reso possibile

World, in *European Journal of Information Systems*, 2013, n. 4, vol. 22; A. Stazi, F. Corrado, D*atificazione dei rapporti socioeconomici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica,* in *Dir. inform.*, 2019, 433 e ss.; M. Delmastro, A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna, 2019, 3 ss.; V. Patruno, *Data economy: la Ue colmerà il ritardo solo cambiando mentalità, in Agendadigitale*, 13 marzo 2020. È interessante notare quanti dati al giorno d'oggi vengono creati. Per averne un'idea, si veda *internetlivestats.com* che rileva, in tempo reale, quanti ne vengono prodotti ogni secondo su internet.

[3] Ad oggi, ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. *dd)*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, con il termine interoperabilità si intende la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi.

[4] I dati costituiscono la materia prima dell'economia digitale, ma anche il suo ricchissimo prodotto. Costituiscono, quindi, *input* e *output* di un'economia che si autoalimenta in modo circolare.

[5] I dati sono ritenuti da sempre necessari nella pubblica amministrazione, sia per rafforzare il rapporto con il cittadino-utente, sia per migliorare l'*iter* procedimentale dell'amministrazione. In effetti, come sostiene anche G. Carullo, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. e merc.*, 2016, 182, i dati sono necessari agli uffici pubblici, proprio perché disporre delle informazioni strumentali all'esercizio dei loro compiti migliora e aumenta il livello di efficienza dell'azione amministrativa.

[6] F. Martini, *Il sistema informativo pubblico*, in *Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico Università di Pisa*, Torino, 2006, 67.

[7] Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 200, di recepimento della dir. 2019/1024/Ue, secondo il principio di gratuità del riutilizzo dei dati pubblici, prevede, in particolare: l'incremento dell'offerta di dati pubblici a fini di riutilizzo, estesa anche ai dati della ricerca finanziata con fondi pubblici; la disponibilità di dati dinamici in tempo reale dopo la raccolta e di set di dati con un impatto economico particolarmente elevato, tramite interfacce APIs adeguate; la determinazione di tariffe, se necessarie, secondo specifici criteri di calcolo; misure di con-

grazie alle tecnologie informatiche e telematiche le quali hanno agevolato la conoscibilità del contenuto informativo necessario per l'esercizio di qualsiasi attività[8]. Pertanto, è indubbio che se prima l'informazione era considerata indispensabile, con le opportunità offerte dal processo di transizione digitale assume una valenza ancora maggiore[9].

Invero, uno degli aspetti più importanti concernenti l'innovazione digitale riguarda proprio la circolazione delle informazioni[10]: le tecnologie digitali consentono di reperire, elaborare, archiviare e trasmettere le informazioni in modo sempre più facile ed economico e la vasta gamma di dati disponibili offre, di per sé, enormi opportunità di sviluppo di nuovi prodotti e servizi. Dunque, per sfruttare le potenzialità del patrimonio dei dati gestiti dalla pubblica amministrazione non è sufficiente dotarsi solo di un sistema elettronico di archiviazione come, ad esempio, le banche dati, ma è basilare che queste interoperino tra loro, permettendo così lo scambio continuo dei dati ivi contenuti[11].

Alla luce di tali premesse, è ormai pacifico affermare che una continua e automatica interazione funge da presupposto necessario per assicurare la possibilità delle amministrazioni stesse di collaborare tra loro attraverso lo scambio in tempo reale di informazioni, dati e documenti in funzione della rispettiva attività istituzionale[12]. Per fare un esempio, lo scambio tra diverse amministrazioni è previsto anche dall' art. 18, c. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, che recita espressamente «I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio

tenimento di nuove forme di accordi di esclusiva o disposizioni limitative della possibilità di riutilizzo dei dati pubblici.

[8] Secondo M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, 63, le diverse attività informative della pubblica amministrazione devono comprendere sia le attività endoprocedimentali propedeutiche all'adozione del provvedimento amministrativo, sia le attività extraprocedimentali la cui rilevanza giuridica è data dalla produzione di certezze notiziali.

[9] Emblematica è l'espressione «*prima conoscere, poi deliberare*», di L. Einaudi, *Prediche inutili*, *Dispensa prima. Conoscere per deliberare. Scuola e libertà*, in *Giulio Einaudi editore*, 1955, 1.

[10] Sul tema, si segnala S. Torreggiani, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell'ipertrofia normativa*, in *Riv. it. inform. e dir.*, 2021, 47.

[11] Cfr. Associazione fra le Società Italiane per Azioni, *Rapporto Assonime. Quale assetto istituzionale per l'impiego dei fondi Next Generation EU*, novembre 2020, 19.

[12] Anche l'Autorità nazionale Anticorruzione ritiene che l'interoperabilità delle piattaforme sia divenuto il fattore chiave per garantire qualità, unicità e certezza dei dati e disponibilità per le diverse finalità di pubblicità, trasparenza e controllo della spesa. Autorità nazionale Anticorruzione, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in *anticorruzione.it*, 27 maggio 2020, 4.

quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati gli elementi necessari per la ricerca dei documenti». Tale disposizione è rimasta sostanzialmente inapplicata: si tratta di una norma fondamentale, in quanto volta a dare attuazione al principio di "decertificazione" nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e privati, la cui doverosità è sancita dal diritto europeo e che, sin dal 2005, è divenuto la regola generale. Da esso consegue che l'amministrazione non solo è tenuta ad acquisire d'ufficio le notizie di cui è già in possesso, ma non può comunque far derivare conseguenze pregiudizievoli agli interessati per la mancata certificazione di tali notizie. Ai fini, dunque, di una completa attuazione della norma citata, fondamentale è la digitalizzazione del procedimento amministrativo, nonché l'uso e l'interoperabilità dei dati in possesso delle amministrazioni e delle piattaforme volte a far transitare in modo istantaneo le informazioni tra i soggetti interessati[13].

L'interoperabilità avrebbe, quindi, un duplice effetto benefico: permette alle amministrazioni stesse di non chiedere al cittadino documenti di cui è già in possesso un'altra amministrazione; dall'altro lato, semplifica la consultazione e consente l'accesso immediato e gratuito ai dati detenuti da altre pubbliche amministrazioni, evitando, secondo il principio *once only*, che al cittadino possa essere richiesta più volte la stessa informazione o il medesimo dato già in possesso dagli uffici pubblici[14].

Tuttavia, ancora oggi non tutti i dati pubblici di un ufficio sono in automatica interazione con quelli di un altro, soprattutto per la eterogeneità delle voci delle classi di informazioni contenuti nei *database*[15], per

[13] Sul punto, si suggerisce la lettura di A. Giurickovic Dato, *La sburocratizzazione per i cittadini,* in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. Bartolini, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli e T. Bonetti, Torino, Giappichelli, 2022, 171.

[14] In tal senso, si suggerisce la lettura di M. Cardone e D. Foà, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in questa *Rivista*, 2020, 609.

[15] Oltre alle banche dati di interesse nazionale e ai dati aperti, per favorire la valorizzazione del patrimonio informativo e il processo di scambio dati tra pubbliche amministrazioni, la Strategia Horizon 2020, recepita dal Piano triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione 2019-2022, prevede anche azioni funzionali ai processi di condivisione e riutilizzo, riconducibili alla creazione di vocabolari controllare e modelli di dati. In poche parole, è necessario armonizzare e standardizzare i codici e le nomenclature ricorrenti in vocabolari controllati. Cfr. Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, 2021-2023, 17 Per un commento sul catalogo nazionale della semantica dei dati, costruito – dall'Istat, in collaborazione con il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri e attivato il 30 giugno 2022 – per la ricerca e il riuso di asset semantici, tra

la mancanza di una esaustiva meta-datazione dei dati e per l'assenza di una diretta ed efficace comunicazione tra le piattaforme in cui vengono gestiti i vari *database* degli uffici[16]. Pertanto, al fine di comprendere i reali vantaggi dell'interoperabilità, appare interessante, andando oltre il suo significato strettamente tecnico-informatico, tentare di esaminare sia gli aspetti giuridici che le concrete applicazioni dell'istituto nella pubblica amministrazione.

2. Le «application programming interfaces»

Un sistema efficiente di interoperabilità e di condivisione delle informazioni costituisce ormai una priorità sia per il settore pubblico che per quello privato. Prima di conoscerne l'importanza e i risvolti che questo sistema ha nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni è fondamentale, nei limiti dell'economia espositiva, rappresentare come funziona in senso tecnico.

Nel campo dell'informatica e della tecnologia, l'interoperabilità può essere raggiunta solo attraverso *standard* comuni, protocolli e formati di dati aperti che consentono a diversi componenti di un sistema di comprendere e interpretare correttamente le informazioni scambiate. Dunque, solo se vi è compatibilità tra diversi sistemi operativi, *software* o *hardware*, può essere raggiunta l'adozione di *standard* (cioè di norme tecniche) che consentono loro di interagire senza problemi[17].

In tale contesto, le *application programming interfaces* (APIs), quali interfacce di programmazione delle applicazioni, rappresentano la tecnica adottata per garantire la comunicazione, lo scambio di informazioni e, quindi, l'interoperabilità tra le diverse basi di dati presenti nella pubblica amministrazione. In particolare, questi sistemi di interfacce digitali migliorano l'interazione tra i dispositivi *software* e *hardware* con l'ambiente circostante, assicurando, da un lato, la presenza di infrastrutture e linguaggi capaci di rac-

cui ontologie, schemi dati e vocabolari controllati per supportare lo sviluppo di APIs semanticamente e sintatticamente interoperabili, si veda A. Tironi, *Pubblica amministrazione, ma quale interoperabilità: non basta un'api, ecco cosa serve,* in *agendadigitale.ue*, 2 settembre 2022.

[16] Un esempio di interoperabilità fallita può essere rinvenuto nelle banche dati centralizzate, *ex* art. 9-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, approfondite nel capitolo II del presente lavoro. Per un'analisi più dettagliata, si veda A. Bonomo, *La pubblicità "sostitutiva" mediante banche dati centralizzate*, in *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 250.

[17] Sul punto, si suggerisce la lettura di O. Borgogno, *Licenze F/RAND a confronto tra Usa, Ue e Cina: il Private Ordering come soluzione?*, in *Merc., conc. reg.*, 2018, 159-185.

cogliere e trasmettere ampi flussi di informazioni, dall'altro, l'accesso aperto ai *dataset* d'interesse[18].

In relazione alle APIs, si distinguono le *web APIs*, le *web service* e le *APIs rest*. Con *web APIs* si indicano le *APIs* rese disponibili al fruitore attraverso il *web*: cioè lo scambio dei dati avviene da remoto su protocollo *htpp* (prevalentemente attraverso la rete Internet); un *web service* è qualsiasi *software* disponibile su Internet che standardizza la sua interfaccia tramite la codifica *eXtensible Markup Language* (xml); e, infine, le *APIs rest* (*representational state transfer*) che fanno riferimento ad altri approcci, protocolli o tecnologie innovative per realizzare le APIs.

Nel dettaglio, ai fini del corretto utilizzo di questi applicativi, occorre preliminarmente specificarne il funzionamento chiarendo che gli stessi si compongono di un *server* (erogatore) e di un *client* (fruitore): il primo è l'unità operativa attraverso cui è possibile ottenere su richiesta i dati di proprio interesse nonché integrare il meccanismo di funzionamento e corrispondenza dell'informazione richiesta all'API; il *client*, invece, corrisponde al soggetto che effettua la richiesta per ottenere l'informazione (c.d. *api-call*). In sintesi, quindi, su istanza del fruitore, cioè dell'utente che richiede l'accesso ad un dato, l'API si rivolge all'erogatore, ovvero il custode dell'informazione che a sua volta fornisce il dato richiesto su chiamata del primo e per mezzo del secondo. Le APIs, dunque, fungono da interfaccia di comunicazione tra il *server*, quale applicativo del mittente, e il *client*, applicativo del destinatario, senza richiedere che tra le due vi sia un comune meccanismo di funzionamento. Ciò ha la sua rilevanza se si considera che ogni programma viene realizzato con linguaggi e strutture spesso differenti tra loro per la cui interoperabilità con gli altri applicativi occorre spesso sviluppare connettori specifici. Nel caso di specie, invece, è sufficiente che il *client* conosca solo le regole da rispettare per implementare la chiamata dei dati richiesti al server per mezzo dell'Api, e non anche le regole sottostanti il funzionamento dell'applicativo servente la chiamata del programma richiedente.

È, dunque, di palmare evidenza il vantaggio applicativo di questa nuova tecnologia che non a caso è stata posta alla base del modello di interoperabilità delle pubbliche amministrazioni, rendendo gli *e-service* dei vari soggetti, pubblici o privati, facilmente consultabili e accessibili tra loro[19]. A tal proposito è

[18] Cfr. O. Borgogno, *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.,* in *Dir. inform.*, 2019, 689; F. Costantino*, Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data,* Bologna, il Mulino, 2019, 46 ss.

[19] Le APIs sono state identificate dalla Commissione europea come un fattore chiave per l'interoperabilità tra soggetti pubblici e privati. A tal proposito, si veda O. Borgogno, G.

intervenuta anche l'Agenzia per l'Italia Digitale, la quale ha reso noto quali tecnologie sono da utilizzare per le pubbliche amministrazioni presentando il Modello di interoperabilità delle Pa[20]: in particolare, il MoDI rende possibile la collaborazione tra le amministrazioni e tra queste e soggetti terzi, per mezzo di soluzioni tecnologiche che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni senza vincoli sulle implementazioni[21].

Chiaramente le APIs assumono un valore basilare specialmente con riferimento agli *open data*. Nello specifico, le amministrazioni dovranno dotarsi di queste interfacce digitali proprio per rendere disponibili i dati aperti, considerati la punta dell'*iceberg* del *data management*[22]. Le APIs, infatti, costituiscono uno strumento per la distribuzione del dato e, una volta che il *dataset* viene individuato e vengono inserite le licenze corrette, la pubblica amministrazione deve: in primo luogo, analizzare i *dataset* da pubblicare tramite le APIs, le *policy* di aggiornamento dei *dataset* e le tecnologie da utilizzare (es. Soap o Rest); in secondo luogo, definire le modalità di accesso ai *dataset* (*single*, se il fruitore può inserire un filtro su una specifica riga del dataset; *bulk*, se invece le APIs vengono trasferite in maniera massiva su tutto il *dataset*); infine, continuare a gestire la manutenzione dell'infrastrutture e del *software*, evitando di incorrere a problemi tecnici che possano vanificare la condivisione dei dati.

In ogni caso, dato l'elevato tasso di tecnicismo, si rinvia per una maggiore comprensione alle Linee guida tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite APIs dei sistemi informatici adottate dall'Agenzia per l'Italia Digitale il 13 dicembre 2022.

Colangelo, *Data sharing and interoperability: Fostering innovation and competition through APIs*, in *Computer Law & Security Review*, 2019, n. 5, vol. 35.

[20] Il Modello di interoperabilità delle pubbliche amministrazioni è definito dalle Linee Guida adottate da Agid, ai sensi dell'art. 71 del Cad. Nello specifico, con determinazione Agid n. 547, 11 ottobre 2021, sono state adottate le: Linee Guida sull'interoperabilità tecnica delle pubbliche amministrazioni e le Linee Guida tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite Api dei sistemi informatici. Con determinazione Agid n. 627 del 15 dicembre 2021, invece, sono state adottate le Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma digitale nazionali dati (Pdnd) per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati.

[21] È utile precise che nell'ambito del MoDI, si utilizza il termine generico Api per indicare indifferentemente le web APIs, i web service e le APIs Rest.

[22] D. Crocco, *Managerialità e digitalizzazione nella p.a. Spunti di scienza e tecnica dell'organizzazione amministrativa*, in *La digitalizzazione della società moderna. Incidenze e refluenze della tecnologia digitale sulle istituzioni pubbliche e il diritto nell'esperienza italiana*, a cura di D. Crocco e G. Neri, Napoli, Jovene, 2016, 38.

3. L'interoperabilità nell'Unione europea

Negli ultimi anni l'Unione europea è intervenuta a più riprese per consentire la realizzazione di una digitalizzazione coordinata del settore pubblico, onde evitare il rischio che ciascuno Stato membro potesse creare barriere digitali, tali da isolare i cittadini e le imprese dai soggetti pubblici, anche esteri, neutralizzando così l'obiettivo di intensificare l'intreccio dei sistemi e dei servizi informativi disponibili su scala nazionale e internazionale[23].

Per risolvere i profili problematici del sistema dell'interoperabilità tra le banche dati europee e nazionali, è stato giocoforza necessario, stante anche la concomitante evoluzione tecnologica, prevedere degli investimenti in tale settore e individuare dei meccanismi ulteriori idonei per implementare l'interazione tra le piattaforme telematiche nelle pubbliche amministrazioni. Quest'ultime, infatti, per adeguarsi alla modernità e ai nuovi servizi pubblici digitali, nonché per consentire l'attuazione delle "quattro" libertà fondamentali a livello dell'Unione europea, quali la libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone, devono operare attivamente al fine di contribuire alla creazione di una politica comune funzionante attraverso reti e sistemi interconnessi e interoperabili[24]. In questa prospettiva, alla base del buon funzionamento del mercato unico digitale dell'Ue[25], è stata posta l'attenzione alla gestione di meccanismi di interoperabilità in grado di assicurare un dialogo tra i vari applicativi e reti informative, predisponendo anche canali di comunicazione e connessione rapidi ed efficaci. Su questa scia, un valido contributo è stato fornito dai Quadri europei di interoperabilità (Qei) che contengono tutta una serie di indicazioni inerenti al miglioramento della *governance* pubblicistica in punto di interoperabilità e sostenibilità dei nuovi processi di modernizzazione dei servizi digitali.

In particolare, il primo Quadro Europeo di Interoperabilità è stato adottato nel 2004 in seguito al Piano d'azione eEurope 2005, per implementare il programma «Interoperable delivery of pan-European services to Public Administrations, businesses and citizens» (Idabc). Nel corso degli anni, il testo del Qei è stato aggiornato più volte per adattarsi agli sviluppi tecnologici e

[23] Nell'economia digitale la condivisione dei dati occupa una posizione chiave. Cfr. O. Borgogno, *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.*, in *Dir. inform.*, 2019, 689.

[24] Commissione europea, *Quadro europeo di interoperabilità – Strategia di attuazione*, COM(2017) 134 final, 23 marzo 2017, 18.

[25] Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, 6 maggio 2015.

alle esigenze emergenti e le versioni successive del Qei del 2010 e del 2017 hanno ampliato la portata del concetto di interoperabilità: nello specifico, oltre a riguardare le tecniche utilizzate nei sistemi ICT, si è esteso anche al ruolo delle organizzazioni nello scambio di dati per raggiungere obiettivi comuni in termini di accessibilità e disponibilità informativa[26] (rispetto alla prima versione del QEI, l'ultima fornisce maggiori riferimenti alla modalità gestionali delle informazioni, alla portabilità dei dati, alla *governance* delle interrelazioni e alla fornitura dei servizi integrati). Inoltre, dal punto di vista soggettivo, il Quadro europeo di interoperabilità è rivolto a tutte le pubbliche amministrazioni europee, nazionali, regionali e locali, coinvolte nella progettazione, nello sviluppo e nella erogazione dei servizi pubblici europei. Infatti, il raggiungimento dell'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni in tutta Europa è considerato un fattore cruciale per la fornitura di servizi pubblici efficienti, convenienti e trasparenti[27]: per tale motivo, tutte le politiche di ciascun Stato membro devono operare tenendo conto del QEI, nello stesso modo in cui anche i quadri di interoperabilità settoriali («Domain-specific interoperability framework»)[28] devono continuare ad essere compatibili con l'ambito di applicazione del QEI nei limiti tuttavia dei dovuti adattamenti di settore. Il QEI, dunque, rappresenta la bussola dei Quadri nazionali di interoperabilità e di settore, in quanto i meccanismi operativi di questi ultimi, seppur con le dovute contestualizzazioni, devono operare in maniera sinergica, garantendo conformità e omogeneità in materia di interoperabilità. Quanto all'ambito oggettivo, invece, il quadro europeo coinvolge tre campi

[26] La versione del 2010 del Qui è testimone del valore che il concetto di interoperabilità ha assunto a distanza di un paio di anni rispetto alla prima versione, anche a seguito della maggiore attenzione riposta sui dati, sulle informazioni e sul concetto stesso di conoscenza. In particolare, dalla versione letterale del 2004 del Qei si legge che la nozione di interoperabilità inerisce le tecniche adoperate sui sistemi Ict; dal 2010, invece, in ragione della evoluzione digitale, si è incluso anche il riferimento espresso al ruolo da attribuire alle organizzazioni nello scambio di dati in vista del raggiungimento degli obiettivi comuni concordati in punto di accessibilità e disponibilità informativa. Si è così inteso delineare un approccio unico comune e coerente, in grado di assicurare servizi pubblici e processi di governance europei adeguati allo scopo di intessere una solida e sicura struttura di interrelazioni informative. Cfr. C. Casiano Flores, M. Chantillon, A.P. Rodriguez Müller e J. Crompvoets, *Una visión al futuro: recomendaciones para el Marco Europeo de Interoperabilidad* 2017, in *Revista Cubana De Transformación Digital*, 2021, n. 3, vol. 2, 31-45.

[27] V. Margariti, D. Anagnostopoulos, A. Papastilianou, T. Stamati, S, Angeli, *Assessment of organizational interoperability in e-Government: a new model and tool for assessing organizational interoperability maturity of a public service in practice*, ICEGOV 2020: Proceedings of the 13th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance, 2020, 298-308.

[28] Per esempio, la dir. 2007/2/Ce che istituisce un'infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea (Inspire) e i relativi regolamenti e direttive di attuazione.

d'azione: le interazioni tra pubbliche amministrazioni (ad es. Stato membro o istituzioni dell'Ue), tra pubbliche amministrazioni e imprese e tra pubbliche amministrazioni e cittadini. Inoltre, ciascuno di questi campi coinvolge a sua volta quattro ambiti operativi: quello giuridico, organizzativo[29], semantico[30] e tecnico. Tuttavia, osta allo sviluppo della interoperabilità la circostanza che ogni ente pubblico si è sin dall'inizio dotato di propri applicativi e di sistemi informativi aventi chiavi di lettura e linguaggi comunicativi differenti tra loro, motivo per cui il dialogo tra i vari sistemi e lo scambio di informazioni si è complicato. Di qui la proposta della Commissione Europea di istituire servizi pubblici omogenei che offrano la possibilità di utilizzare le cd. specifiche aperte, cioè una serie di informazioni tecniche che descrivono esattamente come i dati devono essere codificati[31]. Invero, la vera sfida in tema di interoperabilità è quella di riuscire a ricondurre in un linguaggio unitario i dati delle varie banche dati al fine di consentire la comprensione da parte delle macchine degli stessi, rendendoli interrogabili e utili per svolgere attività predittiva: ciò vorrebbe dire avere ontologie comuni, quali infrastrutture immateriali fondamentali per garantire la condivisione e il dialogo tra le piattaforme dei diversi Stati membri. Sul tema, ad esempio, l'Unione è intervenuta con il progetto Gaia-X[32].

[29] Per un approfondimento sullo sviluppo di un nuovo modello e strumento per l'interoperabilità organizzativa di un servizio pubblico digitale si veda V. Margariti, D. Anagnostopoulos, A. Papastilianou, T. Stamati e S. Angeli, *op. ult. cit.*, 300.

[30] In materia di interoperabilità semantica, la Commissione per garantire una efficace attuazione di tale livello di interoperabilità, raccomanda di «percepire i dati e le informazioni come un bene pubblico che dovrebbe essere adeguatamente generato, raccolto, gestito, condiviso, protetto e conservato»; «elaborare una strategia di gestione delle informazioni al livello più alto possibile per evitare la frammentazione e la duplicazione», attraverso strumenti quali accordi sui dati di riferimento sotto forma di tassonomie, vocabolari controllati, elenchi di codici e strutture/modelli di dati riutilizzabili; e, infine, di «sostenere la creazione di comunità settoriali e intersettoriali che mirano a creare specifiche informative aperte e incoraggiare le comunità interessate a condividere i loro risultati su piattaforme nazionali ed europee», elevando il livello di standardizzazione dei dati. Cfr. Raccomandazioni 30, 31 e 32 del *New European Interoperability Framework*.

[31] Cfr. Raccomandazione 33 del *New European Interoperability Framework*. Per un approfondimento, si veda D. Squillace, *Open Standard e Open Document Format*, in *Finalmente libero! Software libero e standard aperti per le pubbliche amministrazioni*, a cura di G. Concas, G. De Petra, M. Marchesi, F. Marzano e P. Zanarini, Mc Graw Hill, Milano, 2008, 135, il quale afferma che uno standard è aperto «se il modo di rappresentazione dei suoi dati è trasparente e/o la sua specifica è di pubblico dominio. Si tratta generalmente (ma non esclusivamente) di standard fissati da autorità pubbliche e/o istituzioni internazionali il cui scopo è quello di fissare norme che assicurino l'interoperabilità tra software».

[32] Per un approfondimento, si veda il sito gaia-x.eu.

Inoltre, parallelamente al Qei, è stato istituito con il reg. Ue n. 1024/2012, il Sistema di informazione del mercato interno (Imi), che fornisce un'applicazione *software* per facilitare lo scambio di informazioni tra le autorità degli Stati membri. L'Imi è finalizzato a supportare le autorità competenti nell'individuazione delle omologhe autorità operanti nello stesso settore di altro Stato membro, nonché a gestire le modalità dialogiche delle informazioni più rilevanti, come i dati personali, attraverso l'utilizzo di procedure semplificate e talvolta predefinite e già tradotte, così da superare il *gap* linguistico esistente tra i vari entri transfrontalieri[33]. È chiaro, dunque, come emerge anche dal Considerando n. 4 del reg. in esame, che l'Imi ha proprio lo scopo di «migliorare il funzionamento del mercato interno fornendo un efficace strumento di facile utilizzo per l'attuazione della cooperazione amministrativa tra Stati membri e tra gli Stati membri e la Commissione»[34]. Per quanto riguarda l'applicazione del sistema Imi, il regolamento non prevede una sua adozione generale in ogni Stato membro, ma ne subordina l'applicazione all'analisi normativa degli atti dell'Unione che specificano la sussistenza o meno di una competenza in materia. Tuttavia, questo approccio limita l'estensione del sistema Imi e ne riduce l'utilità potenziale, soprattutto considerando che il regolamento stabilisce che un'autorità destinataria di una richiesta informativa è obbligata a rispondere solo se esiste un atto europeo che prescrive l'applicazione vincolante dell'Imi.

Alla luce di quanto sopra, è ormai chiaro che l'interoperabilità non si limita a standard tecnici e interfacce, ma coinvolge anche aspetti organizzativi, legali e culturali per integrare e uniformare i servizi a tutti i livelli di governo[35]. Tuttavia, a livello europeo, permangono limiti che impediscono una completa omogeneizzazione dei sistemi per garantire una piena interoperabilità tra gli Stati membri. A causa delle diverse legislazioni e dei differenti quadri organizzativi, tecnici e semantici di ciascun Stato membro, l'Unione europea ha adottato il reg. Ue n. 903/2024, che mira a stabilire misure per

[33] A tal fine il considerando n. 3 del Reg. Ue n. 1024/2012 raccomanda che il sistema Imi sia reso «disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione» e l'art. 8, par. 1, lett. *b)*, individua tra i compiti della Commissione quello di «fornire un sistema multilingue, incluse le funzionalità di traduzione esistenti, [ ] per aiutare gli Stati membri nell'uso dell'IMI».

