AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Anno 2021

Fascicolo n° 1

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Fascicolo n° 1/ Anno 2021

SOMMARIO

RIPERCUSSIONI DELLA PANDEMIA COVID-19 SUL SISTEMA GIURIDICO di Francesco Monceri;

ISTITUZIONALIZZAZIONE E LIMITI DELL'ENTE METROPOLITANO IN ITALIA NELLA LEGGE 56 DEL 2014 (C.D. RIFORMA DELRIO) di Luca Cherchi;

LA CONTABILITÀ PUBBLICA: EVOLUZIONE DI UNA MATERIA TRA MODELLI 'A REGIME' E SISTEMA EMERGENZIALE di Renata Stancanelli e Federica Zaccarelli;

ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA di Giuseppe Di Gaspare;

DIECI PRINCIPI EUROPEI PER LA DIDATTICA IN UNIVERSITÀ. RIFLESSIONI A MARGINE DELLA PROPOSTA DELLO EUROPEAN FORUM FOR ENHANCED COLLABORATION IN TEACHING di Letizia Mingardo;

I SERVIZI PER LA SALUTE MENTALE IN ITALIA: CONSIDERAZIONI CRITICHE SULLA RIFORMA BASAGLIA E IN MERITO ALLA SUA TENUTA AL TEMPO DELLA PANDEMIA DA COVID-19 di Pierluigi Mascaro;

L'ISCRIZIONE ANAGRAFICA DEI RICHIEDENTI ASILO DAL DECRETO SALVINI AL DECRETO LAMORGESE di Ennio Codini e Silvia A. Frego Luppi;

IL "DIRITTO" ALL'ASSUNZIONE MEDIANTE SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE di Agostino Sabatino;

IERI, OGGI, DOMANI: QUALE ROTTA PER L'UNIONE ECONOMICA E MONETARIA? Fabio Masci;

I CONTRATTI PUBBLICI DI SPONSORIZZAZIONE E DI MERCHANDISING di Gabriele Trombetta;

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

MISURARE L'IMPATTO GENERAZIONALE DELLE POLITICHE PUBBLICHE: UNA SFIDA, UN METODO di Luciano Monti e Valerio Martinelli;

LA CONTABILITÀ PUBBLICA: EVOLUZIONE DI UNA MATERIA TRA MODELLI "A REGIME" E SISTEMA EMERGENZIALE. Indirizzi di saluto di Massimiliano Atelli;

LA DECISIONE DI BILANCIO E LA CONTABILITÀ PUBBLICA TRA UNIONE EUROPEA, STATO E AUTONOMIE TERRITORIALI di Guido Rivosecchi;

NUOVI "SOGGETTI PUBBLICI" E "NUOVE" RESPONSABILITÀ: ALCUNE BREVI NOTE TRA CAOS NORMATIVO ED EMERGENZA di Harald Bonura;

CERTIFICATO VERDE DIGITALE E PASSAPORTO VACCINALE: DUE NOZIONI NON SOVRAPPONIBILI di Donatella Morana;

STATO E MERCATO NELLA DISCIPLINA GIURIDICA DEL "GOVERNO DELL'ECONOMIA SOSTENIBILE" di Benedetta Celati

VERSO UNA EUROPA DIGITALE E SOVRANA di Andrea Chiappetta;

RESOCONTO. "LA CORTE DEI CONTI AI TEMPI DEL 'RECOVERY PLAN' di Renata Stancanelli e Federica Zaccarelli;

LA FORZA VINCOLANTE DELLE LINEE GUIDA NELLA PANDEMIA di Marina Chiarelli;

I CONFLITTI DI INTERESSE DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI di Valentina Viti;

AFFIDAMENTO LEGITTIMO E ILLEGITTIMO, BREVI RIFLESSIONI SUL RUOLO SOCIALE DELLA P.A. di Attilio Simonelli;

LA CASA DI ROSARIO LIVATINO HA VALORE CULTURALE di Gabriele Trombetta;

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Ripercussioni della pandemia COVID-19 sul sistema giuridico

di Francesco Monceri*

12 gennaio 2021

Sommario: 1. Interazioni complesse tra mondo microbiologico e sistema giuridico. – 2. Il rapporto tecnica politica e i suoi diversi esiti nelle successive fasi dell'emergenza. – 3. Le ricadute dell'emergenza sul sistema giuridico… a più lungo termine. – 4. Complessificazione del sistema giuridico a seguito della pandemia e conseguenze sul sotto-sistema dell'Amministrazione.

1. Interazioni complesse tra mondo microbiologico e sistema giuridico

L'irrompere del virus Sars-CoV-2 sul sistema sociale, se filtrato nel prisma della complessità1 e della teoria dei sistemi (aperti)[2], va causando rilevanti effetti in termini di ipercomplessificazione, con la probabile ridefinizione del sistema in un nuovo punto (di equilibrio) stazionario[3]. Vieppiù andranno, conseguentemente, a determinarsi sensibili conseguenze nel mondo giuridico (quale effetto della c.d. *complessità giuridica*)4, in quanto esso è un sotto-sistema del sistema sociale, e sul sistema

* Docente esterno di Elementi di diritto amministrativo e dei servizi pubblici – Polo Universitario Sistemi Logistici di Livorno (Università di Pisa).

[1]Sulla nozione generale di complessità e di auto-organizzazione v., fra gli altri, E. Morin, *La sfida della complessità,* Firenze, 2011; G.J. Chatin, *Teoria algoritmica della complessità,* Torino, 2006; *H. Maturana-F. Varela, Autopoiesi e cognizione. La realizzazione del vivente*, *Venezia, 2001; S. Kauffman, A casa nell'universo. Le leggi del caos e della complessità, Roma, 2001; J. Cohen-I Stewart, The Collapse of Chaos: Discovering Simplicity in a Complex World, London, 1994; E. Morin, Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare le sfide della modernità, Milano, 1993;* H. Atlan, *Sul rumore come principio di auto-organizzazione*, *in Communications, 18/1972.*

[2]Rispetto alla concettualizzazione dei sistemi come *sistemi aperti* v. L. von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Trento, 2004, 75. Si veda anche H. v. Foerster, *Sistemi che osservano*, a cura di M. Ceruti e U. Telfner, Roma, 1987. *v. anche J.G. Miller, La teoria generale dei sistemi viventi, Milano, 1986; W.R. Ashby, Introduzione alla cibernetica, Torino, 1971.*

[3]Sul concetto di ipercomplessificazione v. E Morin, *Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana?,* Milano, 2001, 118. Sulle ripercussioni del virus Sars-CoV-2 sul sistema giuridico in termini di complessificazione si rinvia anche a F. Monceri, *Interazioni tra sistema microbiologico e sistema sociale: Sars-CoV-2 e autopoiesi del sistema giuridico*, in *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, vol.120, 2020, 1-38.

[4]A. Falzea, v. *Complessità giuridica***,** in *Enc. Dir.***,** *Annali***,** vol.I, 2007; U. Pagallo, *Teoria giuridica della*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dell'amministrazione, deputato a realizzare in concreto le finalità pubbliche individuate in via più generale dall'ordinamento (quale effetto della *complessità amministrativa*)5.

E naturalmente le misure normative adottate, necessariamente sulla scorta di indicazioni di carattere medico-scientifico, per fronteggiare la propagazione del virus hanno dato avvio ad un serrato dibattito sulla legittimità degli strumenti utilizzati (DPCM vs Decreto legge…...) comunque determinati da una situazione necessitata[6], sul rapporto Governo/Parlamento, su quello Stato centrale/Regioni (e autonomie), sulla legittimità di una prolungata compressione di libertà fondamentali[7], sulla prevalenza della dimensione collettiva dei diritti fondamentali su quella individuale, sulla relazione tra tecnica e politica…., dividendo tanto la dottrina più autorevole, quanto l'opinione comune.

In questa prospettiva, i problemi enumerati, guardano ad un profilo *statico* della complessità in cui il fenomeno emergenziale deve essere affrontato con strumenti ritenuti più o meno adeguati, all'interno di un sistema di valori precostituiti. Prospettiva in cui lo stesso sacrificio di diritti fondamentali del cittadino, quando necessario per la salvaguardia della dimensione collettiva dei diritti ovvero per esigenze eccezionali, trova piena cittadinanza nella Carta costituzionale e nelle decisioni della Corte costituzionale.

Trascurando, fra questi, alcuni aspetti più specifici, si intende qui, come detto fin dall'inizio, porre attenzione agli effetti dell'emergenza sul sistema giuridico, effetti che si evidenziano se si considera questo tipo di emergenza non come fenomeno episodico-temporaneo, benché possa riproporsi ciclicamente a distanza di tempo e in forme spesso diverse, ma come una sorta di *rumore* esterno capace di influire non solo sulla situazione su cui impatta dando una colorazione particolare agli elementi che la costituiscono ma, ancor più, sull'equilibrio futuro della complessità giuridica e amministrativa[8].

Dato che, invece, non indagare su quel fondamentale aspetto che attiene alla dinamicità dell'insieme, impedisce di comprendere un sistema (anche giuridico) in continua evoluzione che potrebbe, verosimilmente, mutare anche profondamente in

---

*complessità***,** Torino, 2006; P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro it*., 2002; B. Troncarelli, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica,* Milano, 2002; N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica***,** Bologna, 1978.

[5]Sulla, più recente, definizione del concetto di complessità amministrativa sia consentito il rinvio, da ultimo, a F. Monceri, *Complessità e semplificazione nell'azione amministrativa*, Torino, 2020. V., Sul tema, E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence,* in *Giur. It.,* 2019; M. Bombardelli, *Alcune considerazioni sulla complessità amministrativa (...che è diversa dalla complicazione),* in *Ridiam*, 2018; *E. Picozza (Ed.), Neurolaw: An Introduction, Torino, 2016.*

[6]In argomento, S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *federalismi.it,* 2020, 1-13. In questo senso anche C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni,* in *amministrazioneincammino*, 29 aprile 2020, 2.

[7]V., in chiave comparata, L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata,* in *federalismi.it,* 2020.

[8]In questo senso cfr. H. Atlan, *Tra il cristallo e il fumo. Saggio sull'organizzazione del vivente*, Firenze, 1986, 51 ss.

conseguenza delle nuove interazioni innescate dall'emergenza. Difatti, sia il *rumore* che l'*errore*, che interagiscono col sistema interrompendone la coerenza logica attuale, oltre a costituire un potenziale pericolo per la sua stessa esistenza, nell'ottica della complessità generano, più propriamente, nuova organizzazione e nuovi punti stazionari. Tali nuovi punti stazionari si mostrano come imprevedibili in quanto non risulta possibile calcolare l'effetto dell'interazione tra le sue parti sul sistema inteso nella sua interezza. Emblematico l'esempio della didattica a distanza che sviluppata per supplire ad un periodo di urgenza pandemica potrebbe in futuro addirittura migliorare e rendere più accessibile il diritto all'istruzione9. Ma si pensi anche alla semplificazione amministrativa in cui, spesso, l'intervento su un singolo istituto ha finito per complicare ulteriormente il sistema dell'amministrazione.

2. Il rapporto tecnica/politica e i suoi diversi esiti nelle successive fasi dell'emergenza[10]

Tra le varie criticità cui si è assistito nella fase acuta dell'emergenza, innescata anche nel sistema giuridico e amministrativo dalla propagazione del virus Sars-CoV-2, si registra la riproposizione dell'antico dibattito sull'influsso delle conoscenze e delle considerazioni tecnico-scientifiche sulla decisione politica. Un problema ben noto in sede generale, poiché le evidenze scientifiche sono anch'esse oggetto dell'istruttoria necessaria per decidere, e che acquista rilievo particolare in questo caso in quanto le misure prese hanno inciso in maniera più che sensibile sulle libertà individuali e non solo.

Pur spesso contraddittorie, e non prive di ravvedimenti in corso d'opera, le raccomandazioni degli esperti, frutto dell'analisi della realtà epidemica, hanno esercitato, nella prima fase del contagio, un forte condizionamento sulla scelta politica.

Nella sostanza, nonostante l'importanza delle questioni in gioco, che hanno interessato l'esercizio della gran parte dei diritti fondamentali anche attraverso assai criticati provvedimenti di natura amministrativa, l'opinione degli esperti ha suggerito una soluzione che si direbbe piuttosto *semplice*, ossia chiudere tutte le attività non assolutamente essenziali ed imporre ai cittadini di non abbandonare la propria abitazione se non per motivi di assoluta necessità (motivi da autocertificare attraverso i modelli che si sono convulsamente susseguiti), ed imponendo sanzioni anche penali per il mancato rispetto dell'obbligo. Semplice però solo da pensare; ma assai difficile da attuare in quanto confliggente con le esigenze di vita economico sociale.

[9]Fl. Monceri, *Una didattica educativa e coinvolgente*, in *Via Po cultura*, 2020.
[10]Alcune delle considerazioni svolte nel presente paragrafo, sono frutto di un confronto col Professor Alberto Azzena, a lungo docente di diritto amministrativo a Pisa, attingendo alla sua esperienza maturata con le pubbliche amministrazioni, talvolta operandovi dal di dentro.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Non è, invero, in discussione che tale decisione abbia innescato reazioni complesse sul sistema sociale, da quelle legate agli aspetti più personali a quelle economiche; e tuttavia la prescrizione di fondo risultava agevolmente acquisibile dal potere politico e di relativamente semplice esecuzione nella sua drasticità, anche se appunto a prezzo di gravi conseguenze dal punto di vista del cittadino e dell'economia. I dubbi, semmai, possono riguardare la tempestività della misura, ossia se fosse possibile imporla prima, e senz'altro riguardano il momento di rimuoverla o ammorbidirla.

Assumendo questo punto di osservazione, pare evidente che il rapporto tecnica-politica risulta molto più articolato nella fase 2 (nonché in quelle successive), in cui le indicazioni e le prescrizioni per la ripresa della vita associata e della produzione economica risultano tutt'altro che semplici, dovendo essere modulate prima di tutto allo scopo di prevenire una nuova ondata di contagio, ma non potendosi ormai più a lungo trascurare le esigenze del vivere quotidiano a iniziare da quelle legate all'economia. Le *task force* nominate dal Governo (dalle singole regioni, dagli enti locali...) per suggerire possibili soluzioni per una ripartenza prudenziale, così come le richieste dei cittadini e dei settori produttivi, si sono moltiplicate, rendendo l'elaborazione delle regole assai confusa e contraddittoria, ed aumentando il livello di complessità del sistema della decisione pubblica.

Basti ricordare il tema della possibile differenziazione territoriale e quello delle prescrizioni da seguire per le singole attività in quanto, in quest'ultimo caso, gli imprenditori, ad esempio, potrebbero decidere di non riaprire l'azienda se non in presenza di *linee guida* capaci di attutire il rischio di dover risarcire la malattia (professionale) eventualmente contratta dai propri dipendenti (o dall'utenza). E potrebbe non bastare a chiarire la situazione l'interpretazione in via amministrativa da parte del ministero, che ha escluso tale eventualità dato che anche su ciò l'ultima parola spetta al giudice.

Nella fase della riapertura, dunque, la responsabilità politica si trova investita da una serie di informazioni provenienti dagli esperti del settore, dalle pressioni dei cittadini e degli imprenditori, dalla necessità di elaborare una moltitudine di regole il cui contenuto appare di non semplice individuazione, visto anche che le soluzioni potrebbero essere molte e variamente articolate.

Tale necessità di iper-regolazione determina effetti rilevanti sul sistema burocratico-amministrativo che potrebbe denunciare quello stesso smarrimento che nella fase 1 dell'emergenza ha investito il sistema sanitario nazionale (peraltro diversificato da Regione a Regione), trovatosi a far fronte ad un sovraccarico di funzioni non adeguatamente gestibili con i mezzi organizzativi e conoscitivi a disposizione[11]. Soprattutto a causa di un aspetto burocratico pervicacemente tale, da

[11]Sull'inadeguatezza dei meccanismi tecnici/conoscitivi delle amministrazioni pubbliche, in questo caso il SSN, rispetto al privato v. M. Falcone, *La crisi del COVID-19 come crisi conoscitiva del sistema amministrativo italiano,* in *ridiam.it,* 2020, 4.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

sempre rivelatosi inadatto a gestire persino l'ordinario per un duplice ordine di ragioni, una delle quali, peraltro, sempre ignorata. Si insiste continuamente sulla farraginosità del sistema normativo e delle singole norme, individuando nella sua semplificazione l'azione capace di eliminare gli effetti perversi del fenomeno, quasi fosse una panacea, ma si trascura totalmente il costante contributo all'inefficienza dato dalla inadeguatezza burocratica, cioè dai burocrati, spesso pronti a interpretare le norme al peggio, sino al nichilismo, come è ben osservabile nel settore delle opere pubbliche. Da cui l'illusione che basti cambiare le norme. Niente di più facile.

La realtà, di cui si stenta a recepire l'insegnamento, è però ben diversa. Il far approvare una legge di riforma presenta pur sempre le sue difficoltà; che però sono nulla al confronto di quelle che comporta la sua applicazione. Tanto è vero che quando un Ministro annuncia una riforma allude soltanto alla legge che ha in mente o che gli hanno suggerito gli esperti tarandola sulle più vistose carenze di quella vigente. Valgano per tutti i Ministri che si sono susseguiti nell'occuparsi dell'Università, tutti convinti di aver migliorato la situazione, che è invece andata progressivamente degenerando sempre più. E la spiegazione sta appunto nel fatto che non si è badato alla professionalità di chi quelle norme era chiamato ad applicarle. E semmai si sono dettate ulteriori norme sul comportamento che i burocrati avrebbero potuto tenere, senza che fossero in grado di farlo. Perché alla pubblica amministrazione si accede per molteplici vie, la meno praticata delle quali è quella del concorso prescritta dalla Costituzione. Come è agevole osservare non di vera selezione si tratta (ad esempio prescrivendo requisiti di ammissione che restringono a pochi privilegiati l'accesso); col risultato che ci si trova ad operare, attuando le leggi, anche fossero il migliore dei libri dei sogni, con personale più o meno inadeguato. E il rimedio a cui si pensa, non è di iniziare dalle fondamenta, selezionando seriamente il personale, ma di "semplificare", eliminando buona parte delle norme introdotte per migliorare il rendimento della P.A.

E chi inizialmente era progressista, auspicando riforme su riforme, alla fine, fatto un bilancio, rimpiange di non esser stato conservatore.

Fortunatamente però a questo punto si pone sempre un'alternativa che impedisce al Paese di crollare. Gli amministratori capaci, pur selezionati con altri criteri, dimostrano nell'emergenza le loro qualità, oppure vale la regola che chi non è capace di operare nell'ordinario men che meno lo è nel far fronte ad eventi eccezionali come quello che stiamo vivendo e di cui ci si occupa. E che appunto ci mostra l'abnegazione di alcuni e la minore solerzia di altri, tamponi e mascherine tempestivi ed altri che non arrivano mai prolungando la "reclusione" dei pazienti.

Si aggiunga che la natura della situazione da affrontare, una pandemia di cui si conosceva poco o nulla, ha palesato in modo esemplare che le evidenze tecniche oggetto dell'istruttoria, che influiscono sulla decisione, non sempre sono costituite da certezze scientificamente dimostrabili ma sovente mostrano aspetti che non attingono alla sfera dell'oggettività, restando in quella della percezione soggettiva delle esperienze, la c.d. *discrezionalità tecnica*. Si è così assistito da parte dei mezzi di

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

informazione alla richiesta di delucidazioni a esponenti della scienza in totale disaccordo fra di loro. Fonte di disorientamento per chi fidava nell'informazione per potersi formare idee precise in proposito e ancor peggio per i soggetti chiamati a prendere decisioni per fronteggiare un nemico largamente sconosciuto.

Si è così potuto percepire, da parte di chi vi ha posto un minimo di attenzione, che le cognizioni scientifiche sono in grado di rendere vincolate le decisioni politiche solo quando si presentino in termini di certezze assolute che non subiscono il condizionamento di altri interessi concorrenti capaci di limitarne l'impatto sulla decisione da prendere, sia essa amministrativa o legislativa. Altrimenti la tecnica lascia spazio alla ponderazione degli interessi tipica del potere amministrativo ma non esclusiva di esso, posto che anche il potere legislativo si esercita privilegiando alcuni interessi su altri.

3. Le ricadute dell'emergenza sul sistema giuridico… a più lungo termine

Il dibattito sempre più animato che si sta svolgendo sulla legittimità dei provvedimenti presi e su quelli che faticosamente si stanno decidendo per le fasi successive dell'emergenza, per risultare proficuo, non può essere affrontato solo nella prospettiva giuridica precedente. Infatti, l'assunzione di una prospettiva statica, che nel presente è forse l'unica possibile, consente di muoversi soltanto nel quadro giuridico attuale, posto che esso già prevede la necessità di reagire a situazioni di emergenza con regole giuridiche eccezionali.

Rispetto a ciò, le opposte visioni che si sono susseguite sulla tutela primaria della vita e dell'incolumità pubblica, che consentirebbe strappi anche evidenti al sistema delle regole, ovvero quelle che richiamano invece il necessario rispetto del principio di proporzionalità e del necessario coinvolgimento delle Assemblee Parlamentari, presentano punti di vista che possono essere pienamente condivisi, anche quando contrastanti ma, si badi bene, a condizione di avere consapevolezza che la comparazione fra valori dipende dal "peso" di (dato a) ciascuno di essi, che non può essere oggettivo ma dipende dalle convinzioni del soggetto che opera la comparazione, e da altri fattori anche esterni che qualificano il sistema giuridico come un *tutto* distinto dalle sue singole parti, da cui non emerge come mera "sommatoria".

Dunque, anche tenendo conto di ciò, affrontare la questione senza considerare la *dinamicità* del sistema giuridico, rischia di non cogliere il cuore del problema, spingendo ad assumere un parametro valutativo non più attuale. In altri termini, lo stesso concetto di *emergenza* da affrontare nel quadro delle regole (attuali) conosciute, contemporaneamente presuppone la e finisce per condurre alla *temporaneità* delle misure con l'obbiettivo di un ritorno alla *normalità* precedente. L'emergenza rappresenterebbe, così, una *parentesi* e non un elemento di iper-complessificazione del sistema giuridico, di cui tenere costantemente conto.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Nella realtà, oltre alla teoria della complessità e della interazione tra sistemi (in questo caso tra il mondo microbiologico e quello sociale), lo stesso concetto di *costituzione materiale* spinge a riflettere sul fatto che il sistema del diritto sia tutt'altro che stabile e pienamente rispecchiato nella costituzione formale. Ne è un esempio il principio della separazione tra poteri dello Stato, che vede da tempo un evidente sbilanciamento a favore del potere esecutivo[12]; fenomeno quest'ultimo che, non a caso, in questo particolare momento, ha conosciuto una repentina accelerazione.

Si deve, quindi, osservare come il sistema del diritto, pur in continua evoluzione, conosce momenti di relativa e duratura stabilità[13], ma che parimenti può evolvere subitaneamente verso nuove fasi di complessificazione per l'insorgere di fattori, anche (e soprattutto) esterni al sistema, particolarmente rilevanti. Emblematico di ciò è quanto successe nel 1973 con la crisi petrolifera, che condizionò pesantemente i programmi di sviluppo che erano stati formulati all'epoca, costringendo a ridimensionarne la portata, se non addirittura pregiudicandone l'attuazione. E lo stesso avvenne, con portata epocale, con l'attentato agli Stati Uniti e all'impostazione della vita sociale occidentale che si manifestò con l'assalto alle due torri cuore di New York.

Il diverso impatto che possono avere i fattori di *rumore* che penetrano nel sistema giuridico è inoltre confermato dall'evidenza che, in precedenti occasioni, emergenze provocate da virus anche più aggressivi dal punto di vista della mortalità (Ebola, Sars-CoV-1[14]), non hanno determinato la necessità di reagire con strumenti giuridici globali di intensità paragonabile a quella odierna. L'interazione che in quei casi ha investito il sistema giuridico, pur assai rilevante, non ha avuto l'effetto di condurlo sull'orlo del caos[15], non necessitando perciò una reazione autopoietica[16] di vasta portata quale quella cui stiamo (globalmente) assistendo, anche se ha dimostrato che una pandemia avrebbe potuto avere effetti rilevanti sul sistema giuridico.

E, dunque, esistono elementi per ritenere che all'esito delle misure emergenziali complessive che verranno messe in campo nei mesi a venire, sia difficile ipotizzare un semplice ritorno al passato. E ciò non tanto per l'aspetto relativo alla reazione su cui tutti concentrano l'attenzione, quanto piuttosto per quello della prevenzione.

Un effetto inatteso dell'emergenza per come oggi sembra essere percepita, ossia come una fase temporanea; più o meno prolungata, ma temporanea. Una speranza forse

[12]Cfr. R. Tarchi, *Poteri normativi del governo, executive dominance ed effettività dei diritti sociali*, in L. Azzena-E. Malfatti (a cura di), *Poteri normativi del governo ed effettività dei diritti sociali*, Pisa, 2017, 360 ss.
[13]Cfr. E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2018, XV.
[14]Sulla evidente differenziazione di Sars-CoV-2 dal precedente v. Xiaolu Tang et al., *On the origin and continuing of Sars-CoV-2*, in *National Science Review*, 3 marzo 2020.
[15]Per una posizione a sostegno della tesi della spontanea ordinazione del caos v. R. Lewin, *Complexity. Life at the Edge of Cahos*, London, 1993; v. anche I. Prigogine, *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, Torino, 2014.
[16]Sul concetto v. H.R. Maturana- F.J. Varela, *Autopoiesis and Cognition,: The Realization of the Livin*g, Boston, 1980. Più propriamente in ambito giuridico v. almeno N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, 33 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

mal riposta, che deriva dalla mancata considerazione degli effetti della dimensione dinamica della complessità. Si vuol, dunque, porre l'attenzione sul fatto che *oltre l'emergenza* si potrà transitare in un nuovo punto stazionario, in cui taluni paradigmi giuridici sinora considerati indefettibili potranno ritrovarsi trasformati o addirittura superati. A questo proposito, si pensi almeno alla già richiamata "riscoperta", cui si sta oggi assistendo, della dimensione collettiva dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto a quella individuale consacrata tanto nella Dichiarazione dei diritti fondamentali dell'uomo che nelle costituzioni nazionali[17].

4. Complessificazione del sistema giuridico a seguito della pandemia e conseguenze sul sotto-sistema dell'Amministrazione

Dal punto di vista dell'amministrazione, nondimeno, i processi di semplificazione già in corso, l'inclusione dell'I.A. nella decisione amministrativa[18], la nuova emergenza economica e sociale, potrebbero far riconsiderare il paradigma secondo cui la burocrazia costituisca il miglior sistema di intermediazione tra Stato e cittadino.

Tutto ciò induce a prospettare che, senza ancora aver (nemmeno lontanamente) realizzato la semplificazione dell'amministrazione, già si ponga il problema dello stesso superamento dell'amministrazione. Almeno nelle forme in cui è (ormai) tradizionalmente conosciuta.

Nonostante che la nascita del diritto amministrativo come branca autonoma del diritto pubblico sia un fenomeno relativamente recente, l'organizzazione amministrativa dei rapporti sociali ha, infatti, radici assai più lontane, riconducibili alla stessa comparsa dei sistemi sociali. E, tuttavia, l'immanenza dell'amministrazione quale *invariante* dei sistemi giuridici sembra un paradigma sempre più messo in discussione non solo in ragione dei difetti che l'hanno caratterizzata, soprattutto per le degenerazioni burocratiche più recenti, ma anche per l'incapacità che essa potrebbe dimostrare di fronte alle nuove frontiere della complessità del sistema giuridico.

Oltre agli ormai noti fenomeni dell'introduzione della decisione amministrativa algoritmica, alle ipotesi di automazione di fasi del procedimento o, addirittura, alla emanazione del provvedimento da parte dell'intelligenza artificiale, si pensi alla materiale impossibilità di far rispettare in via amministrativa le prescrizioni recenti del *lockdown*, senza la partecipazione attiva del cittadino; ovvero alla mole di prestazioni di servizi (sociali) innescati dall'emergenza, che necessitano di un sempre maggior

[17]G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *federalismi.it*, 6/2020, 1-9.
[18]Si veda, sul tema, E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019. V. anche D.U. Galletta-J.G. Corvalán, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3/2019, 1-23.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

ricorso alla solidarietà privata, soprattutto proveniente dal Terzo settore, che sempre più vede riconosciuta la propria dimensione costituzionale anche in relazione alla partecipazione alla decisione amministrativa19. Per citare solo taluno degli aspetti più salienti.

Cosicché le osservazioni brevemente esposte confermano che i possibili effetti della pandemia sul sistema dell'amministrazione, particolarmente sui sistemi c.d. *a diritto amministrativo*, potranno essere ancor più evidenti in quanto si rivolgono ad un sistema non autonomo ma strumentale alla realizzazione di scopi (pubblici) fissati (e continuamente rivisti) dall'ordinamento, che lo condizionano in maniera evidente. Ad esempio, la rinnovata necessità di tutelare la dimensione collettiva della vita associata, anche mediante talune limitazioni delle libertà individuali, di riflesso impegna l'amministrazione in nuovi compiti spingendola ad affrontare nuove criticità nel suo esercizio concreto; andandosi queste a sommare ad una pure aumentata necessità di far fronte ai servizi alla persona. Così come, sul piano della funzione pubblica, collegata ai controlli, al procedimento, alla tutela di altri interessi pubblici come la concorrenza o la lotta alla corruzione, l'esercizio puntuale di questa potrebbe scontrarsi con la necessità di stimolare senza eccessivi appesantimenti la ripartenza economica.

Un ulteriore motivo che induce a questa riflessione dipende, come già detto, dallo stato di profonda crisi dell'amministrazione come sistema che precedeva l'avvento della pandemia; crisi che rischia una nuova accentuazione a causa delle necessità cui l'ordinamento dovrà far fronte a seguito dell'emergenza, prima fra tutte, appunto, quella economica.

In definitiva, l'interazione fra i molteplici fattori che condizionano il sistema dell'amministrazione sembra destinata a produrre effetti anch'essi imprevedibili *a priori.* Dal momento che, comunque, il caos tende ad ordinarsi in nuovi *punti stazionari*, pare non del tutto fuori luogo attendersi che l'organizzazione amministrativa come sistema troverà un nuovo assetto nel quale, tuttavia, alcuni paradigmi anche rilevanti che hanno sinora caratterizzato l'Amministrazione potrebbero essere sostituiti da forme diverse di promozione e tutela del bene comune.

[19]Sul punto v., di recente, E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020. Disponibile in: *www.forumcostituzionale.it, 1-12.* V. anche M. Clarich - B. Boschetti, *Il Codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?*, in *spisa.unibo.it*, 2018, 1-14. Più specificamente sulla "rivoluzione" determinata dalla codificazione della co-programmazione e della co-proogettazione (art.55 dlgs 117/17) nei rapporti tra P.A. e Terzo settore v. L. Gori- F. Monceri, *Collaborare non competere. Co-programmazione, co-progettazione, convenzioni nel Codice del Terzo settore, I Quaderni di Cesvot*, Firenze, 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Istituzionalizzazione e limiti dell'ente metropolitano in Italia nella legge 56 del 2014 (c.d. riforma Delrio)

di Luca Cherchi*

18 gennaio 2021

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'ente metropolitano nel panorama europeo. – 3. La legge 56 del 2014 (la c.d. riforma Delrio). – 4. Limiti, incertezze e prospettive di riforma.

1. Introduzione

Nel mondo, i grandi agglomerati urbani e le aree metropolitane concentrano gran parte delle economie nazionali, attestando un PIL pro capitale superiore alla media nazionale, una più alta produttività della manodopera ed un tasso di crescita economica più elevato[1]. Tali agglomerati vantano altresì maggiori dotazioni di capitale umano ma, nonostante la rilevante capacità di crescita, è bene rilevare che non tutte le aree metropolitane mondiali hanno subito la medesima fortuna[2] e molti sono i problemi che hanno seguito l'espansione delle grandi realtà urbane. In diverse di queste, invero, l'esclusione, la povertà e la disparità socioeconomica hanno incrementato i livelli di criminalità nonché una forte polarizzazione spaziale, accentuando così il divario e le diseguaglianze tra centro e periferie (e tra quartieri più e meno favoriti) anche in termini di investimenti e disponibilità di servizi pubblici[3]. Appare dunque chiara l'importanza che le aree metropolitane acquistano all'interno della società moderna e dovere dei legislatori nazionali è dunque quello di intercettare le esigenze di tali enti attraverso una sapiente ed armonica revisione degli assetti costituzionali.

* Dottore in giurisprudenza e in scienze dei servizi giuridici presso l'Università di Milano-Bicocca.
[1] OECD *Territorial Reviews, Competitive Cities in the Global Economy*, 2006.
[2] Come è riscontrabile nello studio sopra citato dell'*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), vi sono infatti aree metropolitane che sono meno sviluppate rispetto alla media nazionale: Berlino, Fukuoka, Lille, Napoli e Pittsburgh ne sono un esempio.
[3] Ibidem.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La situazione in Italia appare pertanto in linea con le altre realtà europee con più di un terzo della popolazione nazionale residente nelle principali aree urbane e più di un sesto in quelle coincidenti con le tre maggiori città metropolitane: Roma, Milano e Napoli. Si rileva invero che nel nostro paese, dagli anni settanta, le grandi città abbiano subito un evidente calo demografico a vantaggio dei piccoli e medi comuni suburbani e peri-urbani limitrofi andando ad incrementare, di conseguenza, la fitta rete di circolazione e di scambi esistente nel territorio[4]. Tale fenomeno è soprattutto imputabile ai minori costi delle aree periferiche *extra moenia* rispetto a quelle centrali che portano i cittadini del capoluogo a migrare e a spostare le proprie attività produttive verso i comuni vicini, senza però interrompere i rapporti lavorativi, sociali, ricreativi e culturali esistenti con la grande città. Questo genera anche l'esigenza da parte dei comuni, soprattutto di quello capoluogo, di estendere i propri servizi al fine di garantire una maggior efficienza nell'interazione tra le varie aree produttive e nello scambio di persone, beni ed informazioni[5]. Appare dunque chiaro che la capacità attrattiva del grande comune non viene ridotta ma è in parte devoluta all'area suburbana le cui sorti finiscono però per essere indissolubilmente legate alla fortuna della città assorbente, attraverso un processo di omogeneizzazione e di uniformazione di persone, attività e necessità[6]. Tale fenomeno ha creato, come detto, anche nel nostro paese, l'esigenza di svincolare queste nuove realtà da inattuali schemi costituzionali, individuando moderne forme istituzionali in grado di garantire un efficiente modello amministrativo e di permettere la piena e libera espressione delle potenzialità territoriali.

2. L'ente metropolitano nel panorama europeo

Prima di andare ad analizzare come sia stata introdotta la città metropolitana in Italia, è bene osservare i principali interventi legislativi in Europa in materia di introduzione e riforma dell'ente locale metropolitano.

Nel panorama comparatistico è dunque possibile rilevare sostanzialmente due approcci: uno originato dall'impulso riformatore dello stato centrale, spesso culminato con il tentativo di individuare parametri quantitativi dentro cui circoscrivere il nuovo organismo o addirittura assegnando lo status di ente metropolitano *ex lege* ai maggiori centri urbani; un altro derivante da decenni di collaborazione e di condivisione di merci, persone e servizi tra comuni (spesso gravitanti intorno ad una città con volumi

[4] M. Colleoni, *Struttura e dinamica delle aree metropolitane in Italia uno studio nazionale comparato (1991 – 2011)*, R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 55-78.

[5] Si veda R. Danielis, L. Rotaris, *Le motivazioni economiche della città metropolitana. Un'analisi della letteratura sul dimensionamento efficiente dei servizi pubblici locali*, in R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 107-132.

[6] Ibidem. Si veda a proposito anche M. Colleoni, S. Caiello, *Il peri-urbano e i suoi caratteri socio-territoriali. Una proposta analitica e empirica in Lombardia*, Sociologia Urbana e Reale, 102, 2013.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

maggiori) che hanno generato l'esigenza di ottenere un riconoscimento istituzionale da parte dello stato.

Emblematico del primo approccio è l'esperienza turca dove, con la riforma degli enti locali del 2012 (la legge n. 6360), tutte le province con più di settecentocinquantamila abitanti sono state trasformate in comune metropolitano, mentre in precedenza, il comune metropolitano, poteva esistere all'interno dell'ente provinciale insieme a distretti, comuni rurali e villaggi[7].

Tipico invece del secondo approccio è il caso polacco dove il riconoscimento dell'area metropolitana dell'Alta Slesia, nel giugno del 2017, è stato l'evento culminante di decenni di cooperazione tra gli enti locali all'interno di quel voivodato[8]. Particolare attenzione merita anche la *Karta Trójmiasta*, documento attraverso cui tre delle principali città polacche ed i comuni attorno a queste gravitanti hanno sancito la propria cooperazione andando a formare insieme una delle maggiori aree urbane della Polonia.

In Gran Bretagna il processo di *devolution* e di riforma degli enti metropolitani ha avuto un processo molto travagliato. Nel 1972 con il *Local Government Act* si ha una suddivisione del territorio nazionale in *boroughs* e *counties*, creando il cosiddetto *two-tier system*, e quindi l'istituzione nelle aree urbane principali delle *metropolitan counties* e dei *metropolitan boroughs*. Questi ultimi possedevano degli organi politici elettivi, i *metropolitan county councils* ed i *metropolitan district councils*, titolari di ulteriori competenze rispetto agli enti locali non metropolitani[9]. Tuttavia con il *Local Government Act* 1985, a causa dei contrasti venutisi a creare tra le maggiori amministrazioni metropolitane e il governo centrale, viene decisa la soppressione dei *metropolitan county councils* ed il trasferimento di maggiori competenze ai distretti metropolitani. Per colmare il vuoto lasciato con l'abolizione dei consigli delle *metropolitan counties*, le riforme successive si sono orientate verso l'istituzione di sistemi fondati sulla concezione di *city-region*, un modello basato su un rapporto funzionale privilegiato di interdipendenza e di condivisione di servizi nonché di politiche comuni tra centri urbani e rurali generalmente gravitanti attorno ad un'area

[7] H. Karagel, D. Ü. Karagel, *Administrative Geography Analysis of Legislation # 6360 Regarding Metropolitan Municipalities in Turkey (2012),* In *3rd International Geography Symposium*, GEOMED2013, 10-13 giugno 2013, Antalya, Turkey, Procedia - Social and Behavioral Sciences 19 marzo 2014. A proposito dell'esperienza turca si veda anche H. Akilli, H. Serkan Akilli, *Decentralization and Recentralization of Local Governments in Turkey, In 2nd World Conference on Psychology and Sociology*, PSYSOC 2013, 27-29 Novembre 2013, Brussels, Belgium, Procedia - Social and Behavioral Sciences 22 Agosto 2014 e A. Tekel, *Changing metropolitan government in Turkey from past to present*, in Demirkaya Y. (a cura di), *New public management in Turkey. Local government reform*, Routledge, New York/London, 2016.

[8] W. Baranowska-Zajac, *The Legal Model for Metropolis Management in Poland: Comments on the Regulation of Metropolitan Union in the Silesian Voivodship*, Juridical Tribune 8, 2 giugno 2018, pp. 515-529. A proposito dell'esperienza polacca si veda anche W. Baranowska-Zajac, *Perspectives of evolution of legal solutions concerning entrusting by local self-government units the public tasks to perform with other entities against the background of Polish law*, Juridical Tribune, 9, 2, giugno 2019.

[9] Si veda G. Mobilio, *Le città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 169 – 175.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

urbana centrale[10]. Queste forme di amministrazione metropolitana integrata, definite come *Combined Authority*, si sono differenziante in base al territorio e hanno visto la luce grazie ad accordi di *devolution* con il governo centrale, oltre ad importanti riforme legislative quali il *Local Democracy Economic Development and Construction Act* 2009 ed il *Local Government Devolution Act* 2016[11]. Manchester rappresenta l'esperienza più significativa di questo orientamento dove l'esigenza di devolution si è unita al consolidamento di forme di cooperazione e di associazionismo dei *boroughs* e di diversi *stakeholders* dando luogo a complesse sinergiche forme di *governance*[12]. Una situazione differente è quella invece della Greater London: istituita nel 1964 con il *London Government Act*, dal 1972 al 1985 subisce la medesima sorte delle altre autorità locali, ovvero nel 1972 con l'istituzione di un modello a *two-tier*, con i Consigli dei *boroughs*[13] ad un livello inferiore ed il *Greater London Council* (GLC)[14] ad un livello superiore, e la conseguente abolizione di questa nel 1985, insieme ai consigli delle contee metropolitane. Nel 1998, dopo anni di riflessioni ed ipotesi di riforma, viene indetto un referendum per adottare una nuova soluzione di tipo strutturale cercando di evitare invero le situazioni conflittuali del passato[15]. L'esito positivo della consultazione popolare ha avuto come seguito la promulgazione del *Greater London Authority Act* 1999 e quindi l'istituzione della *Greater London Authority* (GLA): organo composto da un sindaco (*Mayor of London*) eletto direttamente dai cittadini, dalla *London Assembly*, anch'essa eletta direttamente e dai "*functional bodies*" con competenze in determinati settori. Non sussiste un rapporto fiduciario tra il sindaco e l'assemblea ma essa svolge un importante ruolo di controllo nei confronti del primo; il vero contrappeso è però di fatto rappresentato dai *boroughs*, rappresentati unitariamente dall'*Association of London Government*, i quali detengono specifiche competenze e autonoma capacità di spesa[16].

In Francia, dopo lunghi anni di cooperazione intercomunale, si arriva con la legge n. 2010-1563 del 16 dicembre 2010 all'istituzione delle *métropoles*. Tale ente doveva essere creato su richiesta dei comuni interessati che avessero insieme una popolazione complessiva superiore ai cinquecentomila abitanti, che fossero un insieme di comuni confinanti e senza enclave, che facessero già parte di una EPCI[17] e la usa istituzione doveva essere approvata con una maggioranza rinforzata dei Comuni e dei Consigli Municipali. Tale riforma si è però rivelata essere inefficace a causa del procedimento

[10] Ivi, pp. 176 – 179.
[11] Ibidem, si veda inoltre R. Medda, La *riorganizzazione del local government in Inghilterrra: l'introduzione delle mayoral combined authorities*, in *Federalismi.it*, 16, 2016.
[12] Per una ricostruzione più approfondita si veda G. Mobilio, op. cit., pp. 187 ss.
[13] I *boroughs* si dividevano in 12 *boroughs* della *Inner London* ed in 20 della *Outer London*.
[14] Tra le amministrazioni locali superiore ed inferiori non esisteva un ordine gerarchico, bensì vi era un rapporto di collaborazione e di divisione di funzioni. Tuttavia i conflitti tra *boroughs* e GLC fino al 1985 furono molto aspri. Ivi, p. 181.
[15] Ivi, pp. 182-183.
[16] Ivi, pp. 179 – 187.
[1718] *Établissement Public de Coopération Intercommunale*, è una forma istituzionale di intercomunità.

complesso e della necessaria spinta dal "basso" da parte dei comuni interessati[18]. La nuova amministrazione Hollande ha cercato di porre rimedio a questa deludente riforma con la legge n. 2014 – 58, la cosiddetta *loi* MAPTAM del 27 gennaio 2014 imponendo l'automatica conversione da EPCI a *métrpoles* a quei comuni, sempre confinanti e senza enclave, che contino una popolazione complessiva superiore ai quattrocentomila abitanti e facenti parte di un'area urbana con più di seicentocinquantamila abitanti. La legge lascia tuttavia anche la possibilità di trasformare gli EPCI a *métropoles* a seguito di una votazione a maggioranza qualificata per quei comuni con più di quattrocentomila abitanti e contenenti il capoluogo di Regione, oppure a quei EPCI (sempre con più di quattrocentomila abitanti) facenti parte di una *zone d'emploi* e titolari di un certo numero di competenze affidate dai comuni membri[19]. Organi delle *métropoles* sono: il *Conseil de la Métropole*, (composto dai consiglieri metropolitani eletti nei Comuni oppure a suffragio universale diretto), il Presidente, (eletto indirettamente all'interno del *Conseil* e quindi non coincidente con il sindaco), la *Conference Metropolitane* (composta da tutti i sindaci e presieduta dal Presidente) ed il *Conseil de Devélopment* (con funzioni consultive, composta dai principali attori economici, sociali e culturali)[20]. La legge poi introduce una disciplina speciale, derogatoria di quella generale, valida per le aree metropolitane principali in termini di numero di abitanti, capacità economica e PIL prodotto, ovvero la *Métropole de Grand Paris*, la *Métropole de Lyon* e la *Métropole Aix-Marseille-Provence*[21].

Le *Àreas Metropolitanas* vengono introdotte nell'ordinamento spagnolo con la legge n. 7/1985 recante le *Bases del Régimen Local* (o cosiddetta LBRL). Scopo di tale riforma, inserendosi pertanto in continuità con il recente progetto costituzionale di costruzione di uno stato autonomico all'indomani della fine dell'era franchista, era quello di permettere la creazione, da parte delle comunità autonome, di istituzioni amministrative locali, così da risolvere le problematiche legate alla'eccessiva frammentazione del territorio[22]. La legge in questione individua i principali enti a carattere sovracomunale come le *Comarcas*, le *Mancomunidades* e le *Àreas Metropolitanas*. Il comma 2 dell'articolo 43 della LBRL da una definizione di *Àreas Metropolitanas* stabilendo che esse sono le entità locali costituite dai Comuni di grandi

[18] In questo senso la riforma è parsa più come una revisione delle comunità urbane piuttosto che la creazione di un nuovo ente. Ivi, pp. 206-210.
[19] Ivi, pp. 210-211.
[20] Ivi, pp. 212 ss.
[21] Ibidem. I territori delle tre realtà metropolitane di Parigi, Lione e Marsiglia sono a loro volta divisi in *arrondissement* municipali. Riguardo alle principali città metropolitane francesi si veda G. Mobilio, op. cit., pp. 214-224 e B. Poujade, *Le metropoli in Francia*, in G. F. Ferrari (a cura di), *Nuove province e città metropolitane: Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Milano, Dipartimento di Studi Giuridici dell'Università Bocconi, 15 aprile 2016*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 115-122.
[22] F. Toscano Gil, *Las Áreas metropolitanas en el Derecho español: modelos vigentes e incidencia de la crisis económica*, Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici, 2, 2015, pp. 381-422. G. Mobilio, op. cit., pp. 225 ss.

agglomerati urbani tra i cui centri abitati sono presenti legami economici e sociali che rendono necessaria la progettazione e il coordinamento congiunto di alcuni servizi e opere[23]. Lo stesso articolo 43 evidenzia la potestà legislativa ed il ruolo centrale delle Comunità autonome nella costituzione dell'área metropolitana: il primo comma invero afferma che *"Las Comunidades Autónomas, previa audiencia de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones afectados, podrán crear, modificar y suprimir, mediante Ley, Areas Metropolitanas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos",* mentre il terzo comma affida completamente ad esse la facoltà di individuare gli organi di governo e di amministrazione, il regime economico e di funzionamento, nonché i servizi e le opere erogati dall'ente[24]. Il nuovo ente sovracomunale ha però avuto scarso successo, infatti sono solo due le aree metropolitane iscritte nel *Registro de Entidades Locales* tenuto dal *Ministerio de Hacienda y Administraciones Publicas*, ovvero l'*Àrea Metropolitana de Barcelona* in Catalogna e le *Entidades Metropolitanas* de *Servicios Hidráulicos y para el Tratamiento de Residuos* entrambe presso la *Comunitat Valenciana*[25]. Ad esse vanno aggiunte altre realtà locali che però non sono ricomprese nei canoni dell'articolo 43; tra queste si segnalano il caso dell'Area Metropolitana di Vigo e quello di Madrid in cui governo metropolitano e governo regionale coincidono[26]. Nonostante dunque la possibilità di individuare un governo metropolitano secondo le esigenze locali, la costituzione di tale ente si è rivelata essere fallimentare probabilmente a causa del loro carattere impositivo e poco coinvolgente delle realtà territoriali visto, invece, il successo di altre forme a carattere cooperativo e volontario come le *Mancomunidades* ed i *Consorcios*[27].