[34] Sulla cooperazione amministrativa, si veda G. Sydow, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union. Zur horizontalen und vertikalen Zusammenarbeit der europäischen Verwaltungen am Beispiel des Produktzulassungsrechts (in inglese: Administrative Cooperation in the European Union)*, XIX, in *Jus Publicum*, 118, 2004.

[35] Per un approfondimento sul punto, si veda H. Kubicek, R. Cimander, H.J. Scholl, *Organizational Interoperability in E-Government – Lessons from 77 European Good-Practice Cases*, 2011.

un elevato livello di interoperabilità del settore pubblico nell'Ue, tenendo conto delle varie esigenze di *privacy* e sicurezza esistenti nei vari sistemi interni[36]. L'obiettivo è evitare la frammentazione transfrontaliera e facilitare la mobilità dei dati all'interno del mercato unico europeo, permettendo agli Stati membri di scambiare dati e informazioni per l'erogazione dei servizi pubblici (ad esempio, il riconoscimento reciproco di diplomi accademici e qualifiche professionali, scambi di dati sui veicoli per la sicurezza stradale, accesso a dati previdenziali e sanitari, scambio di informazioni relative a fiscalità, dogane, accreditamento di gare pubbliche, patenti di guida digitali e registri di commercio) con un potenziale risparmio fino a 5 miliardi di euro l'anno[37]. Il regolamento sarà applicabile dal 12 luglio 2024, mentre alcune disposizioni, come la valutazione dell'interoperabilità e la designazione delle autorità nazionali competenti, entreranno in vigore a partire da gennaio 2025[38]. In ogni caso, la sua attuazione prevede una serie di misure chiave: l'introduzione di valutazioni obbligatorie dell'interoperabilità per progettare servizi pubblici "interoperabili fin dalla progettazione", sostenendo le pubbliche amministrazioni a considerare l'interoperabilità transfrontaliera già nella fase di progettazione di nuovi servizi o strumenti; la creazione del portale "Europa interoperabile", uno sportello unico per favorire la condivisione e il riutilizzo di soluzioni di interoperabilità affidabili e di qualità tra le pubbliche amministrazioni; il rafforzamento dei meccanismi di supporto all'innovazione e alle politiche, inclusi formazione, spazi di sperimentazione normativa per l'interoperabilità[39], GovTech pubblico-privato e progetti di

[36] Si pensi, ad esempio, all'importanza dell'interoperabilità nell'ambito sanitario: affinché i cittadini europei possano godere del servizio sanitario anche in Stati membri diversi da quello d'origine, è assolutamente necessario garantire l'interoperabilità dei dati sanitari a livello transfrontaliero. Sul tema si rinvia a G. Gavrilov, E. Vlahu-Gjorgievska, V. Trajkovik, *Healthcare Data Warehouse System Supporting Cross-Border Interoperability*, in Health Informatics Journal, 2020, pp. 1321–1332, i quali propongono un modello di portali che offre una serie completa di servizi di interoperabilità per consentire alle piattaforme nazionali di e-Health di creare reti di informazioni sanitarie transfrontaliere.

[37] Commissione europea, *Entra in vigore il regolamento per un'Europa interoperabile per una migliore connessione dei servizi pubblici a vantaggio di cittadini e imprese,* Comunicato stampa, 11 aprile 2024.

[38] Si vedano l'art. 3, paragrafi da 1 a 4, e l'art. 17 del reg. Ue n. 903/2024.

[39] L'obiettivo degli spazi di sperimentazione normativa per l'interoperabilità è quello di promuovere l'innovazione, facilitare la cooperazione transfrontaliera tra enti competenti, sviluppare un ecosistema europeo GovTech aperto, migliorare la comprensione delle opportunità e delle barriere all'interoperabilità, sviluppare soluzioni per un'Europa interoperabile, favorire l'apprendimento normativo basato su dati concreti, e migliorare la certezza del diritto condividendo le migliori pratiche. La creazione di uno spazio di sperimentazione normativa richiede l'autorizzazione della Commissione su richiesta di almeno tre parteci-

supporto all'implementazione delle politiche, per sviluppare, testare e scalare soluzioni; e, infine, la creazione di un quadro di cooperazione multilivello, guidato dal "Comitato per un'Europa interoperabile", composto da un rappresentante di ciascun Stato membro e della Commissione[40], che riunirà i principali operatori pubblici digitali degli Stati membri, insieme a una vasta comunità di società civile, esperti, accademici e attori locali, per definire un'agenda comune per l'interoperabilità e un ecosistema in evoluzione di soluzioni comuni. Il provvedimento normativo europeo appare senz'altro fondamentale per raggiungere gli obiettivi del decennio digitale dell'Ue, come la disponibilità *online* del 100% dei principali servizi pubblici entro il 2030; tuttavia, solo dopo la sua effettiva applicazione sarà possibile valutarne i reali effetti e misurare il progresso verso una piena interoperabilità.

4. Il ruolo della piattaforma digitale nazionale dati

Gli interventi europei brevemente analizzati rappresentano l'impulso principale del sistema ordinamentale italiano per la creazione di un quadro giuridico nazionale diretto a guidare la trasformazione digitale dei sistemi informativi.

Ebbene, il principale documento di indirizzo strategico ed economico posto alla base di tutte le attività informative delle amministrazioni, centrali e locali, è il piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione. Il piano, predisposto da Agid, definisce le modalità operative delle nuove tecniche digitali, fissando alla base di queste i principi fondamentali e le regole di usabilità e interoperabilità da rispettare. In particolare, nel biennio 2017-2019 è stato adottato un Modello strategico dell'informatica nella Pa, poi implementato nel dettaglio con i successivi piani biennali 2019-2021, 2020-2022 e 2022-2024[41]; in ultimo, a completamento dei suddetti piani, per il triennio 2024-2026, ne è stato introdotto uno nuovo, condizionato fortemente dal programma strategico "Decennio Digitale 2030", istituito dalla decisione Ue n. 2481/2022 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022, i cui obiettivi sono articolati in quattro dimensioni:

panti e previa consultazione del comitato, tranne quando lo spazio è creato per soluzioni di interoperabilità transfrontaliera di servizi pubblici digitali transeuropei, per i quali non è necessaria l'autorizzazione.

[40] I compiti del Comitato per un'Europa interoperabile sono disciplinati all'art. 15, reg. Ue n. 903/2024.

[41] Vedi C. Giardina, *Il piano Triennale per l'informatica nella PA 2020-2022*, in *Azienditalia*, 2020, 1924 ss.

competenze digitali, servizi pubblici digitali, digitalizzazione delle imprese e infrastrutture digitali sicure e sostenibili.

Più nel dettaglio, il Piano triennale dell'informatica del 2017-2019 ha introdotto, in luogo del vecchio modello di cooperazione applicativa, il Modello strategico di evoluzione del sistema informativo della pa, al cui interno vi è una parte dedicata alla interoperabilità, introdotta al fine di favorire «la condivisione trasparente di dati, informazioni, piattaforme e servizi»[42].
Pertanto, affinché siano tratti i giusti benefici dall'uso corretto e consapevole di tale sistema, secondo il Piano le pubbliche amministrazioni devono promuovere l'adozione dell'approccio *api first* al fine di garantire la massima interoperabilità di dati e servizi[43], privilegiare standard tecnologici che assicurino le interazioni tra le stesse e con i cittadini e le imprese e, infine, semplificare le procedure di scambio di servizi.

Inoltre, allo scopo di uniformare e organizzare le modalità di scambio di dati in luogo delle precedenti stipule di convenzioni tra pubbliche amministrazioni, è stata prevista l'istituzione della Piattaforma digitale nazionale dati (Pdnd), ai sensi dell'art. 50-*ter*, d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 17: la *ratio* è quella di far aderire le amministrazioni ad una infrastruttura comune, così da migliorare e semplificare la condivisione dei dati pubblici tra le stesse, standardizzare e promuovere la diffusione degli *open data* e ottimizzare i processi di analisi dati e generazione di conoscenza[44].

La Piattaforma nazionale è stata prevista per la prima volta nel 2017, ma solo in termini di sperimentazione[45], la cui implementazione era affidata

[42] Agid, *Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019*.

[43] Anche secondo il Piano nazionale di ripresa e resilienza, per favorire l'interoperabilità dei dati pubblici occorre cambiare la modalità di interconnessione tra le basi dati delle amministrazioni, grazie ad un catalogo centralizzato delle interfacce di programmazione delle applicazioni. In questo modo, le informazioni sui cittadini sono a disposizione di tutte le amministrazioni in modo immediato, semplice ed efficace. Per un approfondimento, si veda G. Buttarelli, *Lo Stato Digitale nel PNRR – Dati ed interoperabilità nella pubblica amministrazione*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale dell'Irpa*, 20 luglio 2021.

[44] Cfr. A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513 ss.

[45] Se infatti si legge il testo dell'art. 50-*ter* del Cad precedente le modifiche apportate dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, si nota il verbo sperimentare e non realizzare: «La Presidenza del Consiglio dei ministri promuove la progettazione, lo sviluppo e la sperimentazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti di cui all'art. 2, c. 2, lett. a), ad esclusione delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, nonché alla condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente».

al Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale. Successivamente, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (decreto semplificazioni) ha invece operato una totale riscrittura dell'art. 50-*ter* del Cad, d.lgs. 82/2005, apportando alcune modifiche di carattere formale (ad esempio, la sostituzione del riferimento al Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale con la Presidenza del Consiglio dei ministri quale soggetto deputato a gestire la piattaforma). Invero, la piattaforma rientra altresì tra gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza, il quale ha previsto per la sua implementazione uno stanziamento pari a 556 milioni di euro, in modo che attraverso l'utilizzo della stessa ciascun ente, una volta accreditato, possa rendere disponibili le proprie banche dati[46], consentendo in questo modo all'Italia di rientrare a pieno titolo nell'iniziativa europea riguardante lo Sportello unico digitale europeo (*Single Digital Gateway*)[47], il cui obiettivo è quello di uniformare a livello europeo l'accesso ad alcuni servizi pubblici ritenuti di particolare importanza così da fornire dei canali di assistenza effettiva per tutti i cittadini dell'Unione, soprattutto in un'ottica transfrontaliera[48].

Da un punto di vista tecnico, la Pdnd, realizzata e gestita da pagoPA per conto del Dipartimento per la Trasformazione Digitale presso la Presidenza del Consiglio dei ministri[49], è una piattaforma con un'interfaccia unica che funziona tramite la condivisione delle APIs, le quali a loro volta permettono di far dialogare gli enti, favorendo così lo scambio di dati in linea con il principio *once only*[50], e nel rispetto delle norme sulla *privacy* e sulla sicurezza tecnologica.

Considerata la complessità tecnica associata a questo argomento, risulta arduo fornire una spiegazione dettagliata e completa del funzionamento del-

[46] Misura 1.3.1. dell'investimento 1.3 (Dati e interoperabilità) della missione Transizione digitale del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

[47] Introdotto dal reg. Ue n. 1724/2018. Per un approfondimento, si veda L.G. Sciannella, *E-government" e accessibilità ai servizi: il "Single Digital Gateway"*, in *ambientediritto.it*, 2021, 458-481.

[48] G. Buttarelli, *Lo Stato Digitale nel PNRR – Dati ed interoperabilità nella pubblica amministrazione*, in Osservatorio sullo Stato Digitale, 2021. Per un approfondimento, si suggerisce anche A. Salerno, *Pnrr, si accende la Piattaforma Digitale Nazionale Dati,* in Cor.com, 21 ottobre 2022.

[49] La Presidenza del Consiglio si avvale di PagoPA per la progettazione, lo sviluppo, la gestione e l'implementazione di Interoperabilità (art. 8, c. 3, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135).

[50] La scelta del tipo di Api da utilizzare varia a seconda del tipo di qualità del servizio offerto dalle stesse (c.d. *Quality of Service* (QoS), ricavabile peraltro dal patto allegato all'Api contenente il livello di servizio che gli erogatori e i fruitori devono raggiungere (c.d. *Service Level Agreement*, SLA). Nel dettaglio, le APIs disponibili e i relativi livelli di servizio dichiarati sono elencati in un apposito catalogo atto a semplificare l'interoperabilità tra le pa e i privati, nonché a contenere la spesa riducendo la loro replicazione.

la piattaforma in tutti i suoi aspetti. Nondimeno, appare opportuno illustrare, nei limiti di un giurista, il processo di adesione e utilizzo di tale strumento.

Per poter usufruire delle funzionalità messe a disposizione dalla Pdnd, un ente deve prima effettuare l'adesione alla piattaforma (c.d. aderente) e, una volta abilitato, potrà agire sia in veste di erogatore che di fruitore. In particolare, per erogatore si intende un soggetto che ha aderito alla piattaforma, e che rende disponibili gli *e-service* ad altri aderenti per la fruizione di informazioni in proprio possesso o per l'integrazione di processi. Il fruitore, invece, è un aderente che fruisce degli *e-service* messi a disposizione da un erogatore, ma per farlo deve dimostrare di possedere i requisiti minimi indicati dall'erogatore, presentando una richiesta che dovrà passare al vaglio della piattaforma e dell'erogatore[51].

Considerando la portata innovativa rappresentata dalla Pdnd, appare utile rispondere ad alcuni quesiti. In primo luogo, è essenziale comprendere che cosa consente l'accreditamento alla piattaforma; in secondo luogo, quali sono i soggetti a cui la piattaforma è destinata; infine, esaminare quanti fino ad ora hanno aderito o utilizzato la piattaforma.

Con riferimento al primo, la piattaforma, come già detto, si propone obiettivi ambiziosi: migliorare la *governance* dei dati, garantire l'univocità e la qualità delle informazioni, promuovere l'interoperabilità tra le diverse banche dati della pubblica amministrazione e, soprattutto, assicurare una maggiore efficienza nel servizio al cittadino e alle imprese. Questo si traduce nell'implementazione del principio *once only* che consente alle amministrazioni di non richiedere informazioni già in loro possesso ai cittadini[52]. L'obiettivo principale non è quindi quello di raccogliere dati, ma di centralizzare le banche dati esistenti su un'unica piattaforma e garantire lo scambio sicuro di informazioni tramite un sistema di autenticazione e autorizzazione. Questo approccio standardizza l'accesso agli *e-service* e il riutilizzo delle informazioni, soprattutto nella fase dell'istruttoria del procedimento, riducendo signifi-

[51] L'autorizzazione all'accesso all'Api dell'erogatore da parte del fruitore avviene attraverso un meccanismo di autenticazione e autorizzazione: il fruitore richiede a Pdnd un *voucher* per uno specifico *e-service* e una specifica finalità. Questo *voucher* potrà essere speso presso l'*e-service* dell'erogatore che ne verificherà l'autenticità e il corso di validità prima di restituire le informazioni legittimamente richieste dal fruitore.

[52] L'Unione europea stima un risparmio pari a cinque miliardi di euro, se le amministrazioni degli Stati membri applicassero correttamente il principio *once only*, quello per cui ogni persona dovrebbe poter fornire una sola volta i propri dati alla Pubblica Amministrazione. Commissione europea, *EU-wide digital Once-Only Principle for citizens and businesses Policy options and their impacts*. Final report prepared by DG Communications Networks, Content & Technology, 2017.

cativamente gli oneri amministrativi per gli enti. La piattaforma, inoltre, non gestisce né conserva le informazioni scambiate tra gli enti e non offre un accesso diffuso o generalizzato ai dati degli enti: la sua funzione è piuttosto quella di facilitare lo scambio sicuro di informazioni per specifiche finalità, garantendo allo stesso tempo la tutela della *privacy* e della sicurezza dei dati.

Per quanto riguarda i destinatari della piattaforma, attualmente devono aderire tutte le pubbliche amministrazioni, i gestori di servizi pubblici e le società controllate elencate nell'Indice dei domicili digitali della pubblica amministrazione e dei gestori di pubblici servizi (IPA). Le scadenze temporali previste per l'adesione sono il 30 settembre 2023 per le pubbliche amministrazioni, il 31 marzo 2024 per i gestori di servizi pubblici e il 30 settembre 2024 per le società a controllo pubblico[53]. Ad oggi, considerando i termini entro cui gli enti sono tenuti non solo ad aderire, ma anche a sviluppare le interfacce di programmazione delle applicazioni e a rendere disponibili le proprie banche dati sulla piattaforma, il numero attuale di aderenti è di 8.062 enti[54]. Pertanto, considerato che le pubbliche amministrazioni e i gestori di pubblico servizio registrati su Indice PA sono circa 22.000, siamo quindi a più di un terzo delle registrazioni complessive: questo dato riflette un notevole impegno nell'utilizzo della piattaforma per lo scambio di dati e informazioni.

Non vi è dubbio, pertanto, che con l'implementazione di tale infrastruttura si avrebbe la semplificazione dello scambio dei dati tra pubbliche amministrazioni, nonché la riduzione dei costi transattivi per l'accesso e per l'utilizzo dei dati[55].

5. Alcuni attuali problemi applicativi

Dall'analisi fin qui svolta si evince che il principio dell'interoperabilità,

[53] Art. 3, decreto del dipartimento per la trasformazione digitale, 22 settembre 2022, recante Obblighi e termini di accreditamento alla Piattaforma digitale nazionale dati.

[54] I numeri della Piattaforma digitale nazionale dati sono in continuo aggiornamento, alla seguente pagina innovazione.gov.it/notizie/articoli/tutti-i-numeri-della-piattaforma-digitale-nazionale-dati/.

[55] Inoltre, il legislatore al c. 5 dell'art. 50-*ter*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ha previsto che «L'inadempimento dell'obbligo di rendere disponibili e accessibili le proprie basi dati ovvero i dati aggregati e anonimizzati costituisce mancato raggiungimento di uno specifico risultato e di un rilevante obiettivo da parte dei dirigenti responsabili delle strutture competenti e comporta la riduzione, non inferiore al 30 per cento, della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei dirigenti competenti, oltre al divieto di attribuire premi o incentivi nell'ambito delle medesime strutture».

incidendo fortemente su tutta l'attività digitale del settore pubblico, oltre a rappresentare una fondamentale regola di carattere tecnico, costituisce un corollario del principio di leale collaborazione[56]. Infatti, nell'epoca attuale, l'effettiva implementazione di un sistema di trasmigrazione di dati e di informazioni tra le amministrazioni pubbliche può aiutare in maniera incisiva a realizzare l'obiettivo della "buona amministrazione", contribuendo sensibilmente a incrementare il livello di efficienza delle attività e dell'organizzazione pubblica[57]. Ne deriva che i principi dell'interconnessione e interoperabilità, che costituiscono i fondamenti dell'amministrazione digitale, prima ancora di essere un requisito tecnologico o una regola tecnica, rilevano come garanzia della cooperazione amministrativa, permettendo di dare attuazione al principio di leale collaborazione che informa tutta l'attività del settore pubblico[58]. Sicché, come affermato anche dal Consiglio di Stato, stante la comunanza di fini, l'interoperabilità è strettamente legata al principio di leale collaborazione[59].

[56] In tal senso, si veda D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2020, 86. Da ultimo, si veda la sentenza Tar Campania, Napoli, sez. III, 25 gennaio 2022, n. 480, la quale ha affermato che il principio di leale collaborazione, riconosciuto a livello costituzionale dall'art. 97, c. 2 e sancito anche dall'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, non solo regola i rapporti tra il singolo cittadino e la pubblica amministrazione ma deve essere inteso come un principio generale che sancisce una leale collaborazione all'interno del procedimento amministrativo.

[57] D.U. Galetta, *op. loc. cit.*, 114. Secondo l'Autrice, l'uso di tecnologie Ict a supporto delle pubbliche amministrazioni rappresenta certamente un elemento importante nella prospettiva di implementare in concreto sia il dettato costituzionale dell'art. 97 (sotto il profilo e di una maggiore imparzialità e del buon andamento), sia i vari corollari di quel diritto ad una buona amministrazione statuito all'art. 41 C. dir. fond. Ue, frutto di una lunga evoluzione giurisprudenziale, avviatasi sin dai primi anni dell'esperienza comunitaria.

[58] Il principio di leale collaborazione trova fondamento da un punto di vista giurisprudenziale e dottrinale soprattutto nei rapporti Stato-Regione, quale fattore di unità ed efficienza operativa, nonché «espressione dinamica relazionale del buon andamento» dell'azione amministrativa; da un punto di vista giuridico, invece, trova riconoscimento nell'art. 97 Cost. che «impone la collaborazione tra amministrazioni pubbliche» per lo svolgimento di un'attività pubblica efficiente. Cfr. M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 123; F. Cardarelli, *3 bis. Uso della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010, 427-428.

[59] Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1059. In tal senso il Consiglio di Stato, a conferma di tale rapporto di strumentalità, ha dichiarato che «è considerazione di base che l'azione amministrativa, quando è ripartita tra varie competenze, specie in ragione dell'autonomia locale, necessita dell'applicazione effettiva dell'immanente principio fondamentale di leale cooperazione, che esige – a compensazione della ripartizione di competenze – che le am-

A tal fine, va dedicata una riflessione ai meccanismi di coordinamento, quale momento dinamico e operativo dell'attività amministrativa[60], che rappresentano i modi più efficienti in cui le amministrazioni possono dialogare tra loro: si pensi all'istituto della conferenza di servizi, prevista per acquisire, in un unico contesto logico e temporale, valutazioni e posizioni di diverse amministrazioni che, altrimenti, verrebbero assunti in sequenza; ai pareri e alle valutazioni tecniche per acquisire rapidamente il contributo di un'altra amministrazione[61]; oppure, agli accordi *ex* art. 15 della legge n. 241 del 1990 che le amministrazioni possono concludere per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune[62]. In tal senso, l'interoperabilità può costituire un presupposto giuridicamente rilevante della cooperazione amministrativa in sede procedimentale: l'interconnessione dei dati, infatti, permettendo che tutti i flussi documentali in origine riferibili a singole articolazioni dell'amministrazione divengono un'unica informazione, dedotta oggettivamente nell'arena procedimentale e conosciuta da tutte le pubbliche amministrazioni in tempi rapidi e celeri, assicura la completezza nonché l'accuratezza della fase istruttoria[63]. Infatti, se vi fosse il pieno funzionamento della PDND si potrebbe anche ipotizzare un superamento della conferenza dei servizi istruttoria, finalizzata all'esame simultaneo degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, in quanto con l'interoperabilità dei dati tra le pubbliche amministrazioni, l'amministrazione procedente potrebbe effettuare queste valutazioni autonomamente, consultando direttamente le banche dati delle altre amministrazioni coinvolte nel procedimento[64].

ministrazioni implicate collaborino realmente nella salvaguardia dell'esercizio reciproco delle funzioni, acquisendo così una congrua e completa conoscenza e dei fatti e la possibilità di una considerazione adeguata e proporzionata degli interessi coinvolti di rispettiva competenza, vagliando se gli assunti presi a base sono corretti o possono essere corretti e modificati pur senza venir meno alla cura dell'interesse pubblico di loro attribuzione: ferma restando poi per ciascuna la autonoma e definitiva valutazione».

[60] Così F. Caporale, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento,* in *Dir. pubbl.*, 2021, 444.

[61] Con riguardo alle valutazioni tecniche e ai pareri si potrebbe dire che sono atti endoprocedimentali e che ricorrono nei procedimenti complessi: pertanto sarebbero piuttosto la causa del coordinamento. M. Occhiena e N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 2019, n. 3, 27-62.

[62] Come rileva G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5479 ss.

[63] Così F. Cardarelli, *3-bis. Uso della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010, 427-428.

[64] In questo senso, si veda V. Falco, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi, in Giorn. dir. amm.*, 2023, 9.

Appare evidente, quindi, che per favorire la collaborazione e l'interazione tra amministrazioni è necessario implementare e modernizzare le banche dati, quali strumenti indispensabili specialmente nella fase istruttoria del procedimento amministrativo, nella quale vengono valutati, ponderati e accertati i fatti e gli interessi, pubblici o privati, coinvolti nel procedimento[65]. Tra i vantaggi che ne derivano dall'uso possiamo citare, in primo luogo, l'accesso rapido e completo alle informazioni pertinenti, riducendo i tempi di raccolta dei dati e semplificando la gestione dei documenti. Questo, a sua volta, accelera il processo decisionale, consentendo alle amministrazioni di rispettare i tempi previsti dalla legge. Inoltre, le banche dati contribuiscono in modo significativo a migliorare la qualità delle informazioni utilizzate nel procedimento amministrativo e, grazie alla centralizzazione e alla standardizzazione dei dati, è possibile ridurre gli errori, le incongruenze e le ambiguità, garantendo una base informativa affidabile per le decisioni amministrative. Un altro beneficio che si ricava dall'uso delle banche dati è la promozione della trasparenza e dell'accessibilità delle informazioni: consentono ai cittadini e alle parti interessate di accedere facilmente alle informazioni pertinenti al procedimento amministrativo, contribuendo così a rafforzare la partecipazione democratica e la fiducia nella pubblica amministrazione.

Tuttavia, non vanno sottovalutati gli aspetti problematici che sono ancora legati all'uso di questi sistemi informatici. Infatti, nonostante l'innovativa portata della disciplina, il meccanismo informatico dell'interoperabilità potrà essere implementato solo dopo aver operato una razionalizzazione delle banche dati e delle piattaforme, sia in prospettiva attuale, sia in prospettiva di un'ulteriore implementazione delle stesse.

Ad esempio, con riguardo a quelle già esistenti, per quanto adesso le pubbliche amministrazioni stiano aderendo alla PDND, il legislatore ha omesso di promuoverne l'adozione esclusiva. In particolare, il c. 7 dell'art. 50-*ter* del CAD conserva la possibilità per i soggetti accreditati alla piattaforma di continuare ad utilizzare i sistemi di interoperabilità attivi[66], senza prevede-

[65] Sulle banche dati pubbliche, si consenta il rinvio a M. Cardone, *Le banche dati pubbliche*, in *Amministrazione in cammino*, 25 gennaio 2025.

[66] Con il d.l. n. 19/2024, il legislatore ha modificato i sistemi di interoperabilità "a legislazione vigente" con i sistemi di interoperabilità "attivi", riconoscendo così espressamente l'operatività dei vari sistemi già presenti nell'ordinamento. Tale novità sebbene costituisca un problema di lungo periodo poiché non incentiva l'uso esclusivo della Piattaforma nazionale da parte delle pubbliche amministrazioni, rappresenta però un importante passo in avanti poiché mentre prima era il legislatore a stabilire completamente le regole per la struttura e il funzionamento dei sistemi di interoperabilità, con l'attuale modifica il software attivo può essere utilizzato, salvo la successiva verifica dei requisiti. Questa scelta appare fondata poiché

re un termine di utilizzo. La previsione dell'alternativa ha, dunque, effetti negativi sull'omogeneità delle tecnologie generando disordine tra i sistemi informatici da utilizzare. Le pubbliche amministrazioni non saranno incentivate all'uso esclusivo della Piattaforma nazionale, ma avendo la possibilità di continuare ad utilizzare sistemi già in uso, preferiranno senz'altro impiegare quelle più familiari al personale amministrativo e più agevoli da gestire rispetto alla nuova piattaforma. Dunque, benché la volontà di permettere una scelta sia quella di evitare un repentino e obbligatorio cambiamento delle infrastrutture tecnologiche, sarebbe stato preferibile prevedere una soluzione che concedesse alle pubbliche amministrazioni un periodo di adattamento alla nuova piattaforma, garantendo allo stesso tempo, a lungo termine, l'uniformità dei sistemi informativi.

6. Le sfide dell'interoperabilità nel nuovo codice dei contratti pubblici

Con riguardo alle banche dati di nuova istituzione, invece, si dovrebbe gestire meglio la proliferazione delle stesse evitando il rischio, tra l'altro, che per alcune il legislatore ne preveda obbligatoriamente l'interoperabilità e per altre no: per tale ragione, è fondamentale che venga operato un riordino al fine di evitare confusione tra le stesse. Ad esempio, dal 1° gennaio 2024, nel settore dei contratti pubblici, con l'attuazione delle disposizioni contenute nel Libro I, Parte II del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 36/2023, è stata avviata la transizione dall'analogico al digitale, con la conseguenza che tutte le attività relative alle diverse fasi del ciclo di vita del contratto, dalla programmazione all'esecuzione, sono ora gestite esclusivamente tramite piattaforme e servizi tecnologici interoperabili[67]. Le stazioni appaltanti, dunque, sono obbligate a dotarsi di una piattaforma di approvvigionamento digitale, certificata dall'Agenzia per l'Italia digitale, ai sensi dell'art. 25 del codice, per gestire le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Tale piattaforma è parte di un ecosistema digitale più ampio, denominato *e-procurement*, che si basa sulla Piattaforma digitale nazionale dati per garantire l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati di

il settore dei sistemi informativi è notevolmente più avanzato nel percorso di digitalizzazione rispetto alla normativa vigente.

[67] Per un approfondimento, si veda G. Busia, *La sfida della digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici: vantaggi e prospettive,* in *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, a cura di B. Marchetti e B.G. Mattarella, Torino, Giappichelli, 2024, 1.

rilevanza nazionale, come stabilito dall'art. 22, il cui fulcro è rappresentato dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) gestita dall'Autorità nazionale anti corruzione, che interagisce, da un lato, con le banche dati statali che detengono le informazioni necessarie alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti; dall'altro lato, con la Piattaforma di approvvigionamento digitale che traccia tutto il ciclo di vita digitalizzato, per la redazione o acquisizione degli atti relativi alle varie procedure di gara[68]. Pertanto, le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali devono consentire molteplici attività, tra cui: la redazione e l'acquisizione di atti in formato nativo digitale, l'accesso elettronico alla documentazione di gara, la pubblicazione e la trasmissione di dati e documenti alla BDNCP, la presentazione delle offerte, l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale, la presentazione del Documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il Fascicolo virtuale dell'Operatore economico per le verifiche riguardo il possesso dei requisiti di partecipazione da parte dei concorrenti, nonché il controllo tecnico-contabile-amministrativo anche in fase di esecuzione contrattuale.

Inoltre, un'ulteriore novità introdotta dal nuovo codice riguarda l'obbligatorietà dell'utilizzo della modellazione BIM[69] per opere di nuova costruzione o per interventi su costruzioni esistenti al di sopra della soglia di un milione di euro. Il legislatore, all'art. 43, ha previsto che entro il 1° gennaio 2025 le stazioni appaltanti dovranno adottare un ambiente di condivisione dati per la progettazione e la realizzazione sia di nuove opere sia di interventi su opere esistenti, ove l'importo a base di gara sia superiore a un milione di euro, nonché per interventi di manutenzione su opere preceden-

[68] La Banca dati nazionale dei contratti pubblici si articola nelle seguenti sezioni: l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA) che gestisce anche il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti; la Piattaforma contratti pubblici (PCP), fondamentale nel processo di digitalizzazione in quanto è il complesso dei servizi web e di interoperabilità attraverso i quali le piattaforme di approvvigionamento digitale delle stazioni appaltanti interoperano con la Bdncp per la gestione digitale del ciclo di vita dei contratti; la Piattaforma per la pubblicità legale degli atti, che garantisce la pubblicità legale con le modalità stabilite nella delibera n. 263/2023 dell'Anac in materia di pubblicità legale degli atti tramite la Banca dati nazionale, in attuazione dell'art. 27 del Codice; il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE), di cui esiste la versione 1.0 per le procedure ante 1° gennaio 2024 e la versione 2.0 per le nuove procedure; il Casellario Informatico Anac; l'Anagrafe degli operatori economici.

[69] Il *Building information modeling* rappresenta un modello di gestione innovativa nel campo della progettazione, realizzazione e gestione di un'opera edilizia o infrastrutturale. In particolare, il Bim è un insieme di processi e strumenti altamente collaborativi e interconnessi che sfruttano la disponibilità e l'integrazione di modelli digitali dei prodotti edilizi o civili, dalla progettazione iniziale e per tutto l'intero ciclo di vita dell'edificio.

temente eseguite con tali metodologie e strumentazioni. In merito ai profili più strettamente tecnici, il medesimo art. 43, c. 3, prescrive che gli strumenti di gestione informativa digitale (*Information Management)* delle costruzioni utilizzino piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, onde evitare di limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e di ostacolare il coinvolgimento di specifiche progettualità, con l'ulteriore finalità di consentire il trasferimento dei dati tra pubbliche amministrazioni e operatori economici partecipanti alla procedura, aggiudicatari o incaricati dell'esecuzione del contratto.

Dunque, nonostante l'*e-Procurement*, che include un ampio spettro interconnesso di sistemi informativi impostati sul principio dell'unicità dell'immissione del dato e dell'interoperabilità tra sistemi informativi, e l'*Information Management*, concorrano a pieno titolo, con alcune sovrapposizioni, alla gestione del ciclo di vita digitalizzato del contratto pubblico, entrambe le piattaforme (la piattaforma di approvvigionamento dati e l'ambiente di condivisone dati) non risultano interoperabili: ad esempio, per l'esecuzione dei lavori, nella fase di controllo tecnico contabile, le stazioni appaltanti sono tenute a caricare i dati su entrambe le piattaforme, causando così un duplice onere a discapito dell'unicità del dato[70].

Dunque, nonostante i notevoli progressi, è ancora necessaria un'azione di coerenza informativa che, nel lungo periodo, consentirebbe non solo di rendere interoperabili le due piattaforme, ma anche di integrare l'ambiente di condivisione dei dati con la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e i sistemi di gestione e controllo contabile e finanziario dell'investimento, come la Piattaforma REGIS di rendicontazione del Pnrr. Ciò porterebbe a una vera e propria rivoluzione, aprendo le porte a un ulteriore passo avanti: sfruttare l'uso dell'intelligenza artificiale e della blockchain, ai sensi dell'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici, con i dati delle banche dati per trarre analisi predittive, migliorare la trasparenza e ottimizzare i processi decisionali e operativi in ambito pubblico e privato[71].

In definitiva, se da un lato i progressi e gli sforzi compiuti in questo settore sono notevoli e richiedono inevitabilmente il tempo necessario per essere assimilati dalla pubblica amministrazione, dall'altro, emerge ancora la persistenza di un disordine tra i diversi sistemi informativi. Appaiono irrisolti

[70] Per una lettura più approfondita, si suggerisce Angelo Luigi Camillo Ciribini, *L'integrazione tra la piattaforma di approvvigionamento digitale e l'ambiente di condivisione dei dati*, in *www.ingenio-web.it*, 5 febbraio 2024.

[71] Per una preliminare lettura sul tema, si veda B. Marchetti, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, cit., 45 ss.

alcuni aspetti di natura tecnica, organizzativa e giuridica, che richiedono un riordino delle banche dati. Solo attraverso tale riorganizzazione sarà possibile sfruttare appieno le opportunità offerte dalla digitalizzazione nell'ambito dell'attività amministrativa. Inoltre, risulta essenziale che il personale debba poter ricevere un adeguato periodo di formazione per il corretto utilizzo delle stesse, poiché spesso accade che la fase di sperimentazione della piattaforma coincide con quella di messa a regime con il rischio di non avere il tempo necessario per comprenderne il funzionamento[72].

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sinora detto, è evidente che l'interoperabilità rappresenta il miglior strumento tecnico-giuridico per garantire lo scambio di informazioni in modo collaborativo e interattivo tra le pubbliche amministrazioni[73]. In una società contemporanea in cui i dati e le informazioni sono al centro di ogni aspetto della vita quotidiana, come risorsa strategica sia per le attività private che per quelle pubbliche, l'investimento nell'implementazione delle diverse piattaforme digitali e nel sistema dell'interoperabilità, così come previsto dal Pnrr, appare imprescindibile.

Invero, l'interoperabilità assolve altresì ad una funzione attuativo-gestionale del Piano nazionale di ripresa e resilienza poiché alcune misure non possono essere materialmente attuate senza l'interconnessione tra diversi sistemi informativi: si pensi ad esempio alla digitalizzazione degli Sportelli unici per le attività produttive (Suap), prevista nell'ambito del sub-investimento 2.2.3 della Missione 1 del Pnrr. Il progetto intende raggiungere la piena interoperabilità dei Suap stessi e dunque standardizzare le procedure amministrative ad essi connesse, al fine di offrire a cittadini e imprese servizi più efficienti e facilmente accessibili. O ancora, all'implementazione del

[72] Dal 1° gennaio 2024 è stato introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di avvalersi della piattaforma di approvvigionamento digitale, senza prevedere un periodo transitorio.

[73] Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6672. In tal senso il Consiglio di Stato ha dichiarato che «nelle attività che coinvolgono più enti istituzionali, il quadro delle forme di collaborazione è il più delle volte atipico e comunque aperto, improntato alla più ampia consultazione, attraverso un dialogo costante, non contrassegnato da rigide scansioni e da limiti alla possibilità di intervento dell'ente consultato, come pure dal doveroso rispetto di specifiche garanzie, ma retto dal criterio di adeguatezza ed effettività». Per un'analisi sui modelli di *governance* esistenti presso le istituzioni dell'UE e i paesi europei, invece, si rinvia a M. A. Wimmer, B. Rositsa e D. Di Giacomo, *Interoperability governance: a definition and insights from case studies in Europe*, in *Proceedings of the 19th Annual International Conference on Digital Government Research: Governance in the Data Age*, 2018, 1-11.

sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, finalizzato a ridurre la frammentazione eccessiva dei poteri di acquisto e a favorire un approccio amministrativo più efficiente e professionale. È significativo notare che l'allegato II.4 al nuovo codice dei contratti pubblici, negli articoli 4 e 6, elenca tra i requisiti necessari per ottenere la qualificazione per la progettazione e l'affidamento di lavori, servizi e forniture, anche la disponibilità della piattaforma digitale di approvvigionamento, pena la decadenza dalla qualificazione. Pertanto, oltre ad altri requisiti di capacità e competenza, il possesso di adeguate tecnologie digitali è considerato una fondamentale garanzia di adeguatezza[74]. Per tale ragione, i continui interventi che vanno verso l'attuazione di una completa interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni sono significativi: si pensi, ad esempio, alla Piattaforma unica sulla trasparenza fortemente voluta dal Presidente dell'Anac e attualmente in fase di implementazione, che mira a raccogliere e collegare tutti i dati che le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare nella sezione "amministrazione trasparente", in conformità con gli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. 33/2013[75].

Tuttavia, sono ancora tanti i passi da compiere: l'integrazione tra le *application programme interface* delle principali banche dati delle amministrazioni; la fissazione di linguaggi, formati e sintassi comuni per agevolare la circolazione e lo scambio delle informazioni; le difficoltà legate spesso a culture amministrative diverse; la necessità di semplificare e alleggerire gli oneri burocratici degli utenti, dando coerenza all'insieme dei dati prodotti dalle amministrazioni[76], o ancora la verifica della qualità dei dati contenuti nelle banche dati, intesa nel senso di esattezza, completezza integrità, costante

[74] G. Busia, *Nuovo Codice: digitalizzazione dei contratti pubblici, gestione informativa digitale delle costruzioni, modellazione BIM e cantieri digitali*, su www.ingenio-web.it, il 19 aprile 2024.

[75] Si veda il comunicato Anac del 19 luglio 2023 su www.anticorruzione.it/-/piattaforma-unica-della-trasparenza-dal-18-luglio-in-funzione-format-per-i-servizi-pubblici-locali.

[76] Si pensi al «coordinamento informatico dei dati». Cfr. B. Ponti, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo, Scritti in memoria di Isabella D'Elia Ciampi*, a cura di M. Pietrangelo, in *Inf. dir.*, 2008, n. 1-2, vol. 17, 425. Sul rapporto tra semplificazione e coordinamento, si veda F. Caporale, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento,* in *Dir. pubbl.*, 2021, 447. Per l'Autore, se in origine i meccanismi di coordinamento servivano a semplificare il procedimento, oggi si è insinuata la convinzione che si debbano semplificare i meccanismi di coordinamento, per rendere più rapida ed efficace l'azione amministrativa. Un equilibrio migliore tra semplificazione e coordinamento – o, in un'altra prospettiva, il buon funzionamento dei meccanismi di coordinamento – appare ancora più importante, nell'ottica di realizzare presto e bene gli interventi previsti nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

aggiornamento, tempestività, semplicità di consultazione, indicazione della provenienza dei medesimi[77].

Solo superando queste carenze, l'interoperabilità può essere effettivamente implementata.

Inoltre, per garantire un sistema informativo interconnesso, assume particolare rilevanza il principio di "apertura"[78] delle informazioni, dei dati, delle specifiche e dei *software* che mira ad assicurare l'effettiva condivisione di informazioni non coperte da restrizioni (si pensi alla protezione dei dati personali, la riservatezza o la proprietà intellettuale)[79] tra le diverse amministrazioni. Questa visione di apertura porta con sé l'enorme vantaggio di ridurre i costi di sviluppo, prevenire un "*effetto lock-in*"[80] e garantire un continuo adeguamento ai nuovi meccanismi ideati dalla comunità di sviluppatori (si pensi ad esempio alle nuove tecnologie o ai prodotti *open source)*[81]. Al contempo, in virtù di tale principio, sarebbe opportuno che le pubbliche amministrazioni iniziassero a rendere quanto più aperti e disponibili i dati che detiene, superando il c.d. fenomeno della «gelosia del dato», quale limite nella gestione dell'utilizzo degli stessi. Questo meccanismo operativo, infatti, garantirebbe una maggiore efficienza dell'attività amministrativa, un controllo più intenso sui processi decisionali delle pubbliche amministrazioni e al contempo assicurerebbe al cittadino il vantaggio di un'attività trasparente[82]. Il principio di apertura poi opera in sinergia con quello del riutilizzo: le

[77] Sul tema della qualità dei dati, si suggerisce F. Caporale, *La parabola degli obblighi di pubblicazione: dall'accessibilità alla comprensibilità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 864.

[78] In questo senso S. Aliprandi, *Interoperability and Open Standards: The key to true openness and innovation*, in *The Journal of Open Law, Technology and Society* (Jolts), 2011, n. 1, vol. 3, 5-24.

[79] Appare utile rammentare che sono stati adottati specifici atti normativi per incoraggiare gli Stati membri a rendere le informazioni pubbliche disponibili per l'accesso e il riutilizzo come dati aperti: tra questi, fondamentali sono la direttiva sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (Psi) e la direttiva Inspire.

[80] Sul tema si rinvia a G. Carullo, *Principio di neutralità tecnologica e progettazione dei sistemi informatici della pubblica amministrazione*, in *Ciberspazio e diritto: rivista internazionale di informatica giuridica*, 2020, n. 1, vol. 21, 33-48.

[81] Per un'analisi sui vantaggi prodotti da standard aperti in termini di stimolo del commercio e dell'innovazione, nonché di miglioramento della soddisfazione degli utenti, si rinvia a L. De Nardis, *Opening Standards: The Global Politics of Interoperability*, in *The MIT Press*, 2011.

[82] L'esigenza di bilanciamento tra apertura, accesso e trasparenza, da un lato, e riservatezza, dall'altro, è stato al centro di numerosi studi. Si suggerisce una lettura di C. Reimsbach-Kounatze*,* in *Enhancing access to and sharing of data: Striking the balance between openness and control over data*, in Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, Nomos Verlagsgesellschaft Mbh, 2021, p. 25; W. M. Burke, M. Teller, in *A guide to owning transparency: How federal agencies can implement and benefit from transparency*, Washington, DC: Open Forum Foundation,

pubbliche amministrazioni, con la nuova direttiva sul *Public sector information*, di modifica del d.lgs. n. 36/2006, devono assicurare nell'esercizio della loro attività la conservazione dei dati acquisiti affinché quest'ultimi vengano poi impiegati per finalità diverse dalle quali sono stati inizialmente prodotti[83]. Il riutilizzo così inteso consente di risparmiare tempo e risorse[84]. A questi principi fanno da contraltare, da un lato, quelli basati sulla neutralità e sulla adattabilità tecnologica, dall'altro, quelli sulla sicurezza e sulla *privacy*. I primi intendono evitare l'imposizione applicativa di specifiche tecnologie non proporzionate rispetto al tipo di pubblica amministrazione operante. Invero, ogni organizzazione deve prima potersi adeguare al processo tecnologico proponendo meccanismi personalizzati di accesso e riutilizzo dei propri dati e servizi pubblici, allo scopo di evitare l'effetto *lock-in*. Al contempo, le pubbliche amministrazioni nel mettersi al passo con l'evoluzione tecnologica devono poter garantire all'utente del servizio la certezza della sicurezza e integrità dell'informazione fornita, nonché uno scambio sicuro delle stesse nei rapporti verticali o orizzontali instaurabili tra pubbliche amministrazioni, cittadini o imprese[85].

In definitiva, la cooperazione tramite strumenti tecnologici, tra cui si

2011. Gli autori, in particolare, affermano che l'ambiente digitale non solo facilita la trasparenza, ma amplifica anche il volume dei dati rendendo difficile la loro localizzazione e il loro recupero, aumenta la velocità dell'innovazione tecnica e dell'obsolescenza, accresce le aspettative di un accesso personalizzato ai dati e alle informazioni e aumenta i rischi di *cybersecurity*. La trasparenza deve essere, dunque, controbilanciata dal mantenimento della *privacy* dei cittadini, dalla protezione della sicurezza nazionale e dai costi associati alla capacità tecnica del governo di rendere le informazioni disponibili e accessibili. In questo senso, si veda anche F. Faini, *Trasparenza, apertura e controllo democratico dell'amministrazione pubblica*, in *Ciberspazio e diritto: rivista internazionale di informatica giuridica*, 2014, vol. 15, n. 1, 39-70. Cfr. anche F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013,* in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, che a pagina 22 sottolinea la connessione tra misure di trasparenza e promozione della funzionalità (buon andamento) e dell'integrità (imparzialità) dell'amministrazione pubblica.

[83] In linea con il principio del riutilizzo, tanto più i dati possono essere utilizzati per fini diversi da quelli originari, tanto più si pongono esigenze di superamento di interessi conservativi e proprietari delle amministrazioni che hanno raccolto o che comunque detengono i dati (attraverso la conservazione dei relativi documenti). In tal senso si veda F. Merloni, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, a cura di B. Ponti, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2008, 154.

[84] In merito si veda G. Luchena e S. Cavaliere, *Il riutilizzo dei dati pubblici come risorsa economica: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. mezz.*, 2020, 151-169.

[85] Per un'applicazione italiana del principio si veda F. Lorè, *La tutela della privacy nello scambio di dati personali tra pubbliche amministrazioni*, in *Amministrativ@mente*, 2018, n. 11-12.

annovera l'interoperabilità, costituisce una sfida e una necessità per l'amministrazione moderna; tale istituto rappresenta un pilastro fondamentale per il progresso e l'efficienza delle organizzazioni pubbliche e private in un mondo sempre più interconnesso digitalmente. La capacità di far interagire in modo fluido diversi sistemi, piattaforme e dati è essenziale per ottimizzare le operazioni, migliorare i servizi offerti e favorire lo sviluppo di soluzioni innovative. Pertanto, affinché l'interoperabilità possa realmente trasformare il modo in cui le amministrazioni operino, è necessario continuare a investire in tecnologie all'avanguardia, standard aperti e politiche collaborative. Solo attraverso uno sforzo collettivo e una visione condivisa è possibile sfruttare appieno il potenziale dei sistemi informativi per affrontare le sfide del futuro e creare un ambiente digitale più inclusivo, efficiente e resiliente[86].

Abstract

Interoperability, an IT concept, has become a strategic principle for the management and exchange of data between public administrations. It is a key element in ensuring efficiency, transparency and innovation in digital public services. Starting from a description of its technical operation, the paper analyzes the European and national regulatory framework, with a focus on the National Digital Data Platform and the main application challenges, also examining the new features introduced by the new Public Procurement Code. Although interoperability offers many advantages, there are still obstacles related to regulatory and technological fragmentation, the overcoming of which is essential for a complete digital transformation of public administration.

[86] Vedi G. Arena, *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, in *La documentazione amministrativa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, M.P. Guerra e A. Masucci, Rimini, Maggioli, 2001.

OPINIONI

Marco Dugato

LE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA STATO E MERCATO A FRONTE DEL PNRR

Secondo una diffusa impressione, le società pubbliche costituirebbero oggi un ambito d'indagine meno complesso di quanto non fosse in passato, perché presidiato da un riferimento normativo organico e certamente ben scritto. Il presupposto del ragionamento è solido, essendo innegabile che il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) costituisca un quadro dai contorni assai più nitidi e certi rispetto a quelli che caratterizzavano il precedente coacervo di norme e normette, generali e settoriali, dal quale emergevano molte incertezze e qualche antinomia. È tuttavia al contempo vero che è il contesto funzionale, economico e sociale in cui la disciplina giuridica oggi è calato ad essere delicato. Il numero delle società partecipate, nonostante gli indirizzi politici manifestati e le norme (asseritamente) imperative, non è sostanzialmente diminuito; la varietà delle finalità perseguibili attraverso le partecipazioni societarie, nonostante i vincoli legali e l'attento presidio della giurisprudenza, continua ad estendersi ad ogni attività d'impresa, servizio pubblico o funzione amministrativa.

Non vi è dubbio, poi, che il PNRR, direttamente e attraverso gli atti attuativi, abbia ulteriormente articolato il paesaggio in cui le società si muovono. La rivitalizzazione, fortemente voluta dal Piano, dell'istituto del servizio pubblico locale come strumento di contenimento delle diseguaglianze ha certo giocato un ruolo importante, poiché lo strumento societario è quello più diffuso nell'organizzazione dei servizi locali. Al contempo, il rispetto dei pillars imposti dall'approvazione europea del Piano ha imposto una più nitida perimetrazione nel ricorso pubblico alle società, come testimoniano le previsioni del d.lgs. n. 201/2022.

Dunque, se è vero che questo scritto ha un oggetto specifico e di stretto settore e sebbene chi scrive sia consapevole che le considerazioni generali che precedono l'analisi puntuale dell'oggetto d'indagine sempre lasciano perplessi e spesso spaventino, è pure vero che non possono che essere svolte, sebbene in estrema sintesi.

Una prima considerazione generale necessaria a leggere correttamente

il quadro disegnato dal PNRR con riferimento alle società pubblica attiene ad un'apparente sostanziale indifferenza sotto il profilo giuridico. Il nuovo assetto Stato – mercato muove costantemente in un solco che è ormai ben noto nei suoi tratti complessivi: per un verso, si rappresenta le società come una grande opportunità ed il ricorso allo strumento societario come grande virtù di efficienza e qualità di gestione; per altro verso, permane (e forse s'accresce) la diffidenza verso l'uso pubblico delle società che da trent'anni abbiamo imparato a conoscere.

La storia, in una rappresentazione schematica, rapida e per ciò non del tutto precisa, racconta del millenovecentonovanta come di un anno che ha separato un periodo di sereno rapporto tra l'azione amministrativa per società (fondamentalmente perché di società se ne costituivano poche e perché vi si ricorreva quando serviva e se ne rispettavano i confini ontologici) da un successivo periodo di tensione tra la forma privata e la finalità pubblica, di ricorso scriteriato allo strumento fuori e ben al di là dei suoi confini naturali e di sempre crescente ibridazione dei loro confini giuridici, insensibili agli allarmi ed agli insegnamenti di Fabio Merusi e di Marco Cammelli.

Credo poco ai report sul numero di società partecipate in Italia (il fatto stesso che, secondo chi li predispone, oscilli tra cinquemila e ottomila dà conto della scarsa attendibilità dei parametri scientifici con cui sono costruiti), ma quel che è indiscutibile è che la loro diffusione, soprattutto a livello locale, costituisca un unicum nel panorama degli Stati europei e che, per conseguenza, l'aspirazione stessa ad una loro disciplina unitaria affidabile suona più come velleità che come ambizione. Una velleità, peraltro, confermata dall'impossibilità (o dalla mancanza di volontà) di regolare "per materia", anziché "per soggetto". A ben studiarla, infatti, la disciplina delle società è quasi integralmente dedicata ai limiti di utilizzo, ai procedimenti di costituzione o di assunzione delle partecipazioni ed agli strumenti di relazione contrattuale tra ente socio e società partecipata. Aspetti importanti, fondamentali addirittura, ma invero non assorbenti tutti gli elementi rilevanti. Primo tra tutti, quello dell'individuazione del diritto applicabile. Certo, l'art. 1, c. 3, del Testo unico afferma che l'ordinamento di riferimento è quello privato, salve le deroghe espresse nel Testo unico stesso. È però esperienza diffusa che le deroghe, soprattutto con riferimento alle in house, non sono di poco conto, che altre deroghe sono venute ad esistenza in norme settoriali e successive e che la giurisprudenza ha mostrato di non sentirsi particolarmente vincolata dalla previsione legislativa, ritenendo di proseguire sulla strada della "pubblicizzazione" dei soggetti e del regime giuridico e così dando vita ad un "diritto misto", incerto e foriero non solo e non tanto di antinomie ma anche e soprattutto di principi confliggenti.

Chi scrive è da tempo convinto che la linea del rigore sarebbe meglio rappresentata dalla fortissima limitazione all'assunzione delle partecipazioni societarie e dall'accettazione che, una volta scelta la via dello strumento privatistico, l'unico riferimento sia costituito dal diritto comune, senza mitigazioni o deroghe. Quanto alle società già costituite, piuttosto che seguire l'improbabile ed infruttuosa via dell'imposizione delle dismissioni (per vendere dev'esserci chi compra), si sarebbe potuto seguire la via, inversa rispetto a quella di metà anni '90, della trasformazione delle società in enti pubblici associativi. In sintesi e come meglio ha scritto Giovanni Maria Caruso, la legge dovrebbe occuparsi dell'ente socio piuttosto che delle società a partecipazione pubblica.

Ciò premesso, l'interesse nel titolo dell'indagine risiede nella sua bivalenza. È, infatti, un titolo che può essere letto sia in chiave sincronica sia in chiave diacronica: Stato e mercato e società pubbliche (le società pubbliche nel PNRR rispetto all'ordinario andamento del rapporto tra Stato e mercato) oppure le società fra Stato e mercato prima del PNRR e dopo il PNRR.