3. La legge 56 del 2014 (la c.d. riforma Delrio)

[23] Così recita il secondo comma dell'articolo 43 LBRL: "*Las Areas Metropolitanas son entidades locales integradas por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras.*"

[24] Così il terzo comma: "*La legislación de la Comunidad Autónoma determinará los órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los Municipios integrados en el Area; el régimen económico y de funcionamiento, que garantizará la participación de todos los Municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas entre ellos; así como los servicios y obras de prestación o realización metropolitana y el procedimiento para su ejecución.*"

[25] Si veda *https://ssweb.seap.minhap.es/REL/*. Mentre l'area metropolitana di Barcellona è stata concepita come un vero e proprio ente strutturato, il caso della Comunità Valenciana è diverso basandosi sostanzialmente su un'amministrazione integrata di alcuni servizi e quindi avendo un'impronta maggiormente funzionale. Ivi, p. 254.

[26] Ivi, pp. 237-238.

[27] Questi enti hanno natura associativa e vengono costituite in modo volontario dagli enti interessati; entrambe rispondo a logiche funzionaliste e si basano sulla cooperazione e sulla gestione condivisa di determinati servizi. La differenza tra i due è che le *Mancomunidades* sono degli enti formati attraverso la costituzione volontaria di Comuni mentre i *Consorcios* coinvolgono diversi livelli amministrativi, soggetti pubblici e soggetti privati senza scopo di lucro. Ivi, p. 234.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Benché la costituzionalizzazione delle Città Metropolitane sia avvenuta con la l. cost. 18 ottobre 2001 n.3 modificativa del Titolo V, l'effettiva istituzione dell'ente metropolitano in Italia si è realizzata con l'entrata in vigore della legge 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. riforma Delrio). Formata da un unico articolo suddiviso in 151 commi, la legge Delrio, come esplicitamente affermato ai commi 5 e 51, è stata pensata per porsi in armonia con il rinnovato Titolo V indicato dalla riforma costituzionale Renzi-Boschi, tuttavia mai applicata a causa dell'esito negativa del referendum indetto il 4 dicembre 2016. La legge n. 56, recante le disposizioni sulle Città Metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni, si pone in linea con il decennale piano di riordino degli enti locali e di eliminazione dell'ente provinciale, anche al fine di rispondere alle esigenze di revisione della spesa pubblica[28].

La legge in esame identifica la Città Metropolitana come un ente territoriale di area vasta (comma 2), medesima qualifica data alla Provincia, con finalità istituzionali generali quali: "cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano; promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana; cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee."

La legge individua nelle regioni a statuto ordinario dieci Città Metropolitane (comma5): Roma Capitale, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria; altre quattro Città Metropolitane sono state costituite dalle regioni a statuto speciale: Cagliari, Catania, Messina, Palermo.

Il comma 6 afferma che l'estensione territoriale del nuovo ente metropolitano coincide con quello della ex provincia omonima (soppressa proprio per lasciare spazio alla Città Metropolitana) "ferma restando l'iniziativa dei comuni, ivi compresi i comuni capoluogo delle province limitrofe, ai sensi dell'articolo 133, primo comma, della Costituzione, per la modifica delle circoscrizioni provinciali limitrofe e per l'adesione alla città metropolitana."

Vengono istituiti gli organi delle Città Metropolitane (art. 7): il sindaco metropolitano (art. 8), il consiglio metropolitano (art. 8) e la conferenza metropolitana (art. 8-9).

Il sindaco metropolitano, che è di diritto il sindaco del comune capoluogo, rappresenta l'ente, convoca e presiede il consiglio metropolitano e la conferenza metropolitana; oltre alle altre funzioni attribuitegli dallo statuto, sovrintende al funzionamento degli uffici e dei servizi nonché all'esecuzione degli atti. La carica di sindaco metropolitano, per questioni inerenti il controllo della spesa pubblica, è esercitata a titolo gratuito.

Il consiglio metropolitano, organo elettivo di secondo grado scelto con un sistema proporzionale per cui hanno diritto di elettorato attivo e passivo i sindaci ed i consiglieri comunali, è composto dal sindaco metropolitano e da un numero di consiglieri variabile

[28] Si veda a proposito F. Fabrizzi, *La provincia. Analisi dell'ente locale più discusso*, Jovene, Napoli, 2012.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

in base alla popolazione residente (da un minimo di 14 consiglieri a un massimo di 24). Questo è l'organo di indirizzo e controllo e propone alla conferenza lo statuto e le sue modifiche; oltre alle altre funzioni indicate nello statuto, ha il potere di approvare i regolamenti, i piani, i programmi e ogni altro atto ad esso sottoposto dal sindaco, nonché, in via definitiva i bilanci dell'ente. Il consiglio ha una durata di cinque anni ma, in caso di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, si procede a nuove elezioni dell'assemblea entro sessanta giorni dalla proclamazione del sindaco del comune capoluogo (comma 21).

Il comma 22 prevede la possibilità di procedere ad elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano ma, per procedere in tal senso, la legge pone come condizione necessaria l'articolazione del comune capoluogo in più comuni; essendo tuttavia tale procedura non certo agevole, l'elezione diretta del sindaco e del consiglio ha avuto per ora scarso successo. Un'alternativa più efficace a tale macchinosa procedura è prevista per le città metropolitane con più di tre milioni di abitanti, le quali devono prevedere nel loro statuto la costituzione di zone omogenee[29] (ai sensi del comma 11 lettera c) e la ripartizione del comune capoluogo in zone dotate di autonomia amministrativa. Questo spiega perché Roma, Milano e Napoli, le uniche Città Metropolitane con più di tre milioni di abitanti, siano le sole che abbiano per ora concretamente scelto di optare per l'elezione diretta di tali organi[30]. Ovviamente, nel caso in cui si proceda ad elezione diretta del Sindaco Metropolitano, sarebbe difficilmente applicabile la previsione circa la gratuità dell'incarico[31].

La conferenza metropolitana, composta da tutti i sindaci dei comuni della città metropolitana è convocata e presieduta dal sindaco metropolitano e, secondo quanto indicato nello statuto, ha poteri propositivi e consultivi, adotta o respinge lo statuto e le sue modifiche (proposti dal consiglio con voti che rappresentino almeno un terzo dei comuni compresi nella Città Metropolitana e la maggioranza della popolazione residente complessiva). La conferenza assume dunque un ruolo di "seconda camera" in grado di rappresentare in maniera paritaria le esigenze di tutti i comuni facenti parte dell'ente metropolitano[32].

La legge passa poi a definire le funzioni fondamentali delle Città Metropolitane e delle province, riconoscendone di maggiori alle prime, quindi viene indicata la procedura per il trasferimento delle funzioni non fondamentali ai comuni o alle regioni valida per le sole province. Per quanto concerne le funzioni che sono riservate alla Città Metropolitana, il comma 44 della legge 56/2014 chiarisce: "A valere sulle risorse proprie e trasferite, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e comunque nel rispetto dei vincoli del patto di stabilità interno, alla città metropolitana sono

[29] G. Mobilio, op. cit., pp. 549-556.
[30] M. Zuppetta, *Città metropolitane e strategie di sviluppo dei territori*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 151-152.
[31] Si veda la sentenza n. 168 del 2018. Ivi, p. 154.
[32] B. Caravita, F. Fabrizzi, A. Sterpa, *Lineamenti di diritto costituzionale delle regioni e degli enti locali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 52.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

attribuite le funzioni fondamentali delle province e quelle attribuite alla città metropolitana nell'ambito del processo di riordino delle funzioni delle province ai sensi dei commi da 85 a 97 del presente articolo, nonché, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, le seguenti funzioni fondamentali:
a) adozione e aggiornamento annuale di un piano strategico triennale del territorio metropolitano, che costituisce atto di indirizzo per l'ente e per l'esercizio delle funzioni dei comuni e delle unioni di comuni compresi nel predetto territorio, anche in relazione all'esercizio di funzioni delegate o assegnate dalle regioni, nel rispetto delle leggi delle regioni nelle materie di loro competenza;
b) pianificazione territoriale generale, ivi comprese le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle infrastrutture appartenenti alla competenza della comunità metropolitana, anche fissando vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei comuni compresi nel territorio metropolitano;
c) strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano. D'intesa con i comuni interessati la città metropolitana può esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive;
d) mobilità e viabilità, anche assicurando la compatibilità e la coerenza della pianificazione urbanistica comunale nell'ambito metropolitano;
e) promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale, anche assicurando sostegno e supporto alle attività economiche e di ricerca innovative e coerenti con la vocazione della città metropolitana come delineata nel piano strategico del territorio di cui alla lettera a);
f) promozione e coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano"[33] .

4. Limiti, incertezze e prospettive di riforma

Nonostante la portata innovatrice, la legge 56 del 2014 incontra invero diversi limiti. Il primo è sicuramente legato alla genesi della riforma Delrio, la quale, come detto, era stata originariamente pensata per formare un sistema di enti locali uniforme e omogeneo col rinnovato ordinamento che si sarebbe venuto a creare con la revisione costituzionale (bocciata con referendum confermativo il 4 dicembre 2016) che avrebbe, tra le altre novità, completamente abolito dalla Carta l'istituto della provincia e, di

[33] Sulle funzioni delle Città Metropolitane e come i vari statuti le abbiano accolte si veda F. Furlan, *Le funzioni delle Città Metropolitane, tra Statuti e leggi regionali attrattive della riforma Delrio*, , in G. F. Ferrari (a cura di), *Nuove province e città metropolitane: Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Milano, Dipartimento di Studi Giuridici dell'Università Bocconi, 15 aprile 2016*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 75-88.

converso, avrebbe contemplato l'istituzione di "enti di area vasta" di competenza regionale. Dato il fallimento della riforma costituzionale, la legge presenta oggi un quadro per molti versi incompleto. La mancata abolizione dell'ente provinciale, nonostante il suo declassamento, svuotamento di funzioni e riduzione di fondi, contribuisce a creare confusione e incertezza nel variegato panorama degli enti locali[34]. Il fatto, inoltre, che la Città Metropolitana sia contraddistinta dai medesimi confini territoriali della precedente provincia omonima ne comprime gravemente il potenziale, assumendo più la forma di una "super-provincia" dotata di maggiori funzioni piuttosto che quello di un moderno ente in grado di intercettare le nuove esigenze socio-economiche del territorio[35]. La giurisdizione di buona parte delle odierne Città Metropolitane non sembra dunque adatta al fine per il quale tale istituto è nato, portando invero a pensare che la progettazione del nuovo ente sia stata fortemente influenzata da logiche campanilistici. A tal riguardo il caso più eclatante è rappresentato dall'esiguità del territorio appartenente alla Città Metropolitana di Milano rispetto all'effettiva estensione della sua area urbana[36]. Pare, ad esempio, del tutto anomalo escludere dal medesimo ente metropolitano l'ex provincia milanese e quella di Monza e della Brianza dato il duraturo ed indissolubile rapporto d'interdipendenza, di scambio e condivisione di merci, persone e servizi tra i due territori[37]. Un ulteriore esempio potrebbe essere quello dell'area metropolitana veneta dove la costituzione della Città Metropolitana veneziana risulta essere invero molto riduttiva[38]. Diverso è invece il caso della Città Metropolitana di Cagliari, l'unica che non ha acquisito i confini della omonima provincia, ricoprendo un territorio molto meno esteso ma sicuramente più funzionale al fine per il quale tale istituto è stato creato[39].

Il principio di contenimento della spesa condiziona poi fortemente l'intera riforma a scapito della rappresentanza e dell'efficienza. Infatti, al fine di limitare le spese relative all'elezione diretta, viene privilegiato il sistema di elezione indiretta del consiglio metropolitano ed il sindaco, tranne a particolari condizioni, è di diritto il sindaco del comune capoluogo. Tale questione genera anche delle perplessità riguardanti la

[34] Sullo status delle province a seguito della riforma Delrio si veda C. Benetazzo, *Le Province a cinque anni dalla legge "Delrio": profili partecipativi e funzionali-organizzativi*, in *Federalismi.it*, 6 marzo 2019.

[35] G. Mobilio, op. cit., pp. 519-534.

[36] Riguardo all'estensione delle aree metropolitane italiane si veda M. Colleoni, op. cit., pp. 64-76.

[37] Ibidem. R. Lodigiani (a cura di) , *Milano 2018: Rapporto sulla città. Agenda 2040*, FrancoAngeli, Milano, 2018, pp. 111-113. R. Busi, M. Pezzago (a cura di), *Una città di 500km. Letture del territorio padano*, Gangemi Editore, Roma, 2011, pp. 27-29.

[38] Ibidem. Le grandi aree metropolitane di Milano e del Veneto, in termini assoluti, hanno un'estensione che va oltre il confine regionale. Se però nel caso milanese è possibile rilevare un *core* dominante (il comune capoluogo), nel caso veneto è difficile rilevare un centro predominante anche per via di un tessuto urbano maggiormente diffuso e dispersivo. Si veda al riguardo M. Colleoni, op. cit., pp. 65-67.

[39] A. M. Tanda, *La Città metropolitana di Cagliari: tra autonomia speciale e prospettive di sviluppo*, in R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 31-53. Questo ha portato l'amministrazione regionale sarda a creare una nuova provincia dentro cui ricomprendere i comuni non facenti parte della nuova Città Metropolitana cagliaritana, ovvero la provincia del Sud Sardegna.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

leadership che la legge riserva di diritto al comune capoluogo giacché, nella maggioranza dei casi, la forza demografica del comune capoluogo risulta essere minoritaria[40]. Infatti, a parte invero le Città Metropolitane di Genova, Roma e Palermo, in cui la popolazione del comune capoluogo rappresenta più del 50% di quella totale, negli altri casi essa risulta essere inferiore alla metà fino ad arrivare alla Città Metropolitana di Bari, dove la popolazione del comune omonimo rappresenta il 25,8% del totale[41]. In quest'ottica sarebbe forse opportuno prevedere di norma (e non come deroga) l'elezione diretta del sindaco metropolitano, o, al più, introdurre procedure più semplificate, in modo da poter svincolare la carica da istinti campanilistici. Sebbene la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 168 del 2018, non abbia rilevato problemi d'incostituzionalità, vista la rilevante componente politica di tali organi (del sindaco metropolitano *in primis*) questa scelta è risultata essere molto controversa[42]. Il fatto inoltre che la carica di sindaco metropolitano, come quella di consigliere, venga esercitata a titolo gratuito, malgrado le gravi responsabilità, sembra dequalificarne l'importanza e disincentivare l'assunzione di questo compito da parte di capaci e abili amministratori, nonché espone ad un maggiore rischio di fenomeni corruttivi[43].

In aggiunta, venendo meno la legittimazione popolare (ad eccezione dei casi stabiliti dalla legge) e, quindi, il riconoscimento da parte dell'opinione pubblica dell'autorità degli organi di governo metropolitani, la loro autonomia, soprattutto quella del sindaco, viene fortemente minacciata dal basso dalla forte rappresentanza di cui godono i sindaci dei comuni dell'area metropolitana e dall'alto dal peso politico dei presidenti di regione. Di conseguenza, le Città Metropolitane più grandi (segnatamente quelle superiori ai tre milioni di abitanti), data la loro visibilità e rappresentando queste un bacino elettorale molto appetibile, corrono il rischio di essere protagoniste di scontri politico-istituzionali[44]. Il metodo autoritativo e per nulla partecipativo con il quale tali istituti sono stati creati, in più, non aiuta il riconoscimento degli organi metropolitani e l'integrazione tra i comuni che vi fanno parte[45]. Il nuovo ente metropolitano dunque non sembra in grado, almeno nel suo complicato avvio, di intercettare efficacemente le ingenti potenzialità del territorio urbano e dei suoi bisogni, nonostante tale istituto sia fiorito, anche in ambito europeo, proprio per tale scopo[46].

[40] C. Torselli, C. Pira, *Città metropolitana: burocrazia, amministrazione e governo*, in R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 25-27.
[41] Ibidem.
[42] M., Zuppetta, op. cit., pp. 150-151 e 158-172. SI veda al riguardo anche M. Barbero, E. Vigato, *Il sindaco di diritto e l'elezione a suffragio universale e diretto nelle città metropolitane*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015.
[43] Ivi, pp. 153-154.
[44] Sulla partecipazione politico-istituzionale si veda G. Mobilio, op. cit., pp. 568-573.
[45] Ivi, pp. 536-538.
[46] F. Gastaldi, S. Zarino, *Il governo e lo sviluppo del territorio nella Città metropolitana, un avvio con molte inerzialità*, in R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 133-139.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Infine, ancorché sia stato imposto dalla Corte Costituzionale[47] il rispetto dei principi della riforma nell'istituzione delle città e aree metropolitane nelle regioni Sardegna, Sicilia e Friuli-Venezia-Giulia, il fatto che la legge non ponga dei vincoli quantitativi nella costituzione delle stesse, porta ad agevolare il fiorire del nuovo ente nelle più grandi regioni a statuto speciale (si contano infatti tre Città Metropolitane in Sicilia, un progetto per la costituzione, oltre a quella di Cagliari, di un'ulteriore Città Metropolitana nel nord-Sardegna, e una Città Metropolitana di Trieste in via di concretizzazione[48]) sfavorendo invece l'istituzione di nuove Città Metropolitane nel resto del territorio nazionale.

[47] Sentenza n. 168 del 2018.

[48] Al riguardo si vedano G. Carrosio, G. Osti, *Area metropolitan di Trieste: contingenze storiche e sociali*, in R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 79-105 e I. Ciuffarin, *Riconoscimento e rappresentazione dei patrimoni territoriali dell'Area Metropolitana Giuliana*, in R. Danielis (a cura di), *La città metropolitana: sfide, rischi e opportunità*, EUT, Trieste, 2016, pp. 141-162.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

LA CONTABILITÀ PUBBLICA: EVOLUZIONE DI UNA MATERIA TRA MODELLI "A REGIME" E SISTEMA EMERGENZIALE[*]

Webinar di presentazione del "Manuale di Contabilità di Stato"
di Daniela Bolognino

Indirizzi di saluto

Massimiliano Atelli[**]

Buonasera, desidero anzitutto ringraziare Bernardo e gli organizzatori, e scusarmi per le difficoltà che ho incontrato nel connettermi alla piattaforma.

Ci tenevo molto, però, a non fare mancare il mio saluto personale ma anche a nome di tutto il Circolo dei magistrati della Corte dei Conti, che mi onoro di presiedere da qualche anno, nel quale mi sono adoperato per rilanciare una tradizione di appuntamenti culturali che si era andata un po' perdendo.

Nel proseguirla, a dispetto del Covid e delle limitazioni che impone agli eventi in presenza, ci faceva molto piacere partecipare, come Circolo, alla presentazione di questo bel volume di Daniela Bolognino capace di riattualizzare una domanda che non ha mai smesso di creare motivo di interesse: che è quella del significato stesso della contabilità pubblica.

Purtroppo sono riuscito ad ascoltare soltanto una parte dell'intervento introduttivo dell'amico Luigi Caso e l'ultimo intervento di Harald. Ci tengo, però, ad offrire alla discussione di tutti questa pillola: la contabilità pubblica, in realtà, ha conosciuto una parabola evolutiva molto forte, molto importante, perché nasce come un sistema, una bussola per consentire di dare alla volontà popolare la possibilità di sapere - e attraverso il sapere - di compiere delle scelte, nel momento in cui si passa

[*] Webinar tenutosi il 29 ottobre del 2020 e promosso dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli "Vittorio Bachelet", dall'Associazione magistrati della Corte dei conti e dal Circolo Magistrati della Corte dei conti.

[**] Presidente del Circolo magistrati della Corte dei Conti.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dagli Stati assoluti ai moderni sistemi di democrazia rappresentativa. Nelle nostre memorie c'è sempre l'episodio della pubblicazione del bilancio della Corte di Francia dal banchiere ginevrino Necker che Luigi XVI aveva coinvolto e responsabilizzato nel tentativo di salvare la monarchia sennonché, all'epoca, il bilancio della Corte non era separato da quello dello Stato, il popolo francese già in forte stato di indigenza e affamato si accorge dei volumi delle spese di Corte e a distanza di dopo poche ore scocca la scintilla che innesca la Rivoluzione francese. Un episodio probabilmente meno noto tra i tanti ma che invece nelle nostre memorie ha sempre uno spazio particolare.

Poi, certamente, la sua evoluzione ha incrociato anche la strada del diritto comunitario - lo ricordava Harald poco fa - oggi il tema della giurisdizione sull'elenco ISTAT è, nei fatti, il tema della perimetrazione dello spazio pubblico, e questo è certamente un aspetto a cavallo tra diritto nazionale e diritto comunitario. Come tale, va certo oltre la dimensione della giurisdizione nazionale.

Infine, il sistema di contabilità pubblica oggi si pone, naturalmente, e in modo diversificato, anche come strumento di misurazione dell'efficienza e dell'efficacia delle politiche pubbliche non soltanto dal lato del controllo - cosa che è gli più congeniale e naturale - ma tutto sommato anche dal punto di vista della più tradizionale giurisdizione di responsabilità. In particolare, nei tanti casi che arrivano nelle nostre aule di giustizia in cui il tema non è - come dire - l'illecito arricchimento, il fatto doloso, la "ruberia" - per usare un'espressione che va di moda - ma piuttosto lo spreco: è evidentemente il sintomo, il riferimento ad un esperienza che è quella del cattivo uso della spesa pubblica.

Io credo che nel libro di Daniela Bolognino troviamo un po' tutti questi aspetti: le origini, ciò che la contabilità pubblica è con il tempo diventata e, naturalmente, anche quello che ci riguarda più da vicino come famiglia giudiziaria della Corte dei Conti ossia il tema più di attualità, più di sfida, che è quello della misurazione delle politiche pubbliche, sia dal lato del controllo che della giurisdizione. Quindi un complimento vivo a Daniela Bolognino perché è davvero un volume che interessa, che appassiona chi coglie l'essenza del diritto finanziario e che naturalmente si offre come punto di riferimento per tutti gli interpreti.

Grazie e buona prosecuzione dei lavori.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Luigi Caso*

Innanzitutto, saluto tutti i presenti, tutti coloro cioè che in questo momento sono collegati tramite la rete e seguono il convegno attraverso il loro computer. Questa modalità di incontro, purtroppo, sta diventando sempre più usuale e io vi saluto e vi ringrazio come se fossimo tutti fisicamente presenti e vicini.

Ringrazio la LUISS, il Centro Bachelet, e quindi l'amico Bernardo Mattarella, per aver organizzato questo evento. Ringrazio l'amica e collega Donatella Scandurra che ha contribuito fortemente all'organizzazione dell'incontro e voglio infine ringraziare la Professoressa Bolognino per il bel manuale che oggi presentiamo.

Io credo che oggi ci sia particolarmente bisogno di studiare, occorre sempre più che chi ha tempo, modo e capacità di studiare ed approfondire le questioni, ci aiuti a comprendere la realtà in cui viviamo: ben vengano, quindi, i manuali e i libri di diritto!

Non si possono affrontare i problemi che ci troviamo innanzi in questo momento così difficile improvvisando, ma occorre avere alle spalle solide basi culturali, solidi studi.

Come si soleva dire nel MedioEvo, *non studere sed studuisse oportet.*

Ancor più benvenuti - e qui parlo con specifico riferimento alla magistratura di cui faccio parte e all'Associazione di cui sono Presidente - sono i manuali che approfondiscono le tematiche giuscontabilistiche.

La Corte dei Conti è spesso e volentieri una magistratura poco conosciuta e poco compresa, proprio perché è un soggetto difficile da capire fino in fondo. A volte è proprio questa scarsa conoscenza della Corte che porta ad interventi non sempre felici del Legislatore nelle nostre materie. È chiaro che una magistratura, soprattutto se ha il suo fulcro nel controllo, se non se ne comprendono pienamente la *ratio* e la natura, può essere vissuta dai controllati come un mero fastidio e non già come una risorsa indispensabile.

In questi ultimi tempi abbiamo assistito a continue modifiche normative che in un modo o nell'altro comprimono le funzioni della Corte. Del resto, una previsione normativa che rende più facile utilizzare le risorse pubbliche senza preoccuparsi di farlo bene non può che suonare come un'inutile e dannosa deresponsabilizzazione, che a sua volta trova corrispondenza in una gestione della cosa pubblica spesso priva di programmazione.

* Presidente dell'Associazione magistrati della Corte dei Conti.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

A prescindere dal merito delle questioni, deve del resto rilevarsi l'inopportunità di modifiche alle nostre funzioni in maniera così episodica e in assenza di un disegno organico; occorre invece comprendere appieno le funzioni di ogni istituto, capirne la *ratio* che le ispira, anche per aiutare il Legislatore a operare scelte più ponderate.

Credo che sia errato valutare natura e funzioni della Corte dei Conti usando come criterio di comparazione le altre magistrature. La Corte dei Conti, infatti, è qualcosa di molto diverso. Come diceva il Presidente Carbone, la Corte dei Conti è la cerniera dell'ordinamento. Si può dire che la Corte sia una magistratura di confine, posto sul limitare delle varie materie giuridiche, perché l'esercizio delle sue funzioni implica la conoscenza non solo della contabilità pubblica, ma anche di tutte le altre branche del diritto, dal privato all'amministrativo, al penale e tutte le rispettive regole processuali e procedimentali; ma v'è di più: l'azione della Corte si situa al confine tra il diritto e l'economia e tra il diritto e la politica.

Proprio per tali motivi, l'angolo di visuale della Corte dei Conti non è mai paragonabile a quello delle altre magistrature. Faccio un esempio banale: il danno erariale non è mai la somma algebrica con cui – come avviene nel diritto civile - si compara il pattuito e l'ottenuto; non è neanche il danno penale che è una mera conseguenza di un comportamento antigiuridico ma è sempre un danno funzionale, un danno ciò che sussiste in ragione di un giudizio comparativo tra l'utilizzo concreto delle risorse pubbliche e quella che era la relativa allocazione indicata dalla legge. E, ovviamente, non c'è atto più politico dell'allocazione delle risorse.

Quindi, comprendere la natura delle funzioni della Corte, come in questo manuale viene fatto, serve a comprendere la *ratio* e la necessità di una Corte dei Conti che funzioni e che operi nel modo migliore. Quindi ben vengano questi manuali.

Purtroppo, come ci insegnano esperienze di qualche anno fa – mi riferisco agli anni a cavallo della prima decade di questo secolo, quando Presidente della Corte dei conti era Luigi Giampaolino – nei momenti di crisi economica la Corte diventa un soggetto fondamentale dell'ordinamento, anche nei rapporti con le istituzioni europee. In quegli anni, infatti, la Corte dei conti era divenuta un interlocutore indispensabile della Commissione europea per comprendere meglio quella che era reale la situazione dei conti pubblici italiani.

Pertanto, nell'avviarmi a concludere il mio saluto, ribadisco la necessità che la dottrina e l'accademia ci aiutino a comprendere e a far comprendere meglio la natura e le funzioni di una magistratura particolare, il cui compito non è quello di risolvere i conflitti fra soggetti, ma di assicurare la corretta allocazione delle risorse pubbliche e, dunque, assicurare che la scelta parlamentare più politica di tutte, e cioè la scelta di bilancio, sia rispettata da chi ne deve dare attuazione e cioè la pubblica amministrazioni.

Sono contento che questo incontro di oggi sia organizzato dalla LUISS, perché – io sono un laureato LUISS di qualche anno fa - la LUISS è stata, per quelli della mia generazione, il primo e riuscito esperimento di osmosi fra la cultura giuridica e quella economica, un luogo in cui i giuristi hanno compreso l'importanza dell'economia,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

l'economia ha compreso l'importanza del diritto. Come sappiamo bene, non vi è diritto che non costi e parlare di diritti in senso astratto, senza capire che ogni diritto ha un costo, è un enorme errore.

La Corte dei Conti condivide questa natura di soggetto in cui diritto ed economia vivono insieme, in una visione complessiva che funge anche da *trait d'union* tra il momento della decisione politica e quello dell'azione amministrativa.

Dunque, ringrazio nuovamente la Professoressa Bolognino per questo bel manuale e ringrazio la LUISS e tutti gli organizzatori per questa bella occasione di incontro e confronto.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Organizzazione amministrativa[*]

di Giuseppe Di Gaspare[**]

29 gennaio 2021

Sommario: 1. La visione statocentrica dell'amministrazione e la sua forte valenza di modello teorico. – 2. L'amministrazione legalitaria-burocratica e i suoi presupposti teorici e pratici: la spersonalizzazione del funzionario nell'organo. – 3. La stratificazione del modello: dall'amministrazione per ministeri, all'amministrazione per aziende, all'amministrazione per enti, all'amministrazione decentrata. – 4. La competenza, pietra angolare della concezione tradizionale dell'organizzazione amministrativa. – 5. La crisi del modello per la divaricazione tra legittimità ed efficacia. – 6. La transizione verso un nuovo modello: il conflitto tra la logica della competenza e quella del risultato. – 7. La ripersonalizzazione dell'organo nel funzionario. – 8. La responsabilizzazione: un circuito virtuoso per la riforma della pubblica amministrazione.

1. La visione statocentrica dell'amministrazione e la sua persistente valenza di modello teorico

Il punto di partenza del discorso è costituito dalla constatazione del paradosso tra l'insufficienza esplicativa del tradizionale modello legalitario-burocratico di amministrazione pubblica e **la persistente egemonia del quadro teorico statocentrico** che lo sostiene, percepito tuttora come potenzialmente esaustivo, in grado, cioè, astrattamente di comprendere al suo interno il significato dei mutamenti intervenuti. Questa persuasività del quadro teorico statocentrico deriva da quell'attributo di onnicomprensività, implicito nella impostazione statualistica, che fa sì che l'organizzazione amministrativa in questo collegamento con lo stato, pur variamente rappresentato dalla dottrina, venga a trovarsi in una dimensione tendenzialmente "totalitaria".

Le diverse varianti teoriche, soggettive od oggettive, dell'amministrazione pubblica, tramite le quali la visione di fondo si sostanzia in formulazioni dogmatiche e dottrinarie degli istituti organizzativi desumibili dal diritto positivo, si sono finora indistintamente collocate in questo involucro unitario.

Non è stato sufficiente, per fuoriuscire dall'accennata totalità, neppure il

[*] Il presente scritto riproduce, senza note e bibliografia, la voce *«Organizzazione amministrativa»*, pubblicata in *Dig. disc. Pubbl*, vol. X, Torino, 1995, 513 ss.

[**] Professore ordinario di Diritto dell'economia, LUISS Guido Carli.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

riferimento a concezioni ormai oggettivate dall'ordinamento giuridico, quali quelle elaborate nel corso degli anni '60 in particolare dalla dottrina italiana che, rompendo con la tradizione soggettivista dello stato persona, hanno propugnato una ricostruzione in termini oggettivi dell'organizzazione amministrativa come manifestazione strutturata di un potere pubblico che discende direttamente dall'ordinamento costituzionale della Repubblica. Né attingono ad un punto di rottura, con l'impostazione tradizionale, della quale, anzi, costituiscono un ulteriore adattamento, quelle concezioni che frantumano la unitaria soggettività dello stato in una più estesa pleiade di figure soggettive pubbliche, comunque tra loro riconnesse da rapporti organizzativi che tendono a convergere verso un baricentro rappresentato da una figura soggettiva di unificazione e coordinamento.

Questa unitarietà statocentrica dell'amministrazione, dinamicamente prodotta e sorretta dall'ordinamento giuridico nel suo stesso attuarsi (approccio normativista), oppure ricavata *ex post* da una sistematica dei rapporti organizzativi (approccio istituzionista) è una immagine che, mai chiaramente decifrata nei suoi presupposti di fondo costituisce, quasi allo stato latente, l'involucro teorico entro il quale si continua a collocare la visione dell'organizzazione amministrativa.

2. L'amministrazione legalitaria-burocratica e i suoi presupposti teorici e pratici: la spersonalizzazione del funzionario nell'organo

La percezione teorica dell'organizzazione amministrativa come «grandezza sociale» giuridicamente rilevante, secondo la nota formulazione del Romano, è una acquisizione della scienza dell'amministrazione derivante essenzialmente dalla tradizione giuridica del diritto amministrativo continentale, in particolare tedesca ed italiana.

Essa si radica nella affermazione dello stato parlamentare, **con il passaggio da una struttura dualista tipica dello stato liberale di diritto, ad una concezione monista dello stato.**

Con la connessa affermazione del **principio di legalità formale** dell'azione amministrativa, tutti quei rapporti tra sovrano e funzionari pubblici, precedentemente relegati nell'ambito del jus domesticus, vengono ora ad essere formalizzati e subordinati alla legge del parlamento che diviene, appunto, fonte di generale legittimazione e formalizzazione di tutta l'attività amministrativa.

Con questo passaggio quegli originari vincoli personalistici di obbedienza e fedeltà che legavano direttamente i funzionari pubblici al sovrano non solo vengono meno, ma mutano anche significato. Infatti, una volta che alla persona (fisica) del sovrano si sostituisce la persona giuridica (immateriale) dello stato-ente, questi rapporti abbisognano di una nuova e diversa rappresentazione. In altri termini, la spersonalizzazione dell'autorità del sovrano, che si realizza con l'imputazione della

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

sovranità all'astratta persona dello stato, provoca, quasi inavvertitamente, la spersonalizzazione anche del secondo termine del rapporto: la persona del funzionario. Non più rapporti tra persone fisiche, dunque, ma rapporti tra entità astratte: tra organi.

Questo occultamento progressivo del rapporto personale, può essere colto, nella sua evoluzione interna, nella modifica della nozione di gerarchia. A seguito della personificazione dello stato, la gerarchia viene a perdere quell'originario significato che al contempo definiva il contenuto di quei rapporti personalistici con il sovrano e forniva la mappa della loro oggettiva estensione. Il venir meno di questo significato più «ampio» della nozione porta alla luce quella irrisolta tensione tra rapporto di impiego e rapporto organizzativo fino alle più recenti formulazioni sul rapporto di ufficio e sul rapporto di servizio.

Il fatto è che non essendo possibile porre sullo stesso piano di rappresentazione della realtà l'astratta persona dello stato (il suo *nomen iuris*) e la concreta fisicità dei funzionari, pena il dissolvimento della stessa dimensione "reale" dello stato-ente, la dottrina giuridica è stata costretta a trascrivere anche il secondo termine del rapporto su di un piano di raffigurazione della realtà ontologicamente omogeneo a quello in cui si colloca l'astratta idea dello Stato: spersonalizzare il funzionario "imbozzolandolo", per così dire, nella figura dell'**organo**.

È stata questa, se si vuole, la scelta continentale per la neutralizzazione del potere pubblico, ove alla corona si è sostituito il nuovo centro di imputazione costituito dalla persona giuridica «unitaria» dello stato. Questa raffigurazione unitaria ha di fatto precluso la strada ad altre soluzioni possibili **con il mantenimento del dualismo ontologico tra corona e parlamento**. Sta lì a dimostrarlo storicamente l'esperienza costituzionale anglosassone, ove, quantomeno nel suo paradigma teorico, il dualismo sopravvive. In quel sistema costituzionale, infatti, la neutralizzazione del potere del monarca e la subordinazione dell'amministrazione alla legge non passano attraverso la spersonalizzazione dei rapporti tra sovrano e i *civil servants*. La "depoliticizzazione" della corona e dei suoi funzionari si realizza con la "costituzionalizzazione" dei suoi rapporti. In questo modo la corona ed i funzionari, i «due elementi costanti» del *civil service*, vengono neutralizzati e al contempo guarantigiati nei confronti del potere-parlamentare: «Corona e amministrazione pubblica, - pertanto - che non a caso abbandonarono insieme l'area politica offrono l'intelaiatura del libero gioco dei governi e delle politiche parlamentari».

La teoria organica comporta, inevitabilmente, la spersonalizzazione del rapporto, quasi come in un «transfert», dunque, la personalità del funzionario si trasferisce nell'astratta dimensione dell'"ufficio". La complessità di questa trascrizione, verrebbe da dire transustanziazione, del funzionario nell'entificazione della sua «competenza», è pertanto tutta inscritta all'interno dell'evoluzione della teoria dell'organo giace al fondo della tuttora irrisolta, e forse irrisolvibile, ambiguità della sua natura, scissa tra titolare ed ufficio, e nella intrinseca contraddittorietà del rapporto di identità - alterità che si instaura con la persona dello stato.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Ad ogni modo, è sul **versante «interno»** di questa rappresentazione unitaria dello stato-persona, che, **con l'avvento dello stato parlamentare**, faticosamente e vischiosamente **prende forma e si distacca questa nuova raffigurazione degli apparati pubblici come un insieme giuridicamente rilevante: come organizzazione amministrativa.** Una entità concettualmente a sé stante distinguibile dallo stato-ente.

Il punto di snodo, di questo complesso percorso di autocoscienza teorico-pratica, può essere emblematicamente indicato, alla fine del secolo scorso, nel momento in cui la dottrina giurispubblicistica abbandona la concezione del rapporto organizzativo come rapporto unisoggettivo (dello Stato con se stesso). Ma l'acquisita autonomia esistenziale e concettuale dell'organizzazione transita necessariamente per l'affermazione delle teoriche ordinamentali. Sono queste teoriche, infatti, che, «sdoppiando» lo stato-ordinamento dallo stato-ente, consentono di risolvere la precedente antinomica visione di uno stato produttore e al contempo destinatario di norme giuridiche. Il diverso fondamento della «produzione» giuridica nello stato-ordinamento, infatti, permette di raffigurare lo stato persona come destinatario della norma e quindi come «parte» di un rapporto giuridico. È questo passaggio teorico, dunque, che apre il versante interno dello stato-ente ad un processo di progressiva giuridicizzazione. Diviene cioè possibile, rispetto alla norma bilatera che emana dallo stato-ordinamento, pensare la persona dello stato quale «parte» di rapporti che fino allora erano rimasti confinati nella sfera fattuale interna senza così potere attingere ad una dimensione del giuridicamente qualificabile.

Ma questa fuoriuscita dell'organizzazione dalla dimensione interna e fattuale e dal rapporto unisoggettivo è, in qualche modo, più subita che ricercata. L'organizzazione amministrativa continua a rimanere nel cono d'ombra dello stato-ente. Sono là ancora a testimoniarlo, in definitiva, tutte le positive ricostruzioni dottrinarie, che evidenziano, come nesso caratterizzante l'organizzazione, la sussistenza di questo cordone ombelicale: dalla formula dell'amministrazione diretta ed indiretta alla costruzione dualistica dei rapporti di gerarchia ed autarchia fino alle più recenti ricostruzioni in termini di alternatività e strumentalità degli enti pubblici.

A questa generale strumentalità «esterna», che collega lo stato-ente con le amministrazioni, quando esse acquisiscono una loro giuridica individualità nell'ordinamento generale quali enti pubblici, si aggiunge il rapporto di strumentalità "interna" che lega lo Stato (e l'ente pubblico) ai propri uffici-organi.

3. La stratificazione del modello: dall'amministrazione per ministeri, all'amministrazione per aziende, all'amministrazione per enti, all'amministrazione decentrata

Questo campo teorico statocentrico costituisce la matrice del modello legalitario-burocratico che con esso si salda come due facce di una stessa medaglia. La

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

onnicomprensività e la flessibilità interna della visione statocentrica consentono i progressivi aggiustamenti del modello legalitario-burocratico. Questi passaggi si possono descrittivamente riassumere con riferimento alle tradizionali e collaudate formule dottrinarie: l'amministrazione per aziende; l'amministrazione per enti; l'amministrazione decentrata o autonoma. Tali formule rimangono all'interno di un processo evolutivo dell'originario impianto centralistico dell'amministrazione legalitario burocratica costituito dall'amministrazione per ministeri.

Sull'archetipo dell'organizzazione ministeriale, infatti, si innesta dapprima l'amministrazione aziendalistica: l'impresa-organo in cui questo innesto è immediatamente visibile identificandosi il suo vertice con quello del ministero di settore nella figura del ministro. Questo rapporto di immedesimazione organica è, come noto, riprodotto su scala minore con la municipalizzazione e si estende in tanti subalterni microcosmi.

Anche il successivo innesto dell'amministrazione per enti rimane all'interno di questo schema statocentrico. Ci si accorge ben presto che la relazione di alterità, che tanto stupore aveva destato nella coeva dottrina, appare, ad uno sguardo più distaccato, all'interno di una linea di continuità dell'impianto ministeriale. La relazione di alterità, infatti, assume essenzialmente rilevanza sul versante esterno dei rapporti con i cittadini. Sul versante interno dei rapporti con lo stato, invece, la personalità giuridica degli enti non costituisce uno schermo nel collegamento di strumentalità con l'organizzazione ministeriale e nei riguardi della ingerenza del ministro di settore nelle forme della "tutela", prima, e della "vigilanza", poi. Muta semmai l'enfasi sul contenuto del rapporto organizzativo che da gerarchico si trasforma sempre di più in rapporto di direzione.

Anche gli enti pubblici che agiscono nell'ambito economico per la produzione di beni e servizi (la cosiddetta "amministrazione economica") e la stessa amministrazione autonoma locale - che pur sembrano collocarsi, con l'avvento della Costituzione repubblicana, al di là del possibile punto di rottura del campo teorico statualistico - rimangono comunque in quell'orbita e costituiscono un successivo, benché estremo, innesto sull'archetipo ministeriale. Per alcuni aspetti, anzi, nel periodo che si apre con l'introduzione dell'ordinamento regionale, questa relazione di dipendenza appare rafforzata. Essa si manifesta su diversi piani, non sempre di immediata percezione, in quanto il collegamento di dipendenza prescinde dal tradizionale filtro della competenza materiale in ordine all'atto, in assenza del quale spesso sfugge la rilevanza centrale che occupano altri collegamenti giuridicamente rilevanti ma che non si traducono in una formale manifestazione procedurale o attizia. Così, mentre si accentra l'attenzione sul rispetto o meno del riparto delle competenze, si avverte però come l'esclusività della competenza non costituisca più un limite alla penetrazione dell'indirizzo. Non ci si sofferma a sufficienza su altri aspetti fondamentali come la relazione fiduciaria con il governo, doppiata spesso da un sottostante collante centralistico costituito dalla catena gerarchica politico-partica, oppure non si avverte lo spessore condizionante

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

l'autonomia, e la responsabilità dell'amministrazione autonoma o decentrata, che consegue all'unificazione finanziaria delle entrate e della spesa operata negli anni '70. Si coglie comunque l'artefice principale di questo processo costituito dall'invenzione, verrebbe da dire, di un potere anche amministrativo di indirizzo e coordinamento nei riguardi delle regioni, rafforzato da una legislazione statale di spesa a contenuto provvedimentale che riduce l'ambito di esplicazione delle competenze regionali.

In questa prospettiva di quasi interna naturale dilatazione del modello statocentrico il quadro teorico è destinato a rimanere immutato. Infatti, per la dottrina più tradizionale sarà sufficiente soltanto **allargare le maglie teoriche e spostare successivamente l'enfasi, nella qualificazione dei rapporti organizzativi, dal rapporto interno al rapporto interorganico, al rapporto intersoggettivo**. Il prezzo di questo mantenimento di un armonico campo teorico di riferimento è stato probabilmente pagato in termini di sottovalutazione delle potenzialità innovative della Costituzione. Non riesce a produrre allora un'effettiva inversione di rotta, rispetto a questa dominante tendenza teorico-pratica, lo sforzo di quella dottrina volto, a partire da una innovata concezione obiettiva del potere in termini di funzione, a superare la visione statocentrica e a porre direttamente in relazione con la società civile, piuttosto che con lo stato, i fondamenti della pubblica amministrazione, intesa nell'ordinamento repubblicano, come direttivamente servente la collettività.

4. La competenza, pietra angolare della concezione tradizionale dell'organizzazione amministrativa

Non è certo possibile dar conto, nei limiti della presente costruzione, della complessa e variegata architettura del modello legalitario-burocratico dell'organizzazione amministrativa. Conviene pertanto soffermarsi su due elementi costitutivi più importanti (il profilo legale e quello burocratico) lasciando al lettore, ed alle altre trattazioni specifiche, la dettagliata ricostruzione dell'intelaiatura complessiva. Alla base di questa costruzione teorica, come essenziale punto di raccordo tra il profilo legale e quello burocratico, è la nozione di *competenza* che, per questo motivo è vista come la «pietra angolare» della teoria giuridica dell'organizzazione dello stato. La competenza, infatti essendo riferibile sia al potere attribuito dalla norma sia al compimento del dovere d'ufficio, ha consentito di legare stabilmente, all'interno della teoria dell'organizzazione, il principio di legalità con quello di divisione del lavoro mantenendo così in equilibrio modello legalitario-burocratico. La competenza quale misura del potere attribuito dalla norma, consente di porre su un piano di astratta oggettività la configurazione dell'ufficio scindendola da quella dell'agente. Questa oggettivizzazione e quantificazione astratta del potere e dei compiti amministrativi va inserita in un panorama più ampio. Essa consente infatti una standardizzazione e parcellizzazione del lavoro burocratico concettualmente non dissimile da quello che la

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

coeva organizzazione del lavoro realizza nell'impresa tramite la standardizzazione dei processi lavorativi della produzione industriale. Così, come per la grande impresa dell'epoca della produzione di massa, anche l'organizzazione per uffici, risulta funzionale alla costituzione di grandi complessi organizzativi accentrati, governati con il metodo della programmazione e retti di sistemi centralizzati e uniformi di controllo. Consente dunque lo sviluppo di amministrazioni con una piccola testa e dei grandi apparati esecutivi: dal «ministero» ai grandi enti pubblici che vedono la luce negli anni trenta.

A seconda della quantificazione (competenza-attribuzione) e della sua qualificazione (esclusiva o meno) variano, quantomeno nella loro raffigurazione statica, i rapporti organizzativi di sovraordinazione e di coordinazione sia interni allo stato, sia tra questo e le altre amministrazioni dotate di rilevanza soggettiva: gli enti pubblici territoriali e strumentali. All'interno di questi ultimi la suddivisione dell'attribuzione in competenze - e che ha la sua più chiara formulazione nello schema dicasteriale - è riprodotto su scala minore.