In verità, potrebbe trattarsi di un esercizio di stile, questo, di scarsa utilità, perché, come cercherò di dimostrare, entrambe le letture conducono ad un'unica soluzione.

Ciò che non dev'essere dimenticato è che il PNRR nasce come risposta a una crisi e ad una crisi singolare. La pandemia non fu una crisi come le altre, avendo determinato, per la prima volta negli ultimi secoli, un vero e proprio congelamento delle attività umane ed ingenerato una paura globale capace di azzerare i contatti, fermare le relazioni, non solo fisiche, ma anche quelle giuridiche che dietro quelle fisiche si muovono o che le presuppongono. Una crisi davvero globale e non più una crisi definita tale solo nella prospettiva di uno o più Stati.

Il dato particolare e significativo è che quella risposta, di origine emergenziale, viene concepita e si rafforza, non so quanto per un disegno voluto o per casualità, come strumento di programmazione e di pianificazione economica ed amministrativa. Uno strumento ordinario, dunque, nato in modo straordinario che, in linea teorica e secondo la capacità futura di trarne i frutti, potrebbe davvero aprire un nuovo mondo. Senza enfasi, lo si deve leggere come lo strumento di programmazione più importante dopo il piano Marshall.

Diversa la crisi e diversi lo strumento e l'ottica per affrontarla, si potrebbe affermare. Quali sono state le precedenti esperienze nelle diverse crisi (vere o presunte) succedutesi con riferimento al rapporto Stato – mercato? La storia dimostra che la crisi ha inciso nel rapporto in modi radicalmente opposti.

Ci sono stati casi in cui si è ritenuto che il mercato non potesse reggere l'impatto della crisi e si è quindi abbandonato il mercato, amplificando il ruolo dello Stato come risposta alla crisi. In altri, invece, la risposta è stata inversa: il mercato è stato il modo per affrontare e superare la crisi. La storia dimostra altresì che le diverse risposte, in sé considerate, non sono state l'una migliore dell'altra, ma che la qualità delle esperienze è dipesa dall'attuazione concreta e costante della scelta compiuta.

Come quella delle origini della pianificazione urbanistica positivistica era un'illusione, non essendo le variabili tutte prevedibili a distanza di tempo ed indipendentemente dal concatenarsi degli eventi (le recenti alluvioni hanno definitivamente distrutto il modello atemporale degli strumenti di pianificazione generale), così i giuristi debbono guardarsi dai modelli e dai sistemi che si fondano sul presupposto della costanza dei parametri posti a fondamento delle norme. La storia delle riforme e più in generale delle risposte giuridiche dipende anche dall'imponderabile. Tuttavia, è interessante considerare che qualunque sia la risposta alla crisi (la fuga dal mercato o il mercato per rispondere alla crisi), le società a partecipazione pubblica si trovano nel disgraziato incrocio tra le due direttrici e mostrano opposti difetti ed opposte virtù proprio in ragione della differente risposta, così che il rapporto fra Stato, mercato e società pubbliche è un rapporto che è stato letto in due ottiche diametralmente opposte.

Il ricorso alle società è stato visto, in un senso, come la penetrazione nell'azione pubblica del mercato e delle logiche del mercato. C'è chi ne ha visto la forza di riduzione dell'attività amministrativa e la distruzione del diritto pubblico. In altro senso, ed è la tesi di Marco Cammelli che mi convince sia sul piano teorico sia su quello dell'analisi del concreto svolgersi dei fenomeni, lo si è descritto in senso opposto, rinvenendo in esso il modo con cui è lo Stato ad aver penetrato e pubblicizzato il mercato ed i suoi istituti. La conseguenza che inducono entrambe le visioni è però la medesima: quella della negazione dei confini netti tra intervento ed azione pubblica, da un lato, e rapporti economici lasciati ad un mercato regolato, dall'altro.

In linea di pura tendenza, la società non è uno strumento neutro, perché la neutralità dello strumento societario presupporrebbe una distinzione tra forma e sostanza nei fenomeni giuridici che mi ha sempre lasciato perplesso e, lo confesso, profondamente irritato. La forma nel diritto è inscindibilmente connessa ad un complesso normativo suo proprio di principi, tutele, facoltà, garanzie e bilanciamento di interessi. Nessuna forma, dunque, può essere separata dalla sostanza a cui è legata. La separazione tra la forma privata e la sostanza pubblica, che tanto è stata teorizzata in dottrina e praticata in

giurisprudenza proprio con riferimento alle società pubbliche, è dunque, ad un tempo, errore di metodo e causa di incertezza. Peggio ancora, è fondata sul presupposto che a fronte delle tutele, dei principi e delle garanzie offerti dal diritto pubblico, stia un'assenza radicale di tutele, principi e garanzie nel diritto privato.

È ovviamente falso che il mondo del diritto privato sia un mondo in cui si ignora la tutela o in cui non possano essere garantite finalità e diritti. Il diritto privato è invece un mondo che nasce proprio per fondare tutele ed in grande misura per porle a garanzie della parte debole del rapporto giuridico. In un certo senso e per buona parte dell'esperienza giuridica, il diritto privato è stato animato da un intento di protezione del debole, di argine al potere del forte, molto più di quanto sia accaduto all'origine (e fino alla Costituzione del 1948) per il diritto amministrativo, fortemente orientato alla concessione di poteri e privilegi per l'ente pubblico.

Non è quindi questione di scegliere tra un complesso giuridico di tutela ed un complesso giuridico privo di tutele. È invece questione di comprendere le differenze tra i sistemi di tutele e scegliere, ragionevolmente e con riferimento agli obiettivi, quale dei due sia più efficiente e giusto. Bisogna scegliere prima e poi semplicemente affidarsi al sistema scelto, senza l'illusione che i due sistemi possano contaminarsi producendo risultati accettabili.

Ciò posto, il PNRR prende le mosse da una considerazione pragmatica, senz'altro corretta: le società sono diventate uno strumento non più solo utile, ma concretamente ineliminabile. Il dato quantitativo incontestabile lo attesta, se è vero che le si conta a migliaia e che non si può fingere che possa essere ridotto senza un impegno finanziario insostenibile. Del resto, è un fatto che tutti i numerosi tentativi di cancellazione, di espulsione sono stati fallimentari. Le uniche società che posso liquidare sono infatti quelle in utile, perché quelle con patologiche passività, quelle non produttive, per essere liquidate presuppongono il pagamento dei debiti. Il debito, soprattutto se grava sul socio pubblico, non si cancella e non tollera che siano ignorati o mortificati i creditori. Le poche amministrazioni che hanno attuato le dismissioni imposte da improvvidi comandi legislativi hanno così concorso non ad un virtuoso contenimento del debito pubblico, bensì ad un suo aumento, perché si sono conservate le partecipazioni in società in perdita e si sono eliminate le partecipazioni in società produttive di utile.

La razionalizzazione funziona come argine in origine, non come rimedio ex post.

Il Piano ha comunque un atteggiamento in apparenza non del tutto coerente. Da un lato, non mancano dichiarazioni espresse di sfavore per le

società, in special modo per quelle in house, ed inviti alla loro dismissione. Penso, ad esempio, alle società del Ministero della transizione ecologica, con riferimento alle quali l'invito è quello a razionalizzare, sia nel senso di non costituirne di nuove sia nel senso di dismettere quelle esistenti. D'altro lato e accanto all'indirizzo ora descritto, non si può ignorare il fatto che, anche con riferimento alle società a matrice più pubblica (le società in house, appunto), il saldo finale tra le società esistenti e quelle future appare sostanzialmente invariato. Ricordo, al riguardo, che il Piano ha creato una newco dedicata al software development come supporto alle amministrazioni centrali.

Ancora. Si è mantenuto, ed anzi si è espressamente rafforzato, l'Istituto Luce Cinecittà S.r.l. per attrarre le grandi produzioni internazionali. È bene tenere a mente che dietro la bellissima e storica denominazione oggi vi è una società di capitali interamente partecipata dal MEF. Una società, dunque, ed una società dal cuore pubblico.

Si sono poi potenziate e valorizzate società interne sia al Ministero della Transizione Ecologica sia al vecchio Mise, con finalità di supporto tecnico alle autorità locali nell'applicazione del PNRR. Vi è inoltre un espresso riferimento alle società pubbliche, quali, cito testualmente, strumento di enforcement delle azioni del PNRR.

Quindi, da un lato, è espressa la volontà generale di rendere le partecipate eccezioni da superare; dall'altro, ci sono previsioni concrete che sembrano contraddire siffatta volontà. È una contraddizione di sistema, dunque, poiché pare difficile sostenere che vi siano ragioni che inducano a ritenere superflue le partecipazioni del Ministero della transizione ecologica e virtuose o necessarie quelle degli altri ministeri.

In sostanza e nel complesso, mi pare che il Piano non possa dirsi fondato su una radicale ostilità per le partecipazioni pubbliche, soprattutto quando l'analisi venga estesa alle singole azioni del PNRR, con riferimento a molte delle quali le società consortili rappresentano lo strumento più comune.

Due punti, in conclusione, solo accennati e pur rilevanti. Il primo attiene ai controlli sull'azione delle società. Spesso nel dibattito recente si è ritenuta delicata e sensibile l'abolizione dei controlli concomitanti ad opera del d.l. n. 44/2023. Certo, è questione d'interesse perché costituisce il luogo di emersione della tensione tra l'esigenza di operare in modo rapido ed efficiente e quella di verificare legittimità e presupposti dell'agire. Sul punto sono già state scritte pagine convincenti (penso alle considerazioni di Elena Valenti), nelle quali è stato posto in evidenza come il controllo concomitante avrebbe potuto rallentare l'esecuzione degli interventi, sostanzialmente determinando una duplicazione del controllo della Commissione europea.

Mi limito ad osservare, al riguardo, che la decisione, oltre a non

determinare la paventata sottrazione a qualunque controllo dell'azione societaria, è anche utile ad evitare l'aggravarsi di un rischio di cortocircuito nel sistema delle responsabilità che già l'istituto, nei suoi profili più generali, rendeva concreto nell'incerto rapporto tra partecipazione all'indirizzo politico e penetrante condizionamento dell'attività amministrativa.

Il secondo tema è invece collegato all'accennata non neutralità dello strumento societario ed attiene al ruolo delle società a partecipazione pubblica quotate in mercati regolamentati. Nel PNRR, infatti, molte e significative azioni, segnatamente quelle con riferimento alle quali maggiore era il timore che non si sarebbe raggiunto il risultato nei rigidi tempi imposti dall'Unione, sono state attribuite ad ENI, ENEL e Poste (quest'ultima con un ruolo importante nello strategico ambito della digitalizzazione).

Ora, ai più sembra che le quotate costituiscano, nel mondo dell'azione amministrativa, i soggetti più lontani dal cuore dell'interesse pubblico, la cui soddisfazione incontra nell'interesse degli azionisti diffusi un competitore qualificato e sensibile per l'ordinamento giuridico. A ben considerare, il timore non è tanto rappresentato da un'astratta incompatibilità tra gli interessi del mercato regolato (sono convinto che le società quotate possano essere portatrici di interessi pubblici potenti), quanto dal rischio che gli interessi pubblici generali possano porsi in profondo contrasto con l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione socia. Il mondo del mercato regolato è ontologicamente un mondo sensibile all'interesse pubblico (del resto, è ciò che giustifica l'esistenza di CONSOB), che tuttavia coincide non con quello degli azionisti di riferimento o degli investitori, bensì con quello all'ordinato svolgimento del mercato secondo le sue regole proprie, prima tra tutte quella diretta a scongiurare il pericolo che uno degli azionisti (quello "forte") ponga in essere azioni giustificate esclusivamente da un suo interesse egoistico, individuale e inconciliabile con l'interesse diffuso del mercato.

In altri termini, la criticità non attiene a ipotesi in cui l'interesse pubblico sotteso alla regolamentazione del mercato venga in conflitto con l'interesse pubblico generale affidato alla quotata dal PNRR, ma a quelle in cui sia l'interesse dell'ente azionista ad entrare in frizione con le regole del mercato. Davvero non pare che non se ne sia tenuto adeguato conto e che non si possano escludere azioni di responsabilità da parte dei piccoli azionisti.

Bisogna poi chiedersi se, essendo per previsione generale le società quotate radicalmente escluse dal controllo della Corte dei conti ed in ragione del loro impiego come strumento a forte finalizzazione pubblicistica, sia più

davvero più favorevole l'azione di un altro controllore che ha parametri di controllo radicalmente diversi (dall'autorità di regolazione).

Mi pare che l'assetto delle partecipate nel PNRR confermi la sensazione di essere di fronte ad una sorta di amore tossico che lega l'ordinamento alle società, in cui il primo non riesce a fare a meno delle seconde, ma, diffidandone, le forza, le controlla fino a renderle inefficienti e le condiziona nell'ontologia giuridica e nell'azione.

Non è la forma privata, non è l'insieme delle regole delle società a preoccupare e a rendere incerto il quadro di riferimento (il PNRR è intervento migliore di tutti quelli che l'hanno preceduto), ma la diffidenza, la paura che il diritto privato e la soddisfazione dell'interesse pubblico siano sostanzialmente inconciliabili. Chi scrive non è in alcun modo convinto che sia impossibile veicolare l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, a condizione che si faccia una scelta, ben ponderando quali oggetti e finalità sono coerenti con il modello societario e, compiuta la scelta, si accetti di affidare all'ordinamento comune delle società l'intera disciplina propria del soggetto privato. Diversamente, molto meglio sarebbe rivolgersi ai tipi organizzativi del diritto amministrativo o costituirne di nuovi.

Abstract

Within the framework of the historical evolution of regulations governing publicly owned companies and the broader relationship between the State and the market in managing economic crises, this article examines the role of such entities in light of the provisions set forth in the National Recovery and Resilience Plan (NRRP). The analysis delves into the, at times, contradictory approach adopted by the NRRP regarding the use of this instrument and highlights the unresolved tensions between publicly owned companies, the public interest, and private law.

OPINIONI

Stefano Civitarese Matteucci

DIRITTO AL LAVORO E DIRITTO AL REDDITO UNIVERSALE DI BASE. DIVAGAZIONI IN TEMA DI INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE*

Sommario: 1. Impostazione del problema. – 2. Reddito di base e reddito di cittadinanza. – 3. Il lavoro come dovere nella Costituzione italiana e il diritto ad un reddito di base. – 4. Il reddito minimo garantito come estrinsecazione del diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. – 5. Il reddito universale di base in attuazione degli articoli 3.2 e 4.2 della Costituzione.

1. Impostazione del problema

Nel presente scritto effettuerò un esperimento di interpretazione costituzionale intorno al rapporto tra diritto al lavoro e diritto a un reddito universale di base (RUB).

Lo scenario di riferimento è presto detto. Per l'art. 4, primo comma, della Costituzione italiana: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto». L'art. 38, primo comma, della Costituzione stabilisce, a sua volta, che ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. Tanto il lavoro quanto la sicurezza sociale sono spesso concepiti come diritti sociali o perlomeno come elementi costitutivi della cosiddetta cittadinanza sociale. In virtù di ciò, alla base del nostro scenario si colloca il principio dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. In questo contesto possiamo ipotizzare tre soluzioni: *a)* il RUB è un diritto previsto dalla Costituzione; *b)* esso è, viceversa, vietato dalla Costituzione; *c)* il RUB è almeno permesso dalla Costituzione[1].

L'infondatezza della prima proposizione sembra, a prima vista, scontata.

* Il presente scritto è destinato al *Liber Amicorum* per Valerio Speziale.

[1] Una questione solo per alcuni versi simile è posta da C. Tripodina, *Reddito minimo garantito e reddito di base allo specchio della costituzione italiana*, in *Contrasto alla povertà e rischio di esclusione sociale. Le misure di sostegno al reddito*, a cura di M.G. Greco, Torino, Giappichelli, 2021,

Nel testo della Costituzione non vi è alcuna menzione di un reddito universale o di base, del resto concetto sconosciuto all'epoca del suo concepimento. Questo non sembra, però, sufficiente a escludere che il RUB abbia rango costituzionale[2]. La portata espansiva di certe clausole costituzionali – quelle contenute negli articoli 2 e 3 –, a volte sorretta dalle enunciazioni di trattati internazionali, ha consentito di "scoprire" nella Costituzione diritti in essa impliciti: abitazione, ambiente, personalità, riservatezza, etc. Qualora si dimostrasse che (a) è vera, resterebbe, naturalmente, da stabilire cosa consegua dal fatto che la Costituzione prevede un diritto al RUB, così come è necessario stabilire cosa consegua dal fatto che la Costituzione prevede un diritto al lavoro.

Analizzeremo, quindi, le tre ipotesi, una sola delle quali dovremmo assumere essere corretta. Occorre, però, avvertire il lettore che non troverà soluzioni sulla fondatezza di tali ipotesi, ma al massimo degli indizi. Esplorarle solleva, invero, una quantità di questioni ulteriori, di cui cercheremo di discutere le più rilevanti. Ciò che mi appresto a presentare è una sorta di esperimento mentale che mira a offrire uno spaccato dell'interpretazione relativamente alle norme giuridiche che desumiamo dalle costituzioni. Il diritto del lavoro, in senso lato, è terreno fertile per questo esercizio di interpretazione costituzionale, soprattutto a causa del marcato taglio valoriale che lo caratterizza[3]. Basti pensare alla vicenda Lochner[4]. La Costituzione

59, che si chiede se il reddito di cittadinanza sia nel nostro ordinamento misura «costituzionalmente facoltativa, necessaria od obbligatoria».

[2] Conviene precisare che la proposizione ha carattere provocatorio. Nel dibattito pubblico, nessuno giustamente si chiede se il RUB sia l'oggetto di un diritto previsto nella Costituzione. Piuttosto, ci si interroga sulla sua desiderabilità e praticabilità.

[3] A. Perulli, V. Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2022, 43-53.

[4] Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 1905. La Corte Suprema affermò l'invalidità di una legge dello Stato di New York che poneva limiti all'orario di lavoro dei panettieri, in quanto contrastante con il XIV emendamento della Costituzione federale sulla libertà individuale. Il principale argomento era che il potere legislativo degli Stati avrebbe potuto incidere sulla libertà degli imprenditori – inclusiva del diritto di vendere o comprare forza lavoro – soltanto in casi di effettiva necessità di tutelare la salute dei lavoratori. Il caso è spesso citato come paradigma dell'anti-formalismo giuridico, anche perché contiene la famosa frase di Oliver Wendell Holmes, Jr. secondo cui ogni decisione giudiziale dipende da un giudizio o intuizione più sottile di qualunque premessa maggiore. Invero, la posizione dei giudici in Lochner appare un esempio di formalismo giuridico nella misura in cui maschera le ragioni politiche, morali, sociali ed economiche della scelta – privilegiando le ragioni della libertà del datore di lavoro nei confronti di quelle riconducibili all'emergente ideologia del *welfare state* – facendole passare per l'interpretazione (esatta) di un termine impreciso, come la libertà individuale (v. S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, II ed., Torino, Giappichelli, 2024, 80 ss.)

repubblicana ha ulteriormente rafforzato la dimensione sociale (almeno in parte antagonista) del diritto del lavoro[5]. Non è un caso che tra i giuslavoristi vi sia una risalente e accesa discussione sull'interpretazione[6]

La precomprensione che muove queste righe non ha nulla di nuovo. Essa è che l'interpretazione delle disposizioni costituzionali non richiede tecniche diverse dall'interpretazione di qualunque testo giuridico. Ciò che rende le costituzioni peculiari è la massiccia presenza di norme, come i principi, che presentano un elevato grado di generalità e vaghezza. I principi favoriscono un maggior ricorso a varie operazioni intellettuali che accompagnano l'interpretazione vera e propria (che consiste nell'attribuzione di un significato a un testo), condizionandone gli esiti. Le costituzioni, intese come costrutti normativi che non si esauriscono in un documento, esibiscono, inoltre, un sovraccarico etico-politico che rende la cosiddetta attività interpretativa qualcosa di descrivibile meno in termini di attribuzione di significato a un enunciato e più di creazione normativa.

2. Reddito di base e reddito di cittadinanza

Per esaminare le tre suddette ipotesi interpretative, occorre anzitutto chiarire cosa si intenda per RUB. Il RUB offre un'alternativa ai tradizionali sistemi di sicurezza sociale, quali trasferimenti condizionali di denaro, regimi di imposta negativa sul reddito e altri regimi di assistenza sociale, fornendo ai beneficiari un reddito garantito. La formula, risalente a uno scritto di Van Parijs[7], postula che il RUB sia: (1) incondizionato, (2) universale ed (3) esente da imposte. Su questa base, l'UBI Earth Network (BIEN) descrive il RUB come un pagamento periodico in contanti incondizionato spettante a chiunque, senza requisiti reddituali o lavorativi[8]. Pertanto, il RUB ha cinque caratteristiche: (1) sovvenzione periodica, non *una tantum*; (2) pagamento

[5] Cfr. F. Bilancia, *Il valore del lavoro come principio costituzionale di integrazione*, in *I diritti dell'altro. Un'analisi comparata dei processi di integrazione nell'area euromediterranea,* a cura di G.M. Salerno, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2008, 15 ss.

[6] Cfr. L. Nogler, *Sul pensiero giuslavoristico in tema di interpretazione*, in *Lavoro e dir.*, 2014, 247-261; Speziale, *Il 'declino' della legge, 'l'ascesa' del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 1, 181 ss.; Id., *Le regole interpretative nella giurisprudenza*, in *Lavoro e dir.*, 2014, 273 ss.

[7] P.Van Parijs, *Basic Income Capitalism*, in *Ethics*, 1992, n. 102, 465-484.

[8] Basic Income Earth Network (2016), *The Basic Income Earth Network's Definition of Basic Income since the ga 2016*. https://basicincome.org/wp-content/uploads/2020/07/Basic-Income-de nition-longer-explanation-1.pdf.

in contanti, non in natura; (3) individuale, non conferito alle famiglie; (4) universale, non soggetto a condizioni di reddito o basato su categorie, e (5) incondizionato, in particolare escludendo requisiti legati alla condizione lavorativa della persona.

Il RUB è, pertanto, finanziato dalla fiscalità generale ed erogato su basi individuali a tutti i cittadini indipendentemente dal livello del reddito e dalla disponibilità ad accettare un lavoro (se offerto). In letteratura si sono proposte diverse varianti del RUB, accentuando o smussando ora l'uno ora l'altro dei suoi elementi costitutivi e dando luogo a una nomenclatura variegata[9]. Una questione discussa, su cui torneremo, è se il reddito di base debba essere necessariamente universale (in senso assoluto) o possa anche essere selettivo.

Si tratta, in ogni caso, di un sistema solo in parte riconducibile al reddito di cittadinanza sperimentato per alcuni anni in Italia. Questo, introdotto con d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, e poi abolito a decorrere dal 1° gennaio 2024, spettava ai nuclei familiari al di sotto di un determinato reddito e non ai cittadini in quanto tali. L'art. 1 del suddetto decreto dispone che «il Reddito di cittadinanza, di seguito denominato "RDC", è misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro». L'importo mensile del beneficio – consistente in un'«integrazione del reddito familiare» fino alla soglia di 6000 euro annui – variava in base a una serie di parametri, connessi allo stato di relativa povertà del nucleo familiare secondo l'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE). Il decreto-legge qualificava, inoltre, il RDC «livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili». Al RDC si poteva aggiungere un'integrazione del reddito dei nuclei familiari locatari di un'abitazione, fino a un massimo di 3360 euro annui.

Si noterà che la qualificazione legislativa della misura è ampia e ambigua, combinando finalità di contrasto alla povertà ed esclusione sociale con finalità di politica attiva del lavoro. Quest'ultima, vale a dire favorire il rientro dei disoccupati nel mercato del lavoro, sembra costituire, peraltro, il motivo prevalente della disciplina. L'erogazione del beneficio da parte dell'INPS era, infatti, condizionata alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti maggiorenni del nucleo familiare, nonché all'adesione

[9] In tema v. C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013, 31-36.

a un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo mediante la sottoscrizione di un "patto per il lavoro" e di un "patto per l'inclusione sociale" presso i centri per l'impiego regionali. In questi patti erano previsti una serie di obblighi di istruzione, formazione, informazione e disponibilità al lavoro. La mancata osservanza degli obblighi assunti comportava la progressiva decurtazione del beneficio sino alla sua decadenza[10].

In linea generale, il beneficio era erogato fino a un massimo di 18 mesi. Esso era, però, rinnovabile per ulteriori periodi di 18 mesi, dopo una pausa di un mese, nel caso in cui la persona richiedente si trovasse ancora in una situazione di bisogno. È quest'ultimo elemento che ne faceva una misura ibrida, poiché, grazie alla sua rinnovabilità, essa finiva con l'assolvere a finalità ulteriori rispetto alla lotta alla disoccupazione. In sostanza, il RDC, finanziato attraverso la fiscalità generale (quindi non di tipo mutualistico-assicurativo), combinava le finalità di assistenza e previdenza di cui ai due primi commi dell'art. 38 Cost.

Il RDC ha stimolato un'accesa discussione, probabilmente proprio a causa dell'ambiguità tra una misura di politica attiva del lavoro e una di lotta alla povertà[11]. La Corte costituzionale ha avuto modo in diversi casi di

[10] Tra questi obblighi si segnala quello di accettare almeno una di due offerte di lavoro congrue; in caso di rinnovo del beneficio doveva essere accettata, però, la prima offerta congrua. I requisiti di congruità dell'offerta (che si basano sui quattro parametri della distanza, retribuzione, modulazione e tipo di contratto) tendevano a divenire progressivamente più stringenti al decorrere del tempo di percezione dell'assegno e nel caso di un'offerta rifiutata. La prima offerta era congrua se il luogo di lavoro fosse entro ottanta chilometri o cento minuti di viaggio con mezzi di trasporto pubblici; la seconda ovunque in Italia. L'offerta congrua doveva corrispondere a una retribuzione non inferiore ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi. Il rapporto di lavoro doveva essere a tempo pieno o con un orario di lavoro non inferiore al sessanta percento dell'orario a tempo pieno previsto nei medesimi contratti collettivi. Il contratto doveva essere a tempo indeterminato oppure determinato o di somministrazione. Come si nota, la congruità non si riferisce alle attitudini e capacità dei beneficiati, ma a elementi logistici e giuridici. Questo rilievo è utile ai fini di quanto osserveremo nelle sezioni successive sul dovere di svolgere un'attività ai sensi dell'art. 4, c. 2, Cost. È altresì utile segnalare come l'offerta di lavoro sia stata assolutamente inferiore al numero dei percettori dell'assegno. Da un'indagine condotta nel 2022, risulta che soltanto il quaranta percento dei percettori del Rdc ha sottoscritto un patto per il lavoro e di questi soltanto il 20% ha ricevuto un'offerta di lavoro (F. Dergamante, M. De Angelis, M. De Minicis e E. Mandrone, *Reddito* di *cittadinanza: evidenze dall'indagine INAPP-PLUS*, in *Inapp, Policy Brief*, 2022, n. 26, https://www.cnos-fait/sites/default/files/newsletter/[site-date-yyyy]/[site-date-month]/indagine_inapp_rdc23_02_2022.pdf).

[11] P. Pascucci, *Note critiche sparse a margine del reddito di cittadinanza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 274 ss.; A. Somma, *Contrasto della povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità*, in *Dir. pubb. com ed eur.*, 2019, 433 ss. In termini generali, P. Tullini, *Opinioni a confronto sul reddito di cittadinanza. Un dialogo aperto*, in

pronunciarsi sulla natura del RDC (sentenze n. 122/2020, n. 126/2021 e n. 19/2022[12]), enfatizzandone il primo aspetto a scapito degli altri. La ricostruzione del RDC offerta dalla Corte fa perno sul valorizzare il percorso di reinserimento nel mondo lavorativo al di là della pura assistenza economica. Il principale obiettivo della misura non sarebbe, quindi, alleviare lo stato di bisogno. È, in particolare, il regime della condizionalità a rilevare in questa direzione. I termini di comparazione utilizzati dalla Corte sono la pensione d'inabilità civile, la pensione di cittadinanza («misura di mero contrasto alla povertà delle persone anziane») e l'assegno sociale («volto a far fronte a un particolare stato di bisogno derivante dall'indigenza»), esclusivamente incentrate sullo stato di bisogno e finalizzate a sostenere una vita dignitosa, vale a dire un minimo vitale di sussistenza a presidio del nucleo essenziale e indefettibile del diritto al mantenimento, garantito a ogni cittadino inabile al lavoro. Il RDC, viceversa, «non ha natura meramente assistenziale, proprio perché accompagnato da un percorso formativo e d'inclusione che

Riv. dir. sic. soc., 2018, 688 ss.; C. Del Bo, *Il reddito di cittadinanza tra mito e realtà*, in *Il Mulino*, 2013, n. 5, 790 ss.

[12] Nel caso deciso con la sentenza n. 19/2022, la questione di costituzionalità, promossa dal Tribunale di Bergamo-sezione lavoro, verteva sulla qualificazione del RDC come «livello essenziale delle prestazioni» finalizzato al contrasto alla povertà. Questi elementi portavano il giudice del lavoro a sostenere che l'esclusione dal beneficio degli stranieri non in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo sarebbe stata irragionevole e, pertanto, in contrasto con l'art. 3 Cost., oltre che in violazione delle disposizioni costituzionali a tutela della famiglia e dell'art. 14 CEDU, impedendo il soddisfacimento di bisogni primari. Il giudice rimettente osserva che nella sentenza n. 187 del 2010, la Corte costituzionale avrebbe affermato che, per valutare l'essenzialità della prestazione, occorre verificare se essa integri un rimedio destinato a soddisfare i bisogni primari inerenti alla tutela della persona umana, rimedio «costituente, dunque, un diritto fondamentale, perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto». Ove si tratti di una provvidenza destinata a far fronte al sostentamento della persona, qualsiasi discrimine tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti finirebbe per violare l'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo non accadrebbe nel caso del RDC e quindi la questione di legittimità costituzionale viene rigettata. Per una articolata critica alla sentenza cfr. A. Garilli, S. Bologna, *Migranti e lotta alla povertà. La Corte costituzionale nega il reddito di cittadinanza ai titolari del permesso di soggiorno per ricerca di un'occupazione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 75 ss. La Corte di giustizia UE, nelle cause C-112/22 e C-223/22, con sentenze del 29 luglio 2024, ha stabilito che il diritto dell'Unione, e in particolare gli artt. 18 e 45 TFUE, l'art. 7, c. 2, ma, reg. 5 aprile 2011, n. 492, l'art. 11 par. 1.*d*), dir. 25 novembre 2003, n. 109, l'art. 29, dir. 13 dicembre 2011, n. 95, l'art. 34 della Carta di Nizza e gli artt. 30 e 31 della Carta sociale europea, ostano a una normativa nazionale quale il RDC nella parte in cui condiziona l'accesso al reddito di cittadinanza al requisito della resid"enza in Italia per almeno dieci anni.

comporta precisi obblighi, il cui mancato rispetto determina, in varie forme, l'espulsione dal percorso medesimo».

In queste pronunzie la Corte si preoccupa di precisare che resta compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost., garantire il diritto di ogni individuo alla "sopravvivenza dignitosa" e al "minimo vitale", ma non sarebbe questo l'ambito di riferimento del RDC. Da questo orientamento possiamo trarre, dunque, una conclusione utile per proseguire: la presenza di condizioni per il godimento del beneficio esclude che una misura possa essere ricondotta a politiche volte a garantire una sopravvivenza dignitosa (a esempio l'assegno sociale, che essendo collegate al "minimo vitale" è strumento di lotta alla povertà), il cui ancoraggio costituzionale va ricercato nelle disposizioni di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost. In sostanza, dovremmo arguire, per la lotta alla povertà resta centrale la nozione di inabilità al lavoro di cui all'art. 38, primo comma.

Il RUB – nella sua versione più genuina – si differenzia da entrambi i poli tra i quali si muovono queste pronunce della Corte costituzionale. Se esso non è strumento di politica attiva del lavoro, non è neanche mero strumento di lotta alla povertà estrema. A ogni modo, come emerge dalla suddetta equiparazione tra inabilità al lavoro e politiche di contrasto al bisogno, sullo sfondo si staglia proprio il concetto di lavoro nella Costituzione italiana.

3. Il lavoro come dovere nella Costituzione italiana e il diritto ad un reddito di base

Secondo l'influente posizione di Carlo Esposito, «in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento». Essa, inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa sì che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. In sostanza, il lavoro include qualunque attività che contribuisca al benessere della nazione, inclusi «i disoccupati senza colpa»[13]. A questa nozione ampia se ne contrappone un'altra facente leva sul collegamento tra gli artt. 1 e 3 della Costituzione, secondo cui la locuzione «fondata sul lavoro» nell'art. 1, primo comma, qualifica la struttura democratica della

[13] C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Rass. dir. pubb.*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, a cura di C. Esposito, Padova, CEDAM, 1954, 12.

Repubblica in relazione al "fatto lavoro", inteso come il diritto del lavoratore subordinato, attorno al quale si organizzerebbe la struttura politica della Repubblica[14].

Ai nostri fini interessa maggiormente la prima prospettiva, facente perno sull'art. 4 Cost., i cui due commi qualificano il lavoro sia come diritto sia come dovere. È stato notato che la suddetta nozione ampia di lavoro di cui alla detta interpretazione costituzionale evoca una concezione etica del lavoro[15], sostenuta, per esempio, da quella corrente neoidealista per cui il lavoro, collegandosi alla soggettività creatrice dello spirito, è compenetrato di un valore «per cui l'atto è nostro, per cui ci sentiamo liberi in esso e di esso responsabili, dà senso al lavoro, da astratto lo rende concreto»[16]. Dall'esito del lavoro «ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita»[17].

Partendo da queste premesse, si è argomentato che «quando fonda sul lavoro le istituzioni democratiche della Repubblica, e sancisce il dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società, la Costituzione repubblicana disegna l'orizzonte verso il quale deve svolgersi la personalità di ognuno. Essa impone ad ogni cittadino di scegliere il proprio posto nella costruzione della Repubblica»[18].

Questa concezione porta, evidentemente, a enfatizzare il dovere di lavorare nei confronti del diritto di lavorare, pur considerati due facce della stessa medaglia. La doverosità del lavoro si manifesterebbe – anche quando non espressamente ricondotta all'art. 4, secondo comma, Cost. – nella limitazione al godimento dei diritti[19]. Gli esempi addotti sono quello del figlio maggiorenne "fannullone" che perde, secondo la giurisprudenza civile, il diritto al mantenimento a carico dei genitori e quello del lavoratore reintegrato nel posto di lavoro a seguito di licenziamento illegittimo, la cui indennità risarcitoria è decurtata di quanto questi avrebbe potuto percepire

[14] U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, 62 ss.

[15] M. Cavino, *Il diritto-dovere al lavoro*, in *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale? Quad. gruppo Pisa*, a cura di F. Marone, Napoli, ESI, 2019, 187 e 188.

[16] F. Battaglia, *Filosofia del lavoro*, Bologna, Zuffi, 1951, 171 e 172.

[17] F. Battaglia, *op. cit.,* 176.

[18] M. Cavino, *Il diritto-dovere al lavoro*, cit., 188.

[19] M. Cavino, *op. cit.,* 193-195. Il testo dell'articolo 4 proposto dalla Commissione dei settantacinque dell'Assemblea costituente (articolo 31 del progetto) prevedeva un'ulteriore disposizione secondo cui l'adempimento del dovere di lavorare «è condizione per l'esercizio dei diritti politici». Ciononostante, secondo P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1953, 151 «l'interprete deve oggi ritenere che gli oziosi possano essere privati del diritto di voto, in quanto moralmente indegni, ai sensi dell'art. 48 Cost.».

dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (ipotesi oggi espunta dal testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori). Di quest'ultima fattispecie si è occupata anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 86/2018, peraltro ritenendo legittima la decurtazione senza impiegare l'argomento della doverosità del lavoro.

Nessuno, pensa, invece che il dovere di cui all'art. 4, secondo comma, Cost. possa tradursi in un genuino obbligo di lavorare, anche in base alla circostanza che ivi si parla di un lavoro da scegliere. Specularmente, nessuno sostiene che dall'art. 4, primo comma, Cost. sia deducibile un genuino diritto a lavorare, vale a dire un obbligo a carico dello Stato a procurare un posto di lavoro a chiunque. Si tratta più che altro di un "diritto-ragione", in altre parole di un principio (v. infra sez. 5). È compito della Repubblica promuovere le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale che tenda alla piena occupazione. Siamo, pertanto, nel campo delle scelte di politica economica. Da questa premessa se ne fa discendere la conseguenza che sarebbe insostenibile inferire una «necessità costituzionale' del reddito di cittadinanza raffigurato come sanzione per l'inadempimento della Repubblica nel soddisfare il diritto al lavoro»[20].

Seguendo questa strada si perviene, dunque, a negare ogni fondamento all'ipotesi (a) di cui alla sezione 1 di questo scritto: non vi sarebbe alcun diritto al RUB nella Costituzione. Il riferito percorso interpretativo, però, non è certo obbligato e non è neanche persuasivo. In primo luogo, esso richiede alcune premesse spessamente etiche che giustificano una opzione originalista nell'interpretazione della Costituzione: il lavoro sarebbe intriso di una valorialità, condivisa dai Padri costituenti, in cui si esprime la personalità di ciascuna/o ed è, pertanto, un dovere costituzionale. In secondo luogo, poco persuasivo è il ragionamento, che sconta una fallacia logica, secondo cui se lo Stato non ha l'obbligo di offrire un lavoro alle persone, allora non ha neanche l'obbligo di fornire loro un reddito. Questo sillogismo funziona, cioè, solo se si aggiunge l'altra condizione per cui il reddito di una persona *deve* costituire (salvo eccezioni) la contropartita di una prestazione lavorativa. Come vedremo tra un momento, questa ulteriore condizione può essere giustificata a sua volta mediante ulteriori premesse etiche, ma non è affatto scontata.

Come visto nella sezione precedente, tuttavia, la Costituzione repubblicana sembra sposare una concezione pervasiva del lavoro umano anche in altre disposizioni rilevanti per l'inquadramento del RUB, quelle in tema di previdenza e assistenza, che descrivono un sistema di sicurezza basato sul

[20] M. Cavino, *op. cit.*, 201.

lavoro piuttosto che su una concezione universalistica dell'assistenza sociale. Secondo l'art. 38 Cost. solo ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno, invece, diritto che siano assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Una interpretazione intrisa di premesse ideali liberiste – associata all'ideale del lavoro come dovere – potrebbe, persino, ricavare da queste disposizioni un divieto per la Repubblica di assistere persone abili al lavoro; trasformare, in altre parole, lo stigma contro i "fannulloni" in un divieto in forme di assistenza universale per persone abili, al di là di quelle espressamente previste dalla costituzione.

Non è detto, in ogni caso, che il dovere di lavorare sia da intendere nel senso sinora discusso, vale a dire in modo tale da escludere del tutto forme di reddito non da lavoro dall'ambito della necessarietà costituzionale.

4. Il reddito minimo garantito come estrinsecazione del diritto ad un'esistenza libera e dignitosa

La necessarietà del reddito di cittadinanza in base alla Costituzione è stata argomentata nel contesto di un (macro) diritto a un'esistenza libera e dignitosa, che, sebbene menzionato soltanto all'art. 36.1 Cost., permea di sé altre disposizioni costituzionali e soprattutto costituisce la sintesi del «progetto sociale» tratteggiato nei primi quattro articoli della costituzione attraverso il riferimento ai principi personalista, lavorista, di uguaglianza e solidarista[21]. In un mondo post-fordista[22], ove la piena occupazione è divenuta una chimera, occorre, però, andare oltre l'idea dei Costituenti secondo cui il lavoro è il solo veicolo di liberazione e realizzazione dell'essere umano. Per dare corpo ai suddetti grandi principi, una forma di reddito di cittadinanza sarebbe divenuta – in virtù di una interpretazione sistematica e adeguatrice degli artt. 2, 3.2 e 38.1 Cost. [23] – costituzionalmente necessaria, ma non obbligatoria. Questa distinzione, per quanto oscura sul piano lessicale per i non addetti ai lavori, rinvia alla dottrina della Corte costituzionale che utilizza la locuzione leggi «a contenuto costituzionalmente vincolato» o

[21] C. Tripodina, *Reddito minimo garantito e reddito di base allo specchio della costituzione italiana*, cit., 55.

[22] C. Tripodina, *op. cit.*, 19-22.

[23] C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, cit., 140-149.

«costituzionalmente obbligatorie» in contrapposizione alle leggi necessarie[24]. Una legge si dice necessaria quando il legislatore è obbligato a dare attuazione a un diritto, in questo caso quello a un'esistenza libera e dignitosa, ma ha a disposizione molteplici mezzi per farlo; il reddito di cittadinanza è solo uno di questi. Non è in effetti il reddito di cittadinanza a essere necessario ma il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. L'argomento sembra, pertanto, da ascrivere alla terza soluzione (c), secondo cui il RUB è solo permesso dalla Costituzione. In realtà, però, la misura raccomandata è simile al RDC esistito in Italia nel 2019-24 e quindi piuttosto distante dal RUB. Secondo la tesi in esame, il reddito di cittadinanza è un concetto-ombrello che racchiude il reddito minimo garantito e il reddito di base. Il primo, da erogarsi a coloro che si trovino al di sotto di una determinata soglia di povertà, affianca al trasferimento monetario misure di reinserimento nel mondo del lavoro accompagnate da condizioni. Mentre il reddito minimo sarebbe ispirato a un principio di solidarietà, nel reddito di base prevarrebbe l'equità[25]. Sarebbe, però, il reddito minimo il tipo di reddito di cittadinanza più confacente alla costituzione economica italiana (argomentando soprattutto *ex* art. 38, primo comma, Cost.) poiché questo sarebbe comunque universalistico ma in modo selettivo, vale a dire destinato alle sole persone prive dei mezzi necessari per vivere liberamente e dignitosamente. Un beneficio universalistico ma selettivo è, tuttavia, un ossimoro. In effetti, la misura proposta è non-categoriale, ma non è universalistica.

Del resto, il punto cruciale della preferenza per il reddito minimo concerne il requisito della condizionalità – che è il più tipico indicatore dei modelli di welfare non universalistici[26]. La condizionalità – intesa non soltanto come "prova dei mezzi" ma soprattutto come deterrente – sarebbe ciò che più rende compatibile il reddito di cittadinanza con un'interpretazione della Costituzione che tenga conto dell'intenzione dei suoi autori[27]. Subordinare

[24] C. Tripodina, *Reddito minimo garantito e reddito di base allo specchio della costituzione italiana,* cit., 70.

[25] C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, cit., 37-52.

[26] L. Toso, *Il reddito di base: fondamenti teorici e problemi applicativi*, in *Riv. dir. sic. soc.,* 2018, 734.

[27] Intenzione, si evince dagli scritti in esame, che potrebbe essere aggiornata soltanto nella misura in cui la premessa di fatto che i costituenti avevano assunto nel formulare le disposizioni sul lavoro e i lavoratori – quella della realizzabilità della piena occupazione – sia ormai venuta meno. Un argomento di questo tipo rivela, però, i problemi del metodo storico dell'interpretazione (il *legislative intent*). Ci si potrebbe, infatti, domandare su quali basi i Costituenti avessero assunto quella premessa. Un esponente comunista potrebbe ancora oggi sostenere che l'uscita dal sistema capitalistico consentirebbe la piena occupazione. Viceversa,

il beneficio non solo al requisito della povertà ma anche alla disponibilità a dare qualcosa in cambio alla società (a lavorare, a partecipare a programmi di formazione professionale, etc.) è in linea con la vocazione lavorista della Costituzione italiana e in particolare con il dovere di concorrere al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4, secondo comma, Cost. È qui, pertanto, che ritroviamo la dimensione della doverosità del lavoro, anche se questa volta per argomentare sulla necessarietà di un sostegno alle persone in condizioni di estremo bisogno. Questa necessarietà potrebbe dare luogo a forme di assistenza (tutte da ricondurre all'art. 38.1 Cost.) diverse dal reddito di cittadinanza, quali benefici in natura o forme di sostegno al reddito categoriali ovvero a un «lavoro di cittadinanza», attraverso cui lo Stato assuma il ruolo di datore di lavoro sussidiario o di ultima istanza, supplendo al "fallimento" del mercato del lavoro.

È opportuno ricordare come «i fannulloni fossero massimamente invisi ai costituenti»[28]. Durante i lavori della costituente, suoi autorevoli componenti di vari gruppi parlamentari pronunciarono parole al vetriolo contro gli oziosi. Tra queste spiccano quelle del repubblicano Ugo Della Seta: «chi non lavora non ha diritto alla vita»! Per queste ragioni, pur in un ordito concettuale in cui il lavoro, anche come dovere, assume una dimensione talmente lata da includere qualunque attività umana rivolta in favore della collettività, si delinea una soluzione in cui il reddito di cittadinanza è collegato a misure condizionali: «un reddito di base senza alcuna condizione di reciprocità, che contempli la possibilità dell'ozio senza predisporre alcun rimedio al suo insorgere risulta problematica sotto il profilo del dovere costituzionale di contribuire al progresso materiale o spirituale della società»[29].

Le posizioni esaminate in questa e nella precedente sezione, pur molto distanti tra loro quanto a premesse ideali ed esiti, presentano due aspetti comuni. Entrambe conferiscono prevalenza al metodo storico e quindi all'intenzione originaria ed entrambe, al fine di prendere una decisione interpretativa sul reddito di cittadinanza, sottolineano l'avversione dei costituenti nei confronti della "cultura dell'ozio". In entrambe le prospettive, quindi, il RUB risulta al massimo tollerato[30] se non vietato dalla costituzione.

un liberale potrebbe osservare che sono, ieri come oggi, le leggi del mercato a determinare i livelli occupazionali e chi è abile al lavoro può ben recarsi all'estero piuttosto che invocare la protezione dello stato. Quest'ultimo argomento è utilizzato da M. Cavino, *Il diritto-dovere al lavoro*, cit., 201.

[28] C. Tripodina, *Reddito minimo garantito e reddito di base allo specchio della costituzione italiana,* cit., 68.

[29] C. Tripodina, *op. cit.*, 69.

[30] Per C. Tripodina, *Reddito minimo garantito e reddito di base allo specchio della costitu-*

5. Il reddito universale di base in attuazione degli articoli 3.2 e 4.2 della Costituzione

La strada da battere per sostenere che il RUB sia l'oggetto di un diritto riconosciuto dalla Costituzione è, dunque, in salita, poiché occorre sovvertire l'idea che il «dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità, e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, secondo comma, Cost.) sia di fatto riferito a quel lavoro retribuito di cui il primo comma riconosce a tutti il diritto, derivante dall'impostazione discussa nella sezione 3. Lo sforzo di ricercare effetti giuridici in ogni disposizione e la tendenza a privilegiare il metodo storico nella loro interpretazione congiurano a rinvenire un rapporto di correlazione o reciprocità tra il diritto al lavoro e il dovere di lavorare di cui all'art. 4 Cost., concepite come situazioni giuridiche.

Scegliendo metodi argomentativi diversi, come quello teleologico-evolutivo (non meno arbitrario degli altri beninteso), meglio se accompagnato da uno scetticismo temperato, non è difficile decostruire quella correlazione. Si può argomentare nel modo seguente. Tanto il "diritto al lavoro" quanto il dovere (non di lavorare ma) di fare qualcosa di utile per la comunità non sono situazioni soggettive ma, in primo luogo, valori formulati da principi[31]. Questi, da una parte, impegnano le istituzioni democratiche a promuovere le condizioni perché le persone trovino lavoro[32], da un'altra parte, esortano (non obbligano) i cittadini a essere attivi per il bene della comunità, magari lavorando, magari facendo altro. È difficile sostenere, per esempio, che una non-lavoratrice o un non-lavoratore che svolgano un'attività di volontariato contribuiscano meno al progresso della società di un impiegato o un ope-

zione italiana, cit., 61, il RUB non è incompatibile con la costituzione e quindi il relativo diritto potrebbe essere introdotto dal legislatore *praeter constitutionem*, anche se poi, come si è riportato nel testo, l'a. segnala la problematicità costituzionale di un reddito di base privo di reciprocità.

[31] Quelli che M. Barberis, *Etica per giuristi*, Bari, Laterza, 2006, 9, chiama diritti-ragioni. Con i dovuti congegni argomentativi, come quelli a esempio usati nella letteratura citata nelle sezioni precedenti, si possono certo ricavare da tali norme di principio anche macro-diritti e micro-diritti (M. Barberis, *op. cit*., 4-8). Queste operazioni di concretizzazione di un principio costituiscono attività di produzione normativa (R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti,* Milano, Giuffrè, 1998, 354).

[32] Questo tipo molto discusso di norme, che possono essere chiamate norme programmatiche di principio, obbliga il legislatore a perseguire degli scopi, ma l'eventuale inerzia del legislatore non è provvista di sanzione. Come si potrebbe, d'altronde, accusare, in senso giuridicamente conseguente, il Parlamento di non avere posto in essere le condizioni per la piena occupazione?

raio, a meno di non aggiungere che il solo autentico progresso consiste nel prodotto interno lordo[33].

La *pars destruens*, insomma, consiste nello sgombrare il campo da quella sorta di sacralità del lavoro che condiziona l'approccio alle istituzioni dello Stato sociale. Per quanto riguarda la *pars construens*, come si è visto, il testo delle disposizioni costituzionali non aiuta. La Corte costituzionale ha toccato il problema della natura delle prestazioni contemplate dall'art. 38 Cost., a esempio, nella sentenza n. 31/1986, che dichiarò la legittimità costituzionale della cosiddetta integrazione al minimo della pensione (in parte quindi svincolata da meccanismi contributivi), respingendo l'idea che l'art. 38, secondo comma, vincoli il legislatore ad adottare un sistema contributivo. La Corte osservò che nell'art. 38 Cost. sono presenti tanto il modello mutualistico-assicurativo, riferito ai lavoratori (art. 38, secondo comma, Cost.), quanto quello solidaristico (art. 38, primo comma, Cost.), riferito ai cittadini e che i due modelli possono anche combinarsi tra loro quando occorra raggiungere il minimo esistenziale. Spetta al legislatore, che sul punto ha ampia discrezionalità, stabilire le soluzioni da adottare, considerando che ogni lavoratore è anche un cittadino.

Rimane il fatto che nell'attuazione legislativa del modello solidaristico di cui all'art. 38, primo comma, il cittadino «inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» è sempre stato individuato in relazione a situazioni che alla carenza dei mezzi uniscono una situazione di disabilità o di anzianità[34].

L'idea, pertanto, propugnata da un orientamento più progressista, secondo cui l'art. 38 andrebbe interpretato per intero come ispirato a principi di solidarietà e universalità, senza distinguere tra previdenza e assistenza, dovrebbe anch'essa essere sostenuta da robuste premesse di ordine etico su cui far poggiare le basi del RUB. Quali siano i fondamenti teorici del RUB è molto discusso, ma è lecito ancorare questa misura a valori di giu-

[33] Ciò che comporta l'ulteriore assunzione che il PIL – come convenzionalmente concepito – rispecchi davvero la ricchezza delle nazioni.

[34] C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza,* cit., 132, la quale sottolinea come le diverse anime presenti in Assemblea costituente, se, da un lato, «conducono […] a scrivere le parole "lavoro" e "lavoratori" tra i principi fondamentali, intendendoli nel senso ampiamente inclusivo che si è detto», dall'altro lato, «conducono anche a scrivere nella costituzione economica, e particolarmente gli articoli da 35 a 38, in modo *prima facie* selettivo, disegnati come sono a stretta ed esclusiva protezione del lavoratore, da intendersi questa volta come "lavoratore subordinato", "contraente debole" del rapporto di lavoro».

stizia sociale, e quindi al principio di eguaglianza sostanziale, e alla libertà positiva[35].

Partendo dalla libertà positiva – secondo Isaiah Berlin il desiderio da parte dell'individuo di essere padrone di sé stesso[36] –, l'inciso posto nell'art. 4, secondo comma, Cost. sulla "scelta" di un'attività o funzione che concorra al progresso sociale consente di aprire il campo degli argomenti interpretativi verso la riabilitazione dell'ozio nei confronti della tradizione calvinista e puritana alla base del lavoro come dovere[37]. Stiamo alludendo a ciò che Giovanni Mari ha chiamato "libertà del lavoro, distinta tanto dalla libertà nel lavoro (il campo tradizionalmente più specifico del diritto del lavoro), quanto dalla libertà dal lavoro[38]. Quest'ultima resta una libertà negativa, in quanto il tempo dell'ozio deve essere sottratto dal tempo del lavoro. Meno si lavora, più è consentito dedicarsi alla propria elevazione culturale e spirituale[39]. La libertà del lavoro è quella che consente di coniugare lavoro e ozio nella stessa attività. Potremmo dire che l'ultima è la situazione ideale auspicata dall'art. 4, secondo comma, Cost. Osserva Mari che «se ammettiamo come imprescindibile una considerazione dell'ozio, se non altro perché non di solo lavoro si vive, né nel lavoro è possibile realizzare tutta la persona, allora la crucialità del nesso tra ozio e libertà del lavoro appare oggi sostituire la crucialità otto-novecentesca tra ozio e libertà dal lavoro». Il discorso di Mari prende le mosse dalle riflessioni di Bruno Trentin[40] sulle trasformazioni del lavoro verso una dimensione in cui conoscenza, creatività, iniziativa e flessibilità del tempo di lavoro diano luogo a un "diritto al lavoro scelto".

[35] Cfr. D. Afscharian, V. Muliavka, M.S. Ostrowski, L. Siegel, *The State of the UBI Debate: Mapping the Arguments for and against UBI*, in *Basic Income Studies*, 2022, n. 17, 219, nel classificare gli argomenti pro e contro il RUB spiegano che una prima «*category of themes concerns the core principles of UBI. It contains two themes: social justice and equality, and freedom and the individual*».

[36] I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford, 1969, 118-172, trad. it., *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, 197.

[37] Si noti che la infusione di valori etici intrinseci al lavoro è cosa relativamente recente. «L'etica filosofica nasce consapevolmente, ad Atene nel IV secolo a.C., con la scoperta dell'ozio e la rimozione teorica del lavoro» (G. Mari, *Adam Smith aristotelico. Etica e lavoro nella "Teoria dei sentimenti morali" e nella "Ricchezza delle nazioni"*, in *Iride: filosofia e discussione pubblica*, 2013, n. 68, 103) e accompagnerà il pensiero filosofico sino ad autori come Smith e Marx.