Questa rappresentazione statica e quantitativa della competenza è integrata da una visione dinamica dei rapporti organizzativi tra competenze che è invece assicurata con il ricorso alla nozione di organo.

Una relazione che si articola sui diversi versanti dell'ufficio, dell'ente e del (suo) titolare. Concetto limite è qui quello di personalità giuridica dell'organo al quale si lega la qualità di interorganico o intersoggettivo propria del rapporto organizzativo: una rappresentazione dinamica che si esaurisce nell'ordinamento interno ovvero in quello generale, dando allora luogo a rapporti equiparati a quelli intersoggettivi.

Come accennato, in questa complessa costruzione **la competenza è non solo il precipitato organizzativo del principio di legalità che fonda il potere e il rapporto giuridico. Essa è al contempo il precipitato organizzativo del principio della divisione del lavoro: il cosiddetto principio di articolazione**. La competenza appare, dunque, non solo come misura del potere giuridico ma anche come misura dei compiti e parametro di riferimento per la valutazione dei comportamenti amministrativi. Principio di legalità e principio di articolazione costituiscono il collante tra versante esterno ed interno. In questo modo, a partire dalla nozione di competenza il disegno organizzativo legalitario-burocratico dell'amministrazione, può essere ricondotto ad un impianto logico-ideologico unitario, anche nella sua duplice accezione di *amministrazione autoritativa* e di *amministrazione per servizi*, la quale ultima, val la pena di ricordarlo, agisce anch'essa esternamente solo per il tramite di atti giuridici. Anche se, passando dall'amministrazione autoritativa a quella per servizi, si assiste quasi ad una inversione di ruoli tra principio di legalità e principio di divisione del lavoro assumendo vicendevolmente una valenza ora presupposta ora strumentale.

La dottrina ha da tempo colto questa centralità della nozione di competenza nel suo essere al crocevia tra la teoria giuridica dell'organizzazione e l'attività

amministrativa (rectius dell'atto) e quindi la sua imprescindibilità nella raffigurazione strutturale dell'organizzazione pubblica.

Nella ricostruzione di un'amministrazione legalitaria-burocratica, la competenza lega inoltre l'atto al controllo ponendosi alla base della verifica della legittimità dell'esercizio del potere sia in sede amministrativa che in sede giurisprudenziale. Al contempo misura del potere legale e del dovere di ufficio, la competenza è anche il parametro cui si riferisce quell'ampio ventaglio di misure di esercizio del potere gerarchico (dall'ordine, all'avocazione, al potere sostitutivo, alla sanzione disciplinare) che consente di andare oltre il ripristino della legalità attingendo al merito ed all'efficacia dell'azione amministrativa. Così il riparto statico della competenza, come misura quantitativa del potere, consente una astratta standardizzazione degli uffici e determina una uniformazione del controllo accentrato sugli atti.

L'intrinseco equilibrio di questa costruzione è stato già posto in luce da quella dottrina che ha da tempo indicato l'esistenza di un indissolubile legame tra principio di legalità e vincolo gerarchico, per essi cui si sostennero e caddero insieme.

Ma questo complesso equilibrio tra organizzazione ed attività amministrativa ha il proprio punto limite nella necessaria esclusiva riconduzione concettuale dell'attività amministrativa all'atto. Questo punto di equilibrio, che si ritrova inscritto nel codice genetico della competenza amministrativa, è allora destinato ad entrare irrimediabilmente in crisi con il progressivo ma inarrestabile modificarsi del principio di legalità. **Quando, da una concezione formale ed astratta (*rule oriented programs*) che esclude ogni finalità contenutistica, si passa ad una concezione della norma di legge che, all'opposto, assume tale finalità come il più intimo significato della norma (goals oriented programs**) non è più possibile ricondurre l'efficacia dell'attività ai soli effetti giuridici dell'atto amministrativo. Questo passaggio può essere colto da diversi punti di vista ed è normalmente lumeggiato nei suoi aspetti teorici di fondo all'interno degli *excursus* tematici sullo stato amministrativo nel passaggio o nelle inconciliabili connessioni tra «stato di diritto» e «stato sociale». Ad ogni modo è questa inclusione di finalità politiche all'interno della norma (e delle conseguenti scelte di valore che si manifestano nel percorso attuativo della competenza) che mette in crisi quel perfetto equilibrio che si manifestava nel disegno organizzativo tra principio di legalità formale e principio gerarchico di divisione d lavoro e che dava luogo ad una logica identità tra efficacia dell'azione amministrativa e legalità dell'atto, per cui l'annullamento dell'atto illegittimo, in definitiva, valeva immediatamente a ripristinare la legalità e -con essa ed in essa - «l'obiettivo» puramente formale perseguito dalla norma.

Si spiega, in questa prospettiva, la stessa parabola della nozione di *organo.* Finché l'organo è espressione della volontà della persona dello stato, ed è (per questo ed in questo) «organo di diritto», finché, in altri termini, vi è piena coincidenza tra il contenuto della volontà dello stato e volontà giuridica, fino a quando, cioè, l'efficacia dell'atto si risolve tutta nella modificazione giuridica prodotta, la persona fisica del

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

"titolare" può, senza difficoltà, dissolversi dietro lo schermo dell'astratta rappresentazione simbolica dell'organo. Anzi, tramite questa si afferma la piena responsabilità giuridica della "persona dello stato" direttamente nei confronti del cittadino per gli atti assunti nell'esercizio dei poteri legalmente conferiti. Dunque, l'immedesimazione organica esclude che i vizi della volontà del soggetto agente in ordine all'atto possano risolversi in un affievolimento della responsabilità giuridica dello stato. Essa non è solo il mezzo di manifestazione potenziata della capacità giuridica dello stato ma valle altresì a rafforzare la garanzia giuridica dei cittadini nei confronti degli atti autoritativi o condizionati diritti e libertà, proprio perché assicura l'imputazione piena ed immediata, alla volontà dello stato, delle manifestazioni degli organi. **Ma questa garanzia, che implica l'irrilevanza dei comportamenti degli agenti, viene meno, si trasforma all'opposto in una dissimulazione dell'arbitrio personale in un'amministrazione che persegue obiettivi non più formali ma politici**. Di fronte ad un'amministrazione che, come è stato di recente detto, distribuisce essenzialmente risorse, non c'è più automaticità tra l'annullamento dell'atto illegittimo e il ripristino dell'efficacia dell'azione amministrativa e la soddisfazione dell'interesse privato leso. L'irrilevanza dei comportamenti esterni dei funzionari è potenziata inoltre dall'affievolimento, sul versante interno, del vincolo gerarchico. Un affievolimento che consegue all'accresciuta complessità finalistica dell'azione amministrativa ed al connesso slittamento e decentramento di funzioni e poteri, con la nota commistione tra funzioni di indirizzo e di controllo e funzioni di gestione e di esecuzione. Si assiste quasi ad un cammino a ritroso: l'irresponsabilità del funzionario si traduce in una deresponsabilizzazione dell'organizzazione amministrativa ed in un generale depotenziamento delle garanzie dei cittadini rispetto al perseguimento di obiettivi sostanziali ed ai risultati dell'azione amministrativa.

È in questo dissidio tra legalità ed efficacia, non più ricomposto nel versante interno ed esterno dell'esercizio della competenza, che attualmente si radica quel senso di insoddisfazione, pragmatica ancor prima che teorica, nei: riguardi della figura dell'organo. L'accennata evoluzione non solo ha fatto sì che divenisse ormai fatto consueto la divaricazione tra legittimità ed opportunità (il caso di scuola del provvedimento legittimo ma inopportuno), ma ha determinato altresì quella più profonda ed insostenibile cesura tra legittimità dell'atto amministrativo e illiceità del comportamento del funzionario.

È questa inammissibile coesistenza che, spingendo ad una riconsiderazione della teoria organica, mette, in dubbio la sussistenza del modello legalitario-burocratico basato sulla astratta dinamica della competenza tramite l'organo. Bon grè mal grè **si ripropone, al centro della ricostruzione della teoria dell'organizzazione, la responsabilità personale del funzionario-agente** in ordine al risultato.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

5. La crisi del modello per la divaricazione tra legittimità ed efficacia

Se queste considerazioni sono esatte, non è un caso che la crisi del modello tradizionale legalitario-burocratico venga alla ribalta proprio a partire da una riconsiderazione del sistema tradizionale dei controlli (cfr. d.l. 17-7-1993, n. 233, disposizioni in materia di legittimità amministrativa e successive modificazioni). L'inadeguatezza del tradizionale controllo di legittimità sull'atto (preventivo o successivo, interno ed esterno) era stata da tempo oggetto di contestazione in sede scientifica. Essa, al fondo, era stata intuita dallo stesso costituente che, da un canto, aveva limitato il controllo legittimità ai soli atti di governo e, dall'altro, esteso controllo della Corte dei conti alla «gestione del bilancio dello Stato». La riconduzione e riduzione della formulazione costituzionale nell'ambito della concezione tradizionale del controllo di legittimità è da imputarsi proprio alla potenziale eversività che la formula costituzionale rivestiva e riveste nei confronti del modello legalitario-burocratico basato, invece, sulla visione di un'amministrazione che «produce» essenzialmente atti amministrativi. È quindi, da questa angolazione del controllo che originariamente appare, sotto forma di inadeguatezza e di inadattabilità, del modello, la crisi dell'impianto tradizionale dell'amministrazione legalitaria.

Il tentativo di porre un argine alla schizofrenica scissione tra legittimità (dell'atto) ed inefficacia (dell'azione) è già riscontrabile alla base dell'estendersi nei ministeri di spesa, a partire dagli anni '80 della formula del «nucleo di valutazione». Per mezzo di essi si vuole, infatti, verificare l'efficacia dell'intervento pubblico in termini di «impatto» socio-economico prima, e socio-ambientale poi. Su questa iniziale esperienza si innesta l'attuale generale estensione, a livello centrale e periferico, di uffici adibiti direttamente a controlli di gestione sull'insieme delle risorse amministrative: dal personale, al patrimonio, al bilancio. Questa esigenza è alla base anche della riorganizzazione funzionale del controllo interno oltre che di quello della Ragioneria Generale dello Stato e della Corte dei conti (cfr., da ultimo, art. 20 d.lg. n. 29/1993). **L'introduzione del controllo di gestione, implicando un passaggio dall'atto all'attività comporta inevitabilmente *un'attribuzione di responsabilità in ordine al risultato*** e spinge progressivamente verso un ripensamento del ruolo della dirigenza amministrativa all'interno degli apparati pubblici (cfr., da ultimo, art. 16 e ss. del d.lg. n. 29 cit.). Si sviluppa, in questa transizione verso la riscoperta di individuate responsabilità, un "autocontrollo" dell'amministrazione che si manifesta da ultimo nell'attuale tendenza all'enfatizzazione della funzione di monitoraggio interno. Il recupero di efficacia dell'azione amministrativa, dunque, ha preso le mosse dalle disfunzioni del controllo di legittimità ma è andata oltre. La ricerca di efficienza, infatti, ha spinto non solo a ripensare al ruolo dell'amministrazione di controllo, al di fuori della prevalenza del riscontro formale di legittimità dell'atto, ma ha operato ancor più in profondità negli stessi apparati amministrativi interessati dalla funzione di controllo.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La nuova funzione di controllo, alla ricerca del risultato della gestione, prescinde dall'atto e tende quasi a crearsi un proprio oggetto individuandolo nel collegamento tra comportamento amministrativo e risultato (cfr. art. 20 d.lg. cit.). Il comportamento appare così, anche legislativamente, come «il mezzo giuridico che consente di legare tra loro le norme sulla competenza con quelle sulla responsabilità». **La riformulazione del sistema dei controlli, dunque, come in un processo a catena, ha spinto** l'organizzazione amministrativa a passare dalla logica del riparto per competenze **ad una nuova logica nella quale la frammentazione del riparto è superata dalla percezione unitaria del risultato dell'azione amministrativa**. Non è un caso quindi che lo scontro tra il vecchio ed il nuovo modello abbia raggiunto l'acme proprio sul terreno della riformulazione dei controlli, come attesta il faticoso iter del citato d.l. n. 232/1993.

6. La transizione verso un nuovo modello: il conflitto tra la logica della competenza e quella del risultato

Questo traumatico passaggio dall'atto all'azione, dalla cultura della competenza a quella del risultato può essere colto anche sul versante delle logiche organizzative: nel conflitto, interno, tra uffici di diversa natura e nel conflitto, esterno, tra amministrazioni improntate alle diverse logiche funzionali. Sono le conseguenze di questo non risolto contrasto a provocare quell'accresciuta complicazione degli assetti organizzativi dell'amministrazione centrale. Un conflitto di transizione che traspare, all'interno degli apparati, nella accresciuta contrapposizione tra i nuovi uffici di *staff* e i tradizionali uffici in *line.* All'esterno, nelle relazioni organizzative tra ministeri, si manifesta nelle sovrapposizioni e duplicazioni di attività tra amministrazioni orientate al risultato (amministrazioni per missioni) e i tradizionali dicasteri basati sul riparto di competenze per materie. Sono il frutto della nuova logica dell'amministrazione per missione, ad esempio, i nuovi "dipartimenti" presso la Presidenza del Consiglio (cfr. la 1. n. 400 de1 1990, quantomeno per quello che attiene il loro schema teorico volto al perseguimento di obiettivi organicamente individuali nella legislazione istitutiva), e, in particolare, a livello periferico gli uffici istituiti *ad hoc* come i commissariati e gli uffici speciali di gestione. Anche se va ricordato come questi, lungi dal rispondere alle aspettative di efficacia, tempestività e di economicità di interventi, spesso hanno finito per apparire come manifestazioni recessive rispetto al modello legalitario che volevano innovare: una riedizione di più antiche forme di organizzazione: quasi una riscoperta del diritto feudale. Il tutto è a riprova del fatto che l'innesto di nuove formule organizzatorie è di per sé insufficiente, quand'anche non dannoso, se non assistito da un mutamento condiviso delle regole sull'azione amministrativa, sulla responsabilità e sui controlli.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La riorganizzazione dell'amministrazione attiva in funzione del risultato implica, dunque, una destrutturazione ed una ristrutturazione dell'amministrazione secondo una linea di movimento che è al contempo di unificazione funzionale e centrifuga, verso una responsabilizzazione diffusa, rispetto alla quale appare sempre più come velleitario palliativo e fonte di ulteriori disfunzioni, il ricorso ai rimedi procedimentali, a formule tipo "il concerto" sull'atto, oppure a formule di raccordo tra funzioni quali il coordinamento. L'inadeguatezza di questi tentativi, l'oscillare tra complicazione e semplificazione entro uno schema teorico superato, appare, ad esempio, nella ciclica tendenza ad affidare ed a togliere funzioni di indirizzo e coordinamento a comitati interministeriali o ad organismi misti o organi di raccordo tra amministrazione statale e regionale (cfr. da ultimo: art. 1 25° co.,1, 537/1993).

7. La ripersonalizzazione dell'organo nel funzionario

Questo dissidio tra efficacia e legittimità, che appare originariamente dal punto di vista della crisi del sistema dei controlli, ha, dunque, una estensione più ampia. Al di fuori dell'organizzazione in senso stretto, esso è anche rintracciabile al fondo del ripensamento della disciplina del procedimento amministrativo attuato con la l. n. 241/1990. La consapevolezza del problema traspare già nella riformulazione dei principi dell'azione amministrativa, di cui all'art. 1 della legge, ove per la prima volta si opera una sorta di equiordinazione, in termini di parametri, tra efficacia e legittimità. Ma a questa novella legislativa si deve, soprattutto, la riemersione in primo piano sulla scena dell'azione amministrativa della persona fisica del funzionario, quale "responsabile dell'unità organizzativa" o "del procedimento" (cfr. art. 4, 1, 241 cit.). È in questa veste, infatti, che il pubblico funzionario è ora chiamato a rendere conto della propria attività in termini anche di efficacia. Le potenzialità eversive, conseguenti alla introduzione di queste figure ripersonalizzate sul modello legalitario-burocratico, costruito sull'anonimato dei funzionari e sulla fungibilità dell'organo, sono ancora da esplorare appieno. La necessità di un coinvolgimento della responsabilità personale nel risultato è, ad esempio, alla base della riforma della dirigenza amministrativa, con il citato d.lg. n. 29 del 1992. Questa diffusione della responsabilità agisce anche verso una ridislocazione della potestà organizzativa, intaccando il tradizionale riparto della potestà normativa di organizzazione. La modifica sembra destinata ad andare anche più in là della redistribuzione della funzione normativa di organizzazione realizzato con la normativa di attuazione dell'art. 2 della 1, n. 241/1992. Questo riparto implica una drastica riduzione, se non ad una vera e propria vanificazione, del principio della riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa. Ma, al fondo, questa esigenza di recupero di efficienza e di imputazione di responsabilità personali incide, ancora più in profondità, sull'organizzazione innescando un circolo virtuoso di una più razionale allocazione dei mezzi e del personale (cfr. art. 34 e ss, d.lg. n. 29/1993 cit.). È in questa

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

logica di razionalizzazione, piuttosto che in quelle del procedimento che va colta, allora, l'importanza dell'art. 3 della 1. 241 che prevede l'obbligo di motivare gli atti organizzativi. Siamo, a ben vedere, di fronte ad una tardiva attuazione della Costituzione repubblicana. Soltanto ora sembra possibile esplicitare appieno il «contenuto innovatore» della formula adottata dall'art. 28 sulla responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello stato, da quando, cioè, sulla scia di una acuta dottrina, finalmente si è scorto il «collegamento naturale» che lega la responsabilità in via diretta dei funzionari, per gli atti compiuti in violazione dei diritti, con l'art. 97, 2° co. della Costituzione. Si è aperta, così una breccia definitiva nella tranquillizzante raffigurazione di un'univoca responsabilità giuridica «esterna» dell'organo. Con sguardo retrospettivo, l'art. 28 della Costituzione appare allora oggetto di un'omissione analoga a quella dell'art. 100 in materia di controlli. Non è un caso, dunque, che lo stesso atteggiamento omissivo abbia colpito due norme costituzionali potenzialmente in grado di sovvertire il tradizionale modello legalitario-burocratico dell'amministrazione. E in effetti, all'interno di quel quadro teorico, le implicazioni organizzatorie dell'art. 28 Cost. sono sfuggite anche alla dottrina più attenta alla evoluzione della prassi amministrativa, tant'è che la manualistica più diffusa degli anni '70 non enumerava neppure l'articolo nella ricognizione dei principi costituzionali sull'amministrazione. Il fatto è che l'innovazione costituzionale implica un sovvertimento della tradizionale concezione organica dell'attività e della connessa dinamica giuridica tramite l'organo. Ponendo direttamente in primo piano la responsabilità del funzionario, l'interpretazione innovativa apre la prospettiva su di un diverso campo teorico, eclissando anche pragmaticamente la centralità dell'organo. Un'insanabile opposizione metodologica dunque, ha di fatto impedito, quasi oggettivamente velato, una diversa lettura degli artt. 28 e 100 della Costituzione anche in quel collegamento con l'art. 97. In connessione con la responsabilità personale e la gestione dell'attività amministrativa, ad esempio, *l'imparzialità* e il *buon andamento* avrebbero finito per assumere un significato meno evanescente di quello che, pur con le migliori intenzioni, la giurisprudenza amministrativa è riuscita a secernere. La smagliatura nel vecchio sistema, introdotta dalla previsione legislativa del "funzionario responsabile", appare, dunque, in prospettiva, irreversibile. Il funzionario responsabile dell'«unità organizzativa» e del «procedimento» si trova proiettato in un contesto di rapporti giuridici immediatamente rilevanti verso i terzi. È un modello di imputazione della responsabilità destinato ad estendersi, come dimostra la legislazione in itinere, dagli appalti, alla riforma tributaria, all'urbanistica.

Questa specie di «disseminazione» della responsabilità, all'interno dell'organizzazione, implica inevitabilmente anche il decentramento della potestà decisionale e quindi una più adeguata redistribuzione del personale, dei «carichi di lavoro» e delle risorse finanziarie. Una ridislocazione di poteri e di funzioni che sta incidendo in profondità sul modello legalitario-burocratico, mettendone in crisi anche il presupposto teorico statocentrico.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La dottrina non sembra ancora avere iniziato a saggiare la forza eversiva del tradizionale campo teorico giuspubblicista che tale processo di responsabilizzazione diffusa sembra implicare. Basti considerare che l'apparizione sulla scena della persona fisica del funzionario, nella suaccennata dimensione di responsabilità, reintroduce quella *dualità* nei confronti dello stato e della pubblica amministrazione che è stata negata con la teoria dell'organo. Il responsabile del procedimento è, nella sua immediata responsabilizzazione esterna, un soggetto che si pone non solo in termini di alternatività, anche nei confronti della amministrazione pubblica, ma su di un piano di rappresentazione della realtà completamente diverso da quello della realtà organica, in un diverso paradigma teorico ove le formule organizzatorie di diritto pubblico finiscono per non essere strutturalmente diverse da quelle di diritto comune. Il convergere verso soluzioni «formali» di diritto comune è attestato dall'apparire sullo sfondo dell'esperienza più recente, per influsso del diritto comunitario, di moduli organizzativi come la Fondazione (pubblica), la ristrutturazione, tramite holdings, di apparati organizzativi pubblici, il ricorso alle joint-ventures al G.I.E., alle formule di partnership (con o senza personalità giuridica). Le stesse formule organizzatorie, come la concessione, sembrano destinate a recedere di fronte a formule organizzative derivanti dal diritto comune come il franchising. Nella produzione di beni e servizi di pubblico interesse, il ricorso al franchising sembra consentire, al di fuori dell'arbitrio discrezionale, un controllo sulle caratteristiche del prodotto sulle qualità del servizio secondo schemi di responsabilizzazione di diritto comune, così come il «contratto a favore di terzi» sembra costituire il nuovo strumento di controllo da parte degli utenti sull'erogazione dei servizi il cui costo rimane in tutto o in parte a carico dello Stato. In questo senso i meccanismi imputativi sono sempre più assimilabili a quelli in atto per le persone giuridiche private e gli stessi «organi» di una persona giuridica di diritto pubblico finiscono con l'essere qualcosa di non molto dissimile dagli «organi» di una persona giuridica privata come una s.p.a. Questo riaffermato dualismo dunque è destinato a ricacciare sullo sfondo ogni rappresentazione dei rapporti organizzativi in termini di immedesimazione organica. Ma riscoprire il dualismo significa tornare verso una configurazione di diritto comune, pensare non solo il rapporto di lavoro in modo analogo al diritto privato, ma significa, ancor più, pensare la stessa attività amministrativa tramite moduli negoziali di diritto comune (accordi, contratti). All'interno dell'organizzazione, la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego implica comunque una modifica dei poteri che vi si esercitano ed una tendenziale riunificazione tra rapporto organizzativo e rapporto di servizio. Il che del resto è reso ormai esplicito del richiamo, per i dirigenti, ai «poteri dell'imprenditore» previsti dal codice civile (art. 4 d.lg. n. 29 cit.). Siamo, quindi, oltre il punto di ritorno, sulla strada di una nuova costruzione teorica «personalizzata» dell'organizzazione amministrativa.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

8. La responsabilizzazione: un circuito virtuoso per la riforma della pubblica amministrazione

La legislazione richiamata si inscrive dunque, contribuendo a rafforzarla e ad esplicitarla, in questa tendenza alla destrutturazione del modello legalitario-burocratico ed alla rimessa in causa del suo presupposto di fondo costituito dalla visione stato-centrica dell'organizzazione amministrativa. La destrutturazione del modello tradizionale è percepita competenza, tanto invocata quanto disattesa, ma il risultato concreto, non più l'organo ma il funzionario. Significativa a questo riguardo è l'estrema parabola dell'organo cui è dato assistere proprio con la più recente legislazione. Si assiste ad un ribaltamento di posizione tra organo e funzionario. Una specie di rivincita del secondo sul primo: mentre l'organo perde la rilevanza esterna, che era la sua ragion d'essere, per acquistarne una meramente interna all'organizzazione: il funzionario diviene il principale, se non unico, protagonista dell'azione amministrativa. L'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso "l'esterno" è, così, rimessa ai dirigenti: gli organi di vertice, invece, siano essi espressione o meno della rappresentanza politica, devono limitarsi alla direzione verificandone i risultati (cfr. art. 3 d.lgs. n. 29 cit.). La potestà di avocazione risulta, però, confinata entro margini assai ristretti (cfr. art. 14 d.lgs. n. 29 cit.). Ma anche in questo caso, una volta che i dirigenti degli uffici divengono «responsabili della gestione e dei relativi risultati» verso *l'esterno* non potrà non riconoscersi loro, e gli stessi non potranno non rivendicare, quell'indipendenza di valutazione nell'esercizio delle funzioni attribuite, alla quale finora si poteva abdicare - e volentieri si abdicava insieme alla responsabilità - a favore dello schermo protettivo costituito dall'esclusiva rilevanza esterna dell'organo.

Siamo quindi, al di fuori dal quadro compromissori disegnato ancora dal d.p.r. 30-6-1972 n. 748, sulla strada di una più marcata separazione tra «politica ed amministrazione», possibile, val la pena di sottolinearlo, solo costituendo la dirigenza amministrativa come direttamente responsabile e quindi in termini di un effettivo "contrappeso", rispetto a quella politica.

Questa perdita di significato del principio di legalità dell'organizzazione e la connessa "interiorizzazione" dell'organo stanno pertanto a testimoniare pragmaticamente il punto di non ritorno del modello legalitario burocratico. Questo sfaldamento interno del modello trascina seco, però, anche il suo presupposto teorico costituito dalla visione statocentrica dell'organizzazione. Spinge verso la rottura la stessa ridislocazione delle responsabilità e dei poteri e l'apparente deriva del sistema delle fonti. Si tratta però di una tendenza meno evidente in quanto la "compattezza" dell'organizzazione amministrativa sembra tuttora resistere, almeno sul piano della qualificazione legislativa (cfr. art. 1, 2° co. del citato d.lgs. 29/1993), anche se, nel testo normativo, si preferisce parlare al plurale di "amministrazioni pubbliche". Quest'ultima catalogazione si inscrive peraltro in quella tendenziale omogeneizzazione tra amministrazione dello stato e le altre amministrazioni pubbliche. Anche se permane,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

sotto il profilo della disciplina del rapporto di lavoro, una residua differenziazione per un nucleo di funzioni autoritative rimesse alla dirigenza ministeriale, ad alcuni "corpi" dello stato e ad autorità dipendenti o ad organi con personalità giuridica dello stato. Le amministrazioni indipendenti sono lì però ad indicare la crisi del modello statocentrico sul versante della precedente relazione di strumentalità. Le nuove funzioni ad esse demandate, qualificabili in termini di **jurisdiction**, collidono con il principio di tripartizione delle funzioni, sul quale tradizionalmente riposa l'assetto organizzativo dell'amministrazione.

A ben vedere si tratta, dunque, di un'effimera compattezza, il cui baricentro è fuori dalla logica organizzativa, risiedendo nella necessità di porre sotto controllo la spesa pubblica e, quindi, in definitiva, in un'esigenza di unificazione della disciplina di spesa per tutto il settore pubblico allargato. È il rispetto dei «vincoli di finanza pubblica» che tiene ancora insieme, anche sotto il profilo delle regole di funzionamento, il complesso aggregato delle amministrazioni pubbliche ed è questa esigenza di contenimento che pone un limite obiettivo alla differenziazione, in quanto il richiamato criterio di uniformità delle soluzioni amministrative si configura con l'immancabile presupposto dell'accentramento del controllo sulla gestione [art. 1 lett. g) n. 537/1993].

Questo sovraccarico ed accentramento della funzione di controllo sembra destinato, comunque, a venir meno, una volta che si ricostituiranno, con la riforma della finanza pubblica e con il decentramento dell'autonomia impositiva e tariffaria, tanti e diversi ed articolati baricentri organizzativi autonomamente responsabili, nei confronti delle collettività interessate, sia del reperimento delle risorse sia della qualità dei servizi resi (DI GASPARE, *Ritorno alla prima repubblica, Il progetto,* n. 63/64, maggio 1991, 114 ss.). Una idea, di quello che potrebbe conseguire a questa disseminazione di responsabilità è rintracciabile, «con gradualità», nell'ispirazione di fondo dell'art. 4 della citata l. 537/1933 che ha conferito la personalità giuridica agli istituti scolastici. «Centri di spesa autonomi» non molto dissimili da quei «centri di profitto indipendenti» che la scienza economica vede come cellule di un nuovo schema di organizzazione dell'impresa. All'interno di un sistema a rete, tali centri si collegano, o meglio si interconnettono tramite un armonizzato sistema informativo specializzandosi, al loro interno e tra loro, in base all'obiettivo delle funzioni assegnate, distinguendosi pertanto tra «funzioni finali e funzioni strumentali e di supporto» (art. 5 d.lg. n. 29 cit.). Collegamenti e connessioni diversamente modulabili a seconda del risultato perseguito, tramite una rete sulla quale finirebbe per vegliare una «Autorità per l'informatica». Forme flessibili di collaborazione funzionale e di «partenariato» sembrano in grado di soppiantare la rigidità dei tramandati rapporti organizzativi stato-centrico intessendo una nuova trama di relazioni attraverso i vari livelli del sistema a rete: da quello internazionale a quello comunitario e europeo, a quello nazionale, regionale e locale. In uno schema teorico in cui risultano modificate le stesse coordinate spaziali di riferimento interiorizzate nella visione statocentrica: «centro» e «periferia», "alto" e «basso» non sono più definiti, una volta per tutte, sulla base del riferimento alla figura

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

soggettiva dello Stato, ma si ordinano secondo quel principio di «sussidiarietà» tanto invocato quanto incompreso proprio per l'inconciliabilità teorica della formula -*che non ha centro*- nei riguardi dello statico modello statualistico.

Questa fuoriuscita del precedente involucro teorico si presenta di vischiosa attuazione e non scevra da rischi: la difficoltà maggiore è costituita proprio da l'esigenza di un cambiamento culturale. Dietro essa è possibile intravedere anche una volontà di conversazione ad una ridislocazione di poteri che incide sui ruoli e status consolidati. Se si assume questo punto di vista i processi organizzativi di *glissement* del potere dei tradizionali aggregati politico-istituzionali rivelano insospettate parentele con la attuale crisi del modello standardizzato di produzione delle grandi imprese industriali affermatesi nell'«era della produzione di massa». La contemporanea crisi del «taylorismo» e del modello legalitario burocratico denotano la necessità del superamento della tramandata logica - sia nell'amministrazione sia nell'impresa - della divisione del lavoro. Una tendenza, quindi, più generale, al passaggio da organizzazioni verticali rigide ad organizzazioni orizzontali flessibili. In questo senso la «privatizzazione» dell'impresa pubblica, e la stessa privatizzazione del rapporto di impiego, ci appaiono inserite in una prospettiva di trasformazione più ampia, Ma sarebbe utopistico dare per scontata la positiva affermazione di tale tendenza e l'automatico riprodursi di un quadro favorevole di convenienze senza un miglioramento di quel sistema logistico infrastrutturale costituito dall'insieme delle amministrazioni pubbliche. Una riforma, innescabile solo dalla responsabilizzazione diretta di chi esercita pubbliche funzioni o servizi, che appare, dunque, il risultato di un circuito virtuoso di autoriforma: l'organizzazione amministrativa come una *learning organization*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Dieci Principi Europei per la didattica in Università. Riflessioni a margine della proposta dello *European Forum for Enhanced Collaboration in Teaching*

di Letizia Mingardo*

11 febbraio 2021

Sommario: 1. La spinta europea all'innovazione della didattica universitaria. – 2. I Dieci Principi Europei per il miglioramento della didattica. – 3. L'approccio alla qualità della didattica nella realtà italiana.

1. La spinta europea all'innovazione della didattica universitaria

È innegabile come nell'ultimo ventennio istituzioni e sistemi di istruzione europei si siano impegnati in uno sforzo di riforma della cd. *higher education*, attraverso iniziative sia nazionali che comunitarie, sulla base di quella pietra miliare costituita dal Processo di Bologna, foriero della creazione dello Spazio europeo dell'istruzione superiore (EHEA – *European Higher Education Area*).

La stella polare del cambiamento è stata sin da subito l'adozione di paradigmi di apprendimento e insegnamento cd. *student centred*, ossia basati sullo studente e sui suoi obiettivi di apprendimento, rivolti non solo alla acquisizione di conoscenze, ma anche allo sviluppo di abilità e competenze, tesi alla implementazione dell'accesso all'istruzione e del suo carattere inclusivo, nonché, più in generale, al potenziamento della qualità dell'istruzione attraverso i sistemi di QA – *Quality Assurance*. Via via, l'attenzione si è sempre più focalizzata sul miglioramento della didattica, in quel percorso di integrazione fra gli obiettivi di didattica, ricerca e interazione con società e territorio (la cd. terza missione) ormai ben noto anche all'università italiana[1].

In questo contesto di spinta al cambiamento, un rilevante ruolo di facilitazione del dialogo fra Unione Europea e Stati Membri, nonché fra singoli Stati Membri e le

* Docente di Metodologia e Informatica giuridica, Università degli Studi di Padova.

[1] La gran parte delle università europee ha già sviluppato o sta sviluppando iniziative di miglioramento della didattica, come testimoniato anche nel rapporto dalla EUA – *European University Association*, intitolato *Trends 2015: Learning and Teaching in European Universities,* in https://eua.eu/resources/publications/388:trends-2015-learning-and-teaching-in-european-universities.html (17-10-2020).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

loro istituzioni, è stato svolto dalla EUA – *European University Association*[2], attraverso l'attivazione e lo sviluppo di EFFECT, lo *European Forum for Enhanced Collaboration in Teaching*, co-finanziato del programma Erasmus + della Commissione europea.

EFFECT, che riunisce esperti, reti dedicate, organizzazioni, conferenze nazionali dei rettori e istituzioni di diverse parti d'Europa, mira a facilitare lo scambio di esperienze e metodi efficaci in termini di sviluppo della professionalità dei docenti universitari a livello europeo. Attingendo alle buone pratiche esistenti nei singoli Stati Membri, il Forum intende esaminarne la trasferibilità in altri contesti disciplinari, istituzionali e nazionali, per elaborare, dove possibile e auspicabile, *frameworks* comuni.

Uno dei frutti più significativi di questo lavoro è stata la elaborazione dei *Ten European Principles for the Enhancement of Learning and Teaching*, i quali, dopo una gestazione durante la quale sono stati discussi con una ampia platea di istituzioni universitarie e di loro rappresentanti, sono stati presentati al *First European Learning & Teaching Forum*, tenutosi a Parigi il 28-29 settembre 2017[3].

Come espressamente dichiarato, lo scopo dei principi è quello di servire da strumento di dialogo e cooperazione, per ispirare e guidare la discussione in università (tra docenti, studenti, personale tecnico-amministrativo), incoraggiare lo scambio e la cooperazione con soggetti esterni (altre università, lavoratori), aiutare la dirigenza a sviluppare e valutare approcci strategici alla didattica, in collaborazione con studenti e personale[4].

In sintesi, il 'decalogo' mira a riaffermare la centralità della "missione educativa" dell'università e stimolare *leaders* istituzionali, personale, studenti e *stakeholders* a lavorare congiuntamente perché siano garantite "qualità, adeguatezza e attrattività" dell'istruzione universitaria.

Seppure non apertamente esplicitata, ad una attenta lettura tale missione educativa pare riconnettersi alla preparazione degli studenti all'integrazione delle tre dimensioni dell'apprendimento individuate dal più recente dibattito: il *lifelong learning*, di più risalente teorizzazione, teso a garantire una spendibilità continua dell'individuo nel mondo del lavoro; il *lifedeep learning*, che si riferisce alla

[2] L'EUA, che rappresenta più di 800 università e conferenze nazionali dei rettori in 48 paesi europei, svolge un ruolo importante nell'influenzare le politiche dell'UE in materia di istruzione superiore, ricerca e innovazione. Attraverso la continua interazione con una serie di altre organizzazioni europee e internazionali, essa ambisce a garantire che la voce indipendente delle università europee venga ascoltata nelle sedi istituzionali. In https://eua.eu/about/who-we-are.html (17-10-2020).

[3] EUA - EFFECT, *Enhancing the education mission of European universities: A proactive response to change*, in https://eua.eu/downloads/content/ten%20european%20principles%20for%20the%20enhancement%20of%20learning%20and%20teaching16102017.pdf (17-10-2020). Il documento è in lingua inglese. La traduzione proposta nel presente contributo è a cura dell'Autrice.

[4] Così in EUA - EFFECT, *Institutional strategies support package*, in https://eua.eu/downloads/content/institutional%20strategies%20support%20package%20-%20principles%20%20guiding%20questions.pdf (19-10-2020).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dimensione profonda di un apprendimento che partecipa di credenze, ideologie e valori culturali propri della comunità e della società di appartenenza, restando però aperto al rispetto delle differenze[5]; il *lifewide learning*, particolarmente utile allo sviluppo delle competenze trasversali (*soft skills*), ossia l'apprendimento in occasione di pressoché tutte le azioni della vita, in luoghi istituzionali e non, secondo modalità formali e informali[6].

Alla luce di questa *mission*, i dieci principi si rivolgono in prima istanza alle singole istituzioni universitarie, alle quali compete la progettazione, la realizzazione e l'implementazione delle iniziative a sostegno della didattica. Tuttavia, nel documento non si dimentica il ruolo fondamentale dei *policy makers* nazionali ed europei, nonché degli altri *stakeholders* rilevanti, chiamati ad abilitare e supportare gli sforzi delle singole università. Per tale motivo, essi pure vengono invitati a tenere in considerazione i dieci principi, nell'ambito delle loro attività.

Un aspetto cruciale, ad esempio, i cui margini di realizzazione dipendono molto anche dalle scelte nazionali di politica dell'istruzione, riguarda la formazione del corpo docente universitario. Come si avrà occasione di verificare nel proseguo, si tratta di un tema sul quale i Dieci Principi Europei insistono particolarmente, promuovendo un approccio strategico di sviluppo delle risorse umane di tipo 'globale' e 'integrato'. Esso, infatti, parte dalla considerazione dei meccanismi di reclutamento, esamina la formazione e l'aggiornamento continui, per arrivare a incentivare la predisposizione di sistemi premiali-promozionale per l'avanzamento di carriera.

Gli estensori del decalogo si premurano, infine, di esplicitare la non prescrittività dei principi proposti e la loro spiccata flessibilità, capace di contemplare una grande varietà di obiettivi, contenuti e metodi di applicazione, nel pieno rispetto della autonomia universitaria e della libertà accademica[7].

A contenimento di tale flessibilità, però, soccorre l'aperta adesione ai valori della EHEA – *European Higher Education Area* e l'adozione dei suoi *standards* di qualità, ossia gli ESG - *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area*, che sono fondati sui seguenti quattro principi:

- Le Istituzioni di istruzione superiore hanno la responsabilità primaria della qualità dei servizi didattici offerti e della sua assicurazione.

[5] Si tratta di un profilo che riflette i valori morali, etici, religiosi e sociali che definiscono il modo di agire della persona, nonché il modo in cui la persona percepisce se stessa, gli altri, e il suo impegno nel mondo.
[6] Cf. BÉLANGER Paul, *Self-construction and social transformation: lifelong, lifewide and life-deep learning*, in https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000244440 (04-10-2020).
[7] Nel contesto italiano, una interessante presa di posizione sul tema è stata recentemente assunta dalla CEI - Conferenza Episcopale Italiana e dalla CRUI - Conferenza dei Rettori delle Università Italiane nel loro comune Manifesto per l'Università del 2019. In esso, CEI e CRUI sono concordi nel ritenere fondamentale il rispetto del principio di autonomia delle Università, nonché del rispetto del principio di sussidiarietà, per consentire la creazione di un sistema per l'alta formazione in cui le preziose differenze possano convivere armonicamente. Cf. obiettivo n. 5: "Autonomia e sussidiarietà", in CEI - CRUI, *Manifesto per l'Università*, in https://www.crui.it/archivio-notizie/cei-e-crui-insieme-per-l%E2%80%99universit%C3%A0.html 1-3:1 (01-10-2020).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

- L'assicurazione della qualità tiene conto della diversità dei sistemi di istruzione superiore, delle Istituzioni, dei corsi di studio e degli studenti.
- L'assicurazione della qualità promuove lo sviluppo di cultura della qualità.
- L'assicurazione della qualità tiene conto delle esigenze e delle aspettative degli studenti, degli altri portatori di interesse e della società in generale[8].

Inquadrati contesto di maturazione e obiettivi dei Dieci Principi Europei, vale ora la pena di approfondirne il contenuto. In nota verranno aggiunte le domande-guida predisposte dal Forum nello *Institutional strategies support package* allo scopo precipuo di supportare la discussione e la riflessione sui temi aperti dal decalogo[9].

2. I Dieci Principi Europei per il miglioramento della didattica universitaria

Il primo principio stabilisce che l'esperienza di apprendimento a livello universitario alimenta e consente la crescita degli studenti quali cittadini attivi e responsabili, capaci di pensiero critico, dotati della attitudine al *problem solving*, equipaggiati per il processo di apprendimento lungo tutto l'arco della vita (*life-long learning*).

Si tratta di un principio che sottolinea l'importanza di attrezzare gli studenti con conoscenze, abilità e competenze utili a vivere e continuare a imparare in un mondo in continuo cambiamento, per affrontare proattivamente le sfide personali e quelle globali[10].

Il secondo principio afferma che l'apprendimento e l'insegnamento sono centrati sullo studente.

Ne costituisce corollario il fatto che le università dovrebbero offrire percorsi di apprendimento diversificati, a seconda dei bisogni e delle capacità degli studenti. Dovrebbe essere garantito un ambiente favorevole alla condivisione dei processi di

[8] In https://enqa.eu/wp-content/uploads/2015/11/ESG_2015.pdf (17-10-2020).

[9] EUA - EFFECT, *Institutional strategies support package*, in https://eua.eu/downloads/content/institutional%20strategies%20support%20package%20-%20principles%20%20guiding%20questions.pdf (19-10-2020). Anche per questo documento, la traduzione qui proposta è a cura dell'Autrice. Si segnala che laddove ritenuto opportuno, la locuzione *'learning and teaching'* è stata riassunta nel termine italiano 'didattica'.

[10] Per il primo principio, le domande-guida sono le seguenti:
- Come descriveresti la missione educativa e gli obiettivi educativi della tua istituzione universitaria? Come sono percepiti da studenti e personale? Quali sono le indicazioni contenute nei curricula, nei programmi di insegnamento e nei corsi?
- Come si approccia l'università allo sviluppo delle competenze civiche e trasversali (pensiero critico, capacità comunicative, abilità retoriche) nell'ambito dei percorsi di apprendimento disciplinari e in quelli professionalizzanti?
- Secondo quali modalità gli studenti sono esposti all'apprendimento multi- e inter-disciplinare?
- Curricola e processi educativi come favoriscono lo sviluppo del senso di responsabilità sia individuale che sociale? Quali opportunità ed aspettative sono promosse e alimentate per incoraggiare la partecipazione a sfide locali e globali? Con riguardo alla tua esperienza personale, come collabori con gli *stakeholders* esterni per quanto riguarda la didattica? Come riconosci l'impegno civico degli studenti?

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

apprendimento tra studenti e docenti. Gli studenti, infatti, dovrebbero essere attivamente coinvolti quali co-autori di tutti gli aspetti della esperienza di apprendimento e dovrebbero essere chiamati a condividere la responsabilità del loro apprendimento, in collaborazione con il personale universitario[11].

Il terzo principio esplicita che l'impegno nell'apprendimento e nell'insegnamento è parte integrante degli obiettivi, della mission e della strategia dell'università.

Nella nota esplicativa, si rimarca che il miglioramento della didattica richiede che il suo *focus* rifletta gli obiettivi educativi e i valori dell'istituzione universitaria. Per guidare le iniziative didattiche, e potenziarne impatto e sostenibilità, sono necessarie strategie istituzionali di ampia visione e fondate su valori[12].

Il quarto principio afferma che la leadership istituzionale promuove e abilita attivamente l'avanzamento dell'apprendimento e dell'insegnamento.

Con ciò si sottolinea l'importanza di una strategia istituzionale che richieda al *leadership team* di guidare, supportare e mantenere il *focus* sull'apprendimento e l'insegnamento[13].

---

[11] Le domande-guida sono le seguenti:
- Qual è la tua visione dell'apprendimento centrato sullo studente e come viene dimostrato l'impegno verso questo obiettivo dalla tua università? Quali sono gli indicatori per la centralità dello studente nell'apprendimento, e come vengono usati?
- L'istituzione come si assicura che l'offerta formativa in termini di contenuti, metodi ed esami, sia conforme ai risultati di apprendimento attesi?
- Come si approccia l'istituzione all'uso di diverse modalità di esplicazione della didattica (anche digitale o *blended*) e di percorsi didattici flessibili (compresi percorsi di apprendimento individualizzati)?
- Come vengono incoraggiati gli studenti a diventare attori e co-autori nell'ambito della loro esperienza di apprendimento? Come sono coinvolti nei processi decisionali riguardanti l'offerta formativa, a livello di ateneo/facoltà-scuola/dipartimento?
- La progettazione didattica come tiene conto dei bisogni diversificati delle varie tipologie di studenti lungo il loro percorso di apprendimento? Tu come aumenti e personalizzi le opportunità di apprendimento, le abilità e i mezzi di sostengo all'apprendimento?

[12] Le domande-guida sono le seguenti:
- L'università ha sviluppato una strategia didattica specifica? Se sì, come è stata sviluppata e come si rapporta a valori, obiettivi e visione della sua *mission* educativa? Se no, come si riflette la didattica su altre strategie istituzionali?
- Quali sono i benefici tangibili portati dall'adozione della strategia? Cosa è cambiato?
- La strategia didattica istituzionale quanto è visibile e accessibile alla comunità universitaria (inclusi gli studenti) e agli *stakeholders* esterni (incluse autorità nazionali o regionali, comunità locali, imprese e altri enti di istruzione terziaria)?
- Di chi è la strategia e chi è responsabile della sua implementazione? L'università come monitora il progresso della messa in pratica della strategia? Come viene valutata la strategia, è sottoposta a periodici processi di revisione?

[13] Le domande-guida sono le seguenti:
- La leadership istituzionale come si occupa e come promuove la didattica? In che modo e fino a che punto la leadership istituzionale si aggiorna professionalmente e accademicamente sulle attuali teorie e pratiche didattiche?
- Tu come puoi creare opportunità migliori per coinvolgere la leadership nella didattica e nel suo miglioramento?
- Il rettore/presidente ha per la didattica lo stesso grado di attenzione che ha per la ricerca? Come lo misureresti?
- La leadership come incoraggia e conferisce visibilità a coloro che promuovo attivamente l'eccellenza didattica nell'istituzione?

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il quinto principio stabilisce che apprendimento e insegnamento costituiscono un unico processo collaborativo e collegiale, che richiede collaborazione tanto in università, quanto tra università e collettività.

La nota esplicativa enuncia che è l'istituzione universitaria nel suo complesso ad essere attivamente coinvolta nella didattica, studenti e personale tecnico amministrativo compresi. Aggiunge poi che la promozione da parte dell'università dell'impegno di studenti e laureati in attività e opportunità nel settore pubblico, privato e/o di volontariato è essenziale per prepararli a ruoli significativi in una società in continuo cambiamento. I processi di apprendimento e insegnamento, infatti, sono visti promuovere la responsabilità sociale[14].

Il sesto principio afferma che apprendimento, insegnamento e ricerca sono interconnessi e si arricchiscono reciprocamente.

La nota esplicativa chiosa che la connessione tra ricerca e istruzione è essenziale per stimolare innovazione e creatività nel processo di apprendimento ed avanzare nella conoscenza. Apprendimento e insegnamento universitari sono anticipati dalla ricerca ed incoraggiano gli studenti alla ricerca e alla creazione di nuova conoscenza[15].

Per il settimo principio l'insegnamento è l'anima della pratica accademica e va onorato nella sua scientificità e nella sua professionalità.

Quale funzione cardine dell'istruzione universitaria, l'insegnamento va adeguatamente riconosciuto come una specifica attività professionale, per la quale sono richieste abilità e competenze specifiche. Va promosso attivamente tramite il reclutamento, la formazione continua del personale in organico, nonché tramite le politiche di avanzamento di carriera. Il personale con incarichi di insegnamento va

[14] Le domande-guida sono le seguenti:
- I sistemi di *governance* e *management* come supportano la didattica? Ciò abilita le differenti componenti dell'istituzione (facoltà, dipartimenti, istituti, uffici per il personale o gli studenti) a contribuire attivamente allo sviluppo e alla *delivery* della strategia istituzionale per la didattica?
- Come descriveresti il ruolo del personale tecnico-amministrativo nel supportare la didattica? Quali meccanismi sono previsti per assicurare che sia sufficientemente riconosciuto, apprezzato e considerato (ad esempio tramite *papers* sulla strategia, curricula, ecc.)?
- Come sono promosse, tra il personale con responsabilità didattiche, pratiche riflessive, comunità di pratiche e modalità di apprendimento tra pari? Che opportunità esistono per lo scambio e la collaborazione all'interno e all'esterno dell'istituzione? Ci sono piattaforme o *networks* per docenti per lo scambio di informazioni e la collaborazione?
- Le pratiche didattiche all'interno dell'istituzione come promuovono e supportano attivamente la responsabilità sociale e la cittadinanza attiva? Come è aiutato il personale (docenti, tecnici amministrativi, servizi professionali, ecc.) a sposare questi approcci all'esperienza di apprendimento? Quali opportunità sono disponibili per il personale e per gli studenti per lavorare con *partners* esterni su iniziative della comunità?

[15] Le domande-guida sono le seguenti:
- Come descriveresti la relazione tra didattica e ricerca all'interno dell'istituzione?
- Come si promuove negli studenti lo sviluppo di abilità di ricerca? Come viene loro fornita l'opportunità di usare metodi e tecniche di ricerca? Che opportunità esistono per coinvolgere gli studenti in progetti di ricerca o di *citizen science*?
- Fino a che punto la pratica didattica nella tua istituzione si informa alla ricerca e alla letteratura pedagogica? La ricerca come è influenzata dalla didattica nella tua istituzione?
- La ricerca emergente come influisce sullo sviluppo dei curricula?

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

supportato nella esplicazione del ruolo e nel miglioramento delle prestazioni didattiche, anche per rispondere alle mutate esigenze e circostanze. L'università deve promuovere la ricerca sulle proprie pratiche didattiche, e i docenti vanno incoraggiati attivamente a prendere parte alla cultura della didattica e ad informarvi le proprie pratiche[16].

Secondo l'ottavo principio, la comunità universitaria esplora e si prende cura attivamente dei vari approcci all'apprendimento e all'insegnamento, che riflettono la diversità di studenti, *stakeholders* e discipline.

L'istruzione universitaria deve adattarsi alla pluralità di studenti, discipline, obiettivi e risultati di apprendimento. La progettazione didattica deve essere rinforzata da contenuti disciplinari, conoscenze sui processi di apprendimento, informazioni sul progresso nell'apprendimento degli studenti.

Conformemente al nono principio, per supportare e abilitare il miglioramento dell'apprendimento e dell'insegnamento, sono necessarie risorse e strutture affidabili.

La nota esplicativa spiega che servono finanziamenti appropriati e affidabili per sviluppare a dovere l'insegnamento. Le risorse vanno allocate ed usate secondo una strategia a lungo termine, atta a potenziare la didattica. La didattica va strutturata in maniera sostenibile e affidabile, sulla base di una leadership distribuita e di responsabilità ben individuate, anche a livello di discipline e programmi[17].

Secondo il decimo e ultimo principio, il sistema istituzionale di garanzia di qualità della didattica (QA – *Quality Assurance*) serve al potenziamento della didattica stessa, ed implica una responsabilità condivisa tra personale e studenti.

---

[16] Le domande-guida sono le seguenti:
- L'istituzione come riconosce e promuove l'insegnamento?
- Quali opportunità di miglioramento dell'insegnamento sono offerte dall'istituzione? Fino a che punto esse sono rivolte a tutto il personale con responsabilità didattiche? Che evidenza esiste che siano attrattive e ben viste dal personale?
- L'istituzione come incoraggia i docenti a fare ricerca sulla propria didattica?
- Come è considerato l'insegnamento nell'avanzamento di carriera?
- Quali opportunità di sviluppo professionale continuo sono offerte agli sviluppatori accademici ed altro personale di supporto?
- Il personale come è incoraggiato a riflettere sulle proprie pratiche dal punto di vista pedagogico? Come sono promossi lo scambio di informazioni e la collaborazione tra docenti? Che opportunità ci sono per il personale di far risaltare le pratiche di insegnamento di successo (eventi, premi, ecc.), e di apprendere tra pari dai colleghi?

[17] Le domande-guida sono le seguenti:
- Come definiresti il concetto di inclusività per la didattica universitaria? Come valuteresti l'inclusività dei curricula nella tua istituzione? Fino a punto i curricula riflettono la diversità degli studenti, del personale e della più ampia comunità?
- L'esperienza dello studente come comprende situazioni di apprendimento nella vita reale (ad esempio tramite tirocini, collaborazioni con industria e società, ricerche studentesche su aspetti sociali, lavoro di comunità, ecc.)? Come sono utilizzate queste esperienze di apprendimento dall'istituzione?
- Come è diffuso l'apprendimento digitale nei vari curricula (ad esempio sviluppando le tecniche di didattica digitale, opportunità virtuali tecnologicamente potenziate, strumenti digitali come Moodle, ecc.)? Fino a che punto puoi descriverlo come soddisfacente? I modelli di sviluppo del personale come supportano la didattica digitale (per qualunque categoria di personale)?
- Evidenze, misurazioni, dati sugli studenti, ecc., come sono utilizzati per ispirare, rivedere e potenziare l'ampiezza e l'effettività degli approcci pedagogici nella tua istituzione?

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

In linea con gli ESG - *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area,* il sistema istituzionale di QA deve sviluppare processi e flessibili e adatti ai vari obiettivi, pensati per valutare e dimostrare la qualità dell'esperienza di apprendimento. Esso deve puntare al miglioramento continuo e sposare una cultura che coinvolge tutti i membri della comunità universitaria nell'assicurare e potenziare la qualità della didattica[18].

3. L'approccio alla qualità della didattica nella realtà italiana

Conformemente ai *desiderata* europei, anche l'università italiana è da tempo impegnata a rispondere alla richiesta di innovazione di metodi e paradigmi didattici, anche tramite l'adozione dei sistemi di QA da ultimo menzionati[19]. Si è, infatti, ormai consolidata una tendenza 'performante' che sfrutta l'attività di valutazione dell'efficienza e dell'efficacia delle azioni formative intraprese proprio per perseguire e alimentare la 'cultura della qualità' auspicata nell'ambito EHEA[20].

Più puntualmente, ciò che si sottopone a verifica è, per l'appunto, la qualità dell'istruzione erogata, dove per *qualità* si può intendere, secondo la definizione proposta, *ex multis*, dal Presidio Qualità UniTrento, il grado con cui gli atenei realizzano i propri obiettivi didattici, scientifici e di terza missione. Si misura, cioè, il grado con cui gli atenei si dimostrano capaci di creare una vasta base di conoscenze avanzate, partecipare ed essere di stimolo alla ricerca e all'innovazione, preparare gli studenti a una cittadinanza attiva e al loro futuro ruolo nella società, accompagnare il

[18] Le domande-guida sono le seguenti:
- Come contribuisce la QA interna alla didattica? Che cosa prende in considerazione?
- Come si relaziona ad altri approcci didattici, in particolare all'insegnamento innovativo e creativo?
- I risultati dei processi di QA come vengono utilizzati per guidare il potenziamento della didattica e l'assunzione delle decisioni rilevanti?
- L'istituzione come agisce sulla base dei risultati del monitoraggio e della valutazione delle attività? Come ciò si relaziona ai docenti, e al supporto studenti? Quali esempi concreti di miglioramento della didattica, cambiamenti di policy, o pratiche innovative puoi portare che siano emersi dai processi di QA? Come sono stati successivamente valutati e integrati nei processi di QA?

[19] La *Quality Assurance*, o AQ -Assicurazione della Qualità, è il processo con cui gli atenei, attraverso i propri organi di governo e la definizione di obiettivi, azioni di monitoraggio e verifiche, realizzano la politica di qualità e il continuo miglioramento dell'offerta formativa, delle attività di ricerca e di terza missione. Esso si articola nei processi di autovalutazione, valutazione e accreditamento, definiti dall'ANVUR nelle linee guida del sistema AVA (da ultimo riformati con DM 6/2019), ed è basato sugli standard europei definiti dall'ENQA, i già mezionati *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education* Area 2015.

[20] Cf. TOSI Piero, *La cultura della qualità nell'Università: un valore*, in *Rivista economica del Mezzogiorno,* 26(2012)1/2, 99-103; QUARTIERI Giuseppe - QUARTIERI Laura, *La teoria della qualità nelle università*, in *De Qualitate* 12(2009)4, 80-95; DEL CORE Pina, *La cultura della qualità. Risorsa strategica per la formazione di elevate professionalità nel campo dell'educazione. Come valutare i percorsi formativi dei corsi di studio nelle università?,* in *Rivista di scienze dell'educazione* 52(2014)1, 104-115.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

loro percorso culturale in armonia con le loro motivazioni, aspettative e prospettive personali[21].

In questo quadro, gli atenei sono tenuti a definire, dichiarare e perseguire adeguate politiche volte a realizzare la propria visione della qualità della formazione e della ricerca, nel rispetto, dunque, della autonomia dei singoli enti. Nelle Politiche di Qualità dell'Ateno di Padova, ad esempio, il riferimento è all'intento di utilizzare il complesso delle attività di governo e regolative dell'Università per perseguire i seguenti obiettivi:

a) quanto alla didattica, il miglioramento della qualità della didattica, la modernizzazione e innovazione nell'attività didattica, la trasformazione dei corsi di studio e di dottorato in ambienti aperti e internazionali di apprendimento, il potenziamento dei servizi a supporto degli studenti per migliorare le condizioni di vita e di studio, il miglioramento dell'attrattività dei corsi di studio e dei corsi di dottorato di ricerca;
b) quanto alla ricerca, il perseguimento dell'eccellenza e della multidisciplinarietà, l'incremento della capacità di attrazione di fondi competitivi per la ricerca, l'incremento della capacità di attrazione di ricercatori eccellenti;
c) quanto alla cd. terza missione, diffondere la cultura del trasferimento tecnologico, ampliare le iniziative e i rapporti col mondo del lavoro, valorizzare la missione culturale e scientifica di ciascun Ateneo nel suo territorio, promuovere una cultura inclusiva e la parità di genere.

Con particolare riferimento alla didattica, focus specifico del presente contributo, le politiche concernono: la garanzia di qualificazione e revisione dell'offerta formativa, il potenziamento dell'uso di tecniche di didattica innovativa, il potenziamento della dimensione internazionale della didattica, il miglioramento degli aspetti logistici e i servizi correlati alla didattica, il rafforzamento delle attività di servizio agli studenti, di supporto allo studio e di inclusione[22].

Anche il contesto italiano testimonia, dunque, quanto riconosciuto dall'EUA – *European University Association* in occasione della emanazione dei suoi Dieci Principi, ossia che i temi inerenti la didattica che sono oggi maggiormente discussi e attivamente esplorati a livello europeo riguardano l'adozione di pedagogie innovative, il rafforzamento della connessione tra didattica e ricerca, la promozione dell'uso della tecnologia per l'insegnamento e l'apprendimento, la comunicazione diffusa ed efficace del ruolo fondamentale dell'istruzione universitaria per il progresso individuale e sociale[23].

[21] In https://www.unitn.it/ateneo/58313/documentazione (05-10-2020).
[22] UNIPD, *Politiche di Qualità 2018*, in https://www.unipd.it/sites/unipd.it/files/Politiche_Qualita_18072018.pdf (24-10-2020).
[23] Cf. EUA - EFFECT, *Enhancing the education mission of European universities: A proactive response to change*, in https://eua.eu/downloads/content/ten%20european%20principles%20for%20the%20enhancement%20of%20learning%20and%20teaching16102017.pdf (17-10-2020). Il documento è in lingua inglese. La traduzione proposta nel presente contributo è a cura dell'Autrice.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Va, tuttavia, riconosciuto che rilevanti criticità permangono, ad esempio, in tema di valorizzazione della docenza universitaria quale specifica attività professionale, per cui sono richieste abilità e competenze specifiche, ai sensi del settimo principio. Allo stato attuale, considerazioni in ordine alla preparazione/sensibilità didattica e alla qualità della didattica erogata non risultano sufficientemente prese in considerazione nelle procedure di reclutamento, nella predisposizione di percorsi di formazione continua dei docenti in organico, nell'avanzamento di carriera.

Un altro versante bisognoso di implementazione riguarda l'individuazione e la messa in pratica di metodologie didattiche atte a favorire lo sviluppo di due *assets* culturali considerati ormai di importanza cruciale: le competenze cd. STEM - *Science, Technology, Engineering and Mathematics*; le competenze trasversali, digitali e civico-sociali (peraltro espressamente richiamate dal primo, secondo, quinto e ottavo dei Dieci Principi Europei)[24].

Con riguardo al primo ordine di competenze, vale la pena sottolineare come in Italia, secondo l'ultimo *report* annuale dell'OCSE sull'educazione nei Paesi a economia avanzate, intitolato *Education at a glance 2019,* i laureati nei corsi di laurea in ambito tecnico-scientifico ed economico-aziendale siano troppo pochi rispetto alle esigenze del mercato del lavoro[25]. Nel *OECD Skills Strategy Diagnostic Report Italy 2017*, questa situazione viene descritta sinteticamente nella compresenza di un basso livello di competenze generalizzato (*low skills equilibrium*) e di un forte disallineamento tra le competenze offerte e quelle richieste nel mercato del lavoro (*skills mismatch*)[26]. Ciò si ripercuote in termini negativi sul tasso di occupazione dei neolaureati, in quanto i profili professionali esistenti risultano poco coerenti ai nuovi bisogni economici emergenti[27], in un contesto nazionale, sociale ed economico,

[24] Nel *Quadro di riferimento* allegato alla recente *Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 relativa alle competenze chiave per l'apprendimento permanente* (2018/C 189/01), le 'competenze' sono definite come una combinazione di conoscenze, abilità e atteggiamenti, in cui: la 'conoscenza' si compone di fatti e cifre, concetti, idee e teorie che sono già stabiliti e che forniscono le basi per comprendere un certo settore o argomento; per 'abilità' si intende conoscere ed essere capaci di eseguire processi, nonché applicare le conoscenze esistenti al fine di ottenere risultati; gli 'atteggiamenti' descrivono la disposizione e la mentalità per agire o reagire a idee, persone o situazioni.

[25] OECD, *Education at a Glance 2019*, in https://doi.org/10.1787/f8d7880d-en (06-10-2020).

[26] OECD, *Skills Strategy Diagnostic Report Italy 2017*, in https://www.oecd.org/skills/nationalskillsstrategies/Diagnostic-report-Italy.pdf (04-10-2019). In tale sede l'OCSE raccomanda caldamente all'Italia l'implementazione della istruzione terziaria professionalizzante. Come riconosciuto, fra i molti, anche dalla Fondazione CRUI nel Rapporto del 2017 del suo *Osservatorio per il dialogo e la cooperazione tra università e imprese*, essa rappresenta un'opportunità concreta su cui l'Università può investire per sviluppare nel capitale umano le competenze oggi rilevanti e favorire nuova occupazione a livello nazionale. Gli strumenti ora disponibili, ossia gli apprendistati di alta formazione e ricerca, i dottorati industriali e i percorsi professionalizzanti, risultano, però, ancora poco praticati all'interno del sistema universitario nazionale. Cf. FONDAZIONE CRUI, *OU-I 2017. Report Osservatorio Università-Imprese*, in http://www.universitaimprese.it/osservatorio/wp-content/uploads/2018/06/report-2017-digitale.pdf (04-10-2020).

[27] Sulla necessità di ripensare le università alla luce anche di questo fenomeno, cf. l'Agenda UE per la Modernizzazione dei sistemi europei di istruzione superiore: EUROPEAN COMMISSION, *Supporting*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

fortemente mutato dalla globalizzazione, dal progresso tecnologico, dall'invecchiamento della popolazione e, da ultimo, drammaticamente, dalla pandemia da Sars-CoV-2.

Con riguardo al secondo ordine di competenze, ossia quelle trasversali, e civico-sociali in particolare, vale la pena citare il loro recente inquadramento teorico nell'ambito del paradigma della cittadinanza attiva e della responsabilità sociale, cui rimandano, in particolare, il primo e il quinto dei Dieci Principi Europei. Va rilevato come vi sia ormai un diffuso e crescente consenso nella considerazione di pensiero critico, creatività, consapevolezza sociale e culturale come preziosi strumenti di contrasto di ogni forma di violenza, ingiustizia e discriminazione, al fine di coniugare i bisogni del mercato del lavoro e del progresso economico con la salvaguardia della sensibilità etica alle istanze sociali. Ciò avviene sotto l'egida degli obiettivi della Agenda ONU 2030 per uno sviluppo sostenibile, equo e inclusivo, tra i quali è compreso anche l'obiettivo di una educazione di qualità, parimenti equa ed inclusiva, aperta all'idea di una cittadinanza globale[28].

A quest'ultimo proposito, è interessante riportare la definizione di *global competence* elaborata negli ambienti PISA – *Programme for International Student Assessment*[29], dove è intesa quale un obiettivo di apprendimento permanente multidimensionale, raggiunto il quale le persone si dimostrano in grado di esaminare questioni locali, globali e interculturali, comprendere e apprezzare diverse prospettive e visioni del mondo, interagire con gli altri in maniera efficace e rispettosa, e intraprendere azioni responsabili verso la sostenibilità e il benessere collettivo[30].

Non vi è chi non veda come si tratti di un orizzonte di crescita personale la cui importanza si è palesata con forza drammatica e chiarezza cristallina nell'attuale contesto pandemico. Più in generale, bisogna riconoscere che la pandemia è destinata a rilanciare istruzione e formazione al centro della riflessione e dell'azione non solo dei vari *policy makers* nazionali ed europei, ma anche di tutti gli attori e *stakeholders* coinvolti. Esse si paleseranno, infatti, come strumenti indispensabili e insostituibili per

growth and jobs. An agenda for the modernisation of Europe's higher education systems, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2011, in https://ec.europa.eu/assets/eac/education/library/policy/modernisation_en.pdf (17-10-2020).

[28] ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, 25 settembre 2015, in www.unric.org/it/images/Agenda_2030_ITA.pdf (08-10-2020).

[29] PISA, *Preparing our Youth for an Inclusive and Sustainable World. The OECD PISA global competence framework*, 2018, in http://www.oecd.org/pisa/Handbook-PISA-2018-Global-Competence.pdf (17-10-2020).

[30] Per un commento, cf. NOTA Laura - DI MAGGIO Ilaria - SANTILLI Sara, *La costruzione di un futuro inclusivo e sostenibile*, in *Rivista di Scienze dell'Educazione* 5(2019)2, 221-233; SORESI Salvatore - NOTA Laura - SANTILLI Sara. (a cura di), *Il contributo dell'orientamento e del counselling all'agenda 2030*, Cleup, Padova 2019. Per una riflessione sulle potenzialità della pedagogia giuridica nella promozione di una educazione civica cosmopolita e di una democrazia autenticamente interculturale, cf. RICCA Mario, *Democrazia interculturale ed educazione giuridica. Apprendere l'uso del diritto nella scuola multietnica*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie* 28(2017)2, 283-328; RICCA Mario, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri 2013, 323 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

fronteggiare e reagire proattivamente ai pesanti effetti di medio e lungo periodo della crisi pandemica[31].

[31] Come rimarcato dall'ex presidente della Banca Centrale Europea, Mario Draghi, intervenuto alla giornata inaugurale del Meeting per l'Amicizia fra i Popoli di Rimini il 18 agosto 2020. Per una riflessione di ampio respiro sugli effetti della pandemia, e sulla necessità di interpretare la crisi come un'occasione di rinnovamento, cf. REGGIO Federico, *La* krisis *del coronavirus. Una sfida inattesa per l'essere umano e le società contemporanee. Considerazioni filosofico-giuridiche,* in *Calumet – Intercultural Law and Humanities Review* (2020)1, 118-142.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

I servizi per la salute mentale in Italia: considerazioni critiche sulla riforma Basaglia e in merito alla sua tenuta al tempo della pandemia da COVID-19

di Pierluigi Mascaro*

19 febbraio 2021

Sommario: 1. Considerazioni introduttive: il passaggio dalla normativa del 1904 alla legge n. 180/78. – 1.1. La dirompente portata innovativa della c.d. "Riforma Basaglia": i punti chiave della legge n. 180/78, che ha rivoluzionato la Salute Mentale in Italia. – 2. Il processo di deistituzionalizzazione della malattia mentale: dal superamento delle strutture manicomiali alla nascita del Dipartimento di Salute Mentale (DSM). – 3. L'avvento della pandemia da COVID-19: considerazioni circa la tenuta di un sistema territoriale già in sofferenza. – 4. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive: il passaggio dalla normativa del 1904 alla legge n. 180 del 1978

Il presente scritto ha lo scopo di ripercorrere, senza pretese di esaustività assoluta, le tappe fondamentali della legislazione italiana in tema di salute mentale, riservando particolare attenzione alla riforma strutturale del 1978, repentinamente recepita, nelle linee essenziali, dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale n. 833 dello stesso anno, per approdare ad una necessaria riflessione sulla sua tenuta e reale efficacia, nel corso del tempo, fino al giorno d'oggi, interrogandosi in maniera particolare sull'impatto che la pandemia da COVID-19 ha avuto nella gestione, da parte della sanità pubblica, della domanda, in netto incremento, di accesso ai servizi di sostegno psicologico e cura mentale da parte della popolazione su base nazionale.

Il punto di partenza di questo *excursus* storico-normativo è la legge Giolitti 14 febbraio 1904, n. 36, recante "Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati". Esemplificativa della portata contenutistica di siffatta normativa è la terminologia adottata dal legislatore: i soggetti che abbisognassero di cure mentali

* Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

venivano definiti alienati, ovvero affetti da deviazioni del pensiero e del comportamento ritenute talmente gravi e irreversibili, da renderli incompatibili con quello che era considerato una sorta di paradigma di "normalità sociale" e, di conseguenza, dovevano essere tratti in custodia all'interno degli istituti manicomiali, per essere definitivamente allontanati da quel gruppo sociale, al quale avrebbero arrecato soltanto un irrimediabile nocumento.

E' necessario osservare come, sulla base della legge n. 36/1904, fosse estremamente facile entrare in manicomio: era all'uopo sufficiente che il soggetto venisse segnalato da un parente, da un medico o dal Sindaco; seguiva il mandato agli agenti di Pubblica Sicurezza, da parte del Procuratore del Re, per condurlo nella struttura manicomiale ove, a seguito di un breve periodo di osservazione, l'internamento diveniva definitivo[1]. Finivano dunque in manicomio persone povere, alcolisti, disagiati, ma anche sovversivi, anarchici[2], donne che avevano osato ribellarsi al marito[3] e poi, in epoca fascista, anche dissidenti politici nei confronti del regime[4].

Risulta agevole dedurre come, sulla base dell'impostazione della legge Giolitti, i manicomi rappresentavano delle vere e proprie carceri, nelle quali internare ed allontanare definitivamente dalla società civile non soltanto quanti fossero affetti da disturbi psichici, ma anche personaggi politicamente scomodi o soggetti considerati fonte di pubblico scandalo, come omosessuali e ragazze madri; tutte situazioni, queste ultime, ben lontane dalla condizione di disagio o malattia mentale.

La legge Giolitti concedeva inoltre amplissimi poteri ai direttori dei manicomi, i quali potevano arrivare ad incidere, con proprie insindacabili decisioni, sui più importanti diritti civili degli internati[5].

Tale impianto normativo è rimasto sostanzialmente invariato, anche a seguito dell'avvento della Costituzione repubblicana, fino al 1978, anno in cui la c.d. riforma Basaglia rappresentò una vera e propria rivoluzione copernicana in tema di salute mentale in Italia: su di essa ci si vuole soffermare nel prosieguo della trattazione.

---

[1] In questi termini P. IANNI, *Cenni storici: dalla legge Giolitti alla legge Basaglia. Intervento al Convegno "40 anni dopo: riflessioni sulla legge 13 maggio 1978, n. 180"*, in *Nomos*, 2-2017, p. 4; cfr. anche L. ANFOSSO, *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. Commento alla legge 14 febbraio 1904 n. 36 ed al Regolamento approvato con R. decreto 5 marzo 1905 n. 158: dottrina, giurisprudenza, formulario*, UTET, Torino, 1907.

[2] In tal senso C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, Fratelli Bocca, Torino, 1985.

[3] Cfr., a tal riguardo, V. FIORINO, *Matti, indemoniate e vagabondi – Dinamiche di internamento manicomiale tra Otto e Novecento*, Marsilio, Venezia, 2002.

[4] Sotto il regime fascista, il manicomio divenne il luogo di una massiccia repressione politica e sociale; si stima infatti che, dal 1926 al 1941, gli internati passarono da 60.000 a 96.000 unità, come si legge in P. SORCINELLI, *La follia di guerra. Storie dal manicomio 1940-1950*, Casa Editrice Odoya, Bologna, 2016 e S. SALUSTRI, *Il regime fascista e l'utilizzo dei manicomi per il controllo degli antifascisti*, in *E-Review – Rivista degli Istituti Storici dell'Emilia Romagna in Rete*, n. 3, 2015.

[5] Si veda, sul punto, M. TAPINASSI, *Legge Basaglia 180/1978: la norma che ha rivoluzionato la Salute Mentale*, in *www.assocarenews.it*, 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

1.1. La dirompente portata innovativa della c.d. "Riforma Basaglia": i punti chiave della legge 13 maggio 1978, n. 180, che ha rivoluzionato la salute mentale in Italia

Come accennato, la legge n. 180/78, recante "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori", ha completamente invertito la rotta tracciata dalla legge Giolitti del 1904, prevedendo innanzitutto che, in via generale, gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono volontari, in ossequio al disposto di cui all'articolo 32, comma 2, della Costituzione (art. 1, comma 1)[6]; per contro, il trattamento sanitario obbligatorio (c.d. TSO), in base al dettato di cui all'articolo 2, comma 2, assume un carattere eccezionale, e può essere disposto soltanto in presenza dei seguenti tre elementi:

- Alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici;
- La non accettazione delle cure da parte dell'infermo;
- Assenza di condizioni e circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere[7].

Il terzo comma dell'articolo 1 sancisce invece il diritto a comunicare con l'esterno in capo al soggetto sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio mentre, al comma 4, è stabilito che siffatto trattamento debba essere effettuato mediante iniziative volte ad assicurare il consenso[8] e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato: in questo modo, si passa da un modello che improntava la cura mentale all'esclusione del paziente dalla vita associata e alla neutralizzazione della sua presunta pericolosità sociale, ad un altro nuovo e diametralmente opposto, che mira invece alla sua riabilitazione ed al conseguente reinserimento all'interno della comunità.

Di seguito, gli articoli 3 e 4 della legge Basaglia stabiliscono precise garanzie procedimentali in favore dei soggetti sottoposti a trattamento sanitario obbligatorio in

[6] L'articolo 1 della legge 180/78, al comma 2, dando ancora dispiego al secondo comma dell'art. 32 della Carta fondamentale, prevede che l'autorità sanitaria possa disporre accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori soltanto nei casi espressamente preveduti dalla legge, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti in Costituzione, valori che, come visto, nella legislazione giolittiana erano attribuiti all'insindacabile potere discrezionale del direttore del singolo manicomio.
Per quanto concerne specificamente il diritto di elettorato attivo, il d.P.R. n. 223/1967 prevedeva che "non sono elettori gli interdetti e gli inabilitati per infermità di mente"; tale normativa fu abrogata dalla legge n. 180/78, eliminando così di fatto dall'ordinamento ogni esplicita limitazione del diritto di voto per "incapacità civile", eccezion fatta per i minori d'età. Tale soluzione fu criticata da parte della dottrina, poiché andava ad incidere in maniera eccessiva su un diritto fondamentale della vita associata mediante un'abrogazione passata quasi in sordina, cfr., in merito, C. LA FARINA, *Infermità mentale e diritti politici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1979.

[7] Cfr., sul punto, M. TAPINASSI, *op. cit.*

[8] Si consideri, a tal riguardo, C. LANDOLFI, *L'aporia della coercizione terapeutica "per malattia mentale" in un ordinamento liberaldemocratico: profili di incostituzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, ove l'Autore afferma che non può esserci un reale fine terapeutico nella coercizione.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

condizioni di degenza ospedaliera[9] mentre, al successivo articolo 5, è disciplinato il meccanismo di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti che lo dispongano.

La legge n. 180/78, all'articolo 6, comma 1, dispone lo spostamento, in ambito extra ospedaliero, del baricentro funzionale del servizio di salute mentale, trasferendo in capo alle Regioni, le funzioni amministrative concernenti l'assistenza psichiatrica in condizioni di degenza ospedaliera, fino ad allora di competenza provinciale (art. 7, comma 1).

Infine, dall'esame del combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'articolo 7 della legge, si evince come il legislatore del 1978 abbia optato per la chiusura definitiva delle istituzioni manicomiali, superando in radice le logiche contenitive ed isolazioniste della normativa precedente, in vigore sin dall'epoca giolittiana.

2. Il processo di deistituzionalizzazione della malattia mentale: dal superamento delle strutture manicomiali alla nascita del Dipartimento di Salute Mentale (DSM)

L'entrata in vigore della legge 180/78 ha messo in moto, come anticipato, un graduale superamento delle strutture manicomiali, giunto a conclusione nel 1999.

Questo processo prende il nome di "deistituzionalizzazione", e si basa sull'assunto che l'oggetto della psichiatria non è la malattia in sé considerata, bensì la sofferenza mentale all'interno dell'esistenza complessa del soggetto ed immersa nel contesto sociale[10]. Sulla scorta di una simile premessa, la deistituzionalizzazione si è realizzata, in Italia, su due livelli differenti: quello manicomiale e quello territoriale, o di comunità.

Per comprendere appieno la portata del livello manicomiale, bisogna partire dal definire il concetto di "malattia istituzionale": con essa s'intende il comportamento patologico del paziente, indotto dal protrarsi nel tempo del trattamento manicomiale[11]. Tale patologia, definita "regressione istituzionale", assume due caratteri peculiari: *in primis*, va ad interessare un soggetto già di per sé fragile, in quanto affetto da una pregressa sofferenza psichica; in secondo luogo, non viene agevolmente riconosciuta dallo staff manicomiale, e di conseguenza attribuita alla degenza in sé, ma le sue manifestazioni fenomeniche vengono ascritte al disturbo psichiatrico, potremmo dire, "di base"; dunque il manicomio, nato per curare, diviene esso stesso luogo generatore di ulteriore disagio e sofferenza[12].

Il secondo livello del processo di deistituzionalizzazione, quello territoriale, si concreta nell'alternativa che i numerosi dibattiti successivi all'entrata in vigore della

[9] In particolare, l'articolo 3 disciplina le fasi procedimentali finalizzate all'emanazione del provvedimento che disponga un trattamento sanitario obbligatorio, mentre il successivo articolo 4 prevede modalità e tempistiche di revoca o modifica di detto provvedimento.
[10] Si consideri, a riguardo, R. PICCIONE, *Manuale di Psichiatria*, Bulzoni Editore, 1995.
[11] Come affermato da R. PICCIONE, *op. cit.*
[12] Per maggiori approfondimenti, si rimanda a E. GOFFMANN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Edizioni di Comunità, Torino, 1961.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

legge Basaglia fornirono alla soluzione manicomiale, e cioè un'organizzazione decentrata, una rete flessibile di strutture extra ospedaliere capaci di confrontarsi in maniera più diretta con i bisogni della popolazione di riferimento.

Su questa impostazione, l'articolo 34 della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, nel recepire essenzialmente il dettato di cui ai commi 1 e 4 dell'articolo 6 della legge Basaglia, ha sancito la nascita del Dipartimento di Salute Mentale – di seguito DSM – organizzato a livello regionale secondo un nuovo paradigma concettuale, improntato non più alla logica del contenimento, ma ad una psichiatria di prevenzione, cura e riabilitazione.

Dal punto di vista funzionale, il DSM si presenta come un insieme di strutture e attività ed è responsabile non soltanto della patologia psichiatrica dei singoli abitanti del territorio, ma dell'intera salute mentale, per così dire, "di comunità". In questo senso, ogni DSM ha principalmente una funzione di prevenzione dei disturbi psichici e una di cura, intesa come intervento sulla malattia mentale acuta e non, tesa ad evitare, per quanto possibile, l'ospedalizzazione del paziente, nonché come riabilitazione del disturbo stabilizzato[13].

Ciascun DSM è costituito da tre strutture fondamentali: il Centro di Salute Mentale (CSM), il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (SPDC) e le strutture intermedie.

Il Centro di Salute Mentale è il centro propulsore ed organizzativo del DSM e si occupa innanzitutto di accogliere la totalità delle domande dell'utenza, eccezion fatta per specifici casi urgenti. E' il luogo dove si tengono i colloqui terapeutici con pazienti e familiari e la sede dell'*équipe* multidisciplinare che stabilisce ed attua gli interventi territoriali. In esso hanno luogo tutte le attività preventive e quelle di natura terapeutico-riabilitativa non basate sulla residenzialità o sul ricovero.

Il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura è la struttura adibita al ricovero e, per legge, non può avere più di 15 o 16 posti letto, al fine di evitare la riproduzione di ormai superate logiche manicomiali. Il ricovero psichiatrico può essere disposto esclusivamente per la gestione del paziente acuto, che necessiti di assistenza continua ed intensiva e le cui condizioni impediscano lo sviluppo del progetto territoriale. Per qualunque ragione sia necessario disporre il ricovero ospedaliero, bisogna tenere in debito conto quattro aspetti fondamentali:

- Esso deve essere sempre considerato come *extrema ratio*: la maggior parte dei pazienti, seppur in gravi condizioni, non ne necessitano;
- Non deve protrarsi troppo a lungo, al fine di scongiurare l'insorgenza di una regressione istituzionale;

[13] Cfr., sul punto, F. NOZIGLIA, *Il processo di deistituzionalizzazione: dal manicomio al Dipartimento di Salute Mentale*, in *www.psicologiafenomenologica.it*, 2017.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

- L'intervento terapeutico non deve mai risolversi unicamente in un ricovero, che deve essere eventualmente assunto come fase di un più ampio progetto terapeutico a centralità territoriale;
- La disposizione di un ricovero è una decisione in ogni caso estremamente delicata, da assumere con certosina ponderazione, specie nei casi in cui si debba ricorrere ad un TSO, quando l'interessato non accetta il provvedimento che lo dispone[14].

Infine, le strutture intermedie si collocano a metà tra la struttura ospedaliera e quella ambulatoriale, nell'ottica della continuità e della centralità territoriale dell'intervento, e consistono in spazi, anche tra loro eterogenei, adibiti all'assistenza e riabilitazione dei pazienti le cui esigenze non rientrano né nelle competenze del Centro di Salute Mentale, né in quelle della struttura ospedaliera. Le strutture intermedie, dette anche protette, possono avere sia natura semiresidenziale (centro diurno) e sia residenziale (comunità, casa alloggio, gruppo appartamento).

3. L'avvento della pandemia da COVID-19: considerazioni circa la tenuta di un sistema territoriale già in sofferenza

Il sistema nazionale, a base territoriale, per la salute mentale si caratterizza sempre più per una disomogeneità, nell'organizzazione dei servizi, nella distribuzione delle risorse finanziarie e nella disponibilità di personale, cui consegue una vera e propria negazione del diritto delle persone che vivono una sofferenza e che accedono ai servizi territoriali di salute mentale di portare avanti un percorso terapeutico-riabilitativo realmente individualizzato, concordato e condiviso[15].

I tagli subiti dal settore sanitario negli ultimi decenni e la differenza nella distribuzione delle risorse disponibili tra le Regioni sta comportando una evidente istituzionalizzazione dei pazienti, in palese contrasto con la *ratio* ispiratrice della riforma Basaglia, che il più delle volte si concreta nell'invio in comunità e nel massiccio utilizzo – se non abuso – di psicofarmaci, molte volte imposti.

Indubbiamente, l'avvento della pandemia da COVID-19 ha pesantemente aggravato siffatta situazione.

Le restrizioni imposte al fine di contenere la curva epidemiologica e, in modo particolare, il *lockdown* generalizzato dei mesi scorsi hanno profondamente inciso sull'equilibrio psicologico della popolazione e, di conseguenza, è fortemente aumentata la domanda di accesso al servizio pubblico di salute mentale: dunque, in quelle realtà territoriali dove esso risultava già fragile e carente di risorse economiche e personale, si è operata la scelta di interrompere il servizio, abbandonando a loro stesse le persone

[14] In questi termini R. PICCIONE, *op. cit.*
[15] In questi termini R. BOMBACE, A. CIOFFI, *Salute mentale, la denuncia: "Le pratiche coercitive sono ancora diffuse nei servizi psichiatrici"*, in *www.dire.it*, 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

assistite insieme alle proprie famiglie, dal momento che, per via dell'ingente spesa da sostenere, la possibilità di rivolgersi, anche solo *medio tempore*, a specialisti operanti nel settore privato è riservata soltanto alla popolazione di ceto economico elevato.

Per ovviare a questa situazione di stallo, se non di vero e proprio disservizio, occorre un piano organico concordato tra il Governo centrale e la Conferenza delle Regioni, mirante a ridisegnare i percorsi dei servizi di salute mentale, stante il quadro a impostazione territoriale disegnato dalla legge 180/78[16]. Bisogna evitare, specie in determinate Regioni, che si continui sulla strada dei tagli alle risorse finanziarie, con conseguente accorpamento di più DSM e/o servizi territoriali: attualmente, in molte realtà territoriali del Paese, ove il progetto-obiettivo indica in circa 80.000 abitanti la capienza massima di un dato servizio, ci si trova nella situazione che il medesimo debba offrire assistenza a 200/300.000 utenti[17].

A fronte della necessità di destinare al servizio pubblico di salute mentale circa l'8% della spesa sanitaria, in Italia non si è mai arrivati a superare la soglia del 5%, indicata anche come minima indispensabile dalla Conferenza delle Regioni; stanti i dati del Ministero della Salute, ci si accorge che, negli ultimi anni, la percentuale di spesa si attesta non oltre il 2,5/3%, con alcune Regioni che spendono addirittura meno del 2%. Di pari passo, occorre soffermarsi sulla questione della qualità della spesa, cioè di come vengono spese le risorse: troppo spesso, il 2,5/3% della spesa sanitaria riservato ai servizi di salute mentale viene speso in farmacoterapia e nel pagamento delle rette alle comunità e alle cliniche private[18], grandi contenitori che accolgono 40 o anche più persone, ma purtroppo non nell'ottica dei percorsi di ripresa e risocializzazione pensati dal legislatore del 1978, bensì in quella della reistituzionalizzazione dei disturbi psichici all'interno delle strutture private convenzionate con le Regioni.

Alla luce di siffatte considerazioni, urge un piano strategico da approvare in ogni singola Regione, al fine di garantire, potenziare e, ove necessario, riqualificare i servizi dipartimentali di salute mentale, affinché possano effettivamente ricominciare a portare avanti percorsi terapeutici e riabilitativi personalizzati ed orientati alla risocializzazione e ad una ripresa della vita indipendente da parte degli assistiti.

4. **Conclusioni**

Alla luce dell'analisi svolta in questa trattazione, è possibile affermare che sicuramente la stagione riformatrice in tema di salute mentale in Italia, che trova le sue origini nell'intuizione senza precedenti di Franco Basaglia e nel lavoro della sua *équipe*, che hanno trovato il culmine nell'approvazione della legge 180/78, ha raggiunto risultati rivoluzionari. Non si può tuttavia omettere che il progetto Basaglia fosse di

[16] Così R. BOMBACE, A CIOFFI, *op. cit.*
[17] Siffatti dati provengono da UNASAM, l'Unione nazionale delle associazioni per la salute mentale.
[18] Sempre secondo quanto si apprende da UNASAM.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

gran lunga più ambizioso: egli aspirava ad un profondo e radicale cambiamento della concezione sociale della malattia mentale, che non solo andava affrancata dallo stigma e dal pregiudizio che da sempre l'avevano connotata, ma anche gradualmente accettata come una condizione soggettiva immanente all'essere umano, quasi – per così dire – speculare alla ragione[19].

Tuttavia negli ultimi anni, le difficoltà nel reperimento e nell'allocazione delle risorse finanziarie, con tutte le conseguenze negative che ne sono conseguite, hanno fatto sì che la psichiatria si cristallizzasse nuovamente; essa infatti non sembra più perseguire l'obiettivo della cura e del reinserimento sociale del paziente, ma piuttosto favorire una sorta di sua eterna permanenza all'interno dei servizi, secondo logiche molte volte esplicitamente contrarie allo spirito della legge 180/78.

[19] "La follia è una condizione umana. In noi la follia esiste ed è presente come la ragione. Il problema è che la società, per dirsi civile, dovrebbe accettare tanto la ragione quanto la follia, invece incarica una scienza, la psichiatria, per tradurre la follia in malattia allo scopo di eliminarla. Il manicomio ha qui la sua ragion d'essere", così affermava F. BASAGLIA, *Che cos'è la psichiatria*, Baldini Castoldi Editori, 1967.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dal decreto Salvini al decreto Lamorgese

di Ennio Codini e Silvia A. Frego Luppi*

25 febbraio 2021

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Notazioni preliminari: presenza, residenza, iscrizione anagrafica. – 3. Segue. Iscrizione senza dimora e dimora senza iscrizione. – 4. Segue. L'iscrizione anagrafica quale presupposto di altri diritti. – 5. La tesi secondo cui il comma 1 bis introdotto col decreto-legge n. 113 non avrebbe avuto carattere preclusivo. – 6. La tesi secondo cui la disposizione *de qua* avrebbe avuto invece carattere preclusivo. La tesi della conseguente illegittimità. – 7. La pronuncia della Corte costituzionale: reiezione della tesi secondo cui il comma 1 bis non avrebbe avuto carattere preclusivo. – 8. Segue. La dichiarazione di incostituzionalità del comma 1 bis. Il successivo intervento del legislatore. – 9. Conclusioni.

1.Introduzione

L'art. 13 del decreto-legge n. 113 del 2018, c.d. sicurezza o anche "Salvini" dal nome dell'allora ministro dell'interno, inserendo nell'art. 4 del decreto legislativo n. 142 del 2015 il comma 1 bis concernente l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, ha dato luogo a una complessa querelle che ha riguardato sia la portata che la legittimità di tale nuovo comma.

La controversia si è formalmente chiusa, sul piano della vigenza della disposizione, con la sentenza n. 186 del 31 luglio del 2020 della Corte costituzionale, che ha dichiarato il comma in questione illegittimo, a seguito della quale è poi intervenuto il decreto-legge n. 130 del 21 ottobre dello stesso anno (convertito dalla legge n. 173 del 18 dicembre), c.d. "Lamorgese" dal nome dell'allora ministro

* Ennio Codini è docente di Istituzioni di diritto pubblico, Facoltà di Scienze politiche e sociali dell'Università cattolica di Milano e responsabile del Settore Legislazione della Fondazione ISMU. Silvia Antonella Frego Luppi è docente di Diritto e Giustizia amministrativa, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Carlo Cattaneo di Castellanza. Sebbene il saggio sia l'esito di una riflessione comune, i paragrafi 1, 5, 7 e 8 vanno attribuiti a Ennio Codini, mentre i paragrafi 2, 3, 4 e 6 vanno attribuiti a Silvia Antonella Frego Luppi.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dell'interno, che ha riformulato la disciplina dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo.

Vale però la pena di ricostruirla e analizzarne i termini. Anche perché le posizioni emerse saranno comunque negli anni a venire un punto di riferimento essenziale per gli interrogativi che si porranno in ordine all'iscrizione anagrafica delle persone in posizione, comunque, di "precarietà" quanto alla dimora.

Che cosa si leggeva nel comma 1 bis dell'art. 4? "Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 [rilasciato in favore dei richiedenti asilo] non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica".

Quale fosse, nell'introdurre tale disposizione, l'intento del legislatore dal punto di vista giuridico, e quale ne fosse la ratio, era stato esplicitato con sufficiente chiarezza nella relazione introduttiva al disegno di legge di conversione del decreto n. 113. Ivi si può leggere a proposito dell'art. 13 che "L'esclusione dall'iscrizione anagrafica [da esso prevista] si giustifica per la precarietà del permesso per richiesta asilo e risponde alla necessità di definire preventivamente [rispetto all'iscrizione] la condizione giuridica del richiedente"[1].

L'intento era dunque quello di avere una disciplina tale da *escludere* l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. E la ratio era che non si dovrebbe procedere all'iscrizione di tali persone per il carattere "precario" del titolo che legittima i loro soggiorno in Italia. Si dovrebbe, invece, *prima* definirne, per usare le parole della relazione, la "condizione giuridica", ossia, come appare chiaro dal contesto, valutare se vi sono i presupposti per accogliere la domanda d'asilo, o comunque accordare al richiedente un qualche permesso di soggiorno in esito della procedura, per addivenire eventualmente *poi* all'iscrizione anagrafica. Se è vero che, come si vedrà, la normativa in tema di iscrizione anagrafica individua quale presupposto della stessa una mera situazione di presenza di fatto accompagnata dall'intenzione di protrarla, si proponeva implicitamente una connessione tra la "precarietà" del titolo legittimante il soggiorno e una "precarietà" quanto al dato di fatto della presenza tale da rendere per lo meno inopportuna l'iscrizione.