[38] G. Mari, *L'ozio come compito del lavoro*, in *Iride: filosofia e discussione pubblica*, 2010, 243-251.

[39] K. Marx, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Scandicci (Firenze), La Nuova Italia, 1971, II, 400-409.

[40] B. Trentin, *Lavoro e conoscenza*, in *La libertà viene prima*, a cura di Id., Roma, Editori Riuniti, 2004, 59-66.

La riabilitazione dell'ozio[41] unito alla libertà di scelta comporta che resti in gioco anche la libertà dal lavoro, proprio in contrapposizione, a esempio, al lavoro imposto come condizione per l'accesso al reddito di base[42].

[41] Philippe Van Parijs, l'ispiratore del RUB, nel respingere la critica che questo strumento distruggerebbe il diritto del lavoro osserva che «il reddito di base rappresenterà il tramonto della società del lavoro forzato, dando anche ai poveri la possibilità di oziare volontariamente» e riporta questa frase di John Kenneth Galbraith: «Il tempo libero è considerato una cosa molto buona per chi è ricco, abbastanza buona per un professore di Harvard ma molto cattiva per chi è povero. Più ricco sei, più si pensa che tu abbia diritto al tuo tempo libero. Viceversa, per chi dipende dal Welfare State il tempo libero è una pessima abitudine, da evitare a ogni costo». Per Van Parijs, peraltro, il reddito di base è compatibile – anzi strumentale – a una politica di piena occupazione a condizione che questa non sia più «intesa come lavoro salariato a tempo pieno per tutta la vita adulta di tutte le donne e di tutti gli uomini in grado di lavorare. Un ideale assurdo. Negli ultimi cinquant'anni la produttività del lavoro è cresciuta molto. Così come la partecipazione femminile al mercato del lavoro, seppure in Italia meno che altrove. Estendere alle donne il modello lavorativo tradizionale degli uomini e continuare a considerarlo come ideale per tutte e per tutti, in un contesto nel quale a parità di ore lavorate si produce sempre di più, è assurdo. Questo ci spinge a inventare sempre nuovi beni da produrre e da consumare non perché utili in sé stessi ma perché tale aumento della produzione, e del consumo, si rivela indispensabile per mantenere occupato il maggior numero di persone per tutta la vita. Il reddito di base non è compatibile con questo modello e, anzi, lo contrasta. Infatti fornisce a chi lavora troppo la possibilità di ridurre più facilmente il proprio tempo-lavoro, di interrompere la carriera senza complicazioni burocratiche per occuparsi meglio dei figli o per conseguire una formazione prima che sia troppo tardi. In questo senso il reddito di base è una forma agile, flessibile, intelligente di ridistribuzione del tempo di lavoro a vantaggio di coloro che ne sono esclusi, anche perché l'universalità del reddito di base facilita loro l'ingresso nel mercato del lavoro» (P. Van Parijs, *Il reddito di base: un'utopia indispensabile*, Bologna, il Mulino, 2018, 175 e 176).

[42] Il fatto che la condizione di reciprocità da associare al reddito di cittadinanza debba essere compatibile con la libertà di svolgere un'attività corrispondente alla propria scelta e alle proprie capacità professionali è enfatizzato da C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, cit., 235, in linea con la sua concezione estesa del lavoro tanto come diritto quanto come dovere. Osserva l'a. che «se il profilo del dovere non va trascurato, esso non può tuttavia dirsi soddisfatto dalle logiche del workfare che obbligano, in cambio del sussidio, ad accettare qualsiasi lavoro, pena la decadenza dal beneficio al reddito. Anzi, questa prospettiva, che incentiva la diffusione di lavori con bassi salari e di bassa qualità, è da ritenersi in contrasto con la Costituzione, oltre che con le norme di diritto internazionale, che espressamente vietano il lavoro forzato od obbligatorio. La condizione, allora, va condizionata essa stessa, chiedendo sì la disponibilità ad accettare lavori, ma che siano il più possibile coerenti con la professionalità pregressa e le competenze acquisite (principio di congruità del lavoro)». Si tratta di una condizione alla condizionalità – come visto alla nota 10 non accolta nel modello di RdC sperimentato in Italia – che avvicina l'integrazione al reddito al reddito di base (sebbene resti l'altro profilo condizionale relativo alla prova dei mezzi). Pragmaticamente risulterebbe molto difficile, però, mettere in pratica una tale condizione, ciò che sembra militare a favore – anche sotto tale profilo – della

Quanto al secondo aspetto, quello dell'eguaglianza sostanziale, i sostenitori del RUB spiegano che il suo principale obiettivo è realizzare un ideale di giustizia sociale istituzionalizzando un sistema di redistribuzione della ricchezza tra tutti i consociati[43]. Inoltre, esso consente di garantire un nucleo essenziale di demercificazione (*decommodification*) indipendentemente da quanto accade alle porzioni della vita sociale di ciascuno dipendenti dalle vicende del mercato[44].

Che il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. miri alla redistribuzione della ricchezza, o almeno al rimescolamento delle carte come suggerito di recente[45], non è a sua volta scontato. Il testo è arcinoto, ma è bene ricordarlo: «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica,

semplicità di approccio del RUB. Sulla nozione di "condizionalità condizionata", cfr. S. Civitarese Matteucci, G. Repetto, *The expressive function of human dignity: A pragmatic approach to social rights claims*, in *European Journal of Social Security*, 2021, Vol. 23(2), 147, ove osservano che «*Indeed, even most of the socialist and egalitarian tradition of political thought […] endorses a principle of reciprocity by which "each of us owes our society, as a matter of fairness, a reasonable productive contribution in return for receiving a sufficiently fair share of the economic benefits generated by our fellow citizens"* (S. White, *Should a minimum income be unconditional?*, in *Social rights in Europe in an age of austerity*, a cura di S. Civitarese Matteucci, S. Halliday, London and New York: Routledge, 183). *However, if one thinks that reciprocity entails a degree of fairness, other considerations must be added to this idea of society rooted in cooperation. As Stuart White puts it, "civic obligations, such as the obligation to work, which are a matter of reciprocity to one's fellow citizens in the context of a cooperative scheme between equals, do not apply when the cooperative scheme is radically unfair (to those who are disadvantaged by this radical unfairness)"* (S. White, *op. cit.*, 186). *This consideration leads to the idea of "conditions to conditionality" and suggests that conditionality should not impose activity that is degrading or damaging to persons*».

[43] J.U. Bidadanure, *The political theory of universal basic income*, in *Annual Review of Political Science*, 2019, 22, 482; E. Fromm, *The psychological aspects of the guaranteed income*, New York, *The Seabury Press*, 1966; K. Wignaraja, *The case for a universal basic income*, *United Nations Development Programme*, 2020, https://www.undorg/content/undp/en/home/blog/2020/the-case-for-a-universal-basicincome.html; A. B. Atkinson, *Inequality What Can Be Done?,* in *Harvard University Press*, 2005, 219 ss. articola una proposta complessiva di rivisitazione del sistema della sicurezza sociale per combattere la disuguaglianza fondato sul reddito di base «di partecipazione». In questo l'universalismo incondizionato è parzialmente corretto sostituendo la partecipazione alla cittadinanza, intendendosi per la prima qualunque attività comunque socialmente apprezzabile e volontariamente assunta, incluso il lavoro domestico e la cura della prole.

[44] E. O. Wright, *Basic income as a socialist project*, in *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 2005, 2(1), 196-203; M. Walzer, *Spheres of justice*, New York, *Basic Books*, 1983, 106.

[45] T. Groppi, *Oltre le gerarchie*, Bari, Laterza, 2021, 51.

economica e sociale del Paese». Il problema è che questa formula non rende esplicito se l'eguaglianza in questione riguardi le condizioni (o esiti) oppure le opportunità[46], vale a dire una situazione di eguaglianza di partenza che, specialmente gli economisti, concepiscono come garanzia di *level playing field*.

L'uguaglianza di opportunità è quella più comunemente accolta nel discorso pubblico contemporaneo. Particolarmente influente nel dibattito filosofico-politico e giuridico è stata la teoria di Ronald Dworkin[47], che propone di distinguere le caratteristiche genetiche e sociali dell'ambiente in cui una persona vive – per cui questa non dovrebbe essere ritenuta responsabile – dalle preferenze individuali, per cui, invece, la stessa dovrebbe essere ritenuta responsabile. A parte il fatto che, come è stato notato[48], le stesse preferenze individuali possono spesso dipendere da fattori ambientali incontrollabili, il problema di fondo di questa teoria, il cui perno è nella libertà/responsabilità individuale, è che individuare il punto di partenza e poi distinguere fattori esogeni ed endogeni è esercizio a dir poco arduo.

Posizioni che privilegiano la concezione egalitaria del "campo di gioco livellato" sono comuni anche tra i giuspubblicisti italiani. La strategia argomentativa consiste spesso nel valorizzare il cosiddetto principio personalistico, argomentando che l'eguaglianza sostanziale, in quanto strumentale alla garanzia dei diritti di libertà, non possa essere assolutizzata. Occorre insomma bilanciare ed evitare di puntare troppo su politiche redistributive che abbiano obiettivi di pareggiamento sociale[49].

Vi è anche, comunque, chi difende l'eguaglianza di condizioni rispetto all'eguaglianza di opportunità. L'uguaglianza di condizioni «si caratterizza per una declinazione non competitiva, secondo cui tutti hanno le stesse possibilità di accedere a un insieme di beni fondamentali. L'enfasi, anziché sui singoli "io" è sul "noi" che accediamo agli stessi beni rapportandoci gli uni agli altri come uguali»[50]. Alla base dell'eguaglianza di opportunità vi è invece «una concezione conflittualistica globale della società, per cui tutta intera la

[46] Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, il Mulino, 2013, 69 ss.; M. Ainis, *La piccola diseguaglianza*, Torino, Einaudi, 2015, 76 ss.

[47] R. Dworkin, *What is equality? Part 2: Equality of resources*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1981, 10, 283-345.

[48] G. A. Cohen, *On the currency of egalitarian justice*, in *Ethics*, 1989, n. 99, 906-944.

[49] G. Fontana, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale),* in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, *Quad. gruppo Pisa*, a cura di M. Della Morte, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 34.

[50] E. Granaglia, *Quale idea di uguaglianza per lo stato sociale? In difesa della vecchia idea di uguaglianza di condizioni*, in *Politiche sociali*, 2020, n. 1, 29.

vita sociale viene considerata un'immensa gara per il conseguimento di beni scarsi»[51].

Non è questo il luogo per impegnarsi in una difesa dell'eguaglianza di condizioni[52], ma tra le premesse ideali di questa concezione dell'eguaglianza vi è un'idea di giustizia secondo cui la ricchezza individuale dipende in notevole misura dall'opera dell'insieme delle persone piuttosto che dalle sole capacità, intraprendenza, etc. dei singoli. Corollario di questa idea è che dovrebbe considerarsi giusto (e conseguire dall'art. 3, secondo comma, Cost.) che gli individui più fortunati restituiscano parte della loro ricchezza alla società[53]. Nei Paesi in cui tende a prevalere questa concezione, a esempio, i patrimoni ereditari sono maggiormente tassati. In questa ottica, il RUB, come accennato in precedenza, sarebbe il modo più semplice per assicurare in una certa misura – indipendentemente dalle fortune e sfortune individuali – un'eguaglianza di punti di arrivo. Che poi, divengono, invero, più avanzati punti di partenza. Oltre questo, non sembra che anche il più ardente difensore del RUB possa spingersi; vale a dire, oltre il sostenere che vi sono valide ragioni perché il legislatore si senta obbligato, alla luce dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione, a introdurre questa misura nell'ordinamento giuridico.

Naturalmente, resta aperto il discorso sulla praticabilità (oltre che desiderabilità sotto altri profili) di questo strumento. Su questo, che non era oggetto del presente lavoro, vi è una ricca e interessante letteratura, cui si può rinviare[54]. Al fondo, saranno proprio la praticabilità (e la prassi) e gli orientamenti sociali, piuttosto che le interpretazioni costituzionali, a determinare se si affermerà mai un nuovo sistema di welfare centrato sul reddito universale di base.

[51] N. Bobbio, *Eguaglianza*, in *Enciclopedia del Novecento, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana*, 1977, 335-364; ora in Id., *Etica e politica (I meridiani)*, Milano, Mondadori, 2009, 923.

[52] Cfr. al riguardo Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit.

[53] Una delle più comuni obiezioni al RUB è quella secondo cui esso elargisce il beneficio anche ai ricchi, quindi tradendo l'ispirazione all'eguaglianza redistributiva. Si risponde in genere che questo inconveniente è abbondantemente controbilanciato dal risparmio in termini di costi burocratici, assenza di stigma per i percipienti, semplicità di accesso e soprattutto dal fatto che il trasferimento economico dovrebbe basarsi su un sistema fiscale fortemente progressivo, nel quale i milionari riavrebbero indietro, per dire, un centesimo di quello che restituiscono alla comunità con le tasse.

[54] Limitandosi a due lavori recenti, cfr. in tema di desiderabilità o meno della misura, D. Afscharian, V. Muliavka, M.S. Ostrowski, L. Siegel, *The State of the UBI Debate: Mapping the Arguments for and against UBI*, cit., e in tema di praticabilità-esperienze, R. Hocman, C. Larkin, E. Corbet, *A Survey of Universal Basic Income Experiments,* in *Basic Income Studies*, 2024, 1 ss.

Abstract

The contribution examines the relationship between the right to work and the right to a universal basic income and, starting from work as a duty explicitly set out in the Italian Constitution, focuses more specifically on the scope of the universal basic income and its constitutional foundation.

RECENSIONI

Recensione: *Cura e amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni,* di Alessandra Pioggia (il Mulino, 2024)

Il libro di Alessandra Pioggia è un «ragionamento originale sull'amministrazione»[1]. Scrive la stessa autrice: «la pubblica amministrazione italiana così come è non piace a nessuno»[2]; esiste un diritto alla buona amministrazione[3] che però è un diritto ineffettivo; le riforme – pur invocate ossessivamente – non sono capaci di condurre a trasformazioni migliorative della realtà[4]; anzi ingessano sempre di più l'amministrazione perché consistono in iper-regolazione[5].

Si tratta di uno svolgimento argomentativo pienamente consentaneo rispetto a quello che ha mosso l'apertura di un cantiere di ricerca sull'effettività nel diritto amministrativo[6]: simile è la frustrazione per l'ingiustizia diffusa legata all'azione del pubblico potere amministrativo (la quale grava soprattutto su esseri umani vulnerabili); simile la determinazione a contrastare questa ingiustizia, perché siano attuate (per quanto possibile e il più possibile) le promesse della Costituzione; simile l'urgenza di rispondere in modo autentico alla personale vocazione per lo studio del diritto dell'amministrazione (che è concretizzazione della Costituzione[7]); simile il disincanto

[1] A. Pioggia, *Cura e amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni,* Bologna, il Mulino, 2024, 221.

[2] Ivi, 11.

[3] Ivi, 18, dove si affronta il tema de «La buona amministrazione come diritto?».

[4] Ivi, 21, dove si affronta il tema de «L'insoddisfazione per le riforme».

[5] Così, *ivi*, 26.

[6] Sul tema, sia consentito il rinvio a M. De Benedetto e N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2019, n. 3, 747-791 e a G. Corso, M. De Benedetto e N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2022.

[7] Sul dovere di concretezza cfr. J.-B. Auby e E. Jordão, *Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018: le devoir de concrétude*, in *Chemins Publics*, 3/2/2021, in *https://www.chemins-publics.org*. Si veda anche S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, B. Emerson (eds), *Comparative Administrative Law*, 2nd edn, Cheltenham, 2017, 1: «*The Germans speak of administrative law as "concretized" constitutional law*».

per la dimensione mortifera del formalismo amministrativo[8]; simile anche parte della diagnosi sulle disfunzioni amministrative.

L'apertura della prospettiva proposta nel volume di Alessandra Pioggia è tutto in una domanda che non ha la forma di un classico quesito investigativo, ma che qualifica sia l'ardore della ricerca che la sua spiazzante matrice femminile: «qual è l'amministrazione che desideriamo?»[9]. L'amministrazione è indispensabile perché il diritto assolva alla sua funzione (organizzare la vita comune e limitare i conflitti). Il diritto dell'amministrazione è «la regola dell'ultimo miglio» anche per il diritto civile e penale (perché regge le amministrazioni e il personale al servizio delle funzioni giurisdizionali)[10]. Desideriamo che l'amministrazione funzioni perché il diritto (giusto) deve funzionare per giustificarsi: non si spiega il potere se non con la funzione cui accede; non si può dare coercizione se non per il conseguimento del fine della funzione.

Insomma, se l'amministrazione è indispensabile perché ogni essere umano possa vivere la sua unicità, dignità e libertà[11], il discorso pubblico sull'amministrazione deve rimettere la persona al centro[12]: l'amministrazione deve servire, vale a dire essere utile e porsi in relazione di servizio rispetto agli amministrati, anche quando amministrazione autoritativa; le relazioni amministrative, poi, non possono essere servili, nel senso di asservite a interessi o tese all'asservimento degli amministrati[13].

Per ragionare di amministrazione, Alessandra Pioggia ha seguito una percorso originale, meglio ha seguito la sua pista, quella che si apre grazie ad incontri significativi rendendo la storia di una persona che studia una storia sempre unica. In questo caso, la pista è quella segnata dall'incontro con il pensiero femminista. Occorre premettere (con l'autrice) che non si tratta di un sistema di pensiero unitario: sotto l'ombrello del femminismo albergano le peculiari esperienze dei femminismi nazionali, le diverse on-

[8] A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., 30: «[…] l'effetto più dannoso riguarda il rapporto che l'amministrazione instaura con il comando normativo, quando ritiene la sua funzione esaurita nel rispetto formale della regola».

[9] Ivi.

[10] Così, G. Corso, M. De Benedetto e N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., 19.

[11] Dizionario etimologico.

[12] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 31.

[13] G. Corso, M. De Benedetto e N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., 21.

date del femminismo[14], la convivenza ma anche la conflittualità tra i diversi tipi di femminismo (fino ai tentativi di decostruzione della stessa categoria del genere) [15].

Ora, i temi affrontati dai femminismi e rilevanti per la riflessione giuspubblicistica sono temi classici, riletti con una speciale attenzione alla realtà. Si pensi alla genesi dell'intersezionalità «la nozione di matrice femminista che ha avuto maggiore capacità di penetrazione nelle politiche pubbliche»[16] soprattutto (nota l'autrice) in ambito internazionale. Questa prospettiva è nata con la richiesta di uno spazio da parte del *black feminism*, stretto tra femminismo bianco e lotta per i diritti degli afroamericani[17]: la discriminazione nei confronti di donne può essere, infatti, aggravata per il fatto che alcune appartengano ad una certa razza. L'approccio intersezionale così aiuta ad individuare i livelli e sottolivelli di differenza e possibile discriminazione al fine di consentire una più mirata formulazione delle politiche pubbliche, anche di promozione dell'uguaglianza.

D'altro canto, se guardiamo al nostro art. 3 Cost. la formulazione testuale è senz'altro aperta ad una lettura di tipo intersezionale: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali». Ognuna delle richiamate categorie rinvia ad un potenziale ambito di discriminazione. Una di queste poi (la distinzione di sesso) differisce da tutte le altre per essere la prima in elenco e al contempo primaria[18], presente in tutte le altre, giacché in tutte le altre si ripropone. La «differenza dei sessi differisce da ogni altra differenza storica o antropologica»[19] e consente di strutturare una comprensione approfondita (di tipo intersezionale) delle concrete situazioni di discriminazione, aprendo la strada alle innumerevoli possibili combinazioni delle politiche pubbliche volte al loro

[14] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 41 ss.

[15] Cfr. J. Butler, *Undoing gender*, New York-London, Routledge, 2004, con una prima traduzione italiana del 2006 (*La disfatta del genere*, Meltemi) e una seconda traduzione del 2014 (*Fare e disfare il genere*, a cura di F. Zappino).

[16] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 89.

[17] Sul punto, K.W. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139.

[18] L. Irigaray, *Speculum. L'altro in quanto donna*, Milano, Feltrinelli, 1975.

[19] Così L. Muraro, *Oltre l'uguaglianza*, in *Le radici femminili dell'autorità*, a cura di Diotima, Napoli, Liguori, 1995, 106, che prosegue «[…] perché non passa tra due entità rappresentabili come tali, ma marca di sé l'essere umano senza farne due esseri, e rendendolo a rigore un essere incoerente, non rappresentabile». Per una critica femminista dell'uguaglianza, cfr. C. Lonzi, *Sputiamo su Hegel*, Milano, Gammalibri, 1982.

superamento. Si pensi ai risvolti di questa prospettiva per la formulazione delle politiche sanitarie (nella prospettiva della ricerca o in quella della prevenzione)[20] o alle possibili implicazioni in vista di una più profonda lettura del dato relativo alla composizione della popolazione carceraria[21].

C'è un ulteriore questione: pur nella variegata espressione delle ramificazioni del femminismo, esiste un valore aggiunto del pensiero femminista (unitariamente considerato)? L'autrice ne parla in più punti, anche qui lasciando emergere aspetti non estranei alla riflessione giuspubblicistica.

In primo luogo, è ricorrente nella letteratura femminista una critica del potere, forse meglio ancora una ricerca della verità sul potere. Quanto questa critica al potere prepari concretamente la strada per rinnovare l'idea di amministrazione (maturando una via altra) è diversa questione. Certamente, muove a ritrovare l'amministrazione così come dovrebbe essere: un mandato di cura di interesse altrui (nel presupposto di un affidamento o di una doverosità); un certo grado di vincolo nell'esercizio della cura dell'interesse; l'obbligo di rendere il conto su come si è amministrato, cioè su come si è curato l'interesse.

In secondo luogo, il femminismo – nelle sue diverse declinazioni – riserva attenzione costante alle pratiche (cioè alle relazioni vive in cui la realtà si dipana). La giustizia non può essere fondata solo sull'astrazione della persona[22], né essere solo giustizia procedurale[23], riferita ad un individuo decontestualizzato, con vita «scheletrica»[24]. La concretezza (così qualificante anche per il diritto amministrativo) conta e implica una diversa centralità del discorso sul corpo e dell'esperienza *in the flesh*. Dunque, il pensiero femminista (latamente inteso) tende a disvelare lo scarto tra dimensione astratta e concreta della giustizia[25]. Nel contesto amministrativo questo significa anche disvelare l'inganno di rappresentazione dell'utente come un ideale astratto[26] nel presupposto di una vulnerabilità che tutti accomuna prima o poi durante la vita, in un modo o nell'altro e senza mai poter essere

[20] Il primo studio di medicina di genere riguardò il rischio cardiocircolatorio, B. Healy, *The Yentl syndrome*, in *New England Journal of Medicine*, 1991, 325.

[21] Cfr. S. Montaldo, *Donne delinquenti, Il genere e la nascita della criminologia*, Carocci, 2019; E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano e T. Pitch, *Donne in carcere. Ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Milano, Feltrinelli, 1992.

[22] A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., 45.

[23] Ivi, 54.

[24] C. Gilligan, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano, Feltrinelli, 1987, 105, richiamata in A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., 57.

[25] Ivi, 59.

[26] Ivi, 61.

liquidata come un malfunzionamento di un ingranaggio riparabile in modo standardizzato.

In terzo luogo, l'interesse per la persona e per il suo pieno sviluppo è tipico degli studi elaborati nel quadro del femminismo, coerente con lo spirito della Costituzione, pienamente in linea con l'espressione testuale dell'art. 3, c. 2 che riconosce il «compito della Repubblica [di] rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». La Costituzione è debitrice al femminile se – come ricorda l'autrice – proprio l'inciso «di fatto» viene inserito in assemblea costituente su proposta di una donna, Teresa Mattei[27].

In quarto e ultimo luogo, la letteratura femminista è caratterizzata da una ricorrente spinta cross-disciplinare, una tensione strutturale ad attraversare i confini delle discipline. Si tratta di un corollario, un di cui rispetto all'attenzione riservata alle pratiche. La trasformazione della realtà è una *interdisciplinary enterprise*, che muove in direzione inversa rispetto all'approfondimento disciplinare, frutto di raffinate astrazioni e di risultati straordinari ma causa di un disancoraggio del sapere dalla realtà[28]. Il recupero del dialogo tra saperi, talvolta il vero e proprio disinteresse per il confine convenzionale dei saperi, è richiesto da un'azione libera di confronto con la realtà[29], perché nel fatto nulla si separa.

Alla luce di questi elementi è chiaro come la prospettiva seguita dalle correnti politiche di promozione dell'uguaglianza (imperniate sui cd. meccanismi di quota) rischi di essere asfittica, giacché lascia impregiudicata la nozione di potere e non ne opera alcuna revisione. Da un punto di vista di stretto diritto amministrativo, i meccanismi di quota sono semplici da attuare, particolarmente adatti ad essere tradotti in chiave procedurale. D'altro canto, presentano controindicazioni e distorsioni, da tempo indagate in letteratura: c'è la critica tradizionale delle *reverse discrimination*[30]; c'è la richiesta che nell'istruttoria dei programmi di *affirmative action* sia forte una giustifica-

[27] Ivi, 63 e 144.

[28] Sul tema dell'interdisciplinarietà è doveroso il rinvio a J. Piaget, *L'épistémologie des relations interdisciplinaires*, in *L'interdisciplinarité – Problèmes d'enseignement et de recherche*, a cura di L. Apostel, G. Berger, A. Briggs e G. Michaud, *Centre pour la Recherche et l'Innovation dans l'Enseignement, Organisation de Coopération et de développement économique*, Paris, 1972. Per un aggiornamento, cfr. R. Frodeman, J.T. Klein e R.C.S. Pacheco (ed.), *The Oxford handbook of interdisciplinarity*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

[29] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 41.

[30] Cfr. M. Ainis, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 603.

zione empirica *ex ante* degli interventi[31]; c'è, infine, la richiesta di valutazione *ex post* degli effetti correlati ai programmi di azione positiva[32] (dal momento che la letteratura ne ha da tempo evidenziato alcuni effetti *boomerang*[33]).

Entriamo ora nella parte centrale del libro, quella che ricostruisce i contributi ispiratori sul tema dell'etica della cura. Ci ricorda l'autrice che grazie a studiose e attiviste femministe la cura sarebbe «diventata un tema pubblico»[34] essendo stata per lungo tempo lontana dal «visibile politico»[35]. Di più, l'etica della cura costituirebbe una «alternativa autentica alla lettura neoliberista della società e delle sue dinamiche»[36].

Non manca una ricostruzione di alcuni effetti paradossali dei processi storici di emancipazione femminile: l'attività di «riproduzione sociale» (comprensiva di generazione e quotidiana «rigenerazione»[37]) senza divenire una questione politica[38] è stata coinvolta in un processo di mercificazione dell'accudimento, di delegazione della cura al mercato che invece di produrre la piena e ricercata emancipazione ha spostato «l'oppressione su altre donne»[39] e trasformato beni «naturali» in «commerciali», alimentando un mercato globale della cura[40].