A riguardo, va subito osservato che la ratio messa in evidenza si fondava su alcuni presupposti giuridici e di fatto reali. Sul piano giuridico, infatti, è vero che il richiedente asilo ha un permesso di natura provvisoria in quanto valido solo fino alla decisione definitiva in ordine alla sua domanda[2]. E va rilevato che egli ottiene tale permesso a seguito della mera presentazione di tale domanda[3], senza che si possa ravvisare nei

[1] V. Disegni di legge. Atto Senato n. 840, XVIII Legislatura (www.senato.it).
[2] "Al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido […] per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda" (art. 4, co. 1, del d.lgs. n. 142).
[3] Come si evince chiaramente dal primo comma dell'art. 1 citato dove si dice perentoriamente che al richiedente è rilasciato un permesso, senza che siano previsti ulteriori requisiti, ed è confermato dal terzo comma del medesimo articolo dove si legge che "La ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione internazionale rilasciata contestualmente alla verbalizzazione della domanda […] costituisce permesso di soggiorno provvisorio".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

requisiti di idoneità formale della stessa alcun elemento predittivo circa la sussistenza dei requisiti per il suo accoglimento o comunque per poter accordare al richiedente un qualche permesso di soggiorno in esito della procedura. E va aggiunto che effettivamente se il permesso per richiesta d'asilo viene meno senza essere sostituito da un altro il soggiorno diviene illegittimo e perciò la "presenza" dovrebbe venire meno avendo la persona l'obbligo di regola di lasciare il territorio. E sul piano dei dati di fatto, d'altra parte, va osservato che in questi anni molti dei richiedenti asilo, addirittura la più parte, al termine del procedimento si sono visti negare la concessione di un qualsiasi permesso[4] e perciò, salvo i casi, comunque sporadici, di ricorso giurisdizionale coronato da successo, si sono trovati a non poter continuare legittimamente il soggiorno in Italia, secondo la disciplina dell'immigrazione, con l'obbligo di conseguenza di lasciare il territorio. Dunque, davvero da vari punti di vista la posizione del richiedente asilo quanto alla possibilità di un soggiorno legittimo, e quindi quanto alla possibilità di rimanere in Italia ai sensi della disciplina dell'immigrazione, e quindi quanto alla presenza di fatto, può definirsi "precaria".

Ma l'intento del legislatore di escludere l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo e la sussistenza a fondamento della relativa ratio di dati giuridici e fattuali reali non hanno impedito che si sviluppasse un dibattito a proposito sia della portata che della legittimità della disposizione. A proposito della portata, in particolare, a una lettura in linea con l'intendimento dichiarato del legislatore di escludere l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo se ne è contrapposta un'altra secondo cui, invece, il comma 1 bis non sarebbe stato in alcun modo preclusivo rispetto a tale iscrizione, ritenuta invece comunque possibile e anzi doverosa pur in presenza della precarietà messa in evidenza. A proposito della legittimità della disposizione, d'altra parte, è emersa, diffusa, la tesi dell'incostituzionalità del comma 1 bis in quanto preclusivo dell'iscrizione anagrafica, ritenendosi specificamente illegittimo far derivare una tale preclusione dalla precarietà di un soggiorno comunque regolare ai sensi della disciplina dell'immigrazione e perciò idoneo a sviluppare una presenza di fatto.

Sullo sfondo è emerso dunque il tema della rilevanza oppure no rispetto all'iscrizione anagrafica della "precarietà" quanto alla presenza nel territorio. Anche se poi, come sarà messo in evidenza, la Corte costituzionale l'ha in certo modo eluso, da un lato ridimensionando tale precarietà, in modo peraltro non del tutto convincente, e dall'altro fondando la sua decisione su una disparità tra situazioni ritenute simili sul piano della "precarietà".

Va poi subito osservato che la querelle sul comma 1 bis si è sviluppata anche evocandosi un nesso tra iscrizione anagrafica e godimento di una serie di diritti. E' ben vero che nella sopra citata relazione si dice che "L'esclusione dall'iscrizione

[4] Se consideriamo il periodo 2015-2019 possiamo notare in particolare che nella più parte dei casi alla conclusione del procedimento d'esame della domanda il richiedente non ha ottenuto alcun permesso (cfr. G. C. Blangiardo - L. E. Ortensi, *Le migrazioni in Italia*, in Fondazione ISMU, *Venticinquesimo Rapporto sulle migrazioni 2019*, Milano, 2019, p. 91 e ss.).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

all'anagrafe non pregiudica l'accesso ai servizi riconosciuti dalla legislazione vigente ai richiedenti asilo (iscrizione al servizio sanitario, accesso al lavoro, iscrizione scolastica dei figli, misure di accoglienza) che si fondano sulla titolarità del permesso di soggiorno". Ed è vero che ex art. 5 del decreto legislativo n. 142 "L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio". Tuttavia, restano comunque scoperte "le facoltà e le possibilità che in vari campi vengono ricondotte alla residenza" [5]. Inoltre, l'erogazione dei servizi nel luogo del domicilio quand'anche possibile comunque rende, per dirla con le parole della Corte costituzionale, "più difficile l'accesso ai servizi stessi, non fosse altro che per gli ostacoli di ordine pratico e burocratico connessi alle modalità di richiesta, che fanno quasi sempre riferimento alla residenza e alla sua certificazione a mezzo dell'anagrafe[6]". E coloro che hanno esaminato criticamente il comma 1 bis hanno fatto leva anche specificamente sul fatto che esso, ove inteso come tale da precludere l'iscrizione anagrafica, vanificherebbe svariati diritti che in vario modo ad essa si correlano.

Perciò nelle pagine che seguono si considereranno anzitutto in termini generali la questione della rilevanza per l'iscrizione anagrafica della "precarietà" della presenza e la questione del nesso tra iscrizione anagrafica e godimento dei diritti.

2. Notazioni preliminari: presenza, residenza, iscrizione anagrafica

Come è noto, l'iscrizione anagrafica si riconnette alla residenza. Quest'ultima viene definita come una delle sedi a cui l'ordinamento attribuisce rilevanza a determinati fini nel qualificare l'agire umano in ordine allo spazio[7]. La relativa disciplina trova fondamento nella normativa civilistica ed è completata da quella sull'anagrafe: legge n. 1228 del 24 dicembre 1954 e regolamento anagrafico di cui al decreto n. 223 del 30 maggio 1989.

Ai sensi dell'art. 43, comma 2, del codice civile "La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale". La circoscrizione territoriale a cui si riferisce la residenza è il Comune. Si utilizza poi l'espressione "residenza anagrafica" per indicare l'accertamento formale di tale situazione che si ha coll'iscrizione all'anagrafe comunale (art. 2 della legge n. 1228 cit.). Quest'ultima non ha dunque valore costitutivo ma di accertamento. La residenza, in quanto *quid (o res) facti* secondo la giurisprudenza può

[5] Così Tribunale Firenze, ord. 18 marzo 2019; conformi: Tribunale Bologna, ord. 2 maggio 2019, Tribunale Ancona, ord. 29 luglio 2019.
[6] Corte cost., sent. n. 186 del 2020 (punto 4.2.).
[7] M. Esu, *Domicilio – residenza – dimora*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 358 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

essere provata con ogni mezzo [8] e l'iscrizione dà luogo, si noti per inciso, a una mera presunzione della residenza effettiva[9].

Per conseguire l'iscrizione, l'interessato deve fare istanza all'ufficio comunale competente, di regola l'ufficio anagrafe[10], adducendo il possesso del requisito della dimora abituale che l'amministrazione deve comunque accertare avvalendosi della polizia locale[11]. Una volta che "dalle dichiarazioni degli interessati, dagli accertamenti d'ufficio e dalle comunicazioni degli ufficiali di stato civile*"* risulta la dimora abituale (art. 1 del regolamento cit.), l'iscrizione è un atto dovuto, privo di discrezionalità. La competenza è del Sindaco, nella sua veste di Ufficiale del Governo (art. 14 del testo unico sugli enti locali).

La richiesta di iscrizione, ove sussistano i presupposti, è un diritto ma anche un obbligo, sia per gli italiani che per gli stranieri[12]. L'obbligo è sancito dall'art. 2, comma 1, della legge n. 1228 cit.[13], e la sua violazione è punita con una sanzione amministrativa ex art. 11 della stessa legge. Questo dipende anche dal fatto che l'istituto, pur trovando nel codice civile la sua fonte, possiede una forte valenza pubblicistica. Esso è previsto dall'ordinamento nell'interesse del privato ma anche in quello della pubblica amministrazione[14] perché, consentendo di conoscere l'identità e altre informazioni riguardanti i singoli e i nuclei familiari residenti in un Comune, assolve a finalità statistiche, di monitoraggio del territorio e prima ancora di organizzazione amministrativa[15]. La mancata iscrizione all'anagrafe, tra l'altro, falsando il computo degli abitanti di un Comune, si ripercuote sulla distribuzione statale/regionale delle

[8] Così Cass. civ., ord. 28 aprile 2014, n. 9373.

[9] V.: Cass. civ., sent. 16 novembre 2006, n. 24422; Cass. civ., sent. 1° dicembre 2011, n. 25726; Cass. civ., ord. 30 novembre 2012, n. 21570; Cass. civ., ord. 28 aprile 2014, n. 9373. Altra giurisprudenza, pur ammettendo il valore meramente presuntivo delle risultanze anagrafiche, riconosce a queste una particolare resistenza e ritiene che possano essere superate solo con elementi gravi, precisi e concordanti (Cass. civ., 27 settembre 1996, n. 8554).

[10] Finalità del servizio di anagrafe è quello di registrare le persone che risiedono nel territorio comunale con un aggiornamento continuo delle variazioni nel tempo per effetto di nascite, morti, spostamenti. V. P. La Cannare, *Anagrafe della popolazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. V, Torino, 1987, p. 260 e ss.

[11] "L'ufficiale di anagrafe è tenuto a verificare la sussistenza del requisito della dimora abituale ... Gli accertamenti devono essere svolti a mezzo degli appartenenti ai corpi di polizia municipale" (art. 19 del regolamento cit.).

[12] L'art. 6, co. 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, testo unico sull'immigrazione, dispone infatti che *"*Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero … sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani." Quanto ai cittadini comunitari, il d.lgs. n. 30 del 2007 precisa che sono tenuti a iscriversi all'anagrafe, se intenzionati a soggiornare nel territorio italiano per oltre tre mesi (art. 9).

[13] Ai sensi dell'art. 2, co. 1, della l. n.1228 cit. "è fatto obbligo ad ognuno di chiedere per sé e per le persone sulle quali esercita la patria potestà o la tutela, l'iscrizione nell'anagrafe del Comune di dimora abituale e di dichiarare alla stessa i fatti determinanti mutazioni di posizioni anagrafiche".

[14] Così *ex multis*, Cass. Civ., SS.UU, sent. 19 giugno 2000, n. 449. V. anche Cons. Stato, V, sent. 23 gennaio 2015, n. 310.

[15] V. per una compiuta analisi dei molteplici motivi che rendono quello anagrafico un servizio di interesse pubblico P. Morozzo Della Rocca, *Il diritto alla residenza: un confronto tra principi generali, categorie civilistiche e procedure anagrafiche*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2003, p. 1013 e ss.

risorse, incide sulla riscossione delle imposte locali e influisce, come meglio si vedrà, sull'erogazione di diverse prestazioni pubbliche.

A differenza dell'attribuzione della cittadinanza, che per sua natura si riconnette a una relazione "forte" del soggetto con l'ente territoriale di riferimento, cioè lo Stato, e conferisce "a un individuo la qualità di membro in senso pieno di una comunità"[16], l'iscrizione anagrafica, come si è osservato, si limita a dar conto di una situazione di fatto. Perciò, tra l'altro, mentre il mutamento della cittadinanza è un evento relativamente eccezionale che richiede procedure complesse e tempi di regola lunghi, il cambio di iscrizione anagrafica può effettuarsi agevolmente[17]; si noti tra l'altro a questo proposito che la Costituzione all'art. 16 garantisce la libertà di circolazione e soggiorno e, dunque, la libera scelta della residenza.

Lo stato di fatto che dà luogo alla residenza e dunque all'iscrizione anagrafica è, come già rilevato, la "dimora abituale". Al suo determinarsi, secondo la giurisprudenza, concorrono due elementi: la permanenza del soggetto in un dato luogo, e in particolare in un dato territorio comunale (elemento oggettivo), e la sua volontà di rimanervi in modo stabile (elemento soggettivo), confermati "dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle relazioni sociali"[18]. Si parla però anche di "luogo di abitazione, dove il soggetto vive normalmente l'intimità sua e della propria famiglia"[19], e tale riferimento si pone, secondo le tesi prevalenti, come necessaria integrazione del dato "permanenza" dovendosi intendere quest'ultima come permanenza in una abitazione.

Per le persone solo "temporaneamente presenti" è prevista invece l'iscrizione in un apposito schedario (art. 8, della legge n. 1228 cit.) e l'art. 32 del citato regolamento anagrafico precisa che tale schedario riguarda "i cittadini italiani o gli stranieri che essendo dimoranti nel Comune da non meno di quattro mesi, non si trovano ancora in condizione di stabilirvi la residenza per qualsiasi motivo"; gli iscritti a tale schedario non si vedono riconoscere però lo *status* di residente.

Comunque, per i richiedenti asilo ospiti di strutture di accoglienza la legge, ossia il decreto legislativo n. 267 del 1986, testo unico sull'immigrazione, precisa che "si considera abituale la dimora dello straniero" in caso di "ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza". Così dispone in particolare l'art. 6, comma 7, del testo unico.

---

[16] E. Gargiulo, *L'appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti politici*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, fasc. 2, https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/.

[17] Cfr. F. Dinelli, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011.

[18] Così Cass. civ., ord. 28 maggio 2018, n. 13241. V. anche, *ex multis*, Cass. civ., sent. 17 ottobre 1955, n. 3226; Cass. civ., sent. 14 marzo 1986, n. 1738; Cons. Stato, IV, 2 novembre 2010, n. 7730; Tar Basilicata, I, 20 aprile 2011, n. 220. Parte della dottrina ha rivolto critiche volte ad attenuare la rilevanza dell'elemento dell'intenzionalità. Cfr. A. D. Candian, *Domicilio, residenza, dimora*, in *Dig. Disc. Priv.*, VII, Torino, 1991, p. 120 e ss.; S. Rosa, *Anagrafe della popolazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 330 e ss.; F. Dinelli, *La stagione della residenza: analisi di un istituto giuridico in espansione*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, p. 639 e ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019.

[19] Così M. Bianca, *Diritto civile*, II, Milano, 1981.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

3. Segue. Iscrizione senza dimora e dimora senza iscrizione

Nel paragrafo precedente, si è proposto il modello civilistico di piena corrispondenza tra dimora abituale, residenza e iscrizione anagrafica. Vi sono però anche situazioni di non corrispondenza.

Nel caso degli stranieri non comunitari, per l'iscrizione è richiesta anche la regolarità del soggiorno[20]. Per i comunitari, invece, la legge prevede, per l'iscrizione iniziale, requisiti ulteriori concernenti in sostanza la disponibilità di risorse economiche[21].

Se, per i casi di cui sopra, la legge richiede requisiti ulteriori rispetto alla dimora abituale, vi sono anche casi nei quali invece essa ammette l'iscrizione in assenza di tale presupposto e dunque della residenza.

Così è per i senza tetto[22], ossia coloro che non dispongono di una abitazione, e in generale per i senza fissa dimora: girovaghi, artisti circensi… A essi si consente l'iscrizione con riferimento al domicilio, ossia, secondo la definizione di cui all'art. 43 del codice civile, nel "luogo in cui [la persona] ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi". Ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 1228 "Nell'anagrafe della popolazione residente sono registrate … [anche] le persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel comune il proprio domicilio". L'applicazione della regola, si noti, può dar luogo a incertezze, perché sul significato della locuzione "affari e interessi" non c'è pieno accordo in dottrina e giurisprudenza. Talora, soprattutto in passato, si è dato rilievo ai soli profili patrimoniali dell'esistenza, oggi si tende invece a concepire il domicilio in un'accezione più ampia come "luogo in cui la persona…concentra la generalità dei propri interessi"[23]. Nel caso dei senza tetto, comunque, il domicilio può

[20] L'art. 6, co. 7, del d.lgs. 286 cit. dispone infatti che "Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani." In particolare, è richiesta la titolarità di un permesso di soggiorno di durata superiore a un anno. Sul rapporto tra regolarità del soggiorno e iscrizione anagrafica si veda R. Minardi, *L'iscrizione anagrafica dei cittadini extracomunitari*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008, p. 383 e ss.

[21] Nei termini precisati dall'art. 9 del d.lgs. n. 30 del 2007.

[22] Per un approccio critico nei confronti della classificazione come senza tetto di coloro che vivono in alloggi ritenuti non adeguati come grotte o roulotte, cfr. E. Gargiulo, *L'appartenenza negata* cit. V. anche *infra*.

[23] Cass. civ., sent. 20 luglio 1999, n. 775. Per un approfondimento della distinzione tra domicilio e residenza, che in questa sede non sembra essenziale, si rinvia a: V. Tedeschi, voce *Domicilio, residenza, dimora*, in *Noviss. DI, App*. III, Torino, 1982, p. 194 e ss.; M. Esu, *Domicilio – residenza – dimora* cit., p. 369; M. Costanza, *Domicilio II) Domicilio, residenza, dimora (dir.civ.),* in *Enc. Giur.*, 12, Roma, 1989, p. 1 e ss.; A. D. Candian, *Domicilio, residenza, dimora*, in *Dig. Disc. Priv*., VII, Torino, 1991, p. 116 e ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 129. E, tra i contributi più recenti, P. Morozzo della Rocca, *I luoghi della persona e le persone senza luogo (itinerari di diritto civile ed anagrafico)*, Rimini, 2017. In giurisprudenza v. oltre a Cass. civ., 20 luglio 1999, n. 775 cit., Cass. civ., ord. 8 marzo 2005, n. 5006.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

coincidere con la sede della struttura assistenziale a cui fanno riferimento[24]. Solo in mancanza di un domicilio, in via residuale la persona si considera residente nel comune di nascita[25].

La normativa di cui sopra mostra la volontà del legislatore di garantire la titolarità di una residenza anagrafica, e possibilmente nel luogo dove di fatto la persona vive, anche quando gli interessati versano in una condizione di "precarietà" così estrema da escludere, secondo le tesi prevalenti, il configurarsi di una "dimora abituale" ai sensi dell'art. 43 del codice civile[26].

Ma non va trascurato che a livello locale sono emersi anche orientamenti di segno opposto, volti a limitare in vario modo la possibilità per alcune persone di ottenere l'iscrizione anagrafica nel Comune dove pure hanno la "dimora abituale", perché considerate "precarie" o comunque "non volute".

Negli ultimi anni, tali orientamenti si sono spesso inseriti in politiche di contrasto dell'immigrazione. Peraltro, già da prima, preoccupazioni circa i costi dell'assistenza, non di rado a carico del Comune di residenza, hanno indotto alcune amministrazioni a frenare l'iscrizione degli indigenti chiedendo requisiti non previsti dalla legge, quali l'idoneità dell'abitazione o lo svolgimento di un'attività nel territorio. La circolare del Ministero dell'interno del 29 maggio 1995 ha cercato di interrompere tale prassi, affermando che "La richiesta di iscrizione anagrafica … non [è] vincolata ad alcuna condizione, né potrebbe essere il contrario, in quanto in tal modo si verrebbe a limitare la libertà di spostamento e di stabilimento … in palese violazione dell'art. 16 della Carta costituzionale", ma nel tempo l'orientamento ha continuato a manifestarsi.

A riguardo, la dottrina ha rilevato che l'art. 18 della legge n. 94 del 2009, c.d. Pacchetto sicurezza, ha contribuito, seppur indirettamente, a limitare l'accesso alla residenza[27]. La facoltà, ivi prevista, per il Comune di verificare le condizioni igienico-sanitarie della dimora del richiedente ha indotto numerosi Sindaci a emanare circolari o ordinanze per rendere obbligatori tali controlli e soprattutto negare l'iscrizione in caso di esito negativo, così considerando in sostanza l'indigenza un fattore di esclusione

[24] Salvo il caso citato da ultimo, sorge peraltro il problema specifico della necessità di associare all'iscrizione un indirizzo. Esso può essere risolto con l'iscrizione in una via fittizia che il Comune istituisce per censire coloro che non hanno un vero e proprio recapito, senza che ciò incida in alcun modo sul valore della residenza anagrafica in tal modo acquisita. Una soluzione indicata tra l'altro nelle *Linee guida sul diritto alla residenza dei richiedenti e beneficiari di protezione internazionale* (pp. 29-30), elaborate nel 2015 dal Servizio Centrale dello SPRAR insieme a UNHCR, ANUSCA e ASGI, e fatte proprie dal Ministero dell'interno (*https://www.interno.gov.it/it/notizie/linee-guida-sul-diritto-alla-residenza-dei-richiedenti-e-beneficiari-protezione-internazionale/*)

[25] Infine, ai sensi dell'art. 2, co. 5, della l. n. 1228 cit. (come modificato dalla l. n. 94 del 2009), "Per i nati all'estero si considera Comune di residenza quello di nascita del padre o, in mancanza, quello della madre. Per tutti gli altri, soggetti all'obbligo della residenza, ai quali non possano applicarsi i criteri sopra indicati, è istituito apposito registro presso il Ministero dell'interno".

[26] Risulta chiara "la volontà di iscrivere […] tutte le persone dimoranti non occasionalmente nel territorio nazionale" (R. Minardi, *Condizioni di soggiorno per i cittadini comunitari*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza* cit., p. 87 e ss.).

[27] In particolare, v. E. Gargiulo, *L'appartenenza negata* cit.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

invece che una situazione da superare[28]. La circolare del Ministero Interni n. 1 del 2013, emanata sulla base di un parere del Consiglio di Stato[29], ha precisato che l'inidoneità igienico-sanitaria della dimora non può in ogni caso precludere l'iscrizione. Eppure, a fronte di un alloggio giudicato non idoneo, talune amministrazioni l'hanno negata[30].

Limiti sono poi derivati dall'imposizione di altri requisiti non previsti dalla legge, ad esempio la disponibilità di un reddito superiore a una certa soglia per i comunitari[31], l'assenza di precedenti penali, l'esistenza di un contratto di lavoro e il possesso del passaporto nel caso di immigrati non comunitari (quando specialmente i richiedenti asilo spesso non hanno un tale documento).

Alcune amministrazioni, inoltre, hanno ammesso la registrazione, in virtù del domicilio, dei senza tetto solo in presenza di una presa in carico da parte dei servizi sociali[32].

Una linea particolare è stata poi quella di non considerare "dimora abituale" i centri di accoglienza dove sono ospitati i richiedenti asilo, nonostante la chiara lettera dell'art. 6, comma 7, del testo unico sull'immigrazione.

Talvolta, i dinieghi di iscrizione secondo le logiche di cui sopra hanno avuto luogo caso per caso come se vi fosse discrezionalità. Ma per lo più sono stati posti in essere sulla base di regolamenti, circolari, o ordinanze[33].

Peraltro, difetta in capo ai Comuni la potestà regolamentare in materia di anagrafe perché è attribuita allo Stato la competenza legislativa esclusiva a riguardo e ai Comuni compete solo la gestione di un servizio che è statale, come dimostra il fatto che, come

[28] Secondo un orientamento, invero, ravvisabile anche più in generale, come denuncia P. Morozzo della Rocca in *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, fasc. 1 https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/.

[29] Sez. I, parere n. 3479 del 6 agosto 2012. Così anche Tar Lombardia, Milano, III, 13 maggio 2011, n. 1238.

[30] E. Gargiulo, *L'appartenenza negata* cit.

[31] Requisito ulteriore rispetto a quelli indicati all'art. 7 del d.lgs. n. 30 cit. In tal modo si va ad "integrare surrettiziamente il tenore elastico delle previsioni legislative (disporre di risorse economiche sufficienti) con la previsione di requisiti specifici e non contemplati (quali specifici limiti di reddito ovvero altri indici sintomatici comunque privi di un riferimento omogeneo), con illegittima compressione di diritti previsti da fonti primarie, dal Trattato CE nonché dalla stessa Costituzione" (F. Cortese, *Il "caso" Cittadella: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007, www.forumcostituzionale.it).

[32] Per una rassegna della casistica v. Lorenzetti, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza* in Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009. In giurisprudenza v., ad esempio, Tar Sicilia, Catania, IV, 6 agosto 2018, n. 1671.

[33] V. F. Cortese, *Il "caso" Cittadella cit.*; V. Italia, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, Milano, 2010; A. Usai, *Diritti sociali negati. Un'indagine sulle ordinanze comunali*, in E. Besozzi (a cura di), *Immigrazione e contesti locali - Annuario CIRMib 2010*, Milano, 2011, p. 187 e ss.; M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene, p. 44 e ss.; P. Morozzo della Rocca, *Vecchi e nuovi problemi riguardanti la residenza anagrafica nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Questione giustizia*, 16 gennaio 2019.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

già ricordato, la tenuta dei registri spetta al Sindaco nella sua veste di Ufficiale del Governo.

Da ciò la tendenza al ricorso a ordinanze. Le situazioni d'emergenza sono state ravvisate soprattutto in relazione ai flussi migratori, con peraltro un'evidente forzatura[34] sicché il legislatore volendo favorire la linea de qua ha ammesso l'esercizio del potere d'ordinanza anche al di fuori di situazioni emergenziali. Ciò una prima volta con la legge n. 125 del 2008, che ha avuto l'effetto di moltiplicare le ordinanze restrittive. A frenare però tale orientamento è intervenuta la Corte costituzionale che con la pronuncia n. 115 del 2011 ha censurato un potere d'ordinanza "sganciato dai presupposti fattuali della contingibilità e urgenza, dunque tendenzialmente illimitato"[35]. Il legislatore ha poi di nuovo operato un'estensione del potere col decreto-legge n. 14 del 2017, consentendone l'esercizio anche in assenza dei requisiti di necessità e urgenza, ma tenendone ferma un'efficacia limitata nel tempo di fatto ostativa a un suo "uso" impeditivo dell'iscrizione anagrafica. Perciò i Sindaci si sono orientatati verso mere prassi amministrative oppure si sono avvalsi di circolari interne rivolte al personale degli uffici anagrafici e della polizia locale[36].

A livello legislativo, una restrizione particolare è stata introdotta con l'art. 5 del decreto-legge n. 47 del 2014, c.d. Piano casa, che vieta a chi occupa abusivamente un immobile di chiedere la residenza. Peraltro, il Ministero dell'interno con una circolare, la n. 633 del 2015, ha chiarito che comunque è possibile in questi casi l'iscrizione "per domicilio", in analogia con quanto previsto per i senza fissa dimora. Una deroga legislativa alla disposizione cit. è stata poi introdotta col decreto-legge n. 14 del 2017 per le ipotesi in cui siano presenti minorenni o individui bisognosi di tutela[37].

4. Segue. L'iscrizione anagrafica quale presupposto di altri diritti

[34] V. in proposito Tar Lombardia, Milano, III, sent. n. 1238 del 2011.

[35] A essere lesi, secondo la Corte, sono la riserva di legge relativa ex art. 23 Cost. «in quanto non [si] prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa», e "il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto». Sulla sentenza, ampiamente commentata in dottrina, si veda: A. Guazzarotti, *La Corte costituzionale pone fine alle ordinanze dei Sindaci sulla sicurezza urbana: un rigore foriero di futuri sviluppi*? in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2011, p. 91 e ss.; A. Galdi, F. Pizzetti (a cura di*), I sindaci e la sicurezza urbana. Le ordinanze sindacali e i loro effetti*, Roma, 2012; G. Manfredi, *Poteri di ordinanza, legalità, "stato governativo",* in *Amministrare*, 2013, p. 407 e ss. Manfredi sottolinea le gravi conseguenze derivanti da una prassi in cui il potere di ordinanza oltrepassa i confini dell'emergenza per diventare uno strumento di amministrazione ordinaria: a essere messa in discussione è la stessa forma di governo prevista dalla Costituzione col rischio di un passaggio dallo «stato legislativo» allo «stato governativo». Dello stesso A. v. anche *Potere di ordinanza [dir. amm.]*, in *Diritto on line*, 2019.

[36] E. Gargiulo, *Dalla popolazione residente al popolo dei residenti: le ordinanze e la costruzione dell'alterità* in *Rass. It. Sociologia*, 2015, p. 8 e ss.

[37] "Il sindaco, in presenza di persone minorenni o meritevoli di tutela, può dare disposizioni in deroga a quanto previsto ai commi 1 e 1-bis, a tutela delle condizioni igienico-sanitarie".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

L'iscrizione anagrafica costituisce, oltre che un obbligo, anche un diritto[38] e condiziona il godimento di altri diritti politici, civili ed economico-sociali.

In mancanza, i cittadini italiani e gli altri dell'Unione non possono anzitutto esercitare il diritto di voto.

Dalla mancanza di iscrizione discende poi in via generale una serie di preclusioni concernenti i diritti civili. Non è possibile, ad esempio, ottenere il rilascio della carta d'identità e della patente di guida (o la conversione di analogo titolo estero). Non è possibile aprire una partita IVA. Persino aprire un conto corrente può di fatto costituire un problema[39], e in generale si rileva nei rapporti tra privati una naturale diffidenza in chi si deve relazionare con soggetti privi di iscrizione anagrafica.

Quanto alle prestazioni dello Stato sociale, invece, la non iscrizione non esclude dal servizio sanitario nazionale, aperto a tutti allo stesso modo, eccetto gli immigrati non regolarmente soggiornanti[40], né fa venir meno il diritto allo studio, previsto per tutti i minori presenti sul territorio[41], e in generale alle prestazioni sociali. Vi sono però casi di esclusione. Si pensi all'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, ai sussidi per i canoni di locazione e più in generale alla concessione di tutte quelle molteplici agevolazioni, provvidenze e esenzioni dalla partecipazione alla spesa che si fondano sull'indicatore ISEE[42]. Vi sono poi casi in cui discipline locali escludono coloro che sono sprovvisti di residenza dall'accesso a determinati benefici sociali come,

[38] "La disciplina di settore […] prevede che l'iscrizione all'anagrafe o nei registri della popolazione residente costituisce un diritto ed un dovere di ogni cittadino italiano e straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale" così il Cons. di Stato, I, nel parere n. 3479 del 6 agosto 2012, nello stesso senso più di recente Tar Campania, VI, 22 marzo 2019 n. 1636. Conformi Tribunale Milano, sent. 2 giugno 2003, n. 10257 e Cassazione, SSUU, sent. 19 giugno del 2000, n. 449, ove si afferma che "tutta l'attività dell'Ufficiale d'anagrafe è disciplinata […] in modo vincolato, senza che trovi spazio alcun momento di discrezionalità". In dottrina v. R. Mucci, *I servizi anagrafici e dello stato civile,* in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), *Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003, p. 93 e ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Il diritto alla residenza* cit.

[39] Nonostante che l'art. 4, co. 1, del decreto n. 113 affermi a chiare lettere che il permesso di soggiorno per richiesta asilo costituisce documento di riconoscimento, è stata necessaria una circolare dell'ABI del 19 aprile 2019 per ribadire che "il permesso di soggiorno in questione è equiparato a un documento di riconoscimento e, come tale, è idoneo a consentire l'identificazione personale del richiedente, per quanto attiene all'apertura del rapporto a fini civilistici".

[40] Secondo quanto stabilito dagli artt. 34 e 35 del testo unico sull'immigrazione. Come precisa l'art. 42, co. 2, del relativo regolamento di attuazione, per l'immigrato regolare ai fini dell'iscrizione al SSN "in mancanza di iscrizione anagrafica, per luogo di effettiva dimora si intende quello indicato nel permesso di soggiorno, fermo restando il disposto dell'articolo 6, commi 7 e 8, del testo unico" e "l'iscrizione [al SSN] è valida per tutta la durata del permesso di soggiorno". V. in giurisprudenza la recente pronuncia del Tribunale Napoli del 10 luglio 2019 che ha accolto la domanda di iscrizione al SSN di un richiedente asilo di origini nigeriane, non iscritto all'anagrafe.

[41] Come si legge nell'art. 38 del testo unico sull'immigrazione.

[42] La DSU (dichiarazione sostitutiva unica), punto di partenza per ottenere la certificazione ISEE, presuppone infatti l'iscrizione anagrafica, perché "il nucleo familiare del richiedente è costituito dai soggetti componenti la famiglia anagrafica alla data della presentazione della DSU" (art. 3 del DPR 5 dicembre 2013, n. 159) e, d'altra parte, "l'ISEE è calcolato con riferimento al nucleo familiare" (art. 2 del DPR cit.).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

ad esempio, buoni spesa *et similia*[43]. Coloro che non sono iscritti all'anagrafe non possono inoltre accedere alle politiche attive d'inserimento nel mercato del lavoro[44]; né possono stipulare contratti di lavoro occasionale, essendo a riguardo necessaria la residenza ai fini della registrazione al portale telematico dell'INPS.

A venire in rilievo sono poi i diritti collegati alla durata della previa residenza (un collegamento, si noti, che rende pregiudizievole anche una situazione passata di non iscrizione). Primi fra tutti, nel caso dello straniero, quello all'ottenimento di un permesso permanente e quello all'ottenimento della cittadinanza in virtù appunto della residenza. Ma non trascurabile è anche la casistica dei servizi e delle prestazioni sociali per le quali, per lo più al fine di limitare l'accesso degli immigrati, è previsto quale requisito la residenza prolungata nel tempo in un certo territorio o comunque nel territorio nazionale (come nel caso, da ultimo, dei dieci anni di residenza richiesti per poter accedere al reddito di cittadinanza)[45].

Perciò l'iscrizione anagrafica, pur costituendo un *minus* rispetto alla cittadinanza dal punto di vista dell'integrazione sociale, è assai rilevante. Si tratta tra l'altro, è stato osservato, di "uno strumento in grado di livellare, almeno in parte, le differenze dovute agli status giuridici"[46]. Emblematico l'utilizzo talora in dottrina dell'espressione cittadinanza amministrativa per indicare l'insieme di diritti e facoltà spettanti ai residenti[47].

---

[43] V., per un caso recente, l'ordinanza del Tribunale Ferrara del 30 aprile 2020, relativa a misure urgenti di solidarietà alimentare sotto forma di "buoni spesa" *una tantum* in attuazione dell'ordinanza della Protezione Civile n. 658 dello stesso anno. Il Tribunale ha accertato il carattere discriminatorio di una delibera comunale, nella parte in cui chiedeva agli stranieri extracomunitari il permesso di soggiorno permanente e la residenza nel Comune, con riguardo a entrambi i requisiti.

[44] V. Tribunale Ancona, ord. 29 luglio 2019. In dottrina v.: W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri: il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013; P. Morozzo della Rocca, *Vecchi e nuovi problemi* cit.; A. Poggi, *Le dimensioni spaziali dell'uguaglianza*, in *Riv. AIC*, 2020, p. 322 e ss.

[45] Su questa normativa, invero, è intervenuta talora la Corte costituzionale con dichiarazioni di illegittimità. V. ad es. il caso dell'art. 11, co. 13, della l. n. 133 del 2008, dichiarato incostituzionale con sentenza n. 166 del 2018 e, nell'ambito della legislazione regionale, le sentenze n. 168 del 2014, sull'accesso ad alloggi di edilizia residenziale pubblica, e nn. 106 e 107 del 2018, ancora in tema di alloggi, nonché di accesso agli asili nido. Infine, recentissima, la sentenza n. 44 del 2020, che ha dichiarato l'illegittimità della previsione contenuta in una legge lombarda (l. n. 16 del 2016, art. 22, co. 1, lett. b), che subordinava l'assegnazione di un alloggio di edilizia pubblica al requisito della residenza anagrafica ultra-quinquennale. Specie considerando le motivazioni di quest'ultima pronuncia, sulle quali non è dato soffermarsi in questa sede, emerge in modo abbastanza chiaro che la possibilità per il legislatore di prevedere legittimamente una determinata durata di previa residenza quale condizione per accedere a una determinata provvidenza trova limiti molto severi nel principio di ragionevolezza; tuttavia, allo stato, il fenomeno della subordinazione *de qua* caratterizza ambiti importanti del nostro Stato sociale.

[46] E. Gargiulo, *Quando il territorio si fa ostile. La territorialità etica e le barriere locali al suo riconoscimento*, in *Pol. e Soc*., 2015, p.100.

[47] V. C. E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 481 e ss.; R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 201 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Particolarmente difficile, si noti per inciso, è la posizione dello straniero la cui non iscrizione anagrafica si associa a un'irregolarità quanto al soggiorno. In questo caso, infatti, le preclusioni sono ulteriori; ciò peraltro non deriva dalla non iscrizione bensì specificamente da tale irregolarità, essendo che l'equiparazione al cittadino quanto ai diritti è in generale dalla legge subordinata all'essere lo straniero regolarmente soggiornante[48], rimanendo in caso contrario solo la garanzia di ciò che appare essenziale anche in relazione a un soggiorno che *de iure* dovrebbe essere breve (come ad esempio "le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali" assicurate dall'art. 35 del testo unico sull'immigrazione)[49].

5. La tesi secondo cui il comma 1 bis introdotto col decreto-legge n. 113 non avrebbe avuto carattere preclusivo

Come accennato nell'introduzione, a seguito dell'inserimento con l'art. 13 del decreto-legge n. 113 del comma 1 bis nell'art. 4 del decreto legislativo n. 142 sono emerse due opposte linee interpretative. Vi è stato chi ha scelto di interpretare la disposizione di cui al suddetto comma in linea con l'intendimento del legislatore e quindi come tale da precludere l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, e così hanno fatto in particolare per lo più le amministrazioni locali, pur non mancando perplessità persino a livello burocratico[50]. Ma nei non pochi casi in cui, a fronte di un diniego di iscrizione anagrafica, vi è stato un ricorso giurisdizionale, spesso i tribunali, sulla scorta di analisi in tal senso[51], hanno sostenuto invece la doverosità dell'iscrizione anagrafica.

Ben rappresentano tale orientamento una decisione del Tribunale di Firenze[52] e un'altra del Tribunale di Bologna[53] emesse in sede cautelare ma ampiamente motivate. In entrambi i casi il giudice, adito da un richiedente asilo che si era veduto negare l'iscrizione anagrafica sul presupposto proprio di un divieto derivante dall'articolo 13 del decreto-legge n. 113, ha ordinato all'amministrazione l'immediata iscrizione del ricorrente sulla base di un iter argomentativo nel complesso così configurabile.

---

[48] "Lo straniero regolarmente soggiornante […] gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano" (art. 2, comma 2, del testo unico sull'immigrazione); solo gli stranieri "regolarmente soggiornanti" sono equiparati ai cittadini per quel che riguarda il servizio sanitario nazionale (art. 34),"ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale" (art. 41) ecc.

[49] Cfr. sul punto, per quel che riguarda in particolare le prestazioni dello Stato sociale, E. Codini, *Immigrazione e Stato sociale,* in *Dir. Pubbl.*, 2012, p. 599 e ss.

[50] Cfr. il contributo di S. M. Moscara, presidente dell'Unione nazionale Segretari comunali, apparso in www.segretarientilocali.it/ : *Art. 13 del DL n. 113/2018 – Le iscrizioni anagrafiche degli stranieri richiedenti asilo.*

[51] Cfr. ad esempio E. Santoro, *In direzione ostinata e contraria. Parere sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini,* in *L'Altro diritto*, 2019, www.altrodiritto.unifi.it, dove sono proposti molti degli argomenti che poi si ritroveranno nelle pronunce.

[52] Tribunale Firenze, ord. 18 marzo 2019.

[53] Tribunale Bologna, ord. 2 maggio 2019.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

L'intento del legislatore non vincola l'interprete[54]. Nell'interpretare una singola disposizione bisogna procedere "in modo conforme al canone della coerenza con l'intero sistema normativo, coerenza che andrà evidentemente ricercata anche sul piano costituzionale"[55].

Ciò premesso, si osserva che la proposizione di cui al comma 1 bis secondo cui il permesso di soggiorno rilasciato in favore dei richiedenti asilo "non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica" non appare immediatamente chiara nel contesto di una normativa che non basa tale iscrizione su "titoli" bensì su un dato di fatto, ossia la "dimora abituale", mentre il permesso di soggiorno riguarda il diverso, particolare presupposto della regolarità appunto del soggiorno[56]. Inoltre, ove si intendesse la proposizione *de qua* come tale da non consentire l'iscrizione anagrafica, essa impedirebbe al richiedente asilo di adempiere all'obbligo, per lui previsto dalla legge, di comunicare alla questura, se non accolto in struttura d'accoglienza, la propria residenza e ogni variazione a riguardo (obbligo previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 142)[57].

E d'altra parte, è possibile attribuire al comma 1 bis un significato non preclusivo dell'iscrizione, osservando che la legge n. 46 del 2017 aveva delineato "una speciale disciplina dell'iscrizione anagrafica per i richiedenti protezione internazionale ospitati nei centri d'accoglienza, per la quale veniva prevista un'iscrizione semplificata, non basata sulla dichiarazione del soggetto interessato e sui successivi accertamenti d'ufficio, bensì esclusivamente sulla comunicazione del responsabile della struttura di accoglienza" e che proprio l'art. 13 del decreto n. 113 è intervenuto "abrogando … [tale] modalità semplificata di iscrizione", sicché si può intendere il comma 1 bis come volto a confermare che "non vi è una speciale modalità di iscrizione anagrafe … per i richiedenti protezione internazionale basata sul solo 'titolo' della domanda … restando [per tali persone] vigente l'ordinario procedimento amministrativo"[58].

Tale interpretazione, si sottolinea, va preferita, perché "offre una lettura della norma coerente col quadro normativo e comunitario"[59]. Va soprattutto osservato secondo i giudici che, essendo molti diritti in vario modo legati all'iscrizione anagrafica, la non iscrizione dei richiedenti asilo comporterebbe una loro discriminazione che a sua volta sarebbe irragionevole – in un contesto nel quale l'iscrizione anagrafica, con i diritti che ne derivano, viene in generale riconosciuta a tutti coloro che hanno il requisito della "dimora abituale" e anche a persone che ne sono prive – e perciò in contrasto col principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della

[54] Il punto è ampiamente sviluppato nell'ordinanza del Tribunale di Firenze cit.
[55] Tribunale di Firenze, ordinanza cit.
[56] Il punto è sottolineato nell'ordinanza del Tribunale di Bologna cit.
[57] Tribunale di Firenze, ordinanza cit.
[58] Tribunale di Bologna, ordinanza cit. L'argomento è peraltro proposto anche nell'ordinanza del Tribunale di Firenze cit.
[59] Tribunale di Bologna, ordinanza cit. Il passaggio logico è comunque centrale anche nell'ordinanza del Tribunale di Firenze cit.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Costituzione e all'art. 14 della CEDU, entrambi per costante giurisprudenza applicabili anche agli stranieri. E allora, "in relazione all'incerto … contenuto del … comma 1 bis" va adottata la soluzione che non vi ravvisa un divieto di iscrizione anagrafica in quanto "adeguata rispetto ai criteri ermeneutici letterale e sistematico" e, in particolare, "idonea a rendere la disposizione de qua conforme alla Costituzione"[60].

Sulla base di siffatte argomentazioni si è sviluppato un diffuso orientamento giurisprudenziale[61] caratterizzato dalla valorizzazione degli elementi che si sono messi in evidenza nei precedenti paragrafi ai fini di un'interpretazione sistematica costituzionalmente orientata.

6. La tesi secondo cui la disposizione *de qua* avrebbe avuto invece carattere preclusivo. La tesi della conseguente illegittimità

Opposta, e minoritaria in giurisprudenza, l'interpretazione che ha invece rinvenuto nella disposizione in esame un vero e proprio divieto di iscrizione all'anagrafe[62].

Queste le argomentazioni. Non è ammissibile la tesi che ricollega il comma 1 bis meramente all'abrogazione della disciplina speciale prevista per l'iscrizione dei richiedenti asilo ospiti in un centro di accoglienza, di talché rimarrebbe comunque possibile l'iscrizione anagrafica con la procedura ordinaria. Se questa fosse stata l'intenzione del legislatore, si afferma, sarebbe stato molto più logico abrogare solo tale specifica disciplina. Ma anche ammettendo una carente tecnica legislativa, a inficiare una tale interpretazione concorrono ulteriori elementi.

Anzitutto, l'intendimento del legislatore, come esplicitato nella già citata relazione e in certo modo confermato dalla circolare esplicativa del Ministero dell'interno n. 15 del 18 ottobre 2018[63].

Poi, una lettura sistematica dell'art. 13 del decreto n. 113, dalla quale emerge che nel caso dei richiedenti asilo si individua nel permesso di soggiorno il documento di riconoscimento, così implicitamente escludendo per loro possibilità di ottenere la carta

[60] Tribunale di Firenze, ordinanza cit.
[61] Non solo i tribunali di Bologna e Firenze hanno confermato tale posizione (rispettivamente, con due ordinanze del 23 settembre 2019 e una del 17 febbraio 2020, e con un'ordinanza del 7 dicembre 2019), ma lo stesso orientamento è stato fatto proprio da molti altri tribunali che hanno emesso provvedimenti simili, da quello di Genova (ord. 20 maggio 2019) a quello di Prato (ord. 28 maggio 2019), da quello di Lecce (ord. 4 luglio 2019) a quello di Cagliari (ord. 31 luglio 2019), da quello di Catania (ord. 1° novembre 2019) a quello di Roma (ord. 25 novembre 2019), da quello di Bergamo (ord. 14 gennaio 2020) a quello di Palermo (sent. 23 gennaio 2020), da quello di Bari (ord. 28 febbraio 2020) a quello di Torino (ord. 30 aprile 2020).
[62] Per la dottrina cfr. P. Morozzo della Rocca, *Residenza, dimora, domicilio* cit. Per la giurisprudenza si rinvia alle ordinanze citate più avanti con le quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale.
[63] Nella Circolare si afferma infatti che "dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni il permesso di soggiorno per richiesta di protezione internazionale […] non potrà consentire l'iscrizione anagrafica".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

d'identità che presuppone la residenza anagrafica, e si sostituisce la residenza col domicilio quale luogo di erogazione dei servizi.

Infine, una lettura teleologica dell'intero testo normativo, s'intende sempre del decreto n. 113, dalla quale si evince la volontà di distinguere nettamente tra richiedenti asilo e altri stranieri regolari, in ragione della "precarietà" della permanenza dei primi nel territorio, come emerge tra l'altro dall'esclusione dei primi dal sistema di accoglienza-integrazione con i relativi progetti a livello locale.

Molti dei giudici che hanno sostenuto tale posizione, hanno poi sollevato questione di legittimità costituzionale[64]. Il percorso logico delle ordinanze di remissione, considerate nel loro insieme, si articola essenzialmente lungo le linee seguenti.

Si afferma che tra i diritti inviolabili vi sarebbe anche quello all'iscrizione anagrafica, per il suo valore simbolico[65] e soprattutto per il suo rapporto con l'esercizio di altri diritti.

Il legislatore può certo in linea di principio anche a questo proposito introdurre differenze di disciplina, operando distinzioni tra cittadini italiani e stranieri e tra stranieri, anche con disposizioni ad hoc per i richiedenti asilo, ma sempre nel rispetto dei vincoli di razionalità e ragionevolezza, come richiesto dal principio d'eguaglianza[66].

Ciò premesso, i giudici remittenti censurano l'esclusione che ravvisano nel comma 1 bis per irrazionalità da due punti di vista: la non iscrizione si traduce in un limite alla possibilità di controllo di una parte degli stranieri presenti sul territorio, in contraddizione col fine del decreto n. 113 di incrementare la sicurezza pubblica; essa, inoltre, si pone in contrasto con l'obiettivo, comunque centrale nella legislazione, dell'accoglienza-integrazione dei richiedenti asilo, per i suoi effetti negativi quanto ai diritti.

Né d'altra parte appare ragionevole la motivazione riferita alla "precarietà" dello status del richiedente asilo. La tempistica d'esame delle domande è infatti tutt'altro che breve: mediamente, osservano i giudici, l'attesa è almeno di un anno, talora molto di

[64] V.: Tribunale Milano, ord. 1° agosto 2019; Tribunale Ferrara, ord. 24 settembre 2019; Tribunale Salerno, ord. 9 agosto 2019; Tribunale Ancona ord. 29 luglio 2019. Il Tribunale di Trento con due ordinanze dell'11 e del 15 giugno 2019 si è invece limitato a respingere la domanda cautelare del richiedente asilo senza sollevare una questione di legittimità.

[65] "Anche da un punto di vista simbolico, negare l'iscrizione anagrafica significa lasciare l'individuo al margine della collettività stessa, confinandolo in un "non luogo" giuridico e sociale che appare sicuramente un limite alla libera e dignitosa crescita della sua personalità" (ord. Tribunale di Milano cit.).

[66] È appena il caso di ricordare che l'espressione "cittadini" di cui all'art. 3 Cost. non va intesa come limitativa. Osserva A. Cerri: "La Corte costituzionale ha esteso questa garanzia anche agli stranieri per il godimento dei diritti … ammettendo un rilievo della cittadinanza solo in quanto pertinente rispetto alla ragione della legge (cfr., tra le altre, C. cost., 23.4.1965, n. 31; 432/1996, etc.)" e ravvisa "un principio di eguaglianza fra gli uomini, [anche] in base all'art. 14 della CEDU (C. cost., 30.7.2008, n. 306) norma interposta ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost. (C. cost., 24.10.2007, nn. 348 e 349, in seguito sempre confermate)." (*Uguaglianza (principio di)*, in *Enc. Treccani online*, 2018 (con ampi riferimenti bibliografici). V. anche D. Tega, *Articolo 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna 2018.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

più. E d'altra parte, osservano sempre i giudici remittenti, altri permessi di soggiorno aventi durata limitata consentono l'iscrizione anagrafica.

Infine, si ritiene irragionevole che la legge preveda che il permesso di soggiorno per richiesta d'asilo consenta di svolgere attività lavorativa (art. 22 del decreto n. 142 cit.) e poi, negando l'iscrizione anagrafica, impedisca agli interessati di accedere alle politiche attive del lavoro e di stipulare contratti di lavoro occasionale.

Al di là del tema dell'eguaglianza, comunque centrale, nelle ordinanze si richiama poi l'art. 10, comma 3, della Costituzione. Il diritto d'asilo sarebbe incompatibile con un trattamento peggiorativo rispetto a quello di altri stranieri regolarmente soggiornanti e sprovvisto di idonea giustificazione. E si richiama anche l'art. 16 della Costituzione, perché la libertà di soggiorno e circolazione sarebbe violata escludendo "lo straniero avente diritto a una definizione della sua domanda di protezione internazionale da una regolare condizione anagrafica" [67].

Infine, nelle ordinanze si fa riferimento ai vincoli posti dagli obblighi internazionali. Rileva ancora una volta il tema della disparità-discriminazione, con riguardo all'art. 14 della CEDU[68] e all'art. 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici[69]. Rileva, poi, la lesione del diritto, di chi si trova regolarmente sul territorio di uno Stato, di scegliere la propria residenza, posto dall'art. 2 del Prot. n. 4 della CEDU[70] e dall'art. 12 del Patto internazionale cit.[71]

Rispetto all'orientamento giurisprudenziale di cui si è detto nel precedente paragrafo, quello qui considerato si differenzia oltre che negli esiti nel metodo, per la rilevanza attribuita all'intenzione del legislatore, e per la scelta, in sostanza coerente con tale attribuzione di rilevanza, di limitare ai fini interpretativi la considerazione sistematica sostanzialmente al solo decreto n. 113, valorizzando gli elementi offerti da un valutazione sistematica più ampia, che pure viene operata, non ai fini interpretativi bensì per ravvisare un'incostituzionalità della disposizione.

7. La pronuncia della Corte costituzionale: reiezione della tesi secondo cui il comma 1 bis non avrebbe avuto carattere preclusivo

[67] V. ord. Tribunale Salerno 9 agosto 2019.
[68] "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".
[69] "Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione".
[70] "Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza".
[71] "Ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Come segnalato nell'introduzione, la querelle sul comma 1 bis dell'art. 4 del decreto legislativo n. 142 si è formalmente chiusa, sul piano del diritto vigente, con la sentenza n. 186 del 2020 della Corte costituzionale.

In tale sentenza la Corte, dopo aver interpretato il comma come preclusivo dell'iscrizione all'anagrafe per i richiedenti asilo, ne ha dichiarato l'illegittimità.

La Corte, dunque, ha anzitutto rigettato l'indirizzo ermeneutico volto a negare che la disposizione in esame impedisse l'iscrizione anagrafica ai richiedenti asilo. Ciò riproponendo in sostanza le argomentazioni della giurisprudenza minoritaria.

Innanzitutto, secondo la Corte, "depone in tale senso quanto riportato nella relazione"; inoltre, rileva "il fatto che la disposizione sia stata così intesa anche dai vari soggetti auditi nel corso del procedimento di conversione in legge del decreto, come risulta dalle loro relazioni". In particolare, secondo la Corte, "va segnalato quanto affermato dal direttore dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), secondo cui «[i]l cambiamento normativo comporterà comunque un'interruzione nella serie storica della popolazione residente, portando in alcuni casi, specie a livello locale, variazioni non trascurabili del totale della popolazione residente», e dal Ministro dell'interno, che, a fronte della «difficoltà per le amministrazioni comunali di far fronte agli adempimenti in materia di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo residenti sui loro territori», ha individuato nella «precarietà della loro permanenza sul territorio» la ragione dell'esclusione dell'iscrizione anagrafica". La Corte dà rilievo poi al fatto che "coerenti con queste premesse appaiono alcune circolari diramate dal Ministero […] dopo l'entrata in vigore del [decreto], tra le quali quella del 18 ottobre 2018 […] in cui si legge: «[p]ertanto, dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni il permesso di soggiorno per richiesta di protezione internazionale […] non potrà consentire l'iscrizione anagrafica», e quella del 18 dicembre 2018 […] nella quale si legge: «[d]i conseguenza, ai richiedenti asilo – che, peraltro, non saranno più iscritti all'anagrafe dei residenti (articolo 13) – vengono dedicate le strutture di prima accoglienza […], all'interno delle quali permangono, come nel passato, fino alla definizione del loro status».

"È inoltre significativo – prosegue la Corte – il dato letterale delle disposizioni introdotte con l'art. 13 […] che puntano a sostituire il riferimento al luogo di residenza con quello al luogo di domicilio e di conseguenza abrogano non solo la disposizione che regola la speciale modalità di iscrizione anagrafica, ma la stessa previsione dell'iscrizione anagrafica […]; modifica, quest'ultima in particolare, che sarebbe priva di senso se la disposizione censurata intendesse solo abrogare la modalità semplificata di iscrizione anagrafica, facendo 'riespandere' la modalità ordinaria".

A giudizio della Corte, in ogni caso, "anche la lettura sistematica della disposizione censurata conferma questa interpretazione. In particolare, il riferimento, in essa contenuto, all'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 (che […] prevede l'iscrizione anagrafica dello straniero regolarmente soggiornante «alle medesime

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

condizioni dei cittadini italiani») deve ritenersi operato al fine di dare atto della deroga così introdotta alla previsione della disposizione richiamata. Inoltre, avere previsto che «[i]l permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento […]» (art. 13, comma 1, lettera a, numero 1) si spiega solo considerando che i richiedenti asilo non possono ottenere la carta d'identità che presuppone la residenza anagrafica. Analogamente – conclude la Corte sul punto – le disposizioni di cui all'art. 13 […] sostituendo il «luogo di residenza» con quello di domicilio come luogo di erogazione dei servizi, confermano l'intento del legislatore di escludere i richiedenti asilo dal riconoscimento giuridico della dimora abituale operato per il tramite dell'iscrizione anagrafica".

Con tali argomentazioni la Corte respinge l'orientamento della giurisprudenza prevalente. Ciò, si noti, sulla base di una netta diversità d'approccio ermeneutico: a fronte una disposizione – quella di cui al comma 1 bis – certamente non chiara sul piano letterale, come già si è messo in evidenza nelle pronunce della giurisprudenza prevalente l'intendimento del legislatore viene esplicitamente posto ai margini della riflessione e si sviluppa un'interpretazione che colloca il comma 1 bis nel contesto della normativa in tema di immigrazione e di quella sulla registrazione anagrafica, per poi scegliere il significato che emerge come possibile da tale operazione in quanto conforme a un'interpretazione costituzionalmente orientata; nella pronuncia della Corte, invece, secondo una linea già seguita dalla giurisprudenza minoritaria, si pone alla base del percorso interpretativo l'intenzione del legislatore – arrivando a valorizzare in modo singolare audizioni di soggetti terzi e persino circolari successive che la confermerebbero – per poi procedere a una lettura sistematica che però valorizza le sole innovazioni introdotte col decreto n. 113, come se il comma 1 bis dovesse essere inteso solo nel contesto delle disposizioni varate insieme ad esso, il che finisce per valorizzare sempre l'intenzione del legislatore se si considera, da un lato, il suo netto orientamento e, dall'altro, il fatto che la normativa sull'immigrazione e quella sulla registrazione anagrafica sono invece il frutto di orientamenti assai diversi.

8. Segue. La dichiarazione di incostituzionalità del comma 1 bis. Il successivo intervento del legislatore

Archiviata la possibilità di chiudere la controversia con una sentenza interpretativa, la Corte affronta la questione della fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici remittenti.

La Consulta ravvisa immediatamente la contraddizione di cui alle ordinanze tra il divieto di registrazione anagrafica dei richiedenti asilo ravvisato nel comma 1 bis e le finalità del decreto n. 113: "Così provvedendo – osserva – il legislatore contraddice la ratio complessiva del decreto-legge al cui interno si colloca la disposizione denunciata. Infatti, a dispetto del dichiarato obiettivo dell'intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica, la norma in esame, impedendo l'iscrizione

anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul territorio, escludendo da essa una categoria di persone, gli stranieri richiedenti asilo, [pur] regolarmente soggiornanti".

D'altra parte, il giudice delle leggi esclude che possa rappresentare una ragionevole motivazione del trattamento differenziato previsto per i richiedenti asilo il dato della "precarietà" della loro presenza. Rilevato che quest'ultima si protrae mediamente oltre un anno e mezzo, afferma che si tratta di una durata tutt'altro che marginale, non solo sul piano logico, ma anche su quello giuridico, come confermano disposizioni in materia di iscrizione anagrafica che danno rilevanza a una durata della presenza ben inferiore. La Corte esemplifica in proposito richiamando l'art. 6 del testo unico sull'immigrazione, che fissa in tre mesi il periodo di tempo superato il quale "si considera abituale la dimora dello straniero", anche se ospitato in un centro di accoglienza, e l'art. 9 del decreto legislativo n. 30 del 2007, che prevede l'obbligo di iscrizione anagrafica per il cittadino europeo che soggiorni nel nostro Stato per più di tre mesi. Osserva poi che se la "temporaneità fosse incompatibile con l'iscrizione anagrafica, allora bisognerebbe escludere dalla registrazione molti altri stranieri regolari, titolari di permessi di durata limitata, che potrebbero non essere rinnovati (quali, ad esempio, quelli previsti all'art. 5, comma 3-bis, del d.lgs. n. 286 del 1998)".

Emerge allora un'ingiustificata disparità di trattamento per *una* categoria di stranieri rispetto agli altri, pur parimenti in posizione di "precarietà" secondo la Corte. Da ciò l'illegittimità per irragionevolezza

Il giudice delle leggi accoglie anche la tesi prospettata dai giudici remittenti secondo cui la deroga *de qua* al diritto di iscrizione anagrafica risulta lesiva della dignità della persona, in ragione di un trattamento penalizzante sul piano dei diritti e dunque sul piano economico-sociale che provoca anche conseguenze "in termini di stigma sociale" [72].

Per quel che concerne le ulteriori questioni di legittimità costituzionale prospettate dai giudici remittenti, la Corte le dichiara invece assorbite.

Il giudice delle leggi, dunque, fa leva essenzialmente sull'art. 3 della Costituzione, nella consapevolezza delle enormi potenzialità della norma, in generale e in particolare nella fattispecie in esame, ritenendo su tale base di poter proporre argomenti sufficienti per giungere alla pronuncia di incostituzionalità della disposizione in esame.

Peraltro, nel ragionamento emerge una singolare lacuna. Nel valutare la "precarietà" della posizione del richiedente asilo la Corte fa riferimento alla durata di

[72] Cfr. G. Monaco, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. del diritto,* 2011, p.45 e ss.; V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 2010, p. 3 e ss.; A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e sui doveri costituzionali degli stranieri,* in *Riv. A.I.C,* 2, 2011.

fatto delle procedure d'esame delle domande d'asilo non a quella prevista per tali procedure dall'ordinamento ai sensi della legge n. 241 del 1990, che è ben diversa dal momento che al secondo comma dell'art. 27 del decreto legislativo n. 25 del 2008 si legge che "la Commissione territoriale provvede al colloquio con il richiedente entro trenta giorni dal ricevimento della domanda e decide entro i tre giorni feriali successivi". Tale lacuna pone due ordini di interrogativi. Anzitutto: è corretto, in linea di principio, non considerare il termine previsto dall'ordinamento nel momento in cui si dà rilevanza in sede interpretativa alla durata di una data procedura? Inoltre: se, in futuro, l'amministrazione, come sarebbe doveroso, dovesse almeno di regola concludere i procedimenti nei termini di legge, si dovrebbe ritenere ancora "valida" l'architettura del ragionamento della Corte, oppure il legislatore potrebbe pensare che nel nuovo contesto sarebbe riproponibile come costituzionalmente legittima una preclusione all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?

A seguito della pronuncia della Corte, il legislatore ha provveduto a regolare ex novo la questione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo con l'art. 3 del decreto-legge n. 130 del 21 ottobre 2020 che, per quanto qui interessa, ha sostituito l'art. 5 bis del decreto legislativo n. 142 cit. inserendo la previsione secondo cui il richiedente asilo al quale sia stato rilasciato il relativo permesso di soggiorno (o comunque l'equivalente ricevuta a seguito della presentazione della domanda) va "iscritto nell'anagrafe della popolazione residente" a norma del regolamento n. 223 cit. e in particolare per gli ospiti nei centri di accoglienza "l'iscrizione anagrafica è effettuata ai sensi dell'art. 5" del regolamento, ossia a cura del responsabile della struttura.

In questo modo, per quel che riguarda la tutela in concreto dell'interesse dei richiedenti asilo all'inscrizione anagrafica, la situazione è tornata ad essere in sostanza quella precedente al decreto n. 113.

Resta però il dato di una controversia ricca di spunti di riflessione, come si è cercato di mettere in evidenza, con riguardo in generale a un tema, quello del rapporto tra "precarietà" della presenza e iscrizione anagrafica, preesistente rispetto al controverso comma 1 bis introdotto con l'art. 13 del decreto n. 113 e destinato a continuare a proporsi nell'esperienza giuridica.

9. Conclusioni

Se, nei termini di cui sopra, la controversia sul comma 1 bis dell'art. 4 del decreto legislativo n. 142 introdotto dall'art.13 del decreto-legge n. 113 si è chiusa con la pronuncia della Corte costituzionale e col successivo intervento del legislatore, il dibattito che si è ricostruito ha proposto elementi importanti anche in prospettiva.

Al di là di considerazioni specifiche che si sono sviluppate nel corso della riflessione e non si ripropongono qui, in generale è emerso anzitutto chiaramente quanto forte, nella materia de qua come invero in altre, sia il vincolo costituito dal

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

complessivo tessuto normativo rispetto alla possibilità per il legislatore di operare interventi su singole disposizioni.

Che cosa intendeva fare il legislatore col comma 1 bis? Intendeva, come più volte sottolineato, escludere la registrazione anagrafica dei richiedenti asilo introducendo semplicemente una disposizione in tal senso.

Ma come hanno risposto i giudici di merito e la Corte costituzionale a tale iniziativa? Sostanzialmente dicendo che un tale obiettivo non può essere perseguito intervenendo su singole disposizioni, lasciando invariata nel complesso la disciplina concernente gli stranieri immigrati e la registrazione anagrafica.

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di merito, l'impossibilità o, comunque, l'estrema difficoltà del perseguire un tale obiettivo intervenendo su singole disposizioni dipende dal fatto che, dovendo l'interprete procedere a un'interpretazione sistematica costituzionalmente orientata, singole disposizioni come quella di cui al comma 1 bis e le altre connesse del decreto n. 113 divengono oggetto di un processo ermeneutico che, dovendo armonizzarle con un contesto normativo fondato su altri valori, finisce per neutralizzarle rispetto all'intendimento radicalmente innovativo del legislatore.

Secondo l'orientamento della Corte costituzionale, invece, l'impraticabilità, o comunque l'estrema difficoltà del perseguire un tale obiettivo intervenendo su singole disposizioni dipende dal fatto che, così facendo, in mancanza di un'attenda riconsiderazione del complessivo tessuto normativo, il legislatore dà luogo a disparità di trattamento le quali si rivelano pressoché inevitabilmente irragionevoli venendo in considerazione fattispecie sostanzialmente analoghe.

Quanto invece alla questione del rapporto tra "precarietà" del soggiorno e iscrizione anagrafica, al dover o meno il legislatore prevedere tale iscrizione sempre e comunque anche per i richiedenti asilo ed eventualmente per tutti, inclusi i soggetti a vario titolo "precari" (per il titolo che ne legittima il soggiorno, o per l'indigenza o altri elementi di fatto), in posizione borderline rispetto alla nozione di "dimora abituale" o anche al di fuori di essa, il dibattito sul comma 1 bis ha fornito molteplici spunti, che si è cercato di mettere in evidenza, ma non ha certo proposto una parola conclusiva.

In particolare, la Corte costituzionale, annullando la disposizione *de qua* in sostanza per un'ingiustificata disparita di trattamento e dichiarando assorbite le altre questioni di cui alle ordinanze, non si è pronunciata su questioni importanti circa il rapporto tra "precarietà" e iscrizione anagrafica.

Sarebbe stato interessante e utile avere una sua pronuncia con riferimento all'art. 10 della Costituzione[73], all'attenzione specifica che esso riserva a una categoria di

[73] Su cui v. P. Bonetti - L. Neri, *Il diritto di asilo*, in B. Nascinbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1136 e ss. Più in generale sul tema della tutela dello straniero nella Costituzione e nel diritto UE v., tra i contributi più recenti, A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, 2018; P. Bonetti, *Articolo 10*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo* cit., p. 71 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

stranieri, i richiedenti asilo. Solo per i richiedenti asilo, tra gli stranieri, si configura una posizione di diritto soggettivo, attribuita direttamente dalla Carta costituzionale, rafforzando la loro posizione rispetto agli altri stranieri, come del resto accade anche per effetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 18[74] fa specifico riferimento al diritto d'asilo.

Per dirla con le parole di un Maestro[75], nel comma 1 bis vi era una vera e propria contraddizione tra la scelta legislativa e il valore del diritto d'asilo nell'ordinamento, contraddizione che si aggiunge alla irragionevole disparità di trattamento di cui si è detto *supra*. Le scelte del legislatore non possono prescindere da questo valore e la Corte avrebbe potuto affermarlo.

Il giudice delle leggi ha poi ha omesso di considerare l'art. 16 della Costituzione, così come le norme di carattere internazionale ad esso in una qualche misura collegate e a loro volta indicate nelle ordinanze di rimessione.

È singolare che nella pronuncia non si sia preso in considerazione, oltre al diritto d'asilo, il diritto di "chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato […] di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza" (art. 2 del Prot. n. 4 della CEDU).

La Corte avrebbe potuto sviluppare in questo ambito una riflessione sulla nozione e sul valore della residenza anagrafica**.**

Come già rilevato, vari studiosi e la giurisprudenza dominante sostengono che la residenza debba essere accertata come fatto costituito da due elementi: la permanenza del soggetto in un dato luogo, e in particolare in un dato territorio comunale (elemento oggettivo), e la sua volontà di rimanervi in modo stabile (elemento soggettivo). E questo potrebbe anche essere inteso come un tratto essenziale dell'istituto dal quale il legislatore non potrebbe discostarsi considerando, come secondo una certa interpretazione avrebbe fatto nel caso dell'art. 13 del decreto n. 113, preclusiva all'iscrizione una "precarietà", derivante dalla possibilità che l'interessato si trovi poi a dover cessare la propria presenza ma inidonea a inficiare di per sé la presenza e la volontà di protrarla[76].

Ma ciò non è avvenuto. Anche perciò, in un tempo come questo nel quale forti sono le spinte a considerare a livello di azione pubblica la "precarietà" non come una ragione per soccorrere bensì come una ragione per escludere, la chiusura della vicenda di cui al comma 1 bis dell'art. 13 del decreto n. 113 lascia coloro che sono sensibili alla

[74] "Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea".

[75] Sulla portata generale del canone di razionalità, che impone la non contraddizione la tra scelta legislativa e il valore costituzionale v. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto pubblico*, II, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997. A riguardo si parla di eccesso di potere legislativo (v. P. Caretti - U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020).

[76] Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Residenza* cit. dove si sottolinea tra l'altro che la "precarietà" de qua non inficia né il dato della presenza né quello della progettualità (nel caso dei richiedenti asilo attestato dalla loro domanda).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

tutela dei diritti di tutti con un più ricco insieme di argomenti, e a tale arricchimento si spera abbia contribuito anche questo scritto, ma con davanti una partita con le opposte tendenze che resta apertissima.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il "diritto" all'assunzione mediante scorrimento delle graduatorie

di Agostino Sabatino*

10 marzo 2021

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La mutevole disciplina in tema di scorrimento delle graduatorie. – 3. Le recenti novità in materia di utilizzabilità delle graduatorie. – 4. Questioni controverse in materia di utilizzo delle graduatorie concorsuali ancora valide. – 5. Il necessario e preventivo ricorso alla procedura di mobilità. – 6. I recenti interventi in materia di scorrimento delle graduatorie. – 6.1. Corte cost. 25 giugno 2020, n. 126. –6 .2. Corte dei conti, sez. reg. controllo Sardegna, deliberazione n. 85/2020/PAR. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Lo scorrimento delle graduatorie costituisce una questione di grande rilievo, seppur particolarmente controversa in quanto tocca, da un lato, l'ambito delle politiche di assunzione di personale nel settore pubblico, nonché tutta una serie di profili problematici connessi alla razionalizzazione del personale, al contenimento della spesa pubblica, all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; dall'altro, l'aspettativa di molti soggetti idonei (non vincitori) nell'ambito di una procedura concorsuale affinché la propria graduatoria possa scorrere, e quindi essere assunti, prima che la stessa perda di efficacia[1].

Anzitutto, prima di affrontare l'analisi delle varie problematiche sottese all'istituto in esame, occorre chiarire cosa si intende per "idoneo" (non vincitore) di una procedura concorsuale. Solitamente, la commissione esaminatrice di concorso formula la graduatoria di merito, cioè l'elenco (in ordine decrescente di punteggio) di tutti i soggetti che – dopo aver superato utilmente le prove – hanno ottenuto il punteggio

* Istruttore direttivo amministrativo presso il Comune di Napoli.

[1] Cfr. V. PASQUARELLA, *Lo scorrimento delle graduatorie dei concorsi pubblici: verso il graduale depotenziamento di un meccanismo di economicità ed efficienza?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2/2019.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

minimo, fissato dal bando, per essere utilmente collocati in graduatoria, cui vanno poi applicate tutte le precedenze e le preferenze disposte dalla normativa vigente[2]. Successivamente, si provvede a stilare la graduatoria finale di concorso, nella quale occorre distinguere i vincitori dagli idonei. I vincitori sono i primi classificati, in numero pari a quanti sono i posti messi a concorso, mentre gli idonei sono tutti gli altri soggetti che rientrano in graduatoria[3].

2. La mutevole disciplina in tema di scorrimento delle graduatorie

L'istituto dello scorrimento delle graduatorie consente ad ogni pubblica amministrazione, che intenda procedere all'assunzione di nuovo personale a seguito di sopravvenute vacanze di posti in organico, di chiamare – entro i limiti di validità temporale della graduatoria – i soggetti risultati idonei (non vincitori) in procedure concorsuali già espletate[4]. Dunque, l'istituto *de quo* si configura come uno strumento – soprattutto per le amministrazioni di minori dimensioni – di fondamentale importanza che risponde, da un lato, ad esigenze di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, in considerazione della finalità del contenimento della spesa pubblica e dei costi derivanti dall'espletamento di nuove procedure concorsuali e, dall'altro, ad esigenze funzionali delle pubbliche amministrazioni, provate dal perdurante blocco delle assunzioni e dal mancato espletamento di nuove procedure concorsuali, nonché all'esigenza di tutelare la posizione dei soggetti utilmente collocati nelle graduatorie[5].

La principale problematica che avvolge l'istituto in esame riguarda la necessità di verificare se e in che termini la P.A. possa dirsi vincolata – ove decida di procedere a nuove assunzioni – a ricorrere allo strumento dello scorrimento delle graduatorie concorsuali. Senza dubbio, la P.A. è tenuta allo scorrimento laddove decida di ricoprire i posti resisi vacanti con personale interno. Pertanto, il problema si pone allorquando

[2] Nei concorsi pubblici, a parità di merito e di titoli, hanno titolo di preferenza alcune categorie di cittadini che sono indicati all'art. 5, comma 4, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487. I titoli di preferenza sono indicati nell'ordine previsto dalla norma che ha valore gerarchico. L'art. 3, comma 7, l. 15 maggio 1997, n. 127 (come modificato dall'art. 2, l. 16 giugno 1998, n. 191) ha disposto che, se due o più candidati ottengono, a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame, pari punteggio, sia preferito il candidato più giovane di età.

[3] Sul punto, T. GRANDELLI – M. ZAMBERLAN, *L'utilizzo delle graduatorie di concorso*, in *Azienditalia – Il Personale*, n. 04/2014.

[4] Cfr. F. BUFFA – G. DE LUCIA, *Il posto nella pubblica amministrazione. Dalla sistemazione alla flessibilità*, Halley Editrice, 2006, pp. 124 ss.

[5] A. POZZI, *I concorsi nel pubblico impiego*, Milano, Il Sole 24 ore, 2002, p. 350, puntualizza come il legislatore, nel corso degli anni, abbia – alla luce dei ripetuti interventi normativi – ora privilegiato l'esigenza di economicità, realizzata lasciando aperte le graduatorie per successive assunzioni, ora perseguendo l'obiettivo del buon andamento sul piano della scelta dei migliori attraverso un continuo rinnovarsi delle procedure con il conseguente ricambio della platea dei partecipanti al concorso.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

l'amministrazione decida di indire una nuova procedura concorsuale piuttosto che avvalersi di una graduatoria già esistente e valida.

Ancor prima dell'esame della predetta criticità, occorre operare un breve *excursus* normativo per comprendere come, nel corso del tempo, sia mutato tale istituto, con particolare attenzione alla questione inerente i termini di validità delle graduatorie concorsuali e il loro utilizzo tra amministrazioni pubbliche.

La prima norma che ha disciplinato l'efficacia delle graduatorie di concorso e la loro utilizzazione si rinviene nell'art. 8, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato), il quale disponeva che «*L'amministrazione ha facoltà di conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria. Detti posti, da conferire secondo l'ordine della graduatoria, non possono superare il decimo di quelli messi a concorso per le carriere direttive ed il quinto per le altre carriere. Nel caso che alcuni dei posti messi a concorso restino scoperti per rinuncia o per decadenza dei vincitori la amministrazione ha facoltà di procedere nel termine di sei mesi ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria*»[6].

In seguito, diverse disposizioni di legge hanno consentito l'utilizzabilità delle graduatorie, tra cui: l'art. 9, comma 15, l. 20 maggio 1985, n. 207, relativo alle unità sanitarie locali e l'art. 5, comma 15, d.p.r. 13 maggio 1987, n. 268, relativo agli enti locali.

Il principio di temporaneità dell'efficacia delle graduatorie è stato poi confermato dall'art. 15, comma 7, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, il quale disponeva che «*le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili [...]*»[7]. Successivamente, l'art. 20, comma 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488 (legge finanziaria 2000), ha esteso la validità delle graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche da diciotto a ventiquattro mesi.

Infine, l'art. 3, comma 87, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per l'anno 2008), ha introdotto, all'art. 35, d.lgs. n. 165/2001, il comma 5-*ter*, secondo cui «*le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali [...]*». Occorre menzionare, altresì, l'art. 91, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli enti locali), secondo cui «*per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti*

[6] Cfr. P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, Giuffrè, 2002.
[7] Cfr. L. BUSICO, *L'efficacia delle graduatorie concorsuali e la copertura dei posti vacanti: l'Adunanza Plenaria fissa alcuni paletti*, nota di commento a *Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 14*, in *LexItalia.it*, n. 7-8/2011.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo».

Problematica, di non poco conto, attiene alla facoltà, in capo all'amministrazione interessata, di avvalersi delle graduatorie di procedure concorsuali espletate da altri enti.

Solo con la l. 16 gennaio 2003, n. 3, è stata prevista la possibilità di convenzionarsi tra diverse amministrazioni per poter utilizzare le graduatorie approvate da altri. In particolare, l'art. 9, comma 1, della predetta legge statuiva che «*A decorrere dal 2003, […], con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti le modalità e i criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione*».

Successivamente, è intervenuto l'art. 3, comma 61, l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004), secondo cui *«[…] In attesa dell'emanazione del regolamento di cui all'art. 9, l. n. 3/2003, le amministrazioni pubbliche ivi contemplate, nel rispetto delle limitazioni e delle procedure di cui ai commi da 53 a 71, possono effettuare assunzioni anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate*». Tale principio è stato ritenuto applicabile anche agli enti locali, in forza del fatto che anche le autonomie territoriali compartecipano al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica.

La modifica all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, in materia di lavoro flessibile, introdotta dall'art. 4, d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (poi convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125), ha confermato la possibilità di ricorrere a graduatorie di altre amministrazioni anche per quanto riguarda le assunzioni a tempo determinato, senza limitarlo per nessun comparto pubblico.

Uno dei principali problemi interpretativi, sul quale non sono mancate visioni contrapposte, è stato per molto tempo rappresentato dalla necessità di stabilire il momento cui rapportare il «*previo accordo tra le amministrazioni interessate*», ai fini della legittimità dell'assunzione dell'idoneo della graduatoria del concorso bandito da altro ente.

Secondo l'orientamento prevalente, l'accordo in questione doveva addivenire "prima dell'indizione della procedura concorsuale", per evitare comportamenti strumentali atti a favorire la scelta di un determinato candidato[8]; o addirittura "prima della formale approvazione della graduatoria" per garantire il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità[9]. Tale orientamento restrittivo non ha escluso che gli

[8] Cfr. Regione Piemonte, Settore Autonomie Locali, parere n. 25/2009.
[9] Cfr. Ministero dell'Interno, pareri espressi con nota n. 15700 5A3 0014127 e con nota n. 15700 5A3 0004435. Sull'argomento, S. SANTORO, *Utilizzo graduatorie concorsuali di altre PA – Possibile*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

accordi possano intervenire anche dopo l'approvazione della graduatoria, ma è stato puntualizzato che sia preferibile che gli stessi intervengano prima[10].

Gli approdi interpretativi della Corte dei conti hanno poi fatto chiarezza su questo delicato aspetto. Col parere della sezione di controllo della Corte dei conti per la regione Umbria del 3 ottobre 2013 (deliberazione n. 124/2013/PAR), è stata ritenuta ammissibile la possibilità che l'accordo possa avvenire anche dopo l'approvazione della graduatoria in quanto «*la lettera e lo scopo della norma non consentono interpretazioni tanto restrittive da ancorare il previo accordo, di cui all'art. 3, comma 61, l. n. 350/2003, ad una data anteriore all'approvazione della graduatoria o, addirittura, alla indizione della procedura concorsuale*». In quest'ottica, secondo la Corte, ciò che rileva «*non è tanto la data in cui le "amministrazioni interessate" devono raggiungere il "previo accordo", quanto piuttosto che l'"accordo" stesso (che comunque deve intervenire prima dell' utilizzazione della graduatoria) si inserisca in un chiaro e trasparente procedimento di corretto esercizio del potere di utilizzare graduatorie concorsuale di altri Enti, così da escludere ogni arbitrio e/o irragionevolezza e, segnatamente, la violazione delle cennate regole di "concorsualità" per l'accesso ai pubblici uffici*».

3. Le recenti novità in materia di utilizzabilità delle graduatorie

Il quadro normativo vigente in materia è mutato radicalmente con la l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), il cui art 1, comma 361, ha disposto che «*Fermo quanto previsto dall'art. 35, comma 5-ter, d.lgs. n. 165/2001, le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del medesimo decreto sono utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso*».

Pertanto, tale disposizione ha stabilito che le graduatorie dei concorsi banditi dal 2019 in poi siano utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso e che, solo in via subordinata, si possa ricorrere agli idonei per sostituire uno dei vincitori che eventualmente si dovesse dimettere nell'arco del triennio di validità della graduatoria. L'unica eccezione a questo limite riguarda il personale scolastico e il personale educativo degli enti locali, le cui graduatorie sono liberamente utilizzabili per assumere gli idonei non vincitori.

La norma in esame ha, quindi, gravemente penalizzato molte pubbliche amministrazioni – soprattutto quelle di medio e piccole dimensioni – per le quali

l'accordo successivo. Normativa e giurisprudenza, in *www.diritto.it*; M. MORDENTI, *Il personale delle Unioni di Comuni*, in P. MONEA – M. MORDENTI (a cura di), *Rapporto di lavoro e gestione del personale nelle Regioni e negli Enti locali*, Rimini, Maggioli Editore, 2013, p. 644.

[10] Cfr. Dipartimento della Funzione Pubblica, parere n. 845074/2007; Nota Circolare dell'U.P.P.A.-Funzione Pubblica, n. 11786 del 22 febbraio 2011.

l'utilizzo delle graduatorie degli idonei rappresentava un'opportunità di attingere, in caso di necessità, a personale già selezionato, senza attivare un nuovo concorso.

A seguito di quanto previsto dal legislatore con la legge di bilancio 2019, sono poi intervenute, in tema di scorrimento delle graduatorie e della loro utilizzabilità anche da parte di enti diversi da quelli che le hanno approvate, due pronunce della magistratura contabile di particolare interesse.

In primo luogo, la sezione regionale di controllo della Corte dei conti per le Marche, con deliberazione n. 41/2019/PAR del 4 settembre 2019, si è espressa sulla possibilità di assumere mediante lo scorrimento degli idonei di una graduatoria di altro ente e approvata a seguito di un bando pubblicato prima del 1º gennaio 2019 (fuori quindi dall'ambito applicativo della l. n. 145/2018).

I magistrati contabili delle Marche hanno riconosciuto – alla luce delle novità introdotte dalla l. n. 145/2018 in materia di utilizzo di graduatorie concorsuali – la facoltà di utilizzare le graduatorie di concorsi banditi dopo il 1º gennaio 2019 per assunzioni a tempo indeterminato per effettuare assunzioni a tempo determinato, ai sensi dell'art. 36, comma 2, d.lgs. 165/2001. Hanno, altresì, chiarito che ciascun ente può utilizzare le proprie graduatorie ancora vigenti, relative a concorsi banditi prima del 1º gennaio 2019.

La Corte dei conti ha poi sottolineato che le disposizioni introdotte dalla legge di bilancio 2019 sanciscono che gli enti non possano utilizzare graduatorie altrui relative a concorsi banditi dopo il 1º gennaio 2019, eliminando così la possibilità di avvalersi di graduatorie di altri enti, relative a concorsi banditi dal 1º gennaio 2019, per tutte le assunzioni a tempo indeterminato. Secondo i magistrati contabili, tale vincolo non trova applicazione:

a. per le assunzioni a tempo determinato, in quanto la previsione dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, non è stata espressamente abrogata dalla l. n. 145/2018 e si configura, quindi, come norma a carattere speciale, finalizzata a prevenire il precariato attraverso il ricorso a contratti di lavoro flessibili soltanto per esigenze temporanee o eccezionali;
b. per i concorsi a tempo indeterminato banditi entro il 31 dicembre 2018, poiché l'art. 1, comma 365, l. n. 145/2018, dispone che le nuove regole, in materia di utilizzo delle graduatorie concorsuali, trovino applicazione a decorrere dal 1º gennaio 2019.

Altra rilevante pronuncia in *subiecta materia* è costituita dalla deliberazione n. 290/2019/PAR del 26 settembre 2019 della sezione regionale di controllo della Corte dei conti per il Veneto. Al riguardo, la Corte ha evidenziato che «*la giurisprudenza amministrativa costante ritiene che la modalità di reclutamento tramite lo scorrimento delle graduatorie rappresenti la regola generale, mentre l'indizione di un nuovo concorso un'eccezione che richiede un'apposita e approfondita motivazione, al fine di dar conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico*».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La disciplina normativa in materia ha però lasciato irrisolta la problematica relativa alla tempistica con cui debba intervenire l'accordo fra le due amministrazioni interessate (ovvero quello che ha formato la graduatoria e quella che intende utilizzarla), allo scopo di evitare che la procedura possa costituire una modalità di elusione delle norme che vietano la possibilità di effettuare richieste nominative di candidati.

La sezione regionale di controllo per il Veneto, con la deliberazione n. 290/2019/PAR, condividendo l'orientamento ormai costante e prevalente della giurisprudenza[11], ha puntualizzato che «*il "previo accordo" debba inserirsi in un chiaro e trasparente procedimento di corretto esercizio del potere di utilizzare graduatorie concorsuali di altre amministrazioni, allo scopo di evitare ogni arbitrio e/o irragionevolezza o violazione delle regole sulla concorsualità e, quindi, sull'imparzialità dell'azione amministrativa*». Pertanto, l'ente che intenda utilizzare la graduatoria di altra amministrazione deve in via preliminare:

a. predeterminare i criteri – nel rispetto di quanto previsto dal regolamento sull'ordinamento generale degli uffici e dei servizi – di scelta della tipologia di enti con i quali è possibile accordarsi;
b. valutare la corrispondenza della posizione lavorativa da ricoprire (in particolare categoria, regime giuridico ed, eventualmente, profilo) con la graduatoria che si vuole utilizzare;
c. garantire la previsione e verificare la preesistente copertura finanziaria nel piano triennale di fabbisogno di personale.

Per quanto riguarda le forme dell'accordo, la giurisprudenza si è mostrata aperta a soluzioni che valorizzino l'autonomia dell'ente. Sul punto, è stato sottolineato che le disposizioni regolanti la materia in esame non facciano alcun riferimento a convenzioni *ex* art. 30, d.lgs. n. 265/2000, ma semplicemente ad un accordo. Pertanto, l'intesa tra le amministrazioni interessate in ordine all'utilizzo della graduatoria è da perfezionarsi con i poteri del privato datore di lavoro e, quindi, con gli strumenti – certamente non pubblicistici – a disposizione[12].

Inoltre, il principio sancito dalla l. n. 145/2018 non è stato superato dall'intervento normativo ad opera della l. 19 giugno 2019, n. 56 (c.d. "legge concretezza"). In particolare, l'articolo 3, comma 4, l. n. 56/2019, ha previsto diverse misure per accelerare le assunzioni mirate e il ricambio generazionale nelle pubbliche amministrazioni[13].

---

[11] *Ex multis*, Corte conti, Sez. reg. controllo Piemonte, deliberazioni nn. 3/2019/PAR e 114/2018/PAR; Corte conti, Sez. reg. controllo Umbria, deliberazione n. 124/2013/PAR. Sull'argomento, anche A. DI BELLA, *L'utilizzo delle graduatorie concorsuali di altro Ente: opportunità e limiti*, in *Azienditalia – Il Personale*, n. 12/2019.

[12] Così, TAR Veneto, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 864.

[13] L'art. 3, comma 4, l. n. 56/2019, dispone che «*possono procedere, in deroga a quanto previsto dal primo periodo del comma 3 del presente articolo e all'articolo 30 del decreto legislativo n. 165 del 2001, nel rispetto dell'art. 4, commi 3 e 3-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, nonché del piano dei fabbisogni definito secondo i criteri di cui al comma 2 del presente articolo all'assunzione a tempo indeterminato di vincitori o allo*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Importanti novità in materia di graduatorie sono state introdotte, da ultimo, con l'emanazione della l. 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020). Nello specifico, il comma 147 dell'art. 1 della predetta legge ha previsto che le amministrazioni possano «*utilizzare le graduatorie dei concorsi pubblici, fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali*». Il successivo comma 148 ha disposto, invece, l'abrogazione dei commi da 361 a 362-*ter* e del comma 365 dell'art.1, l. n. 145/2018.

Tra le disposizioni abrogate, di peculiare rilievo è l'inciso per cui le graduatorie «*sono utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso nonché di quelli che si rendono disponibili, entro i limiti di efficacia temporale delle graduatorie medesime, fermo restando il numero dei posti banditi e nel rispetto dell'ordine di merito, in conseguenza della mancata costituzione o dell'avvenuta estinzione del rapporto di lavoro con i candidati dichiarati vincitori*». Pertanto, è stata ripristinata la facoltà di utilizzare le graduatorie concorsuali, non solo per i posti messi a concorso ma anche per eventuali scorrimenti.

Infine, mediante la modifica dell'art. 35, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 165/2001, è stato stabilito che la validità delle graduatorie sia di due anni dalla data di approvazione e non più di tre. Pertanto, dal 1º gennaio 2020 la situazione in tema di validità delle graduatorie è la seguente:

a. vengono private di validità le graduatorie più risalenti nel tempo, dunque quelle approvate fino al 2010 non sono più valide;
b. le graduatorie approvate nel 2011 hanno validità fino al 30 marzo 2020 con obbligo di frequenza per gli idonei di corsi di formazione e aggiornamento e condizionate al superamento di un esame-colloquio di idoneità;
c. le graduatorie approvate dal 2012 al 2017 sono valide fino al 30 settembre 2020 e non sono previste condizioni specifiche per gli idonei;
d. le graduatorie approvate dal 2018 al 2019 sono valide per tre anni dall'approvazione della graduatoria ed anche in questo caso non sono previste condizioni specifiche per gli idonei.
e. le graduatorie approvate dal 2020, invece, sono valide per due anni dall'approvazione della graduatoria.

4. Questioni controverse in materia di utilizzo delle graduatorie concorsuali ancora valide

Da tempo ci si è interrogati sulla natura del rapporto intercorrente tra le due possibili e alternative modalità di reclutamento del personale pubblico consistenti, da un lato, nell'utilizzazione dei candidati idonei, collocati in graduatorie concorsuali ancora efficaci, attraverso lo strumento dello scorrimento e, dall'altro, nell'indizione di

scorrimento delle graduatorie vigenti, nel limite massimo dell'80 % delle facoltà di assunzione previste dai commi 1 e 3, per ciascun anno».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

nuovo concorso pubblico. Inoltre, ci si è chiesto se sussista un rapporto di regola ad eccezione tra il reclutamento ordinario (cioè tramite concorso pubblico) e l'assunzione mediante scorrimento. L'opzione seguita in ordine alle predette questioni condizionerà inevitabilmente sul come procedere nel definire ulteriori profili problematici relativi:

a. alla sussistenza o meno di un dovere dell'amministrazione, in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, di dotare la decisione con cui la stessa avvia una nuova procedura selettiva di una puntuale e approfondita motivazione, volta a illustrare le ragioni della scelta e a giustificare il sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti idonei;
b. alla natura della posizione soggettiva di cui è titolare l'idoneo non vincitore inserito nella graduatoria finale ancora efficace;
c. all'individuazione del giudice dinanzi al quale l'idoneo non vincitore inserito nella graduatoria ancora efficace deve far valere le sue ragioni a fronte di un'amministrazione che intenda procedere al reclutamento ordinario.

In ordine al rapporto tra le due possibili e alternative modalità di reclutamento del personale pubblico (scorrimento delle graduatorie e concorso pubblico), occorre menzionare l'importante intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, con sentenza 28 luglio 2011, n. 14, ha operato un'analitica ricostruzione delle opinioni espresse dalla giurisprudenza in *subiecta materia*[14].

Secondo una prima tesi "tradizionale", l'indizione di un nuovo concorso, anche in presenza di graduatorie valide ed efficaci, costituisce sempre la regola, poiché di diretta derivazione costituzionale e, di conseguenza, la relativa determinazione amministrativa non dovrà essere corredata da alcuna specifica motivazione. Questa era la tesi prevalentemente seguita dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui la determinazione amministrativa di indizione di nuove procedure concorsuali, anche in presenza di graduatorie efficaci, è ampiamente discrezionale e non necessita di alcuna motivazione, poiché conforme alla regola tracciata dall'art. 97 Cost.[15].

Sul fronte opposto, la tesi minoritaria ed emersa più recentemente ha sostenuto che, in ogni caso, anche la determinazione di indizione di un nuovo concorso, al pari di tutti gli atti amministrativi costituenti l'esito di una scelta fra più alternative, debba essere adeguatamente motivata, con riguardo anche alla valutazione degli interessi dei candidati idonei collocati in graduatorie ancora efficaci[16].

Un ulteriore sviluppo di questa corrente interpretativa è nel senso che l'utilizzazione delle graduatorie vigenti costituisca ormai la regola ordinaria di reclutamento del personale, non necessitante di apposita ed esplicita giustificazione, mentre l'indizione del concorso rappresenti l'eccezione. Di qui l'obbligo di esporre un'approfondita motivazione sussiste soltanto qualora l'amministrazione ritenga di

[14] Al riguardo, C. PUZZO, *Ricorsi su concorso nella P.A.*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 35 ss.
[15] *Ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3660; Cons. St., Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4911; Cons. St., Sez. V, 25 giugno 2010, n. 4072; *Id.*, 19 novembre 2009, n. 743; *Id.*, 19 novembre 2009, n. 8369.
[16] Così, Cons. St., Sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 668; Cons. St., Sez. V, 4 marzo 2011, n. 1395.

indire una nuova procedura concorsuale[17]. In questo ambito, è anche emersa un'interpretazione più radicale secondo cui non solo vi sarebbe una preferenza assoluta per lo scorrimento rispetto all'indizione del nuovo concorso, ma una volta verificatasi la vacanza del posto, l'amministrazione sarebbe sempre incondizionatamente vincolata a coprirlo utilizzando la graduatoria ancora valida ed efficace.