Qui si inserisce l'esigenza di rendere l'etica della cura più ampiamente condivisa. Per spiegarne la genesi, viene richiamata l'idea (dibattuta in letteratura) che il senso morale nei bambini e nelle bambine si costruisca in modo diverso: gli uni sarebbero attratti dalla elaborazione formale di regole e procedure mentre le altre approccierebbero le questioni morali con una

[31] Da argomentarsi con riferimento all'evidenza anche statistica degli squilibri di genere nella condizione regolatoria di partenza (*base-line*), cfr. *ivi*, 587. Si veda anche A. McHarg e D. Nicolson, *Justifying Affirmative Action: Perception and Reality*, in 33 *Journal of Law and Society* (2006), n. 1, 1.

[32] Sul punto v. G. Beaurain e D. Masclet, *Does affirmative action reduce gender discrimination and enhance efficiency? New experimental evidence*, in 90 *European Economic Review* (2016), 350.

[33] Su questo punto è rilevante il contributo degli studi di psicologia e della letteratura comportamentale, tra gli altri, R.B. Nacoste, *Sources of Stigma: Analyzing the Psychology of Affirmative Action*, in *Law & Policy* (1990), n. 12, 175; L.R. Ayers, *Perceptions of affirmative action among its beneficiaries*, in 5 *Social justice research* (1992), n. 3, 223.

[34] A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., 96.

[35] Ivi.

[36] Ivi, 97.

[37] Ivi, 98.

[38] Ivi, 104.

[39] Ivi, 103.

[40] Ivi, 104.

comprensione relazionale[41]. Carol Gilligan all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso evidenzia come la soluzione di dilemmi etici – da un punto di vista femminile – viene trovata misurandosi con situazioni concrete.

Questa è, peraltro, una prospettiva valorizzata anche all'interno di altri filoni di ricerca attivi in quegli anni[42] poiché l'esigenza di tenere insieme astrazione raziocinante/giustizia e concretezza relazionale/cura è essenziale nell'esperienza giuridica. A questa conclusione giunge la stessa Gilligan: giustizia e cura devono «integrarsi e reciprocamente correggersi: la prima, infatti, corre il rischio dell'indifferenza e del disimpegno, la seconda può peccare di relativismo situazionale»[43].

Insomma, l'etica della cura esprimerebbe una «istanza di "bene" e di "giusto", che non si esaurisce nell'interpretazione e nell'applicazione della regola, ma che chiede di essere realizzata nel contesto in cui concretamente si ambienta»[44].

Ma come realizzare una condivisione sempre maggiore dell'etica della cura? Sostiene l'autrice, che l'idea della cura andrebbe intesa «come attivazione della comunità per il bene comune: un impegno non imposto, né economicamente incentivato, ma animato da quel sentimento di interdipendenza, fondato sulla comune vulnerabilità che sta alla base del paradigma della cura»[45].

A questo riguardo, pur comprendendo l'auspicio per un mondo in cui la cura venga praticata in assenza di incentivi, il sentimento di interdipendenza potrebbe non bastare a muovere l'azione giacché il dato di partenza è una realtà in cui la cura è spesso disincentivata, ostacolata proprio dalla regolazione di dettaglio delle funzioni amministrative: i medici che sono tenuti ai protocolli, funzionari di questura che devono decidere delle vite sulla carta, funzionari di uffici contratti che sono responsabili di ogni minuto passaggio del ciclo del contratto senza mai avere accesso alla prospettiva più ampia del compimento della funzione cui il contratto accede. Insomma è difficile pensare alla promozione della cura senza assumersi il rischio della libertà: la stessa autrice ci dice che «investire sull'amministrazione della cura comporta prima di tutto dare fiducia alle persone che la animano con la propria attività e professionalità»[46].

[41] Ivi, 108.

[42] Il riferimento è a G. Calabresi e P. Bobbitt, *Tragic choiches,* W.W. Norton & Company, 1978.

[43] Richiamata da A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., 113.

[44] Ivi, 114.

[45] Ivi, 191.

[46] A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., 209-211.

A fronte di questa sommaria ricostruzione del ricco contenuto del volume di Alessandra Pioggia alcuni temi meritano di essere brevemente richiamati per contribuire alla ulteriore strutturazione del cantiere di ricerca che ha ad oggetto il rapporto tra cura e amministrazione.

Il primo tema riguarda la relazione tra legislazione e amministrazione. L'autrice registra il drammatico fallimento di molte politiche pubbliche, con particolare riguardo alle misure di contrasto alla povertà[47] riconoscendo il limite dello Stato nella conoscenza delle reali condizioni delle persone[48] e la correlata difficoltà a garantire uguaglianza in concreto. Il fallimento e il limite sono riferiti all' «Amministrazione che si concepisce come erogatrice di prestazioni e non come responsabile del bene della comunità»[49], una «amministrazione di attesa»[50]. Il problema per l'autrice risiederebbe, cioè, nel modo in cui le politiche sono state attuate e «non dipende dal modo in cui la misura è stata immaginata e regolata»[51]. A ben vedere, la discrezionalità dell'amministrazione (necessaria all'esercizio del compito di cura) dipende da come è stata curata l'istruttoria della legislazione a monte, da come si è esercitata discrezionalità del legislatore nel disegnare le regole destinate a disciplinare classi di casi. Insomma, quello diretto all'agente pubblico è un mandato che proviene dal legislatore e non è vero che il legislatore ha sempre ragione: il nostro non istruisce adeguatamente; si avvale di istruttorie svolte presso i portatori di interessi e che dunque mancano di trasparenza; utilizza la legislazione per scopi solo simbolici e strumentali alla comunicazione politica; ignora il dato organizzativo ricorrendo in modo responsabilmente superficiale a clausole di neutralità finanziaria; si disinteressa degli effetti prodotti dalla sua stessa legislazione; interviene e reinterviene in modo sciatto sulla legislazione contribuendo a generare criticità applicative.

Insomma, la cura è possibile se la legislazione è accurata, se – coerentemente con le migliore pratiche internazionali ed europee – prepara un ambiente amministrativo orientato all'effettività della funzione. Quando la discrezionalità a valle non funziona c'è senz'altro anche un problema di disegno della discrezionalità in sede legislativa che inevitabilmente tende ad incentivare (in un modo o nell'altro) una «cultura amministrativa che intende l'attuazione del dettato normativo come esecuzione più che come funzione»[52]. Così, il successo della regolazione si misura a partire dalla qualità

[47] Ivi, 134.
[48] Ivi, 76.
[49] Ivi, 135.
[50] Ivi, 136.
[51] Ivi.
[52] Ivi, 137.

della legislazione e in sede di *regulatory delivery,* dipendendo direttamente dal rapporto tra comando legislativo e amministrazione[53]. La stessa autrice sostiene che il discrimine tra attuazione formale adempitiva e sostanziale effettiva è proprio nell'organizzazione[54].

Il secondo tema rilevante per le prospettive del cantiere della cura riguarda il rapporto tra diritto e morale. Ora, l'utilizzo dei termini etica e morale sovente si presta ad equivoci o «slittamenti semantici»[55]: la morale è il mondo della libertà[56] e si caratterizza per l'assenza della coazione, che è tipica invece del diritto[57].

Come è possibile promuovere le qualità morali necessarie per l'etica della cura?[58] L'autrice richiama le recenti modifiche del codice di comportamento[59] che prevedono cicli formativi in materia di etica pubblica e di comportamento etico «che possono ben essere impiegati anche nell'ottica dell'etica della cura»[60]. La formazione è centrale, ma lo è anche il modo della formazione. Bisogna, cioè, prestare massima attenzione a che non si travalichi il delicato confine tra diritto e morale[61]: chi sia motivato a comportarsi onestamente e con integrità, in presenza di prescrizioni non è più

[53] Ivi, 65.

[54] Ivi, 67.

[55] Così, S. Latouche, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in un'economia mondializzata*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 254.

[56] F. Carnelutti, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, Cedam, 1953, 41: «Sulla libertà in luogo che sul dovere la morale è fondata; né altro è la libertà che potere morale».

[57] Ivi, 43: «i caratteri differenziali della morale in confronto col diritto sono veramente quelli che il senso comune intuisce: assenza della legge e assenza della coazione». Sul punto si veda N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, 190, dove – parlando di norme morali – le descrive come «norme la cui sanzione è puramente interiore».

[58] A. Pioggia, *Cura e amministrazione* cit., p. 213

[59] Sull'argomento, cfr. E. Carloni, *I codici di comportamento*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017 e F. Merloni e A. Pirni, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, Donzelli, 2021, 151: «Il rispetto dei codici è assicurato da sanzioni giuridiche (quelle disciplinari). Si prescinde, cioè, dalla personale convinzione del funzionario sulla bontà del dovere o sulla necessità di rispettarlo. La più analitica articolazione e l'attesa maggiore effettività dei doveri di comportamento possono anche contribuire al consolidamento dell'etica pubblica e a una più estesa personale adesione dei funzionari, ma ciò non implica affatto l'imposizione di una "morale" pubblica. Lo Stato non è "etico", ma laico; non impone regole morali, ma giuridiche».

[60] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 216.

[61] Sul punto si veda la classificazione in M. Spalletta, *I codici etici. Guida all'analisi*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2012, n. 175, p. 71. Di codici di comportamento si parla in B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2007, 131 ss. si veda anche S. Cassese, *L'etica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1097.

nella condizione di scegliere liberamente un comportamento che, per essere etico, non può che essere libero. In altri termini, se io devo comportarmi per osservare un obbligo nel modo in cui mi sarei comunque comportato, per libera determinazione (così da rispondere al mio personale sistema di valori) il mio coinvolgimento morale nel comportamento tende ad affievolirsi, fino ad esserne impedito, in caso di presenza di vere e proprie prescrizioni (e sanzioni) ma anche di indicazioni puntuali (quali potrebbero essere anche quelle veicolate da codici etici, in esito alla frequenza di un corso di formazione o da delle FAQ)[62]. Quando il comportamento è regolato cessa di essere libero (e morale) e diviene oggetto di coercizione (perciò legale).

Un punto ulteriore, cui forse vale la pena cennare – nella chiave della strutturazione del cantiere di ricerca su cura e amministrazione – è quello relativo al principio di laicità richiamato dall'autrice (con l'esigenza di riconsiderare la presenza del crocifisso in alcuni luoghi pubblici tra cui le scuole, lasciando «dietro la cattedra uno spazio bianco»[63]). Infatti, secondo l'autrice, questo principio andrebbe nella direzione della cura perché consentirebbe di definire l'amministrazione come «luogo aperto» in cui «consentire a ciascuno e a ciascuna l'espressione di sé»[64]. A tale proposito, vale la pena di ricordare che dalla sentenza *Lautsi* in avanti (sulla base delle argomentazioni che vennero svolte da Joseph Weiler[65]) il principio di laicità è stato ricostruito nelle sue diverse declinazioni, storicamente definite: ci si muove tra i poli della laicità inglese (con un regnante capo della chiesa di Stato) e della *laicité* francese. Se questa è certamente la forma più neutrale non è però forma esente da criticità (lo stesso femminismo francese ha a lungo dibattuto la vicenda del velo[66]). Insomma, non è detto che opzioni che tendano a virare sulla forma francese della *laicité* – lasciando uno spazio bianco dietro la

[62] Sul punto si veda un interessante esempio di standard intrusivi, definiti tra gli esempi riportati in coda al codice di condotta dei dipendenti dell'*International Monetary Fund- IMF*, *Code of Conduct for Staff*, July 31, 1998, VII. *Examples*: «*Conduct within the IMF: 4. I am taking orders for Girl Scout cookies on behalf of my daughter. May I ask colleagues whether they wish to place an order? Yes, so long as there is no coercion or pressure placed on colleagues to make a purchase*».

[63] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 182.

[64] Ivi, 180-181.

[65] C. eur. dir. uomo, 18 marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*. Si vedano al riguardo l'*Intervento orale del professor J.H.H. Weiler innanzi alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 30 giugno 2010, in *www.diritticomparati.it* e J.H.H. Weiler, *Verso "Lautsi-bis"? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, n. 2.

[66] D'interesse la sequenza di audizioni al Senato francese in vista della produzione del *Rapport d'information n° 101 (2016-2017), déposé le 3 novembre 2016, La laïcité garantit-elle l'égalité femmes-hommes?* Si veda anche H. Bentouhami, *Les féminismes, le voile et la laïcité à la française*, in *Socio*, 2018, n. 11, 117.

cattedra – assicureranno migliori condizioni per lo sviluppo di una cultura della cura. *En plus*, quando è che ci rendiamo conto che la cura degli altri è questione solenne, davvero rilevante nella convivenza tra esseri umani (e che spesso passa anche per l'amministrazione)? Quando muoiono infermieri e medici durante una pandemia, quando muoiono agenti di scorta ad un magistrato, quando muoiono militari in missione di pace per proteggere esseri umani che non conoscono, quando muore un funzionario di polizia in forza ai servizi di intelligence per liberare una giornalista rapita, quando muoiono volontari del Cai per prestare soccorso in montagna ad escursionisti anche se sono imprudenti, quando muore una padre per salvare la vita di suo figlio o quando muore un figlio per proteggere la madre da un padre violento. Farsi realmente carico della cura degli altri può costare anche la vita.

D'altro canto, vale anche la pena di ricordare che una amministrazione accurata può invece salvare la vita, non solo quando questa si occupa di salute o sicurezza. In uno dei suoi numerosi scritti, poi sceneggiato, Andrea Camilleri racconta di una indagine nel corso della quale viene consegnata al noto commissariato una lettera, purtroppo tardivamente giacché portatrice di notizie che avrebbero potuto dare un diverso corso alla vicenda. Insomma, conclude il commissario: «se le poste italiane avessero funzionato questa morte l'avremmo potuta evitare»[67].

Così, il terzo tema (rilevante per definire il perimetro del cantiere di ricerca) riguarda proprio la cura nella amministrazione diversa dall'amministrazione di prestazione.

Se non vi è dubbio che il filone di ricerca sull'etica della cura veda come ambito elettivo di applicazione l'amministrazione di prestazione[68], l'autrice rivendica a ragione uno spazio per la cura anche nel caso dell'amministrazione autoritativa[69].

Prendiamo un caso dalle funzioni d'ordine, una semplice procedura di ricongiungimento familiare per il coniuge di un lavoratore straniero con permesso di soggiorno. La procedura consta di due momenti. Il primo è teso ad assicurare che il ricongiunto avrà dove abitare, riconoscendo l'idoneità alloggiativa del luogo in cui verrà fisicamente ospitato. C'è poi la verifica delle ulteriori condizioni per autorizzare il ricongiungimento, tra cui la ricorrenza delle richieste condizioni reddituali riferite al periodo della dichiarazione fiscale dell'anno precedente a quello di richiesta. Il rifiuto del ricongiungimento, in questo contesto, può intervenire anche per dieci euro,

[67] A. Camilleri, *Il giovane Montalbano – il terzo segreto*.
[68] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 180.
[69] Ivi, 224.

senza alcun riguardo alla storia, alle condizioni personali, all'inserimento sociale della persona, al reddito (magari maggiore) che sta producendo nell'anno in corso.

Romano Guardini descrive bene questa situazione paradossale che – grazie alla incredibile evoluzione della tecnica applicata all'esercizio del potere – porta a separare conoscenza e azione dall'esperienza, a dividere l'azione dagli effetti che questa produce, portando l'esempio di un pilota che sgancia bombe, senza accedere all'esperienza di morte che la sua azione procura[70]. Quante volte i provvedimenti (o talvolta il modo di erogare le prestazioni) sono come le bombe di quel pilota, bombe amministrative sganciate sulle persone, in modo incurante degli effetti che questi produrranno nelle loro vite?

Il quarto e ultimo tema rilevante nel cantiere di studi dedicato a cura e amministrazione riguarda il rapporto tra cura, dignità del lavoro ed effettività delle funzioni amministrative. L'autrice richiama opportunamente la dimensione di benessere organizzativo[71] come un vero nodo nella prospettiva dell'etica della cura. Le condizioni attuali di lavoro nelle amministrazioni vedono il ricorso massivo alle esternalizzazioni di funzioni, la deprivazione di potere per l'esercizio dei compiti, la sottoposizione a turni massacranti per garantire la continuità dei servizi, la burocratizzazione del contenuto della propria prestazione, oggetto di un crescente numero di adempimenti digitali che aumentano la distanza tra le persone. Insomma, moltissimi lavoratori vivono oggi una condizione di lavoro a vario titolo para-servile, che genera un *disengagement* istituzionale, si tratti un lavoro in un *call center* per la gestione dei servizi di assistenza alla clientela di un'impresa di servizio pubblico, di un lavoro da giardiniere in una ditta titolare di un appalto del verde con un grande comune o di un lavoro come medico in una struttura ospedaliera (che magari, a fine carriera, svolge turni massacranti). Occorre tenere presente che il riconoscimento della dignità del lavoro di cura e il riconoscimento della significatività e rilevanza sociale di ogni lavoro custodiscono l'umanità della prestazione così preparando l'effettività amministrativa.

In conclusione, i quattro elementi già richiamati che caratterizzano i diversi filoni di pensiero femminista (critica al potere, attenzione alle pratiche, interesse per la persona e per il suo pieno sviluppo, cross-disciplinarietà) promettono di essere molto utili per pensare e studiare l'amministrazione in modo nuovo. Ed è qui richiesta, forse, anche una nuova *partnership* tra maschile e femminile, considerata necessaria per la creazione di valore in ambi-

[70] Cfr. R. Guardini, *Il potere*, Brescia, Morcelliana, 58.

[71] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 202.

to manageriale, dove è stata da tempo tematizzata la *copreneural company* (business gestito in coppia)[72]. Chissà che la ricerca dell'effettività amministrativa non passi anche per soluzioni di *copreneural administration* (come già talvolta accade nella composizione di team ispettivi) o per quanto altro possa creare le condizioni di un'amministrazione che serve davvero (nel richiamato duplice senso, essere utile ed essere al servizio), perché «un'amministrazione che funziona meno per chi ne ha più bisogno tradisce il ruolo che ad essa è assegnato dalla Costituzione»[73].

Maria De Benedetto

[72] F. Barnett, S. Barnett S., *Working together: Entrepreneurial couples*, Berkeley, Ten Speed Press, 1988.

[73] A. Pioggia, *Cura e amministrazione*, cit., 141.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Giovanni Botto è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Genova

Andrea Capurso è Dottorando in Diritto internazionale presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

Martina Cardone è *Research assistant* nella Scuola IMT Alti Studi Lucca

Stefano Civitarese Matteucci è Professore ordinario di Diritto pubblico presso l'Università degli studi G. D'Annunzio Chieti-Pescara

Lucrezia Corradetti è Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Bologna

Fulvio Cortese è Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Trento

Maria De Benedetto è Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi Roma Tre

Marco Dugato è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Bologna

Nicola Granato è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Parma

Emanuele Guarna Assanti è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università della Calabria

Christian Iaione è Professore ordinario di Diritto amministrativo e pubblico presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

Mario Manna è Assegnista di ricerca presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

Giovanni Mulazzani è Ricercatore di tipo b in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Bologna

Edoardo Scelsi è Cultore della materia in Diritto della salute presso l'Università degli studi Roma Tre

Munus
Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici
Indice annuale 2024

Editoriali

Tommaso Bonetti, *Amministrazioni pubbliche tra innovazione e sostenibilità*
n. 1, VII-XIII

Fulvio Cortese, *Che cosa succede in città?*
n. 3, V-XX

Aldo Sandulli, *Le Trasformazioni dell'adolescenza. Le novità della Rivista nel 2024*
n. 1, V-VI

Giuseppe Tropea, *I principi del risultato, della fiducia, della buona fede e dell'affidamento in alcune interpretazioni recenti*
n. 2, V-XXIX

Saggi

Giovanni Botto, *Pnrr e prevenzione amministrativa antimafia: uno sguardo prospettico*
n. 3, pp. 843-876

Il contributo si propone di analizzare le principali novità introdotte dal d.l. n. 152/2021 nell'ambito della prevenzione amministrativa antimafia. In particolare, una volta inserita la riforma all'interno del contesto evolutivo di riferimento, il lavoro si concentra sull'analisi del contraddittorio procedimentale

di cui all'art. 92, c. 2-bis, del codice antimafia, delle (supposte) misure di self cleaning, di cui all'art. 92, c. 2-quater, e della c.d. prevenzione collaborativa prevista dal nuovo articolo 94-bis della medesima normativa. Infine, a partire da tale analisi ricostruttiva, sono dedotte alcune considerazioni di carattere generale circa l'evoluzione della materia in oggetto.

Virginia Campigli, *Città intelligenti e diritto all'abitare: transizioni nel* social housing

n. 2, pp. 531-574

Lo scritto muove dalla prospettiva del disagio abitativo come specifico bisogno di tutela, rivelatore di alcune tendenze evolutive delle politiche sociali nelle "città intelligenti". L'analisi si concentra sulle opportunità per il *social housing*, latamente inteso come insieme delle attività volte a fornire condizioni abitative e di vita adeguate, anzitutto (ma non esclusivamente) a coloro che non hanno accesso a un alloggio sul mercato. Prefigurando un *social housing* "rinnovato", che vada oltre la mera fornitura di alloggi, sono indagate le modalità con cui i soggetti pubblici potrebbero assicurare a tutti il "diritto all'abitare", valorizzando – sul piano dell'organizzazione di appositi "servizi abitativi urbani" – gli strumenti innovativi delle *smart cities.* In questo modo, prendendo posizione sul contenuto del diritto all'abitazione e sulla sua giustiziabilità quale fondamentale diritto sociale, si suggerisce, sul versante del bisogno abitativo, un'ipotesi di "*human smart city*", ossia di città intelligente in quanto luogo di inveramento dei diritti della persona.

Alessandra Coiante, *L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile: linee evolutive alla luce del principio del risultato*

n. 1, pp. 99-139

Il presente contributo intende analizzare l'evoluzione del c.d. uso strategico dei contratti pubblici con particolare riferimento alla garanzia dello sviluppo sostenibile per verificare, alla luce del principio del risultato di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici, in quale direzione si stia orientando oggi la disciplina dei contratti.

Lucrezia Corradetti, *La cooperazione tra pubbliche amministrazioni: sinergica convergenza su attività di interesse comune*

n. 3, pp. 807-842

Il saggio esamina il tema della cooperazione tra pubbliche amministrazioni, anche denominata cooperazione orizzontale, come alternativa alle procedure ad evidenza pubblica. Il tema ha assunto una innovata centralità alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici che pone l'esternalizzazione e la

cooperazione orizzontale su un piano di tendenziale parità. Lo studio, partendo dalle pronunce della Corte di Giustizia che hanno anticipato la disciplina della cooperazione orizzontale contenuta nelle direttive sui contratti pubblici, poi recepita nell'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 50/2016, analizza le pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno precisato le condizioni che debbono sussistere affinché si instauri una effettiva cooperazione tra le pubbliche amministrazioni coinvolte, scongiurando la stipula di un contratto mascherato, in violazione delle norme sulle procedure ad evidenza pubblica. Il d.lgs. n. 36/2023, sancendo la tendenziale alternatività tra la cooperazione orizzontale e le procedure di gara, rende necessario una sistematizzazione del tema nel contesto dei principi ivi enunciati e in particolare alla luce del principio di risultato. Infine, l'articolo affronta il problema, relativo alla fase esecutiva del rapporto, della possibilità di scioglimento unilateralmente della convenzione, in mancanza di disposizioni specifiche che regolino l'esecuzione dell'accordo.

Emanuele Guarna Assanti, *Il principio della fiducia nell'equilibrio normativo stabilito dal nuovo Codice dei contratti pubblici: profili critici*

n. 3, pp. 767-806

Il saggio affronta un tema nuovo per il diritto dei contratti pubblici e, più in generale, per l'intero diritto amministrativo. Il "principio" della fiducia, sancito dal Codice del 2023, rappresenta infatti una assoluta novità nel panorama normativo. Eppure, la lettura dell'art. 2 del Codice consegna all'interprete numerosi interrogativi sulla natura del nuovo principio, *sulla* sua struttura, sulle relazioni che intercorrono con altri principi generali e particolari, sia del diritto dei contratti pubblici, sia del diritto amministrativo in generale, sulle innovazioni effettivamente apportate nei rapporti giuridici tra amministrazioni e privati e, infine, sulla stessa validità di un principio che appare collocarsi in un'area non ben definita tra etica e diritto.

Christian Iaione, *Just Sustainable Innovation: Shared Systemic Stewardship as Governance Impact of Sustainable Investment?*

n. 1, pp. 1-46

Il quadro normativo e politico dell'UE ha introdotto nel suo principale programma di R&I, Horizon Europe, il principio di "innovazione sostenibile" come principio che dovrebbe guidare gli investimenti pubblici nell'innovazione. Questo principio richiede il riconoscimento dell'indiscutibile ruolo che l'innovazione può svolgere nel risolvere le scoraggianti sfide sociali e ambientali generate dalla transizione tecnologica e dalla crisi climatica. È meno chiaro se questo principio possa anche incidere sulla giustizia sociale per rendere più giuste le transizioni tecnologiche ed ecologiche. Questo articolo analizza in-

nanzitutto se il dibattito giuridico sulla giustizia climatica ed energetica come clausole costituzionali dell'UE possa aiutare a rendere operativa la dimensione della giustizia dell'innovazione sostenibile. L'indagine si rivolge poi al ruolo del diritto derivato dell'UE e delle riforme giuridiche sulla governance aziendale sostenibile e sulla finanza sostenibile, che orientano gli operatori economici e finanziari privati verso la produzione di impatti ambientali e sociali positivi, che sembrano richiedere un impegno attivo con tutte le parti interessate, comprese le comunità vulnerabili, e una gestione sistemica e condivisa delle risorse essenziali comuni. L'articolo passa poi all'analisi della legislazione sugli investimenti pubblici per la transizione giusta e la coesione sociale e territoriale per dimostrare che probabilmente solo gli investimenti pubblici attraverso il "principio del partenariato" possono consentire un reale impegno positivo delle comunità vulnerabili e quindi una gestione sistemica condivisa delle risorse comuni essenziali per realizzare una transizione ecologica e tecnologica giusta e democratica. L'articolo si conclude identificando i limiti di questa ipotesi, legati principalmente alla mancanza di risorse umane ed economiche, e facendo luce su una possibile traiettoria per i futuri percorsi di ricerca per superare questi limiti, facendo un uso migliore di nuovi modelli di partnership multistakeholder volti ad affrontare lo sviluppo sostenibile e l'innovazione, nonché ripensando parzialmente il ruolo e la missione delle istituzioni della conoscenza negli ecosistemi locali dell'innovazione come agenti cardine delle istituzioni locali, come gli uffici scientifici cittadini, che possono abilitare e governare la cooperazione tra i vari stakeholder all'interno di questi ecosistemi e monitorare la produzione dei loro impatti sociali e ambientali positivi.