Infine, il Supremo consesso della giurisprudenza amministrativa, dopo aver descritto i citati indirizzi ermeneutici, ha aderito all'orientamento – finora minoritario – secondo cui l'amministrazione debba sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, dando conto delle ragioni dei soggetti utilmente collocati in graduatoria e del sacrificio loro imposto. Al contempo, la medesima ha ripudiato la tesi "estrema" secondo cui l'amministrazione sia sempre tenuta a reclutare mediante scorrimento.

Strettamente connessa alla predetta tematica è quella relativa alla natura della posizione giuridica soggettiva dell'idoneo non vincitore a fronte della decisione dell'amministrazione di ampliare il proprio organico, nonché quella relativa all'individuazione del giudice dinanzi al quale l'idoneo non vincitore, inserito nella graduatoria finale ancora efficace, debba far valere le sue ragioni a fronte di un'amministrazione che intenda procedere al reclutamento ordinario, anziché con lo scorrimento.

Tesi minoritaria riconosceva in capo al candidato idoneo all'assunzione un vero e proprio diritto soggettivo allo scorrimento di una graduatoria ancora efficace. Sul versante processuale, tale teoria comportava l'adesione alla tesi che radica in capo al giudice ordinario le controversie in materia di diniego di scorrimento della graduatoria[18].

Per il contrapposto e prevalente orientamento giurisprudenziale, l'ultrattività delle graduatorie non preclude all'amministrazione di preferire l'indizione di un nuovo concorso, tanto meno obbliga la stessa a coprire i posti resisi liberi con corrispondente diritto degli idonei in graduatoria all'assunzione.

Pertanto, la nomina di idonei nei posti vacanti costituisce una facoltà e non un obbligo per l'amministrazione, trattandosi di un potere che rientra nella discrezionalità dell'ente. Dunque, la posizione vantata dal soggetto risultato idoneo in graduatoria non ha natura e consistenza di diritto soggettivo, ma di mera aspettativa allo scorrimento della relativa graduatoria[19]. Di conseguenza, in punto di giurisdizione, la controversia involgente le modalità osservate dall'amministrazione nell'esercitare il potere di scorrere la graduatoria rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, non

[17] In tal senso, Cons. St., Sez. V, 1° agosto 2014, n. 4119; *Id.* 4 marzo 2011, n. 1395.
[18] *Ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., 6 marzo 2009, n. 5588; Cass. civ., Sez. lav., 21 dicembre 2007, n. 27126; Cass. civ., Sez. lav., 5 settembre 2005, n. 17753; Cass. civ., Sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252; Cass., Sez. un., 29 settembre 2003, n. 14529;
[19] In tal senso, Cons. St., Sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1796; Cons. St., Sez. VI, 27 luglio 2010 n. 4911; Cons. St., Sez. V, 18 dicembre 2009 n. 8369; Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2007 n. 53; Cons. St., Sez. V, 1 marzo 2005 n. 794; Cons. St., Sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6758.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

potendo sussistere in capo agli idonei di un concorso una posizione di diritto soggettivo che postula invece la qualità di vincitore del concorso.

Diverse considerazioni vengono fatte dai giudici amministrativi nel caso in cui l'amministrazione si sia già determinata nel senso di utilizzare il sistema dello scorrimento. In tal caso, spetterà alla cognizione del giudice ordinario la controversia promossa dal candidato idoneo che, vantando una determinata posizione nella graduatoria già approvata e il possesso di requisiti stabiliti dal bando di concorso per usufruire di una riserva di posti, pretenda di essere incluso nel novero degli ulteriori chiamati alla stipulazione del contratto di lavoro, facendo valere il proprio diritto all'assunzione e non ponendo in discussione le procedure concorsuali. La giurisprudenza è pacifica nell'affermare che se ciò che si contesta non è il mancato scorrimento, bensì l'avvenuto scorrimento in favore di altri soggetti, si tratta di questioni attinenti alle modalità di utilizzo della graduatoria, ossia questioni successive all'espletamento della procedura concorsuale e quindi la giurisdizione spetta al giudice ordinario[20].

5. Il necessario e preventivo ricorso alla procedura di mobilità

L'istituto della mobilità costituisce lo strumento mediante il quale si procede alla ridistribuzione del personale in relazione alle esigenze delle amministrazioni pubbliche. Esso si configura quale vicenda modificativa del rapporto di impiego che si distingue, a sua volta, in due tipologie:

a. individuale, che comporta il passaggio di singoli dipendenti da un'amministrazione ad un'altra e che si distingue in volontaria (se è legata ad una richiesta del dipendente) e obbligatoria (se invece il trasferimento è disposto dalla P.A. per esigenze organizzative);
b. collettiva, che concerne i casi di eccedenza di personale in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria dell'amministrazione[21].

L'istituto *de quo* trova la sua disciplina nell'art. 6, comma 2, terzo periodo, d.lgs. n. 165/2001, il quale prevede che *«[…] Le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale […]*».

Nello specifico, con riguardo alla mobilità volontaria, l'art. 30, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, dispone che «*Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo,*

[20] Cfr. Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2014, n. 26936; Cons. St., Sez. V, 20 maggio 2011, n. 3014.
[21] E. GENTILE, *La mobilità nelle pubbliche amministrazioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Torino, Utet Giuridica, 2020, pp. 3642 ss.; sull'argomento, anche E. FIATA, *La mobilità dei pubblici dipendenti dopo le recenti riforme*, Milano, Giappichelli editore, 2018, pp. 127 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria». La portata precettiva della norma citata è rafforzata, altresì, dalla previsione della nullità degli accordi, atti o clausole dei contratti collettivi elusivi del principio del previo esperimento della mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale (art. 30, comma 2.2, d.lgs. n. 165/2001).

Il principio alla base delle norme citate è senza dubbio quello della necessaria priorità della procedura di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale mediante l'indizione di concorsi pubblici[22]. Qualora la prodromica procedura di mobilità non vada a buon fine, l'amministrazione può procedere al reclutamento di nuove unità di personale.

L'istituto della mobilità volontaria è, altresì, da preferire allo scorrimento delle graduatorie[23]. Un'amministrazione pubblica, prima di procedere all'utilizzazione di graduatorie ancora valide, deve anzitutto esperire la procedura di mobilità per il passaggio diretto di personale da altre amministrazioni. L'esistenza di una graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace limita l'indizione di un nuovo concorso, ma non prevale sulla mobilità volontaria.

L'istituto *de quo* è da preferire allo scorrimento delle graduatorie per ragioni di contenimento della spesa. Infatti, con la mobilità, la copertura dei posti si consegue attraverso un'ottimale ridistribuzione del personale pubblico già in servizio, in luogo dell'assunzione di nuovo personale, mentre con lo scorrimento – pur trattandosi di procedure già espletate – si determina comunque la provvista "aggiuntiva" di nuove risorse umane.

Questo è il principio espresso dalla Corte di cassazione civile, sezione lavoro, con la sentenza 18 maggio 2017, n. 12559, con cui è stato ribadito che la mobilità rappresenti un obbligo per l'amministrazione pubblica[24]. Nel caso di specie, l'ente procedente – per coprire posti vacanti in organico – aveva reclutato nuovo personale mediante l'istituto della mobilità, tramite trasferimento da altra P.A. ai sensi dell'art.

[22] Sul punto, Corte conti, ss. rr., deliberazione n. 53/2010/CONTR, secondo cui «*La mobilità si configura, dunque, come strumento per una più razionale distribuzione del personale tra le diverse amministrazioni preliminare alla decisione di bandire procedure concorsuali in ossequio al principio che, prima di procedere alla immissione, nei limiti consentiti dall'ordinamento, di nuovo personale, appare opportuno sperimentare iniziative volte ad una migliore e più razionale collocazione dei dipendenti già in servizio presso amministrazioni diverse […]*».

[23] In tal senso, anche Corte conti, Sez. reg. controllo Veneto, deliberazione n. 189/2018/PAR.

[24] F. CAPONI, *Nuove assunzioni: prima la mobilità e poi lo scorrimento delle graduatorie*, in *Azienditalia – Il Personale*, n. 10/2017.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

30, d.lgs. n. 165/2001, nonostante l'esistenza di una graduatoria valida per la copertura della stessa professionalità.

La Corte ha evidenziato come, nell'impianto complessivo del d.lgs. n. 165/2001, la mobilità costituisca un ottimale strumento di distribuzione del personale in relazione alle esigenze della P.A. L'istituto della mobilità volontaria costituisce, quindi, la prima fase obbligatoria da attuare per il reclutamento dei pubblici dipendenti, che il legislatore privilegia sia sotto l'aspetto ordinamentale, che finanziario. Tale istituto, infatti, non dà luogo alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, in quanto attraverso la cessione del contratto di lavoro, con il consenso delle parti coinvolte, determina una modifica soggettiva dello stesso.

Recentemente, il legislatore ha previsto un'importante attenuazione della portata del principio del previo esperimento delle procedure di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale. L'art. 3, comma 8, l. n. 56/2019 (c.d. "Decreto Concretezza"), prevede che, al fine di ridurre i tempi di accesso al pubblico impiego, nel triennio 2019-2021 i concorsi pubblici banditi dalle amministrazioni pubbliche, nonché le relative assunzioni, potranno essere effettuati in deroga all'obbligo di svolgimento delle procedure di mobilità volontaria di cui all'art. 30, d.lgs. n. 165/2001. Resta, invece, fermo l'obbligo per l'ente di esperire preventivamente la mobilità obbligatoria *ex* art. 34-*bis*, d.lgs. n. 165/2001[25].

6. I recenti interventi in materia di scorrimento delle graduatorie
6.1. Corte cost. 25 giugno 2020, n. 126

La Corte costituzionale, con recente sentenza 25 giugno 2020, n. 126, ha enunciato un importante principio secondo cui le Regioni possono, con propria legge, prevedere lo scorrimento di graduatorie anche se la legislazione statale non lo consente.

Nel caso di specie, il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato l'art. 1, commi 2 e 3, legge Regione Toscana 28 giugno 2019, n. 38, per contrasto con gli artt. 3, 51, comma 1, 97, 117, comma 2, lettere l) ed m), e l'art. 3, Cost. Le disposizioni impugnate, in deroga a quanto previsto dall'art. 1, comma 361, l. n. 145/2018, autorizzano a procedere al reclutamento di personale, sia per le assunzioni a tempo indeterminato sia per quelle a tempo determinato, mediante lo scorrimento delle graduatorie approvate a far data dal 1º gennaio 2019. Nel dettaglio, il Presidente del Consiglio dei ministri ha ritenuto che le disposizioni impugnate:

a. invadano la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia «*ordinamento civile*» (art. 117, comma 2, lett. l), Cost.) e nella materia «*determinazione dei livelli*

[25] Cfr. L. DI DONNA, *Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali: condizioni e limiti*, in *www.neopa.it*, secondo cui «*anche se la norma non lo dice chiaramente, ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che ciò valga anche quando l'amministrazione intenda ricorrere allo scorrimento di graduatoria (propria o di altra amministrazione) anziché all'indizione di un nuovo concorso*».

essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.);

b. contrasterebbero con i principi di eguaglianza, di imparzialità e buon andamento della P.A. di cui agli artt. 3, 51, comma 1, e 97 Cost.;
c. sarebbero in contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost.

In ordine alle prime censure, la Consulta ha precisato che «*la regolamentazione dell'accesso ai pubblici impieghi mediante concorso è riferibile all'ambito della competenza esclusiva statale, sancita dall'art. 117, comma 2, lett. g), Cost., solo per quanto riguarda i concorsi indetti dalle amministrazioni statali e dagli enti pubblici nazionali. Quanto all'impiego pubblico regionale, esso deve essere ricondotto all'ordinamento civile, di competenza esclusiva statale, solo "per i profili privatizzati del rapporto", attinenti al rapporto di lavoro già instaurato, laddove i profili "pubblicistico-organizzativi" rientrano nell'ordinamento e organizzazione amministrativa regionale, e quindi appartengono alla competenza legislativa residuale della Regione*».

La Corte ha confermato l'orientamento previgente secondo cui la regolamentazione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale – in quanto riconducibile alla materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali – è preclusa allo Stato e spetta, nel rispetto dei limiti costituzionali, alla competenza residuale delle Regioni, cui sono riconducibili le procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso all'impiego regionale e la regolamentazione delle graduatorie, che rappresentano il provvedimento conclusivo delle procedure selettive[26].

La Corte ha poi chiarito che la competenza attribuita dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., comprima l'autonomia legislativa delle Regioni. Essa non può essere invocata se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione, mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale, in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa.

Pertanto, le disposizioni impugnate non invadono la competenza legislativa esclusiva dello Stato nelle materie di cui all'art. 117, comma 2, lett. l) e m), Cost., attenendo all'organizzazione del personale, ambito in cui si esplica la competenza residuale delle Regioni.

Il ricorrente ha censurato, altresì, l'art. 1, commi 2 e 3, legge Regione Toscana n. 38/2019, perché in contrasto con il dettato costituzionale che impone l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante concorso, in condizioni di eguaglianza, così da salvaguardare il buon andamento e l'imparzialità.

[26] In tal senso, Corte cost. 21 novembre 2018, n. 241; *Id.* 25 novembre 2016, n. 251; *Id.* 14 dicembre 2004, n. 380.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

L'art. 1, comma 361, l. n. 145/2018, istituiva una stretta correlazione tra la graduatoria e i posti messi a concorso e, in virtù delle modifiche apportate dall'art. 14-*ter*, d.l. n. 4/2019, consentiva all'amministrazione di reclutare gli idonei al solo scopo di sopperire alla mancata costituzione o all'estinzione anticipata del rapporto di lavoro con i candidati dichiarati vincitori. Tale disposizione è stata poi abrogata, con effetto dal 1º gennaio 2020, dall'art. 1, comma 148, l. n. 160/2019.

Nell'esercizio della competenza riconosciuta dall'art. 117, comma 4, Cost., il legislatore regionale non può ritenersi vincolato all'osservanza dei criteri indicati dal legislatore statale – rimasti peraltro in vigore per un tempo limitato – a meno che essi non riflettano i principi inderogabili di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. I limiti posti alle assunzioni nel settore pubblico sono stati gradualmente superati, per costruire un diverso assetto, caratterizzato da periodi più contenuti di validità delle graduatorie (due anni), con prescrizioni rigorose circa il ricorso alle graduatorie più datate, in vista della ripresa di procedure selettive e di assunzioni.

Con riguardo alle procedure selettive per l'accesso all'impiego regionale, la Corte ha ribadito che non ogni difformità della disciplina regionale rispetto alle regole statali denoti la violazione dei canoni di imparzialità e di buon andamento. L'evoluzione della normativa statale ha confermato che tale difformità, in un breve arco di tempo, è stata superata.

La disciplina dell'accesso all'impiego regionale va esaminata alla luce delle peculiarità che la contraddistinguono, delle finalità che essa persegue e del contesto complessivo in cui si colloca.

In generale, occorre osservare che lo scorrimento delle graduatorie, consentito dalle disposizioni impugnate e ora anche dalla sopravvenuta normativa statale, presuppone lo svolgimento delle ordinarie procedure selettive, finalizzate a individuare i soggetti più qualificati per l'occupazione dei posti vacanti e non costituisce una deroga al principio del pubblico concorso. Lo scorrimento delle graduatorie consente poi all'amministrazione di attingere alla provvista degli idonei, per far fronte in maniera tempestiva ed efficace a esigenze sopravvenute.

La Corte, richiamando un precedente indirizzo, ha precisato che «*un reclutamento imparziale degli idonei inseriti nelle graduatorie non entra in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., proprio perché costituisce una delle possibili espressioni del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, nell'esercizio della competenza legislativa regionale*»[27].

Inoltre, lo scorrimento delle graduatorie ancora valide è assoggettato a limitazioni che valgono a renderlo compatibile con i princìpi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione.

Il canone di imparzialità consente di ricorrere allo scorrimento delle graduatorie, nel rigoroso rispetto dell'ordine di merito, solo quando vi sia, da un lato, un'integrale

[27] Così, Corte cost. 24 aprile 2020, n. 77.

corrispondenza tra il profilo e la qualifica professionale del posto che si intende coprire e, dall'altro, il profilo e la categoria professionale per i quali è stato bandito il concorso poi concluso con l'approvazione delle graduatorie. Non vi è scorrimento per posti di nuova istituzione o frutto di trasformazione, per evitare rimodulazioni dell'organico in potenziale contrasto con i princìpi di imparzialità prescritti dalla Costituzione.

Il buon andamento, per altro verso, preclude di scorrere le graduatorie, quando sia mutato il contenuto professionale delle mansioni tipiche del profilo che si intende acquisire o quando, per il tempo trascorso o per le modifiche sostanziali nel frattempo introdotte nelle prove di esame e nei requisiti di partecipazione dei concorrenti, la graduatoria già approvata cessi di rispecchiare una valutazione attendibile dell'idoneità dei concorrenti e della qualificazione professionale necessaria per ricoprire l'incarico.

Le disposizioni impugnate non derogano agli ordinari limiti di validità delle graduatorie. Esse riguardano le graduatorie più recenti, approvate a far data dal 1º gennaio 2019 e non pregiudicano l'esigenza di dotare l'amministrazione di personale qualificato, che sia stato sottoposto a una valutazione esaustiva e imparziale in un tempo prossimo all'assunzione. Esse si riconnettono, peraltro, a obiettivi specifici e definiti nel tempo, che la stessa legislazione statale provvede a delineare.

Dunque, lo scorrimento delle graduatorie non ha una portata indiscriminata, ma si rivela direttamente funzionale a organizzare il reclutamento degli idonei nel modo più efficiente e sollecito, in un ambito – quale quello delle politiche attive del lavoro, della tutela della salute e dell'organizzazione amministrativa regionale in senso ampio – riservato a vario titolo all'autonomia della Regione, in vista di specifiche finalità, che lo stesso legislatore statale riconosce meritevoli di particolare considerazione.

Infine, il ricorrente ha ravvisato nelle disposizioni impugnate la violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. e, in particolare, del principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, che individua nelle «*modalità uniformi di utilizzo delle graduatorie concorsuali per l'accesso al pubblico impiego*» dettate dalla legislazione dello Stato. Secondo la Consulta, lo scorrimento delle graduatorie consente di risparmiare i costi correlati all'espletamento di nuovi concorsi, pertanto non è ravvisabile la violazione di alcun principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica.

6.2. Corte dei conti, Sez. reg. controllo Sardegna, deliberazione n. 85/2020/PAR

La sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Sardegna, con deliberazione n. 85/2020/PAR del 4 agosto 2020, ha operato un'ampia ricostruzione del quadro normativo di riferimento in materia di scorrimento delle graduatorie concorsuali, in seguito alla proposizione – da parte di un ente locale ricorrente – del seguente quesito: «*è corretto per un'amministrazione pubblica procedere con discrezionalità nella scelta della procedura da attivare (scorrimento graduatoria o*

concorso pubblico) per il reclutamento del personale da assumere alle proprie dipendenze?»[28].

La questione sollevata è stata incentrata, quindi, sulle modalità di reclutamento del personale e sulla sussistenza, in capo all'amministrazione procedente, di un "obbligo" o di una "facoltà" di procedere all'assunzione di nuovi dipendenti attraverso lo scorrimento di graduatorie ancora vigenti (proprie o di altre amministrazioni) e sui limiti legislativi relativi a tale scelta.

In tema di reclutamento del personale pubblico, sono enucleabili due fasi successive: la prima si incentra sulla determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante e ha contenuto ampiamente discrezionale, essendo riconducibile a una scelta organizzativa di esclusiva pertinenza dell'ente; la seconda attiene al *quomodo* dell'assunzione, che si snoda attraverso l'alternativo ricorso all'istituto della mobilità, all'utilizzo di graduatorie ancora vigenti o all'indizione di un concorso pubblico.

Al riguardo, l'ente ricorrente è consapevole di dover procedere discrezionalmente alla scelta della modalità di reclutamento cui fare ricorso, attraverso una valutazione comparativa di interessi contrapposti.

Nel caso in cui il soggetto pubblico opti per lo scorrimento della graduatoria[29], è tenuto non solo al rispetto del principio di equivalenza (cioè corrispondenza tra il profilo professionale per cui si procede all'assunzione e quello cui si riferisce la graduatoria cui attingere)[30], ma anche a verificare *in primis* l'efficacia della graduatoria, muovendosi entro i limiti fissati dal legislatore all'art. 1, comma 147, l. n. 160/2020.

[28] Sull'argomento, anche N. NIGLIO, *Il duplice percorso in materia di efficacia e di utilizzo delle graduatorie concorsuali nelle amministrazioni statali e negli enti locali (deliberazione n. 85/2020/PAR della Corte dei conti – Sez. contr. Regione Sardegna)*, in *LexItalia.it*, n. 9/2020; L. DI DONNA, *La Corte dei conti chiarisce alcuni punti controversi sull'utilizzo delle graduatorie concorsuali*, in *www.neopa.it*.

[29] Sul punto, Cass. civ., Sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316, stabilisce che «*Lo scorrimento della graduatoria, che costituisce la modalità ordinaria e preferenziale di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, è espressamente precluso in caso di nuova istituzione o di trasformazione di posti non previsti dalla dotazione organica adottata al momento della indizione della procedura concorsuale; tuttavia, in caso di aumento complessivo della dotazione organica, tale divieto deve essere limitato alle posizioni aggiuntive e non si estende a quelle già previste nella precedente dotazione organica e poi divenute vacanti*».

[30] Secondo Cass. civ., Sez. lav., 21 marzo 2018, n. 7054, «*Lo scorrimento in tanto può essere validamente disposto in quanto risultino salvaguardati i principi sanciti dall'art. 35, d.lgs. n. 165/2001, che fa specifico riferimento alla posizione lavorativa ed ai requisiti attitudinali e professionali che la stessa richiede; in tal senso si è costantemente espressa la giurisprudenza amministrativa la quale ha in più occasioni ribadito che la preferenza espressa in termini generali dall'ordinamento per lo scorrimento della graduatoria incontra un limite nella necessità di selezionare professionalità rispondenti alle esigenze dell'amministrazione che, quindi, legittimamente indice una nuova procedura concorsuale nei casi in cui sia mutato il contenuto professionale delle mansioni proprie del profilo lavorativo alla cui provvista si mira*».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Pertanto, la preliminare verifica imposta dalla norma riguarda l'esistenza di eventuali leggi regionali che stabiliscano termini di vigenza inferiori rispetto a quelli definiti dalla normativa nazionale[31].

Esclusa poi l'esistenza di una disciplina derogatoria di portata regionale (della cui verifica è onerata l'amministrazione interessata), in base alla normativa nazionale risulta che, a decorrere dal 1º gennaio 2020, sono prive di validità le graduatorie più risalenti nel tempo, ossia quelle approvate fino all'anno 2010. Le graduatorie approvate nell'anno 2011 conservano validità fino al 30 marzo 2020 e le graduatorie approvate dall'anno 2012 all'anno 2017 conservano la loro efficacia fino al 30 settembre 2020. Infine, le graduatorie approvate dal 2018 al 2019 sono utilizzabili entro i tre anni successivi all'approvazione e le graduatorie approvate dall'anno 2020 saranno valide per un periodo di due anni dalla loro approvazione[32].

Sul punto, la Corte ha ritenuto che il termine di validità biennale non riguardi gli enti locali, poiché la legge di bilancio 2020 modifica soltanto l'art. 35, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 165/2001, restando invariata la disciplina posta dall'art. 91, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, secondo cui «*Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione […]*».

L'antinomia tra le due disposizioni normative in ordine ai termini di validità delle graduatorie concorsuali è stata risolta – a giudizio della Corte – in base al principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. In altri termini, essendo il criterio cronologico recessivo rispetto a quello di specialità, la modifica della norma di carattere generale non produce effetto rispetto alla norma di carattere speciale, con la conseguenza che la legge di bilancio 2020 introduce un doppio binario in merito ai termini di scadenza delle graduatorie concorsuali: per le amministrazioni statali, l'efficacia sarà limitata a due anni, mentre per le amministrazioni locali, l'efficacia sarà di tre anni, con decorrenza in entrambi i casi dalla pubblicazione della graduatoria.

In ordine alla portata applicativa dell'art. 91, d.lgs. n. 267/2000, il Collegio ha evidenziato che l'art. 17, comma 1-*bis*, d.l. n. 162/2019, ha previsto che «*Per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, gli enti locali possono procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 91 del d.lgs. n. 267/2000.*».

Il citato disposto normativo, consentendo agli enti locali di disapplicare la disposizione del predetto art. 91, comma 4, consente di utilizzare le graduatorie anche per la copertura dei «*posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso*», in evidente contrasto con la *ratio* tesa a scongiurare il pericolo di

[31] Sul punto, in realtà, la legge di bilancio 2020 non ha portata innovativa, in quanto il limite connesso ai «*periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali*» viene già contemplato dall'art. 35, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 165/2001.

[32] In seguito alla novella dell'art. 35, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 165/2001, ad opera dell'art. 1, comma 149, l. n. 160/2020, il precedente termine triennale di validità è stato sostituito dall'attuale termine biennale.

scorrimenti (e di assunzioni) "*ad personam*", che ha indotto la giurisprudenza amministrativa a ritenere che «*il divieto di procedere allo scorrimento delle graduatorie per la copertura di posti istituiti o trasformazione dopo l'indizione del concorso posta dall'art. 91 in commento, sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche*»[33], essendo preminente l'esigenza di evitare che «*le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica, al fine di assumere uno dei candidati inseriti in una determinata graduatoria, i cui nomi siano già conosciuti*»[34].

Una deroga ai limiti imposti dall'art. 91, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, renderà più pregnante l'obbligo motivazionale che dovrà sorreggere le determinazioni inerenti il reclutamento del personale, affinché possano resistere al vaglio di legittimità e legalità da parte dell'autorità competente.

Infine, l'attenzione del Collegio si è soffermata sulla possibilità di ricorrere alle graduatorie di altre amministrazioni.

Ai sensi dell'art. 9, l. n. 3/2003, che rinvia a un regolamento da emanarsi per «*stabilire le modalità e criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione*».

Il riferimento esplicito al «*previo accordo*» tra le amministrazioni per l'utilizzo delle rispettive graduatorie è contenuto nel diverso art. 3, comma 61, l. n. 350/2003, il quale dispone che «*In attesa dell'emanazione del regolamento di cui all'art. 9, l. n. 3/2003, le amministrazioni pubbliche ivi contemplate possono effettuare assunzioni anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate*».

L'estensione soggettiva della normativa in esame è testualmente limitata alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, nonché agli enti pubblici non economici. Tuttavia, il dato letterale è stato superato da un'interpretazione sistematica e logica suggerita dall'art. 9, comma 2, l. n. 3/2003, che ha elevato la disciplina in esame a rango di principio di carattere generale valevole anche per gli enti locali.

Pertanto, nell'ottica di valorizzare i principi di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse richiamati dall'art. 91, comma 1, sia l'art. 9, l. n. 3/2003 che l'art. 3, comma 61, l. n. 350/2003, prendono la veste di parametro normativo di riferimento per la predisposizione, da parte dei soggetti pubblici territoriali, dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi ovvero dei regolamenti per l'utilizzo di

[33] Così, Cons. St, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14.
[34] In tal senso, Cons. St., Sez. III, 1º agosto 2014, n. 4119; In senso conforme, Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 2019, n. 5089.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

graduatorie di altre amministrazioni, nell'ambito della potestà riconosciuta dall'art. 7, d.lgs. n. 267/2000.

L'assetto normativo vigente ha spinto la Corte ad esprimersi in senso favorevole sulla possibilità di utilizzare, previo accordo, le graduatorie concorsuali di altri enti, allineandosi sul punto alla conforme giurisprudenza contabile.

In particolare, la sezione regionale di controllo della Corte dei conti per l'Umbria, con deliberazione n. 124/2013/PAR, ha ritenuto di interpretare l'espressione normativa «*previo accordo*» utilizzata dal legislatore all'art. 3, comma 61, l. n. 350/2003, in senso estensivo e non restrittivo, non rinvenendo nella norma elementi testuali per un'interpretazione limitante temporalmente il momento della conclusione dell'accordo, seppur l'accordo debba necessariamente intervenire prima dell'utilizzazione della graduatoria stessa. In altri termini, «*il previo accordo deve inserirsi in un chiaro e trasparente procedimento di corretto esercizio del potere di utilizzare graduatorie concorsuali di altre amministrazioni, allo scopo di evitare ogni arbitrio e/o irragionevolezza o violazione delle regole sulla concorsualità e sull'imparzialità dell'azione amministrativa*»[35].

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte ha ammesso la facoltà di utilizzare le graduatorie di altre amministrazioni, tuttavia, l'ente sarà tenuto a predeterminare e a cristallizzare – preferibilmente nel proprio regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi – le condizioni per utilizzo delle graduatorie medesime, le relative modalità procedurali e i criteri per l'individuazione dei soggetti pubblici con i quali siglare l'accordo.

7. Conclusioni

Ad oggi, lo scorrimento delle graduatorie concorsuali continua ad essere un tema ampiamente dibattuto.

Negli ultimi anni, soprattutto in sede giurisprudenziale, si è ritenuto che la scelta di procedere allo strumento dello scorrimento debba rappresentare la regola di condotta generale delle amministrazioni pubbliche, mentre l'indizione di un nuovo concorso l'eccezione cui ricorrere nel caso di *extrema ratio*. In tale ipotesi, si è ribadito che l'amministrazione procedente debba fornire adeguata motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico.

Pertanto, il ricorso allo scorrimento delle graduatorie risponde ad esigenze sociali e di equità, nonché contribuisce all'attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

[35] Così, Corte conti, Sez. reg. controllo Veneto, deliberazione n. 290/2019/PAR.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Tuttavia, il quadro normativo che si è andato progressivamente delineando in materia, oltre a mostrare un netto favore per il meccanismo dello scorrimento – scelta peraltro avallata dalla giurisprudenza – ha finito con il legittimare una concatenazione giuridica di proroghe di validità delle graduatorie, perpetrando per anni una prassi poco condivisibile.

I provvedimenti legislativi, tesi al contenimento della spesa pubblica, hanno contribuito alla proroga, di anno in anno, della vigenza delle graduatorie, ingenerando aspettative negli idonei e provocando un ampio contenzioso che ha dato luogo ad interpretazioni giurisprudenziali discordanti.

Allo stato attuale, risulta necessaria un'organica disciplina dell'istituto in esame, che investa tutto il settore pubblico, sia a livello centrale che locale. Occorre predeterminare norme chiare che indirizzino e guidino le amministrazioni procedenti – e soprattutto le amministrazioni locali – nella definizione di un procedimento comune cui attenersi per effettuare le assunzioni di nuovo personale mediante scorrimento delle graduatorie.

L'esistenza di una disarmonica disciplina, rinvenibile ora in provvedimenti legislativi di facile mutevolezza in ragione delle scelte e di opportunità politica, ora in svariate pronunce della giurisprudenza amministrativa e contabile, spesso tra loro contrastanti, hanno ingenerato un caos normativo nell'ambito del quale ogni amministrazione si è avvalsa dell'istituto *de quo* in maniera totalmente discrezionale.

Orbene, si auspica l'adozione, da parte del legislatore, di una disciplina puntuale e ben strutturata che sappia contemperare interessi contrapposti, non soltanto quelli dell'amministrazione pubblica, ma anche l'aspettativa e le speranze degli idonei all'assunzione.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Ieri, oggi, domani: quale rotta per L'Unione Economica e Monetaria?[*]

di Fabio Masci[**]

12 marzo 2021

Sommario: 1. La genesi dell'UEM – 2. L'UEM nei Trattati. – 3. L'UEM all'indomani della crisi economico-finanziaria del 2009. – 4. Il MES nel quadro dell'UEM. – 5. La riforma del MES. – 6. Il consolidamento dell'UEM.

1. La genesi dell'UEM

Durante il vertice tenutosi a L'Aia nel dicembre del 1969, i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri definirono un nuovo obiettivo d'integrazione europea, ovvero la graduale realizzazione di un'Unione economica e monetaria (UEM) che precipitasse nel coordinamento delle politiche economiche nazionali e nell'adozione di una moneta unica europea[1].

A fronte di detto obiettivo, in data 6 marzo 1970, il Consiglio dei ministri della Comunità economica europea (CEE) dispose l'istituzione di un comitato che delineasse struttura e funzioni della nuova Unione e individuasse modalità e tempi di realizzazione della stessa. A tal espresso riguardo, nell'ottobre dello stesso anno, il comitato incaricato – presieduto dall'allora Primo Ministro lussemburghese Pierre Werner – presentò al Consiglio un rapporto finale, che illustrava vantaggi e opportunità di una zona entro cui persone, beni, servizi e capitali potessero circolare liberamente, senza distorsioni nella concorrenza e in assenza di qualsivoglia squilibrio regionale o strutturale. Fondamento scientifico del rapporto in disamina era la teoria delle "aree valutarie ottimali" (AVO), in ordine alla quale l'estensione geografica ottimale nell'utilizzo di una moneta non risiede nei confini fisici di un Paese, ma nel concomitante operare di una pluralità di variabili macroeconomiche (su tutte, mobilità del lavoro, flessibilità dei prezzi, omogeneità della struttura produttiva, compensazione fiscale degli shock economici, allineamento dei cicli nonché integrazione commerciale e finanziaria)[2].

---

[*] Il presente scritto trae spunto dalla relazione tenuta presso il seminario "Venti di Karlsruhe: quale rotta per l'Unione europea?", svoltosi, in modalità *online*, in data 14 maggio 2020.

[**] Dottore di Ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

[1] In tema, M.E. GUASCONI, *L'Europa tra continuità e cambiamento. Il vertice dell'Aja del 1969 e il rilancio della costruzione europea*, Firenze, 2004.

[2] R.A. MUNDELL, *A theory of optimum currency areas*, in *American Economic Review*, vol. 51, n. 4/1961, 657-665; P.B. KENEN, *The optimum currency area: an eclectic view*, in R.A. MUNDELL, A.K. SWOBODA (eds.), *Monetary problems of the international economy*, Chicago, 1969; G. MAGNIFICO, *European monetary unification*, Londra, 1973.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Stando alle risultanze del comitato, l'UEM sarebbe addivenuta a completamento entro il 1° gennaio 1980, all'esito di un processo di attuazione progressiva che avrebbe comportato la piena liberalizzazione dei movimenti di capitali, la convertibilità totale delle valute degli Stati membri e la fissazione irrevocabile dei tassi di cambio. In particolare, l'*iter* attuativo della nuova Unione sarebbe stato articolato in tre fasi: la prima, dedicata all'implementazione di un sistema d'informazione atto a favorire il coordinamento delle politiche economiche nazionali; la seconda, orientata all'adozione di direttive e decisioni comuni, alla riduzione dei margini di fluttuazione valutaria e allo sviluppo di un Fondo monetario europeo; la terza, preposta al trasferimento delle competenze economico-monetarie a due istituzioni di nuovo conio[3].

Ebbene, nel marzo del 1971, benché il Consiglio escludesse la modificazione dei Trattati, e dunque la creazione di nuove istituzioni, e malgrado gli Stati membri si opponessero a ulteriori cessioni di sovranità, fu raggiunta un'intesa di massima in merito all'attuazione della strategia a tre fasi promossa dal comitato Werner. Tuttavia, l'effettivo dispiegamento di quell'intesa fu istantaneamente minato dalla precarietà degli scenari economico-finanziari globali, e in particolare dall'insostenibilità del sistema monetario sorto all'indomani della Seconda Guerra Mondiale. Difatti, il rapporto Werner era stato progettato in conformità agli Accordi di Bretton Woods, ovvero assumendo a sistema un "*gold exchange standard*" in cui le valute degli Stati membri erano convertibili in dollari a prezzi stabiliti[4] e in cui il dollaro, a propria volta, era convertibile in oro a un rapporto fisso[5]. Nondimeno, nell'agosto del 1971, a causa dell'assottigliamento delle riserve auree[6], gli Stati Uniti sospesero la conversione del dollaro in oro[7], generando un'instabilità valutaria che pose fine agli Accordi di Bretton Woods[8]. Per cui, nel dicembre dello stesso anno, al fine di garantire stabilità al sistema monetario internazionale, i Paesi membri del G-10[9] diedero vita agli Accordi Smithsoniani[10], che obbligavano[11] gli Stati Uniti a svalutare il dollaro nella misura del 7,9%, con conseguente aumento del prezzo dell'oro da 35 a 38 dollari per oncia di fino[12].Siffatta statuizione era funzionale all'allineamento delle valute degli altri Paesi, le cui parità, non essendo stato ripristinato l'obbligo di scambiare il dollaro con l'oro, erano riferibili alla sola moneta statunitense. In parallelo, gli Accordi Smithsoniani disciplinarono nuovi tassi di cambio tra tutte le altre monete, ammettendo un'oscillazione complessiva del 4,5% attorno alle nuove parità.

Postulando la fissità di cambio tra il dollaro e le altre valute, la strategia a tre fasi promossa dal comitato Werner – e con essa la creazione dell'UEM – non sopravvisse al crollo

[3] Nella specie, un'istituzione comunitaria demandata alla definizione di una politica economica comune e un sistema comunitario costituito delle banche centrali di tutti gli Stati membri.
[4] Un dollaro = 625 lire italiane (con oscillazioni da 620 a 630 lire).
[5] Un'oncia d'oro fino – ovvero 31,1 grammi d'oro fino – corrispondeva a 35 dollari. Di talché, un dollaro equivaleva a 1/35 d'oncia d'oro fino – ovvero a 0,88 grammi d'oro fino.
[6] Essenzialmente riconducibili al poderoso incremento di spesa pubblica, a propria volta determinato dai costi della guerra combattuta in Vietnam e dal programma di *welfare* noto con il nome "*Great Society*"
[7] *Rectius*, sospesero la conversione del dollaro in oro al rapporto fisso "un'oncia = 35 dollari".
[8] La sospensione della conversione del dollaro in oro non fu la sola misura intrapresa dal governo americano. Difatti, in parallelo, fu introdotta una tassa del 10% sulle importazioni negli Stati Uniti.
[9] Belgio, Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Paesi Bassi, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia e Svizzera.
[10] Firmati presso lo Smithsonian Institute di Washington.
[11] A fronte dell'accordo in parola, gli Stati Uniti si impegnavano anche ad abrogare la legge che aveva disposto una tassa del 10% sulle importazioni (introdotta in seguito alla dichiarazione di sospensione della convertibilità dell'agosto del 1971).
[12] In sintesi, ad esito degli Accordi Smithsoniani, un'oncia d'oro fino – ovvero 31,1 grammi d'oro fino – corrispondeva a 38 dollari. Di conseguenza, un dollaro equivaleva a 1/38 d'oncia d'oro fino – ovvero a 0,73 grammi d'oro fino.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

del sistema di Bretton Woods[13]. Tuttavia, a margine del vertice di Parigi del 1972, nell'intento di conferire nuovo impulso al processo d'integrazione economico-monetaria, la CEE[14] inaugurò il celeberrimo "serpente nel tunnel"[15], ovvero un meccanismo concertato di fluttuazione valutaria (il "serpente") che operava entro i margini di fluttuazione del dollaro (il "tunnel")[16]. In particolare, il meccanismo in esame assoggettava le oscillazioni tra valute comunitarie al limite massimo del 2,25% (1,125% al di sopra e 1,125% al di sotto delle singole parità), mantenendo, nei confronti del dollaro USA, un margine di fluttuazione del 4,5% (così come stabilito in sede di Accordi Smithsoniani)[17]. Anche in ipotesi, però, il progetto comunitario ebbe vita breve. Invero, così come organizzato, il "serpente nel tunnel" ambiva a far convergere il valore delle singole valute, ma, in ragione di variabili interne (il divario tra i tassi d'inflazione degli Stati membri) ed esterne (la crisi petrolifera del 1973), perse l'apporto di Francia e Italia, riducendosi a un asse economico-monetario dei Paesi del Nord[18].

Ad ogni modo, pur a fronte delle richiamate criticità, l'istituzione dell'UEM conservò un ruolo pivotale nell'agenda delle riforme comunitarie. Difatti, all'esito del vertice di Bruxelles del 1978, su impulso del Presidente francese Valéry Giscard d'Estaing e del Cancelliere tedesco Helmut Schmidt, fu istituito il Sistema Monetario Europeo (SME)[19]. Fondamento della nuova istituzione erano gli Accordi europei di cambio (AEC), che sussumevano i cambi bilaterali dei Paesi aderenti[20] entro una paradigma centrale di parità[21], valicabile sino al limite del 2,25%[22]. Difatti, qualora uno dei cambi avesse valicato il limite, le banche centrali dei Paesi coinvolti sarebbero state obbligate a liquidare la valuta più forte e ad acquistare quella più debole[23].

Così come impostato, lo SME favorì una sensibile stabilizzazione monetaria[24]. Tuttavia, nel giugno del 1985, in seno al Consiglio europeo di Milano, parve evidente che le potenzialità del mercato unico fossero dimidiate dai costi di transazione connessi alla conversione delle

[13] Ampiamente, H.K. SCHELLER, *Banca centrale europea, storia, ruolo e funzioni*, Francoforte sul Meno, 2006.
[14] Oltre ai sei stati allora membri (Belgio, Francia, Germania dell'Ovest, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi), presero parte all'iniziativa anche Regno Unito, Irlanda, Danimarca e Norvegia.
[15] Invero, in sede di trasposizione grafica, la curva delle fluttuazioni delle monete europee sembrava rappresentare un serpente che oscillava entro il tunnel "scavato" dalle variazioni del dollaro.
[16] G. BUCCI, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2008, 22; F. FAURI, *L'Italia e l'integrazione economica europea*, Bologna, 2001, 156 ss.
[17] Nella specie, il controllo delle oscillazioni era posto in essere da un organo appositamente istituito, ovvero il Fondo Europeo di Cooperazione Monetaria.
[18] Vedi, CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Il Consiglio europeo e il Consiglio dell'Unione europea nel corso degli anni. Processo decisionale e legislativo nell'integrazione europea*, Bruxelles, 2016, 12.
[19] Su tutti, G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, 207-210. Cfr., T. PADOA-SCHIOPPA, *La lunga via per l'euro*, Bologna, 2004, 55 ss.; F. CAFFÈ, *Lo SME non è il «Gold Standard»*, in IDEM (a cura di), *Scritti quotidiani*, Roma, 2007, 62-63.
[20] In principio, i Paesi partecipanti furono Belgio, Danimarca, Francia, Germania dell'Ovest, Irlanda, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi, ai quali si aggiunsero, nel corso degli anni, Gran Bretagna, Portogallo e Spagna. Nel settembre 1992, a fronte di una grave crisi dei cambi, la Gran Bretagna e l'Italia decisero di abbandonare gli AEC.
[21] All'atto d'istituzione dello SME, i Paesi partecipanti furono chiamati a dichiarare il tasso di cambio centrale tra la propria moneta e l'Unità di Conto Europea (ECU). Nell'immediato prosieguo, dividendo il tasso di cambio centrale della propria moneta con quello delle altre, ciascun Paese determinò i propri cambi bilaterali. Si ottenne così una griglia che conteneva i tassi di cambio tra tutte le valute dello SME e che subiva modificazioni in caso di svalutazione o rivalutazione delle diverse monete.
[22] Per la lira italiana, a causa dell'incidenza del tasso d'inflazione, il limite era esteso al 6%.
[23] A. GRAZIANI, Lo sviluppo dell'economia italiana. Dalla ricostruzione alla moneta europea, Torino, 2000, 365 ss.
[24] T. PADOA-SCHIOPPA, *L'Europa verso l'unione monetaria. Dallo Sme al trattato di Maastricht*, Segrate, 1992, 116.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

valute e alla variabilità dei tassi di cambio[25]. A fronte delle difficoltà registrate, il Cancelliere tedesco Helmut Kohl insistette per il rilancio dei progetti d'integrazione europea, chiedendo la convocazione di una Conferenza intergovernativa (CIG) per la riforma dei Trattati. La proposta accolse l'immediato favore del Presidente francese François Mitterrand; Margaret Thatcher, al contrario, si oppose strenuamente. Data l'*impasse*, Bettino Craxi propose di votare la proposta tedesca, che fu accolta a maggioranza, con i voti negativi di Danimarca, Gran Bretagna e Grecia. Di talché, il Consiglio europeo non poté esimersi dal convocare una CIG con largo mandato a riformare i Trattati di Roma. La conferenza ebbe inizio in data 9 settembre 1985, sotto presidenza italiana, e si concluse a Bruxelles il 28 febbraio 1986, con l'adozione dell'Atto Unico europeo, che si proponeva di addivenire al completamento del mercato interno – e dunque alla libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi – a partire dal 1° gennaio 1993.

Nel giugno del 1988, in espressa continuità con la riforma che precede, il Consiglio europeo incaricò Jacques Delors, all'epoca Presidente della Commissione europea, di presiedere un comitato[26] preposto all'attuazione dell'UEM. Nel breve volgere di un anno, il comitato predispose un articolato rapporto, che, in maniera non dissimile dall'antesignano Werner, disciplinò un *iter* attuativo a tre fasi[27].

Quanto alla prima fase, il rapporto Delors prevedeva che, dal 1º luglio 1990 al 31 dicembre 1993, si addivenisse alla completa libertà di circolazione dei capitali, al rafforzamento della cooperazione tra banche centrali, al libero utilizzo dell'ECU (in seguito sostituito dall'euro) e al miglioramento della convergenza economica. In riferimento alla seconda fase, stabiliva che, a far data dal 1º gennaio 1994 e sino al 31 dicembre 1998, fossero essere assicurati il divieto di finanziamento del settore pubblico da parte delle banche centrali, la creazione dell'Istituto monetario europeo (IME), un maggiore coordinamento delle politiche monetarie, il rafforzamento della convergenza economica e la progressiva realizzazione dell'indipendenza delle banche centrali nazionali (da completarsi, al più tardi, entro la data di istituzione del SEBC). In merito alla terza fase, disponeva che, a partire dal 1º gennaio 1999, fossero garantite la fissazione irrevocabile dei tassi di conversione, l'introduzione dell'euro, la conduzione della politica monetaria unica da parte del SEBC, l'entrata in vigore dei nuovi Accordi europei di cambio (AEC II) e l'entrata in vigore del Patto di Stabilità e Crescita.

Tuttavia, se la prima fase di completamento dell'UEM era attuabile con gli strumenti normativi allora esistenti, la seconda e la terza fase imponevano la necessaria modificazione del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (TCEE). Nel 1991, pertanto, in seno a una CIG appositamente convocata, furono negoziate modalità e tempistiche della riforma. L'esito dei negoziati fu consolidato all'interno del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, ma entrato in vigore il 1° novembre 1993. Detto Trattato definiva i tre pilastri dell'Unione europea – Comunità europee (CE), Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (GAI) – e fissava i parametri di convergenza economica per l'adesione all'UEM (stabilità dei prezzi[28],

[25] Cfr., G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, 126-141.