Christian Iaione e Mario Manna, *Il principio dello sviluppo sostenibile e il nuovo ruolo delle società di capitali oltre la dicotomia pubblico-privato: appunti per un modello di governance "commons oriented"*

n. 3, pp. 725-766

Il principio dello sviluppo sostenibile richiede una radicale revisione delle attività economiche e finanziarie, sollecitando organizzazioni e investimenti che tengano conto – o promuovano – caratteristiche economiche, sociali e ambientali. In questo contesto, le imprese possono svolgere un ruolo centrale, superando la tradizionale dicotomia tra profitto e funzione sociale, e ridefinendo così la propria missione. Questo articolo affronta una domanda di ricerca incentrata su un modello di governance volto a trasformare le società di capitali in potenziali custodi dei beni comuni. A partire da una panoramica del dibattito di lunga data sullo scopo dell'impresa, il lavoro elabora una definizione teorica del modello. La sua validità viene verificata attraverso l'analisi di recenti interventi normativi europei – il Regolamento UE 2020/852 sulla tassonomia, le direttive CSRD

e CSDDD – e uno studio empirico su tre tipologie di società: a conduzione familiare, controllate da fondazioni e a scopo non lucrativo. I risultati indicano che il modello proposto può rivelarsi particolarmente efficace per le utility a partecipazione pubblica, le cui caratteristiche ibride si prestano a favorire lo sviluppo sostenibile.

Lucrezia Magli, *Il nuovo mercato dei servizi cloud per le pubbliche amministrazioni. Note a margine dell'aggiudicazione del Polo Strategico Nazionale*

n. 2, pp. 363-423

L'intento dell'articolo è di fornire una fotografia di un mercato in via di affermazione in Italia e in Europa, quello dei servizi cloud per le pubbliche amministrazioni. Si vuole riflettere sulle ragioni poste alla base della scelta del partenariato pubblico-privato come modello funzionale di gestione della nuova infrastruttura digitale prevista dalla Strategia *Cloud* Italia e verificare se (e in che misura) tali aspirazioni siano state poi soddisfatte dal modo in cui l'aggiudicazione del Polo Strategico Nazionale è stata nel concreto attuata. Lo studio dei modelli alternativi e delle difficoltà di realizzazione della migrazione sul cloud dei dati delle amministrazioni pubbliche richiamano infatti tematiche che all'interno della vicenda in oggetto appaiono centrali, come il corretto bilanciamento tra concorrenza/parità di trattamento, da una parte, e il «controllo Statale» sull'infrastruttura, dall'altra, nonché l'individuazione del miglior partner privato al quale affidare la gestione di informazioni di interesse nazionale. Si ragionerà infine sulle condizioni di concorrenza ad oggi presenti per i servizi di *cloud computing*.

Giovanni Mulazzani, *La* governance *multilivello nell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza dopo la revisione: il ruolo dello Stato nell'"amministrazione disaggregata"*

n. 3, pp. 877-930

Il presente saggio analizza sotto il profilo giuridico il tema della *governance* multilivello come paradigma attuativo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), adottato sulla base del programma NextGenerationEU, ponendo l'attenzione sul ruolo crescente e centrale assunto dallo Stato, nell'ambito di un'organizzazione amministrativa disaggregata. Il saggio analizza i meccanismi attraverso cui si è inteso garantire un'assetto preordinato all'attuazione del PNRR con un accentramento in capo al livello statale ed una marginalizzazione del ruolo delle autonomie territoriali, la previsione di clausole di potere sostitutivo, di strumenti di monitoraggio e controllo e di rafforzamento della capacità amministrativa. L'attuazione del PNRR rappresenta, infatti, una prova generale di tenuta ovvero di capacità complessiva dell'assetto istituzionale

ed in particolare amministrativo di attuare precisi indirizzi di carattere politico, in ordine a politiche di coesione sociale e territoriale, di sviluppo e di crescita economica con la realizzazione dei progetti finanziati dalle risorse europee.

Fabio Saitta, *Sul «diritto alla città» come catalogo di pretese, doveri, responsabilità: appunti per una declinazione moderna di un concetto antico*

n. 2, pp. 461-529

In continuità con un saggio sul c.d. «diritto alla città» nel quale aveva provato a comprendere il significato che tale formula assume originariamente nella teoria politica dello spazio ideata da Henri Lefebvre e, quindi, in quale solco sia possibile attualizzarla nel terzo millennio senza travisare il quadro da lui delineato sessant'anni fa, l'Autore riprende l'idea del «fascio di diritti» da garantire a ciascuno in ogni parte del territorio per tentare di declinare tale concetto in una sorta di catalogo di pretese, doveri e responsabilità.

Serena Sileoni, *Dalla teoria alla pratica: i principi della riforma dei servizi pubblici locali e le regole sulle forme di sostegno agli utenti*

n. 2, pp. 425-459

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata oggetto, negli ultimi trenta anni, di una alternanza tra spinte concorrenziali e reazioni dirigistiche e, al tempo stesso, di una stratificazione di discipline settoriali in mancanza di una legislazione di cornice. All'incertezza che ne è derivata ha supplito una faticosa giurisprudenza europea e nazionale, che ha ricavato specifici punti di riferimento a partire dai principi generali relativi sia alla concorrenza che all'azione amministrativa. La riforma di tali servizi approvata come obiettivo del PNRR è un'operazione di riordino del quadro regolatorio applicabile a tutti i servizi. Per questo, la codificazione dei principi appare di estremo rilevanza, dal momento che risponde a una doppia logica: normalizzare una disciplina in bilico da decenni, frutto di alta conflittualità politica; compiere delle scelte di principio capaci di orientare, senza ambiguità, l'amministrazione e i soggetti affidatari.

In una prima parte dell'articolo, tali principi sono esaminati singolarmente. In una seconda parte, le forme di sostegno all'utenza saranno analizzate come ipotesi di specifica applicazione.

Elisabetta Tatì, *L'innovation procurement nel settore spaziale: l'Outer Space Law alla prova della New Space Economy*

n. 1, pp. 47-97

Lo scritto mette in collegamento gli studi giuridici di carattere pubblici-

stico sul public procurement per l'innovazione e la sostenibilità con l'analisi del settore spaziale, specialmente alla luce delle nuove dinamiche concorrenziali. Innanzitutto, lo sguardo è rivolto all'ordinamento europeo e all'approccio di public procurement adottato nell'ambito del nuovo Regolamento (EU) 2021/696, che istituisce il programma spaziale dell'Unione europea per il periodo 2021-2027 e l'Agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale (EUSPA). Viene quindi fornita l'analisi del caso relativo alla concessione di servizi per l'infrastruttura europea IRIS2. In secondo luogo, si introduce il contesto nazionale, inquadrando la governance del settore, gli investimenti (anche PNRR e per il Piano Space Economy nazionale) e le regole relative ai contratti pubblici che si applicano al settore, esso stesso innovativo, considerando le complementarità con il settore della difesa e dell'innovazione digitale. In conclusione, si evidenziano le peculiarità della disciplina contrattuale pubblica nel settore spaziale alla luce degli obiettivi per l'innovazione e la sostenibilità, si intercettano le linee evolutive per il contesto nazionale e si argomenta, infine, in favore dell'affiancamento ad una prospettiva più tradizionale di Outer Space Law, che si rifà all'omonimo trattato, di una invece connessa all'esigenza di regolazione e concorrenza, a livello globale.

Riccardo Ursi, *La sicurezza nelle città: dallo spazio difendibile a Tecnopolis*
n. 2, pp. 575-604

La crisi dello Stato sociale ha contribuito alla trasformazione del ruolo della città che, da tradizionale luogo di accoglienza e di sviluppo socioeconomico, è divenuta il luogo della percezione delle paure collettive a causa di una continua ed inarrestabile recrudescenza di criminalità, devianza, disuguaglianza e segregazione sociale. Pertanto, la città è diventata il luogo privilegiato per sperimentare gli strumenti dell'intervento preventivo, giungendo a riconoscere un nuovo ruolo per i soggetti istituzionali (comuni e regioni) che non hanno mai avuto competenze e responsabilità dirette nella prevenzione e nel contrasto della criminalità. Anche la partecipazione dei cittadini, piuttosto che in una nuova visione della gestione dei beni comuni, è sfociata in una sorta di esternalizzazione del controllo preventivo, declinato, di volta in volta, come sicurezza di prossimità, sussidiaria, controllo di vicinato ecc., che spesso ha rivelato un'anima di tipo delatorio e non di tipo assistenziale o comunitario. In definitiva, il paradigma preventivo, che ancora costituisce la cifra delle politiche sulla sicurezza pubblica nelle città, si declina oggi, in maniera pressoché prevalente, in forme palesi di diritto amministrativo punitivo basate su interventi eminentemente situazionali.

Articoli

Alberica Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*

n. 1, pp. 209-254

Il contributo analizza gli obiettivi di innovazione e sostenibilità nel settore energetico italiano. Si focalizza sul tema delle comunità energetiche come nuova forma di partenariato che si inserisce nella regolazione pubblica energetica e nel nuovo codice dei contratti pubblici. L'obiettivo è identificare i meccanismi giuridici virtuosi per l'implementazione delle comunità energetiche e ripensare il ruolo dei servizi pubblici locali nella fornitura di energia elettrica. Lo studio analizza il ruolo degli enti locali nello sviluppo delle comunità energetiche e le possibili forme di partecipazione. Riflette sull'importanza delle comunità energetiche nell'ambito della transizione energetica, considerandole una risposta cruciale alla lotta al cambiamento climatico, alla riduzione della povertà energetica e al potenziamento della sostenibilità urbana.

Andrea Capurso, *L'autorizzazione amministrativa all'iniziativa economica privata sulla Luna*

n. 3, pp. 931-964

L'Italia è tra gli Stati che stanno guidando la nuova "corsa alla Luna". Di conseguenza, l'industria lunare italiana si sta sviluppando e prevede di operare sulla Luna entro la fine del decennio. Considerando l'obbligo internazionale dell'Italia di autorizzare e supervisionare costantemente le attività degli attori privati sulla Luna, la domanda è: come dovrebbe l'Italia redigere una legge sulle autorizzazioni lunari private? Per rispondere a questa domanda, il presente lavoro collega aspetti del diritto spaziale internazionale con considerazioni di diritto amministrativo. In primo luogo, analizza in modo comparativo le leggi nazionali di altri Stati sulle attività lunari private. Quindi, illustra gli elementi essenziali che devono essere inclusi nella legge italiana affinché le valutazioni e i controlli dell'autorità pubblica possano essere esercitati con il giusto equilibrio rispetto agli interessi degli operatori privati ad operare in un quadro giuridico trasparente e incoraggiante.

Martina Cardone, *L'interoperabilità nella pubblica amministrazione*

n. 3, pp. 1043-1070

L'interoperabilità, concetto nato in ambito informatico, si è evoluta fino a diventare un principio strategico per la gestione e lo scambio di dati tra le pubbliche amministrazioni, rappresentando un elemento chiave per garantire efficienza, trasparenza e innovazione nei servizi pubblici digitali. Partendo da

una descrizione del suo funzionamento tecnico, il lavoro analizza il quadro normativo europeo e nazionale, con particolare attenzione alla Piattaforma digitale nazionale dati e alle principali sfide applicative, approfondendo anche le novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici. Sebbene l'interoperabilità offra numerosi vantaggi, permangono ostacoli legati alla frammentazione normativa e tecnologica, il cui superamento è essenziale per una piena transizione digitale della pubblica amministrazione.

Roberto Cavallo Perin, *Intelligenza artificiale tra servizio pubblico locale, servizi d'interesse economico generale e autorganizzazione di cittadini e utenti*

n. 2, pp. 605-613

L'articolo si propone di evidenziare la centralità che cittadini e utenti assumono nell'ambito della nuova normativa in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica (d.lgs. n. 201/2022). In particolare si sottolinea la necessità di una conoscenza sistemica dei comportamenti dei medesimi sì da orientare la definizione dell'organizzazione e produzione dei servizi in oggetto verso il soddisfacimento dei bisogni della comunità locale di volta in volta rilevati. Tale conoscenza può acquisirsi avvalendosi di sistemi di intelligenza artificiale attraverso la realizzazione e successiva messa a disposizione di piattaforme digitali.

Tommaso Cocchi, *La cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici: un tentativo di ricostruzione delle regole del gioco tra requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione ed esigenze di certezza*

n. 1, pp. 177-207

Negli ultimi anni la tecnologia ha pervaso la sfera pubblica, tanto che oggi una significativa porzione di attività dell'Amministrazione, nonché l'erogazione di gran parte dei servizi pubblici, sono gestiti ed erogati attraverso software, sistemi di intelligenza artificiale e banche dati cloud. Tali soluzioni tecnologiche sono fornite, all'esito di procedure di gara, da operatori economici privati. Ebbene, lo scopo del presente contributo è quello di analizzare con la lente del diritto della contrattualistica pubblica l'evoluzione dei rapporti tra attori pubblici e imprese private che contribuiscono alla "transizione tecnologica" della pubblica Amministrazione, al fine di individuare gli strumenti necessari a perseguire il difficile bilanciamento tra i diversi interessi in gioco (sicurezza pubblica e protezione delle infrastrutture critiche, da un lato e tutela degli interessi delle imprese private, del principio di concorrenza e dell'accesso al mercato delle commesse pubbliche, dall'altro), valutando l'adeguatezza (o meno) del contesto giuridico di riferimento, ragionando sulle sue possibili ulteriori evoluzioni.

Adriano Contardi, *Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale*

n. 1, pp. 255-273

L'innovazione e la sostenibilità all'interno dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione per la valorizzazione del patrimonio culturale devono tradursi nell'utilizzo di strumenti che coinvolgano le comunità locali. Il presente contributo si concentra sul coinvolgimento di differenti tipologie di attori nelle varie fasi del processo di valorizzazione e sugli strumenti a disposizione dell'amministrazione per implementare un partenariato che coinvolga tutti gli attori del modello della quintupla elica. Lo studio conclude con un approfondimento sul partenariato speciale per la valorizzazione del patrimonio culturale, anche alla luce della recente riforma del Codice dei contratti pubblici. Il medesimo obiettivo di coesione sociale potrebbe essere raggiunto attraverso un uso strategico degli appalti innovativi.

Francesco Dalla Balla, *La "costituzione materiale" dell'economia dall'Iri al Pnrr. Politica e business judgement rule nelle holding di Stato*

n. 2, pp. 615-639

Concorrenza, privatizzazioni, interesse nazionale e *market failure* sono ancora le parole d'ordine dell'intervento pubblico nel mercato? Il tentativo di dar forma ad una costituzione economica "materiale", ricavata dall'intersezione delle "leggi" della scienza economica con i principi giuridici di derivazione europea si è scontrata con la tendenziale oscillazione delle priorità politiche, che hanno determinato – a seconda delle contingenze – un maggiore protagonismo o astensionismo dell'attore pubblico. Attraverso il prisma dell'azionariato statale, l'articolo esamina l'evoluzione nel tempo delle holding di Stato, il loro cangiante rapporto con la politica e gli elementi di continuità o discontinuità nelle scelte di *governance* dell'azionista pubblico.

Nicola Granato, *L'industria del tessile: tra insostenibilità ambientale e alti margini di circolarità*

n. 3, pp. 995-1042

Nel pieno dell'azione legislativa in materia di economia circolare, il presente studio approfondisce le implicazioni nella filiera del tessile. I modelli di produzione e consumo dell'industria della moda e dell'abbigliamento esemplificano i problemi di un modello lineare di economia: forte degrado ambientale, eccessivo uso di risorse naturali e diseguaglianze sociali (es. fast fashion). Partendo da questo punto zero, il lavoro analizza le principali azioni messe in capo a livello europeo ed interno: dalla Strategia sul tessile del 2022 al Regolamento sulla progettazione ecocompatibile del 2024. Nel contesto italiano, invece, pri-

ma la Strategia nazionale sull'economia circolare (SEC) e, poi, i fondi PNRR spingono sull'implementazione dello strumento dell'*Extended producer responsibility.* L'EPR viene individuato come efficace strategia di politica ambientale allo scopo di incidere positivamente sulla catena del valore dei prodotti tessili, promuovendo la prevenzione e l'implementazione delle reti di raccolta. Risulta, infine, necessario resettare il mercato del riciclo e del recupero dei rifiuti tessili.

Nicoletta Levi e Federica Della Ventura, *Innovazione e sostenibilità degli strumenti contrattuali alternativi per la lotta al cambiamento climatico. Il caso di Reggio Emilia*
n. 1, pp. 275-309

Il seguente contributo intende esplorare il ruolo cruciale degli strumenti di misurazione degli impatti normativi e la loro applicazione, anche critica, nei contesti di collaborazione tra il settore pubblico e il privato al fine di raggiungere gli obiettivi di politica pubblica, specialmente quella relativi alla tutela dell'ambiente, della transizione ecologica e della lotta al cambiamento climatico. Per far ciò si intende analizzare vari strumenti concreti previsti dalla normativa internazionale, nazionale, locale e nello specifico il Regolamento del Comune di Reggio Emilia e la loro applicazione pratica. Nella prima parte dell'analisi normativa, si intende ricostruire, seppur brevemente, il percorso di istituti fondamentali in grado di supportare attori che vogliano intraprendere la strada del contrasto al cambiamento climatico, quali il regolamento sulla tassonomia, il meccanismo di aggiustamento carbonico e il partenariato pubblico-privato, sia in ambito europeo che nella nuova disciplina dei contratti pubblici. L'analisi si estenderà anche ad esperienze internazionali, con un focus sulle strategie della città di Barcellona e Amsterdam; tuttavia, il fulcro dell'analisi sarà poi il caso del Comune di Reggio Emilia, esaminando l'esperienza del primo Regolamento, come infrastruttura in grado di legittimare i partenariati multi-attorali nella logica collaborativa, e del primo modello di *accountability,* come base utile per ragionare intorno al tema degli *outcome*.

Mario Manna e Davide Testa, *Digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione territoriale: quo vadis? La necessità di nuove sintesi per un binomio in (lento) divenire*
n. 1, pp. 141-175

Il *digital divide* in Italia – evidente sia nel confronto con gli altri stati europei sia all'interno del territorio nazionale – determina evidenti disparità e preclude i processi di innovazione. L'Italia punta a colmare queste lacune attraverso il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), dedicando la Missione 1 alla digitalizzazione. Questo contributo esamina il binomio digitalizzazione e innovazione nel settore pubblico, partendo da un'analisi del quadro normativo

italiano e del processo di digitalizzazione – parzialmente fallito – della pubblica amministrazione, evidenziando la necessità di integrare strutturalmente i privati nei settori strategici legati alla digitalizzazione e di investire nell'alfabetizzazione digitale. Mappando alcuni casi di studio virtuosi legati all'uso delle nuove tecnologie per l'innovazione nelle città e nei territori intelligenti, si sostiene la necessità di adottare una strategia pubblica di innovazione consapevole dell'importanza delle infrastrutture tecnologiche e digitali.

Marianna Mazzarella, *L'organizzazione amministrativa alla prova delle nuove politiche ambientali*

n. 2, pp. 641-669

Le pubbliche amministrazioni, nell'adempiere al dettato costituzionale, non devono più orientare solo la propria attività alla mera tutela dell'ambiente, intesa come difesa della natura dall'intervento umano, ma devono agire in vista della realizzazione di un equilibrio dinamico tra l'ambiente e lo sviluppo utilizzando in modo adeguato le risorse naturali.

Si intendono quindi studiare i poteri e le competenze affidati ai protagonisti del processo di transizione ecologica delle amministrazioni centrali, quali il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (Mase), il Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Cipess) e il Comitato interministeriale per la transizione ecologica (Cite). Si passa successivamente ad analizzare le origini del dibattuto riparto di competenze tra lo Stato e le regioni e il ruolo degli enti locali in materia ambientale.

Edoardo Scelsi, *Il governo della spesa dei dispositivi medici*

n. 3, pp. 965-995

In Italia, le pressanti esigenze di contenimento della spesa sanitaria hanno determinato il governo e il parlamento ad intervenire più d'una volta sulle voci che concorrono ad alimentarla, in particolare su quella dei dispositivi medici. Se talune misure si sono rivelate efficaci e sostenibili nel tempo, altre hanno messo a dura prova le imprese della filiera e il Servizio Sanitario Nazionale.

Il presente contributo si propone di analizzare le politiche prescelte alla luce delle caratteristiche del settore dei *medical devices*, al fine di fornire una panoramica sullo stato dell'arte in materia.

Stefano Vaccari, *Riflessioni sulla responsabilità dei c.d. hosting providers tra enforcement privatistico e regolazione amministrativa*

n. 2, pp. 671-698

Il presente contributo si inserisce nel dibattito sulla responsabilità dei c.d. *hosting providers per le informazioni illegali immesse in rete dagli utenti*.

Dopo aver illustrato le tappe fondamentali dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, l'A. si sofferma sui principali problemi giuridici sollevati dai tradizionali strumenti di c.d. enforcement privatistico e sulle possibili soluzioni offerte dalla nuova disciplina europea (Digital Service Act) nel contesto della regolazione amministrativa dei «poteri privati».

Pier Paolo Zitti, *Innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi: una riflessione giuridica*

n. 1, pp. 311-346

L'obiettivo di questo contributo è esaminare l'interconnessione tra lo strumento giuridico del partenariato, in particolare il partenariato per l'innovazione, e le infrastrutture verdi, soffermandosi nello specifico sulla loro sostenibilità economico-finanziaria. Le infrastrutture verdi rappresentando una rete di elementi naturali e semi-naturali svolgono un ruolo fondamentale nel fornire servizi ecosistemici essenziali per migliorare la qualità della vita, sia nelle aree urbane che in quelle rurali. Il partenariato per l'innovazione contribuisce a garantire e potenziare l'innovazione e lo sviluppo sostenibile delle città attraverso una collaborazione strategica tra enti pubblici, attori privati e comunità locali. Questa sinergia gioca un ruolo di primaria importanza nell'indirizzare gli sforzi congiunti verso la pianificazione, l'attuazione e la gestione delle infrastrutture verdi. Alla luce dell'importanza strategica del partenariato per l'innovazione (PPI), questa ricerca mira a fornire un quadro giuridico di questo strumento, volto a facilitare la sinergia tra enti pubblici, soggetti privati e comunità locali nella creazione e nell'ampliamento delle infrastrutture verdi. Si intende evidenziare, inoltre, l'importanza di questa connessione e collaborazione per il raggiungimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile nelle sue diverse sfaccettature – ambientale, economica e socioculturale – per promuovere il benessere delle comunità urbane e rurali.

Opinioni

Stefano Civitarese Matteucci, *Diritto al lavoro e diritto al reddito universale di base. Divagazioni in tema di interpretazione costituzionale*

n. 3, pp. 1079-1098

Il contributo esamina il rapporto tra il diritto al lavoro e il diritto al reddito di cittadinanza e, partendo dal lavoro come dovere esplicitamente sancito dalla Costituzione italiana, si concentra più specificamente sulla portata del reddito di cittadinanza e sul suo fondamento costituzionale.

Marco Dugato, *Le società pubbliche tra Stato e mercato a fronte del Pnrr*
n. 3, pp. 1071-1078

Nel quadro dell'evoluzione storica della disciplina sulle società a partecipazione pubblica e del più ampio rapporto tra Stato e mercato nella gestione delle crisi economiche, l'articolo analizza il ruolo di tali società alla luce delle previsioni del Pnrr. Viene approfondito l'indirizzo, in parte contraddittorio, adottato dal Piano sull'uso di questo strumento, ed evidenziate le tensioni ancora irrisolte tra società pubbliche, interesse pubblico e diritto privato.

Marco Giustiniani e Alessandro Paccione, *I contratti esclusi nel nuovo codice dei contratti pubblici alla prova dei principi generali*
n. 2, pp. 705-724

Il contributo si occupa della disciplina dei contratti esclusi, che per quanto eccezionale rispetto al quadro normativo generale, riveste importanza peculiare sotto almeno un duplice profilo: (i) quantitativo, per la rilevante consistenza numerica dei contratti esclusi, i quali tagliano trasversalmente i più svariati ambiti del mercato delle commesse pubbliche; (ii) applicativo-funzionale, poiché i contratti esclusi possono essere riguardati, in prospettiva, come elettivo campo di emersione e applicazione dei principi regolatori enunciati in apertura al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Gli Autori si interrogano sul grado di intensità dell'esclusione prefigurata dal nuovo codice e se essa si spinga fino al punto di sottrarre le relative fattispecie a ogni previsione pubblicistica, ivi incluse quelle di principio, e, dunque, fino a un'assimilazione dei contratti esclusi agli estranei.

Aldo Sandulli, *Servizi per l'innovazione sociale in veste di infrastrutture*
n. 2, pp. 699-703

Il contributo analizza le caratteristiche e le finalità delle *Digital Public Infrastructures* e si sofferma sulle *Spatial Data Infrastructures*, con cui si facilita la scoperta, l'accesso, la gestione, la distribuzione, il riuso e la preservazione delle risorse digitali geospaziali. Si approfondisce poi la nozione di beni pubblici europei puri, gli EU *public goods*, da intendersi in senso economico.

Recensioni

Maria De Benedetto, Recensione: "*Cura e amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni, di Alessandra Pioggia (il Mulino, 2024)*"
n. 3, pp. 1099-1112

RAPPORTO ANNATA 2024

Contributi ricevuti e percentuale di quelli pubblicati e di quelli scartati. Elenco dei referees.

Tutti i contributi proposti nel 2024 per la pubblicazione nella *Rivista* sono stati sottoposti ad una prima valutazione da parte della Direzione e del Comitato direttivo. A seguire, gli articoli approvati sono stati sottoposti a referaggio anonimo. Solo gli editoriali e alcuni commenti sono stati pubblicati all'esito della sola valutazione positiva da parte della Direzione e del Comitato direttivo.
Nella tabella che segue sono riportati i dati relativi ai contributi ricevuti nel 2024 e delle valutazioni riguardanti i numeri pubblicati nell'annata.

Contributi ricevuti nel 2024	39
Contributi respinti dalla direzione della rivista	2
Editoriali e commenti non referati	8
Contributi referati	29
Contributi respinti all'esito del referaggio	0
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio senza modifiche	12
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio con integrazioni e modifiche	17

Munus ringrazia i referees che nel 2024 hanno collaborato con la rivista

Nicola Aicardi, ordinario di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bologna
Andrea Averardi, associato di Diritto amministrativo e pubblico della Scuola IMT Alti Studi di Lucca
Jacopo Bercelli, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Verona
Alessandro Berrettini, ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Macerata
Massimo Calcagnile, ordinario in Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bologna

Federico Capolare, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi dell'Aquila

Gherardo Carullo, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Milano

Edoardo Caruso, ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Ferrara

Benedetta Celati, assegnista di ricerca in Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bologna

Alessandra Coiante, assegnista di ricerca in Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi di Roma-Tre

Monica Delsignore, ordinaria di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Milano Bicocca

Alessandro Di Martino, ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Daniele Donati, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bologna

Eugenio Fidelbo, assegnista di ricerca in Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bologna

Fabrizio Fracchia, ordinario di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università Bocconi di Milano

Luca Galli, ricercatore in Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi di Milano Statale

Fabio Giglioni, ordinario di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Roma "La Sapienza"

Andrea Magliari, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Trento

Paolo Michiara, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Parma

Salvatore Milazzo, ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi di Roma-Tre

Giorgio Mocavini, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi di Palermo

Piergiuseppe Otranto, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bari

Pasquale Pantalone, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Milano Statale

Giuseppe Primerano, ordinario di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bari

Matilde Ratti, associata di Diritto civile dell'Università di Bologna

Daniele Senzani, ordinario di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università di Bologna

Stefano Vaccari, associato di Diritto amministrativo e pubblico dell'Università degli Studi di Milano Bicocca

Finito di stampare nel mese di aprile 2025
dalla *Grafica elettronica* – Napoli