[26] Il comitato era costituito anche dai governatori delle Banche Centrali Nazionali della Comunità europea, da Alexandre Lamfalussy (allora Direttore generale della Banca dei regolamenti internazionali), da Niels Thygesen (Professore di economia in Danimarca) e da Miguel Boyer (Presidente del Banco Exterior de España).

[27] R. TAMBORINI, *Dal Rapporto Delors al Trattato di Maastricht e oltre. Cos'hanno da dire gli economisti?*, in *Economia politica*, n. 3/2017, 361 ss.

[28] L'inflazione dei prezzi al consumo non doveva superare dell'1,5% la media dei tre Paesi a inflazione più bassa.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

disavanzo pubblico[29], debito pubblico[30] e tassi d'interesse[31]). Inoltre, annoverava tra i propri allegati il Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea e il Protocollo sullo Statuto dell'Istituto monetario europeo.

Stanti siffatte modifiche, la decisione 1998/317/CE, acclarò che Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna fossero si fossero conformate ai parametri di convergenza economica fissati a Maastricht. Contiguamente, il 31 dicembre 1998, con il regolamento (CE) n. 2866/98, furono fissati i tassi irrevocabili di conversione tra l'euro e le monete di quei Paesi. Di talché, il 1º gennaio 1999, con la conduzione di una politica monetaria unica sotto la responsabilità della BCE, ebbe ufficialmente inizio la terza e ultima fase di completamento dell'UEM[32].

2. L'UEM nei Trattati

L'Unione europea ha da sempre asservito le proprie istituzioni alla strutturazione di un paradigma economico-monetario[33] che interconnettesse[34] e al tempo stesso sostenesse[35] gli Stati membri[36]. Tuttavia, la definizione di quel paradigma non è stata immediata, ma è stata esito di un percorso decisionale perlomeno trentennale, culminato, non senza sofferenza, nell'adozione del TUE.

D'altronde, lo stesso TUE, nel chiarire che l'effettività dell'integrazione europea risiede nella convergenza delle economie nazionali e nell'adozione di una moneta unica e stabile[37], ribadisce che le Comunità europee, sin dagli albori, si sono impegnate a instaurare un mercato interno basato su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente e sulla promozione del progresso scientifico e tecnologico[38].

[29] Il rapporto tra deficit pubblico e PIL non doveva superare la soglia del 3% (a meno che non fosse temporaneo o in calo sostanziale e costante).
[30] Il rapporto tra debito pubblico lordo e PIL non doveva superare il 60% (tuttavia, in fase di adesione, i Paesi dell'Unione Europea potevano anche impegnarsi a raggiungere tale soglia gradualmente).
[31] Il tasso nominale a lungo termine non doveva superare di oltre il 2% la media dei tre Paesi che avevano i migliori risultati in termini di stabilità dei prezzi.
[32] A far data dal 1º gennaio 2001 e sino al 1º gennaio 2015, hanno via via aderito all'UEM – che oggi consta di 19 membri – Grecia (2001), Slovenia (2007), Cipro e Malta (2008), Slovacchia (2009), Estonia (2011), Lettonia (2014) e Lituania (2015).
[33] Sull'economia come motore dell'processo di integrazione europea e sulle differenze con i singoli Stati, che, al di là del dato economico, perseguono coesione anzitutto sociale, F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione Europa. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, 226.
[34] Critico sulle modalità di erigere l'economia a presupposto fondante dell'interconnessione, L. PATRUNO, *La "teologia economica" dell'Europa e il "banco da macellaio" (Schlachtbank) della Storia*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2011, 3 ss.
[35] Cfr., G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio (Firenze 1996)*, Milano, 1997, 153-154.
[36] Vedi, R. BIFULCO - O. ROSELLI, *Crisi economica e trasformazione della dimensione giuridica*, Torino, 2013.
[37] Sul rapporto tra moneta, politica economica e perseguimento della sostenibilità, S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001, 9 ss.
[38] Articolo 3, paragrafo 3, TUE.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

A tal espresso riguardo, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[39] specifica che l'integrazione economica è precipitato di una politica comune, conforme ai princìpi del libero mercato e della libera concorrenza, impostata sul coordinamento degli Stati membri, sull'instaurazione di un mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni[40]. Specularmente, sottolinea che l'integrazione monetaria presuppone l'adozione di una moneta comune nonché la definizione e la conduzione di politiche monetarie e di cambio uniche, che perseguano la stabilità dei prezzi e la sostenibilità della bilancia dei pagamenti all'interno di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza[41]. Ad ogni modo, nel porre in essere le politiche di cui si discorre, le istituzioni all'uopo preposte sono tenute ad agire in ossequio al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse e rispettando i princìpi dei prezzi stabili, delle finanze pubbliche e delle condizioni monetarie sane e della bilancia dei pagamenti sostenibile[42].

Stanti siffatte premesse, la politica economica è attuata dagli Stati membri in conformità agli indirizzi di massima elaborati dal Consiglio[43]. Lo stesso Consiglio, al fine di garantire un più stretto coordinamento tra le politiche economiche degli Stati membri e una convergenza duratura dei risultati conseguiti dai singoli Stati, è chiamato a sorvegliare, sulla base di relazioni periodiche presentate dalla Commissione, l'evoluzione economico-finanziaria dell'Unione e delle sue componenti nonché la conformità delle politiche economiche nazionali agli indirizzi unionali di massima[44]. Se, all'esito di detta sorveglianza, è accertato un difetto di conformità, la Commissione deve rivolgere un avvertimento allo Stato interessato. Allo stesso modo, il Consiglio ha la facoltà di rivolgergli le raccomandazioni necessarie a far cessare la situazione di criticità[45]. In parallelo, la Commissione è tenuta a sorvegliare la situazione dei bilanci nazionali e l'entità dei singoli debiti pubblici, 'sì da evitare che siano contratti disavanzi eccessivi[46]. In ipotesi, la Commissione deve verificare che i rapporti tra disavanzo pubblico e PIL e quelli tra debito pubblico e PIL non superino dei valori predeterminati[47]. Se la Commissione accerta il superamento di quei valori[48], e dunque ritiene esistente o prevedibile un disavanzo eccessivo, deve trasmettere un parere allo Stato interessato e informare prontamente il Consiglio[49], il quale, effettuata una valutazione globale, deve pronunciarsi sull'effettiva esistenza del disavanzo. In ipotesi di riscontro positivo, il Consiglio deve adottare le raccomandazioni necessarie a far cessare la situazione di criticità e, se lo Stato le disattende, lo stesso Consiglio può intimarne l'adozione entro un termine espressamente stabilito[50]. Ad ogni modo, finché lo Stato non ottempera, il Consiglio può obbligarlo a costituire un deposito infruttifero e a pagare un'ammenda[51].

A differenza della politica economica, cui concorrono *pro quota* l'Unione e gli Stati membri, la politica monetaria è demandata alla Banca centrale europea (BCE) e al Sistema europeo di banche centrali (SEBC)[52], che, nell'esercizio delle rispettive competenze, non

[39] A seguito delle modifiche operate dal Trattato di Lisbona, l'attuale ordinamento giuridico dell'Unione europea è costituito dal TUE (derivante dalla modifica del TUE firmato a Maastricht nel 1992) e dal TFUE (derivante dalla modifica del TCEE firmato a Roma nel 1957).
[40] Articolo 119, paragrafo 1, TFUE.
[41] Articolo 119, paragrafo 2, TFUE.
[42] Articolo 120, paragrafo 1, TFUE e articolo 127, paragrafo 1, TFUE.
[43] Articolo 120, paragrafo 1, TFUE.
[44] Articolo 121, paragrafo 3, TFUE.
[45] Articolo 121, paragrafo 4, TFUE.
[46] Articolo 126, paragrafo 1, TFUE.
[47] Articolo 126, paragrafo 2, TFUE.
[48] Articolo 126, paragrafo 3, TFUE.
[49] Articolo 126, paragrafo 5, TFUE.
[50] Articolo 126, paragrafo 9, TFUE.
[51] Articolo 126, paragrafo 11, TFUE.
[52] Articolo 127, paragrafo 1, TFUE.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

possono sollecitare o accettare istruzioni da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e dai governi degli Stati membri[53]. Nello specifico, il SEBC è preposto alla definizione e all'attuazione degli interventi politici[54]; la BCE, di converso, è la sola istituzione autorizzata a emettere banconote in euro all'interno dell'Unione[55]. Approfondendo ulteriormente la disamina, il SEBC svolge le operazioni sui cambi, detiene e gestisce le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri, promuove il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento[56] e contribuisce alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario[57]. D'altro canto, la BCE vigila sull'operato del SEBC[58], ha funzione consultiva in relazione alle proposte di atti dell'Unione e ai progetti di legge degli Stati membri[59], può formulare pareri in favore di istituzioni, organi e organismi sia unionali che statali[60] e, su espressa disposizione del Consiglio, può essere destinataria di compiti specifici nell'àmbito della vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie[61]. Tra l'altro, nell'esercitare le rispettive competenze il SEBC e la BCE hanno facoltà di operare sui mercati finanziari acquistando e cedendo a titolo definitivo (a pronti e a termine), effettuando operazioni di pronti contro termine, prestando o ricevendo in prestito crediti e strumenti negoziabili in euro o in altre valute nonché metalli preziosi[62]. E ancora, sempre nell'esercizio delle rispettive competenze, possono effettuare operazioni di credito con istituti creditizi e altri operatori di mercato o erogare prestiti sulla base di adeguate garanzie[63]. Cionondimeno, non possono concedere scoperti di conto o altre forme di facilitazione creditizia a istituzioni, organi o organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali e locali, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri[64]. In egual maniera, non possono acquistare direttamente titoli di debito dai soggetti citati[65].

3. L'UEM all'indomani della crisi economico-finanziaria del 2009

All'esito della menzionata ricostruzione, è di tutta evidenza che l'UEM, così come disciplinata dai Trattati, postuli una diastasi tra politica economica – demandata al sinergico operare di Unione e Stati membri – e politica monetaria – devoluta all'indipendenza del SEBC e della BCE[66]. Tuttavia, approfondendo l'indagine, è altrettanto evidente che siffatta diastasi non sia presupposto dei soli Trattati, ma anche delle addende normative successivamente

[53] Articolo 7, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[54] Articolo 3, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[55] Articolo 16, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[56] Articolo 3, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[57] Articolo 3, paragrafo 3, protocollo n. 4, TUE.
[58] Articolo 9, paragrafo 2, protocollo n. 4, TUE.
[59] Articolo 4, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[60] Articolo 7, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[61] Articolo 25, paragrafo 2, protocollo n. 4, TUE.
[62] Articolo 18, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[63] Articolo 18, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[64] Articolo 21, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[65] Articolo 21, paragrafo 1, protocollo n. 4, TUE.
[66] K. TUORI, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, in *EIU Working Papers Law*, n. 28/2012, 43 ss. Tuttavia, così come delineata, o, se si preferisce, nonostante il descritto paradigma, detta *governance* si è mostrata intrinsecamente debole, abbisognando di misure supplementari che le garantissero maggiore stabilità, in tal senso, F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 2, che rinvia, per approfondimenti, a E. CHITI - A. J. MENDEZ - P.G. TEIXEIRA, *The European Rescue of the European Union*, in E. CHITI, A. J. MENDEZ, P. G. TEIXEIRA (a cura di), *The European Rescue of the European Union*, Oslo, 2012, 397 ss.

intervenute[67]. Invero, l'originaria divaricazione tra politica economica e politica monetaria è sottesa a tutte le riforme che hanno investito l'UEM durante la crisi economico-finanziaria abbattutasi in Europa a far data dal 2009[68].A tal proposito, è sufficiente rappresentare che la crisi finanziaria[69] dei mutui *subprime*[70], successivamente evolutasi in crisi economica dei debiti sovrani, ha determinato squilibri tali da imporre l'introduzione di misure che non si limitassero ad affrontare le criticità contingenti, ma che, al contrario, garantissero all'UEM prospettive di durevolezza, e dunque un definitivo completamento economico, monetario, finanziario e politico.

Nel dettaglio, le misure introdotte sono riassumibili come segue:

1) Semestre europeo[71];
2) Patto Euro Plus[72];
3) Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione economica e monetaria (altresì noto come "*Fiscal Compact*")[73];
4) "*Six Pack*", costituito dal regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio dell'8 novembre 2011, "che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi", dal

[67] Ragion d'essere della diastasi è l'inveterato convincimento che la politica economica, recando un indubbio portato redistributivo, non possa prescindere dalla mediazione di parlamenti e governi nazionali. Al contrario, essendo preposta alla stabilità dei prezzi, la politica monetaria sarebbe demandabile anche a un organo terzo, indipendente e imparziale. Vedi G.L. TOSATO, R. BASSO, *L'unione economica e monetaria. Aspetti giuridici e istituzionali. Studio introduttivo e materiali di base*, Torino, 2007, 14 ss.

[68] In ordine alla necessità di ripensare il dell'economia in un momento di tensione economico-finanziaria, P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 1.

[69] Per una definizione, A. BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2011, 3-4.

[70] Per un inquadramento del fenomeno, F. CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, 20 ss.

[71] In argomento, R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi*, n. 4/2012, 12-15. Sul "Semestre Europeo" come effettiva forma di coordinamento preventivo e di convergenza delle politiche economiche degli Stati dell'Eurozona e di quelli dell'Unione, G. RIVOSECCHI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2011, 3. Più in generale, sulle forme di coordinamento e di programmazione preventiva degli interventi di sostegno all'economia, G. RIVOSECCHI - M. ZUPPETTA, *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea: una riflessione introduttiva*, in G. RIVOSECCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea*, Bari, 2010, 11 ss.

[72] Per i profili di dibattito dottrinario, qui volutamente espunti, e con particolare riferimento all'Italia, si rimanda a F. CORONIDI, *La costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio prima e dopo il patto Euro Plus*, in *Federalismi*, n. 5/2012, 21 ss. Più in generale, F. RUSSO, *L'Unione europea come fuga dalla democrazia?*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2011; S. CALDARELLI, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 251.

[73] Per i rilievi dottrinari in argomento, e in particolare sulla funzionalità dello stesso a rendere più rigorosa ed effettiva la nuova *governance economica* europea, si rinvia, con posizioni tra loro antitetiche a F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2010, 3-6 e D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 1-5. Per una lettura in controtendenza, e in particolare sull'inutilità della costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ai fini dell'applicazione del "*Fiscal Compact*", G. DI GASPARE, *Funambolismi di finanza pubblica: il nuovo art. 81 Costituzione e la legge di stabilità*, in *Amministrazione in Cammino*, 2014, 1-2; IDEM, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013, 1-3.

regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, "relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro", dal regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, "sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro", dal regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, "che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche", dal regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, "sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici", e dalla direttiva n. 2011/85/UE del Consiglio dell'8 novembre 2011, "relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri"[74];

5) "*Two Pack*", composto dal regolamento (UE) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, "sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria" e dal regolamento (UE) n. 473/2013 del Consiglio del 21 maggio 2013, "sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro"[75];
6) Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)[76];
7) Patto per la Crescita e l'Occupazione (detto anche "*Growth Pact*").

Come annunciato, gli interventi in parola non hanno ricomposto l'originario *cleavage* tra politica economica e politica monetaria; tuttavia, è indubbio che abbiano concorso a determinare un sensibile rafforzamento dell'UEM, dotandola di un ciclo annuale di programmazione economico-finanziaria, di requisiti minimi per la strutturazione dei bilanci nazionali, di discipline che prevengano e correggano disavanzi pubblici eccessivi e squilibri macroeconomici, di regolamentazioni afferenti alla vigilanza dei mercati finanziari e di un meccanismo di sostegno permanente per gli Stati membri in difficoltà.

4. Il MES nel quadro dell'UEM

Pur a fronte di un indiscutibile consolidamento, la *governance* economico-monetaria sviluppatasi all'indomani della crisi del 2009 ha da sùbito mostrato inequivocabili segnali di debolezza.

Difatti, sin dalla dichiarazione del 7 maggio 2010[77], i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri avevano posto l'accento sulla necessità d'istituire un meccanismo temporaneo di

[74] Sul tema, G. L. TOSATO - R. BASSO, *L'unione economica e monetaria,* cit., 38 ss. Vedi anche, G. GUERRA, *Governance economica europea e principio democratico: alcuni aspetti problematici*, in *Federalismi*, n. 1/2019, 5; R. CABAZZI, *Governance economica europea e riforme negli ordinamenti degli Stati membri: spunti di comparazione*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2018, 285-286.

[75] Diffusamente, M. L. SEGUITI, *La finanza pubblica internazionale*, in C. E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M. V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M. L. SEGUITI (a cura di), *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2018, 190 ss.

[76] Molto dettagliatamente, F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, n. 2/2020, 1 ss.

[77] Detta dichiarazione impegnava i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri a erogare 110 miliardi di euro in favore della Grecia.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

stabilizzazione che garantisse la tenuta economico-finanziaria dell'Eurozona. Nel recepire siffatte sollecitazioni, e a mente di quanto statuito dall'articolo 122, paragrafo 2, TFUE, il Consiglio aveva disposto[78] l'istituzione del Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF)[79], ovvero di uno strumento che, in nome e per conto dell'Unione, autorizzasse la Commissione a contrarre prestiti sui mercati finanziari sino a un totale di 60 miliardi di euro, offrendo a garanzia del proprio debito lo stesso bilancio eurounitario.

Per le medesime ragioni, in data 9 maggio 2010, gli Stati membri dell'Eurozona avevano costituito il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF)[80], una società di diritto lussemburghese che emetteva obbligazioni o altri strumenti di debito sul mercato finanziario al fine di raccogliere i fondi necessari a erogare prestiti, a ricapitalizzare banche e ad acquistare debito sovrano sotto forma di titoli di Stato.

Nello specifico, MESF e FESF avevano realizzato interventi di sostegno per un totale di 300 miliardi di euro, finanziando il bilancio pubblico di Irlanda (17,7 miliardi di euro), Portogallo (26 miliardi di euro), Grecia (202,7 miliardi di euro), Spagna (41,3 miliardi di euro) e Cipro (6,3 miliardi di euro). Tuttavia, durante il Consiglio europeo del 28 e 29 ottobre 2010, i Capi di Stato e di Governo dei Paesi dell'Eurozona si erano doluti del carattere meramente temporaneo degli strumenti in disamina. Per ovviare a siffatta criticità, il Governo belga aveva sottoposto[81] al Consiglio un progetto di modifica dell'articolo 136 del TFUE[82], proponendo l'istituzione di un meccanismo permanente, sostitutivo di MESF e FESF[83], atto ad affrontare situazioni di rischio analoghe a quelle verificatesi negli anni 2009 e 2010.

A fronte della proposta pervenutagli, il Consiglio aveva disposto quanto segue: «[a]ll'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è aggiunto il paragrafo seguente: "3. Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità"»[84]. Inoltre, aveva precisato che il meccanismo in parola sarebbe entrato in vigore il 1º gennaio 2013, a condizione che tutte le notifiche relative all'avvenuta approvazione fossero pervenute al Segretario Generale del Consiglio[85]. Cionondimeno, stante l'esacerbarsi delle tensioni economico-finanziarie, il Consiglio europeo del 9 dicembre 2011, aveva deciso che «[i]l trattato [sarebbe entrato] in vigore non appena gli Stati membri che rappresentano il 90% degli impegni di capitale lo

[78] Attraverso il regolamento (UE) n. 407/2010 dell'11 maggio 2010.
[79] K. TUORI, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, cit., in *EIU Working Papers Law*, n. 28/2012, 25 ss.
[80] F. SAVASTANO, *Il Fondo europeo di stabilità: un elemento propulsivo della nuova Europa*, in *Federalismi*, n. 3/2012, 1 ss.
[81] In conformità a quanto disposto dall'articolo 48, paragrafo 6, comma 1, TFUE, secondo cui «[i]l governo di qualsiasi Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione possono sottoporre al Consiglio europeo progetti intesi a modificare in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relative alle politiche e azioni interne dell'Unione».
[82] Sull'incompletezza dell'articolo 136, I. VISCO, *Funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità e sue prospettive di riforma. Audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati*, Roma, 4 dicembre 2019. Vedi anche, A. BRANCASI, *Le nuove regole di bilancio*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012.
[83] Invero, a tal espresso riguardo, il Consiglio europeo del 16 e 17 dicembre 2010 aveva precisato che il meccanismo *de quo* avrebbe sostituito MESF e FESF. Ad ogni buon conto, malgrado l'istituzione del MES, il MESF è tuttora in vigore. Al contrario, il FESF ha cessato la propria attività nel 2013.
[84] Articolo 1, paragrafo 1, della decisione (UE) n. 199/2011 del Consiglio europeo del 25 marzo 2011.
[85] Articolo 2, paragrafo 2, della decisione (UE) n. 199/2011 del Consiglio europeo del 25 marzo 2011.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

[avessero] ratificato». Invero, era obiettivo comune che il meccanismo entrasse in vigore entro il mese di luglio dell'anno 2012[86].

Atteso quanto precede, in data 8 ottobre 2012, è stato ufficialmente istituito il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Trattato istitutivo, costituisce un'istituzione finanziaria internazionale. Stando al successivo paragrafo 2, ne sono membri i 19 Stati contraenti, ovvero Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovacchia, Slovenia e Spagna. Ad ogni buon conto, come precisato dall'articolo 2, l'adesione è aperta agli altri Stati dell'Unione europea sulla base delle modalità e delle condizioni applicate ai contraenti iniziali.

Chiarita la configurazione giuridica del meccanismo, è possibile soffermarsi sulle finalità da esso perseguite.

A riguardo, è d'obbligo premettere che la prima linea di difesa avverso le crisi di fiducia che possano compromettere la stabilità dell'Eurozona è costituita dal rigoroso rispetto del quadro dell'Unione europea, del quadro della sorveglianza macroeconomica integrata (con particolare riferimento al Patto di Stabilità e Crescita), del quadro per gli squilibri macroeconomici, delle regole di *governance* economica europea e del "*Fiscal Compact*"[87].

Per cui, dinanzi alla previa operatività dei presidi in indagine, è perlomeno indubbio che l'attivazione del MES acquisisca carattere meramente residuale.

Ad ogni modo, obiettivo precipuo del meccanismo è quello di mobilizzare risorse finanziarie al fine di garantire sostegno alla stabilità. In particolare, è conferito al MES il potere di raccogliere fondi mediante l'emissione di strumenti finanziari o attraverso la conclusione di intese, accordi finanziari o accordi di altro tipo con i propri membri, con le istituzioni finanziarie o con soggetti terzi. Tuttavia, in ordine alla *ratio* eminentemente condizionale del meccanismo, la raccolta di fondi è subordinata a una triplice pregiudizialità, data dalla previsione di stringenti condizioni di attivazione, dalla sussistenza attuale o dal rischio futuro di gravi problemi finanziari per lo Stato facente richiesta e dall'indispensabile necessità di salvaguardare l'Eurozona e i suoi membri[88].

A una disamina strutturale, l'organo decisionale del MES è il Consiglio dei Governatori[89], composto da un membro del Governo di ciascuno Stato contraente (di regola, il Ministro dell'Economia e delle Finanze) e presieduto dal Presidente dell'Eurogruppo (o, alternativamente, da uno dei Governatori)[90]. Altro organo decisionale è il Consiglio di Amministrazione[91], composto da 19 membri dotati di elevata competenza in campo economico e finanziario, nominati, per ciascuno Stato contraente, dal rispettivo Governatore[92]. Vertice del

[86] A onor del vero, l'attuazione del MES era stata sospesa in attesa della pronuncia della Corte costituzionale tedesca relativa alla compatibilità dello stesso con l'ordinamento tedesco, vedi M. BONINI, *Il "BVerfG", giudice costituzionale o "signore dei trattati"? Fondo "salva - stati", democrazia parlamentare e rinvio preguidiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 1 ss.; A. DE PETRIS, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una guida alla lettura*, in *Federalismi*, n. 4/2012, 1 ss.; A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *Federalismi*, n. 18/2012, 1 ss.; P. RIDOLA, *"Karlsruhe locuta causa finita?" Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *Federalismi*, n. 4/2012, 1 ss.; R. BIFULCO, *Il custode della democrazia parlamentare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, 1 ss.

[87] Considerando 4 e 5 del Trattato istitutivo del MES.

[88] Articolo 3, paragrafo 1, Trattato istitutivo del MES.

[89] Articolo 4, paragrafo 1, Trattato istitutivo del MES.

[90] Articolo 5, paragrafi 1 e 2, Trattato istitutivo del MES.

[91] Articolo 4, paragrafo 1, Trattato istitutivo del MES.

[92] Articolo 6, paragrafi 1 e 2, Trattato istitutivo del MES.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Consiglio di Amministrazione è il Direttore Generale[93], nominato dal Consiglio dei Governatori tra personalità di comprovata esperienza e attestata competenza in àmbito economico e finanziario[94].

A un esame delle procedure di voto, l'articolo 4, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dispone che le decisioni del Consiglio dei Governatori e del Consiglio di Amministrazione siano adottate o di comune accordo o a maggioranza qualificata o a maggioranza semplice: la prima tipologia di decisioni postula l'unanimità dei partecipanti alla votazione, la seconda l'80% dei voti espressi, la terza la semplice maggioranza dei voti espressi. In ogni caso, il *quorum* di validità delle votazioni deve sempre essere dei due terzi dei membri aventi diritto di voto i quali rappresentino almeno i due terzi dei diritti di voto. In deroga a quanto sinora rappresentato, è fatta salva l'utilizzazione di una procedura di votazione d'urgenza (con una maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi) nell'ipotesi in cui la Commissione europea e la BCE concludano che la mancata adozione di una decisione circa la concessione o l'attuazione di un'assistenza finanziaria minaccerebbe la sostenibilità economico-finanziaria dell'Eurozona complessivamente intesa.

Il numero dei diritti di voto di ciascuno Stato contraente è pari al numero di quote assegnategli a valere sul totale di capitale versato. A tal proposito, l'articolo 8, paragrafo 1, del Trattato istitutivo – da leggere in combinato disposto con il successivo articolo 11, paragrafo 1 – specifica che lo *stock* di capitale autorizzato (sottoscritto alla stregua di quello della BCE) ammonta a euro 704.798.700.000 ed è suddiviso in quote dal valore nominale di euro 100.000 ciascuna. In ordine all'articolo 8, paragrafo 2, il valore nominale aggregato delle quote inizialmente versate è pari a euro 80.548.400.000. Più nel dettaglio, gli allegati 1 e 2 al Trattato istitutivo attestano che la Germania ha sottoscritto 190 miliardi di Euro, la Francia 142, l'Italia 125, la Spagna 83 e i Paesi Bassi 40, detenendo rispettivamente il 26,9%, il 20,2%, il 17,7%, 11,8% il 5,6% del capitale totale del MES, ovvero più dell'80% del totale.

Attesa siffatta ripartizione, «ove indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e dei suoi Stati membri, il MES può fornire a un proprio membro un sostegno alla stabilità, sulla base di condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto»[95]. In particolare, può disporre la concessione di linee di credito precauzionali o di linee di credito soggette a condizioni rafforzate[96], può erogare prestiti specifici, vincolati alla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie[97], può concedere prestiti che prescindano dal conseguimento di obiettivi specifici[98] e può disporre l'acquisto dei titoli emessi sul mercato primario e l'effettuazione di operazioni sui mercati secondari[99].

Tuttavia, benché differenti nella struttura, i sostegni in menzione soggiacciono al medesimo *iter* attuativo. Difatti, l'articolo 13 del Trattato istitutivo chiarisce che, una volta ricevuta la domanda di sostegno alla stabilità, Commissione europea e BCE, su *input* del Presidente del Consiglio dei Governatori, sono tenuti a valutare l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria dell'Eurozona e dei suoi membri, la sostenibilità del debito pubblico dello Stato richiedente e le esigenze economico-finanziarie (sia effettive che potenziali) di quest'ultimo. Effettuate le valutazioni del caso, i soggetti in esame ne comunicano l'esito al Consiglio dei Governatori, il quale, sulla base delle valutazioni predette, può optare per la concessione del sostegno. Nella citata evenienza, Commissione europea, BCE e FMI negoziano un protocollo d'intesa con lo Stato interessato, sottoponendolo al Consiglio dei Governatori per l'approvazione. Il protocollo deve prendere atto della gravità delle carenze statali e indicare lo

[93] Articolo 4, paragrafo 1, Trattato istitutivo del MES.
[94] Articolo 5, paragrafo 6, lettera e), Trattato istitutivo del MES.
[95] Articolo 12, paragrafo 1, Trattato istitutivo MES.
[96] Articolo 14 del Trattato istitutivo MES.
[97] Articolo 15 del Trattato istitutivo MES.
[98] Articolo 16 del Trattato istitutivo MES.
[99] Articoli 17 e 18 del Trattato istitutivo MES.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

strumento di assistenza finanziaria preposto a farvi fronte. Contestualmente, il Direttore Generale è chiamato a redigere una proposta di accordo relativa al dispositivo di assistenza finanziaria, demandandone l'approvazione al Consiglio degli Amministratori. Ottenute le approvazioni richieste, la Commissione europea firma il protocollo d'intesa in nome e per conto del MES e, di concerto con BCE e FMI, monitora il rispetto delle condizioni cui esso soggiace (comprese quelle afferenti al dispositivo di assistenza finanziaria).

In espressa continuità con sopra, e a una lettura in combinato disposto del considerando 6 e dell'articolo 39, paragrafo 1, è indifferibile rappresentare che il volume di capacità massima iniziale di finanziamento erogabile dal MES è fissato a euro 500.000.000.000 (incluso il sostegno in essere alla stabilità del FESF). Ad ogni modo, come precisato dall'articolo 38, l'attività del MES non è circoscritta all'erogazione di siffatto importo, ma si estende a qualsiasi forma di cooperazione che coinvolga FMI, Stati membri e qualsiasi organizzazione o entità internazionale dotata di competenze specialistiche in settori correlati.

5. La riforma del MES

In data 13 settembre 2017, nel pronunciare il tradizionale discorso sullo stato dell'Unione, il Presidente della Commissione Juncker aveva auspicato che il MES si ancorasse saldamente a norme e competenze unionali[100].

Per cui, di lì a poco, il Consiglio aveva presentato una proposta di regolamento per la trasformazione del MES in Fondo Monetario Europeo (FME)[101].

Stando alla proposta, il FME avrebbe dovuto assorbire il MES, ma, al contempo, avrebbe dovuto integrarne obiettivi, funzioni e strumenti.

In particolare, il fondo avrebbe continuato a garantire sostegno alla stabilità economico-finanziaria degli Stati membri, a raccogliere fondi attraverso l'emissione di strumenti del mercato dei capitali e a effettuare operazioni sul mercato monetario. A fini operativi, si sarebbe ancora avvalso di un Consiglio dei Governatori, di un Consiglio di Amministrazione e di un Direttore Generale. Parimenti, sarebbero rimasti inalterati il capitale autorizzato iniziale (704 miliardi di euro), il modello di contribuzione e la capacità di prestito iniziale (almeno 500 miliardi di euro). Inoltre, le operazioni di assistenza finanziaria sarebbero state comunque assoggettate a stringente condizionalità.

Fatte salve le previsioni in commento, di stampo indubbiamente conservativo, le modifiche strutturali e funzionali sarebbero state numerose. A titolo meramente esemplificativo, ci si limita a rilevare che le decisioni relative alla concessione di assistenza finanziaria sarebbero state prese a maggioranza qualificata, che la nomina del Direttore Generale avrebbe postulato il parere consultivo del Parlamento europeo, che il Consiglio avrebbe dovuto approvare le decisioni discrezionali del Consiglio dei Governatori e del Consiglio di Amministrazione, che il Fondo Unico di Risoluzione sarebbe stato sostentato mediante linee di credito o di garanzia, che l'importo di sostegno massimamente destinabile a detto fondo sarebbe ammontato a 60 milioni di euro, che si sarebbe potuta concedere assistenza finanziaria per la ricapitalizzazione diretta degli enti creditizi, che la negoziazione e la firma del protocollo d'intesa sarebbero state essenzialmente demandate al Direttore Generale, che sarebbe stato inserito un esplicito riferimento all'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, che il FME avrebbe dovuto presentare una relazione annuale al Parlamento europeo, che il Parlamento europeo avrebbe avuto facoltà di rivolgere

[100] J.C. JUNCKER, *Discorso sullo stato dell'Unione*, 13 settembre 2017.

[101] Sulla riforma in commento, nel prosieguo brevemente rendicontata, si rinvia a CAMERA DEI DEPUTATI – UFFICIO RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA, *La revisione del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)*, in *Documentazione per l'Assemblea. Esame di Atti e Documenti dell'UE, Roma*, 29 novembre 2019, 7-8.

interrogazioni al FME nonché di chiamarlo in audizione, che i Parlamenti nazionali avrebbero avuto il diritto di essere informati sulle attività del FME nonché di dialogare con esso e che il FME, nel medio-lungo periodo, si sarebbe potuto dotare di nuovi strumenti finanziari.

Tuttavia, così come formulata, la proposta del Consiglio non aveva ottenuto il favore degli Stati contraenti, che si erano opposti alla trasformazione del MES in FME, e dunque all'introduzione dello stesso entro l'ordinamento istituzionale dell'Unione.

Ad ogni modo, attesa la necessità di pervenire al definitivo completamento dell'UEM[102], le luci sull'argomento non erano mai state spente[103]. Sicché, in data 13 giugno 2019, a fronte del mandato ricevuto durante il Vertice euro del 14 dicembre 2018, l'Eurogruppo aveva raggiunto un ampio accordo sulla revisione del Trattato istitutivo del MES, optando per una revisione che lasciasse inalterata la natura di organizzazione intergovernativa del meccanismo.

Quanto all'Italia, in seno alle sedute del 19 giugno 2019[104], la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica avevano rispettivamente approvato, con il parere favorevole del Governo, le risoluzioni nn. 6-00076 (Molinari – D'Uva) e 6-00065 (Patuanelli – Romeo), che avevano impegnato il Governo «a non approvare modifiche che preved[essero] condizionalità che fini[ssero] per penalizzare quegli Stati membri che più [avevano] bisogno di riforme strutturali e di investimenti e che min[assero] le prerogative della Commissione europea in materia di sorveglianza fiscale» nonché a «render note alle Camere le proposte di modifica al trattato MES, elaborate in sede europea, al fine di consentire al Parlamento di esprimersi con un atto di indirizzo e, conseguentemente, a sospendere ogni determinazione definitiva finché il Parlamento non si [fosse] pronunciato».

Nel successivo mese di novembre, con due differenti comunicati[105], il Ministro dell'Economia e delle Finanze Gualtieri, pur precisando che il consenso governativo non fosse stato ancora formalmente espresso e che il testo di riforma del MES non fosse ancora stato firmato, aveva precisato che non sarebbero stati prodotti emendamenti sostanziali. Inoltre, in data 27 novembre 2019, nel corso di un'audizione tenutasi presso le Commissioni "Finanze e Tesoro" e "Politiche dell'Unione europea" del Senato della Repubblica, lo stesso Gualtieri aveva confermato l'impegno del Governo italiano a una futura integrazione del MES all'interno del quadro giuridico dell'Unione europea.

Nondimeno, il testo della risoluzione sulla riforma del MES è stato approvato dalle Camere soltanto in data 9 dicembre 2020[106]. Come intuibile, non si è trattato di un voto sull'approvazione definitiva del meccanismo – che si terrà esclusivamente nell'ipotesi in cui la riforma sia prima approvata dalle istituzioni eurounitarie – né sulla richiesta di accesso allo stesso. Al contrario, il Parlamento si è limitato ad approvare le comunicazioni con cui il Governo ha spiegato perché, durante il prossimo Vertice euro, si esprimerà favorevolmente in merito alla riforma del Trattato istitutivo.

Atteso quanto precede, le modifiche sinora concordate per la revisione del Trattato istitutivo del MES sono riassumibili come segue[107].

In ordine al nuovo paragrafo 2 dell'articolo 3, «[i]l MES può approntare, in favore del Comitato di Risoluzione Unico (CRU), il dispositivo di sostegno al Fondo di Risoluzione Unico

---

[102] Cfr., L. GIANNITI, *Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 a quello dei 5 Presidenti del 2015: prime note sull'evoluzione della governance economica dell'Unione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2016, 389-420.
[103] L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES e la governance economica dell'Eurozona*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2020, 314-315.
[104] Dedicate alle "Comunicazioni del Presidente del Consiglio in vista del Consiglio europeo del 20 e 21 giugno".
[105] Comunicato stampa n. 209 del 20 novembre 2019 e comunicato stampa n. 214 del 20 novembre 2019.
[106] Nella specie, la Camera dei Deputati è addivenuta ad approvazione con 314 voti favorevoli, 239 contrari e 9 astenuti; il Senato della Repubblica con 156 favorevoli, 129 contrari e 4 astenuti.
[107] SENATO DELLA REPUBBLICA – SERVIZIO STUDI, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità. Legislatura 18ª - Dossier n. 187*, Roma, 2019.

(FRU), per sostenere l'applicazione degli strumenti di risoluzione e l'esercizio dei poteri di risoluzione del CRU previsti dal diritto dell'Unione europea»[108]. In altre parole, a fronte di detta previsione, l'àmbito di operatività del MES si estenderebbe alla risoluzione delle crisi delle istituzioni bancarie e finanziarie, integrandosi nel quadro del Meccanismo di Risoluzione Unico (MRU). Più nel dettaglio, e a un'esegesi dell'articolo 18A, il MES garantirebbe al FRU un'apposita linea rotativa di credito. Il citato dispositivo sarebbe istituito dal Consiglio dei Governatori, su proposta del Direttore Generale, previa richiesta del CRU; le modalità e le condizioni finanziarie dello stesso, invece, sarebbero specificate in un accordo sottoscritto dal Direttore Generale, previa approvazione del Consiglio degli Amministratori. In ogni caso, l'articolo 18A sarebbe "perimetrato" dal nuovo articolo 12, paragrafo 2, ai sensi del quale il MES potrebbe approntare il dispositivo di sostegno al FRU esclusivamente in ultima istanza – e comunque in conformità al diritto dell'Unione europea e alle competenze delle sue istituzioni e dei suoi organi. Inoltre, a ribadire l'eccezionalità, e quindi la residualità, della previsione in argomento, soccorrerebbe il nuovo considerando 15B, stando al quale il MES dovrebbe pronunciarsi entro sole 12 ore in merito all'impiego del dispositivo di cui si discorre. Tra l'altro, in relazione a una particolare *sub*-specie di eccezionalità, il paragrafo 6 dell'articolo 18A, derogando alla regola dell'unanimità, consentirebbe di adottare dispositivi di sostegno a maggioranza qualificata qualora la Commissione europea e la BCE concludessero che la mancata adozione urgente di quei sostegni potrebbe minacciare la sostenibilità economico-finanziaria dell'Eurozona.

Sensibili emendamenti concernerebbero anche le linee di credito condizionali precauzionali, che subirebbero rilevanti semplificazioni. Difatti, a differenza delle disposizioni in vigore, le menzionate linee di credito sarebbero concesse ai soli Stati che soddisfacessero dei criteri predefiniti. Nello specifico, detti Stati non dovrebbero essere soggetti alla procedura per disavanzi eccessivi; dovrebbero aver avuto, nei due anni precedenti alla richiesta, un disavanzo inferiore al 3%, un saldo di bilancio strutturale pari o superiore al valore di riferimento minimo specifico per Paese e un rapporto debito/PIL inferiore al 60% (o una riduzione non inferiore a 1/20 all'anno); non dovrebbero evidenziare squilibri eccessivi nel quadro della sorveglianza macroeconomica dell'Unione europea; dovrebbero presentare riscontri storici di accesso ai mercati dei capitali internazionali a condizioni ragionevoli; dovrebbero presentare una posizione sostenibile sull'estero; non dovrebbero evidenziare gravi vulnerabilità del settore finanziario. In riferimento al dato procedurale, i Paesi assoggettabili alla procedura in commento dovrebbero firmare una lettera di intenti (e non più un protocollo d'intesa), con la quale dovrebbero impegnarsi a non violare i criteri poc'anzi elencati (il cui rispetto dovrebbe essere valutato almeno ogni sei mesi).

Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui lo Stato richiedente non rispondesse ai succitati criteri di ammissibilità, potrebbe comunque accedere a linee di credito soggette a condizioni rafforzate. In ipotesi, il richiedente non sarebbe tenuto a firmare una lettera di intenti, ma dovrebbe limitarsi a sottoscrivere un protocollo d'intesa. Difatti, a una lettura in combinato disposto dei nuovi articoli 13, paragrafo 3, e 14, paragrafo 3, qualora un Paese membro chiedesse la concessione di un dispositivo di sostegno diverso da una linea di credito condizionale precauzionale, il Direttore Generale, la Commissione europea e la BCE, su impulso del Consiglio dei Governatori, dovrebbero negoziare con il Paese interessato – e, ove possibile, con il FMI – un protocollo d'intesa che precisasse le condizioni cui è associato il dispositivo di assistenza finanziaria. Contestualmente, il Direttore Generale sarebbe tenuto a preparare una proposta di accordo relativa al dispositivo individuato, sottoponendola al Consiglio dei Governatori per l'adozione.

In sintesi, all'esito della riforma, le linee di credito precauzionali sarebbero il precipitato di una condizionalità non negoziata, non discrezionale e prevedibile *ex ante*; di converso, quelle

[108] Sulla disposizione complessivamente intesa, M. MESSORI, *The flexibility game is not worth the new ESM*, in *LUISS School of European Political Economy. Working Paper*, n. 15/2019, 6-7.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

soggette a condizioni rafforzate, così come gli altri strumenti di sostegno (assistenza finanziaria per la ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie di uno Stato membro, prestito non finalizzato e sottoscrizione o acquisto di titoli di debito pubblico emessi da uno Stato membro), sarebbero l'esito di una condizionalità negoziata, graduata in ragione dell'intervento posto in essere e non prevedibile *ex ante*.

A ben vedere, le modifiche del Trattato istitutivo inciderebbero anche sulla ripartizione delle competenze tra MES e Commissione europea[109] – che, in data 14 novembre 2018, avevano firmato una posizione comune afferente alle reciproche modalità di cooperazione[110].

A tal proposito, la più rilevante modifica sarebbe integrata dall'emendamento dell'articolo 13, paragrafo 1, ai sensi del quale il Direttore Generale dovrebbe affiancare la Commissione e la BCE nella valutazione della domanda presentata dallo Stato per la concessione del sostegno. Altresì rilevante sarebbe la novella del successivo paragrafo 2, in ragione della quale, valutata la domanda presentata dallo Stato, il Direttore Generale proporrebbe al Consiglio dei Governatori la concessione del sostegno sotto forma di assistenza finanziaria. Di eguale rilievo sarebbe l'emendamento dei paragrafi 3 e 7, stando ai quali sarebbe il Direttore Generale, di concerto con la Commissione europea e con la BCE, a redigere una proposta di accordo in merito al dispositivo di assistenza finanziaria, per poi monitorarne, nel prosieguo, il rispetto delle condizioni. Parimenti d'impatto sarebbe la modifica dell'articolo 7, paragrafo 4, secondo la quale il Direttore Generale sarebbe responsabile nei confronti del solo MES ed eserciterebbe le proprie funzioni in piena indipendenza – con la dovuta precisazione, tratta dall'emendato considerando 16, che «tale indipendenza dovrebbe essere esercitata in modo tale da salvaguardare, ove pertinente e secondo il disposto del presente Trattato, la coerenza con il diritto dell'Unione europea, sulla cui applicazione vigila la Commissione europea».

A una visione d'insieme, ed evidenziando la *ratio* che accomuna le modifiche poc'anzi elencate, ovvero l'assenza di gerarchie tra il MES e la Commissione europea (ma, più in generale, tra il MES e tutte le istituzioni dell'Unione), è doveroso porre l'accento sul considerando 15A, in ordine al quale «[l]'articolo 2, paragrafo 3, TFUE stabilisce che gli Stati membri dell'Unione europea coordinino le loro politiche economiche secondo le modalità previste dal Trattato stesso. In virtù dell'articolo 5, paragrafo 1, e dell'articolo 121 TFUE, gli Stati membri dell'Unione europea sono tenuti a coordinare le loro politiche economiche nell'àmbito del Consiglio dell'Unione europea. Di conseguenza, il MES non dovrebbe essere usato ai fini del coordinamento delle politiche economiche tra i suoi membri, per il quale il diritto dell'Unione europea prevede le necessarie disposizioni. Il MES rispetta i poteri delle istituzioni e degli organi dell'Unione quali attribuiti dal diritto dell'Unione europea». In espressa continuità con siffatta statuizione, e nell'intento di porre in essere una più accurata *actio finium regundorum* tra i perimetri di operatività delle singole istituzioni, il successivo considerando 17 attribuirebbe alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la competenza a conoscere di qualsiasi controversia tra le parti contraenti o tra queste e il MES.

Oltremodo sostanziale sarebbe la riforma dell'articolo 3, paragrafo 1, in ragione della quale, al fine di svolgere i compiti attribuitigli dal Trattato, il MES potrebbe seguire e valutare la situazione macroeconomica e finanziaria dei suoi membri (compresa la sostenibilità del

[109] L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES,* cit., 309-314. Cfr. M. DRAGHI, *Hearing at the Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament*, Bruxelles, 23 settembre 2019.

[110] Nello specifico, le reciproche modalità di cooperazione attengono ai seguenti àmbiti: "*Cooperation outside financial assistance*", "*Assessment of eligibility for precautionary credit line*", "*Preparation of financial assistance*", "*Negotiation of conditionality*", "*Monitoring of compliance during a programme*", "*Post-programme monitoring*" e "*Information sharing*". Per un'analisi più dettagliata delle singole voci di riparto competenziale, MES, *Future cooperation between the European Commission and the European Stability Mechanism*, Lussemburgo, 14 dicembre 2018, 1-4.

debito pubblico) e analizzare le informazioni e i dati all'uopo pertinenti (nella specie, Direttore Generale, Commissione europea e BCE dovrebbero collaborare per assicurare totale coerenza con il quadro di coordinamento delle politiche economiche stabilito dal TFUE). In sintesi, sulla base di detto emendamento, il MES porrebbe in essere un'attività conoscitiva *ex ante*, a uso presumibilmente interno, che prescinderebbe dalla presentazione di richieste di sostegno e sarebbe preposta all'adeguata e tempestiva soddisfazione di quelle che eventualmente perverrebbero. Tuttavia, dato il tenore dell'attività svolta, non potrebbe escludersi che la modifica in commento legittimi il MES a veri e propri controlli preventivi.

In conclusione, non può omettersi la novella dell'articolo 12, paragrafo 3, in ordine alla quale «[a] tutti i titoli di Stato della zona euro di nuova emissione con scadenza superiore a un anno emessi a partire dal 1° gennaio 2022 si applicano clausole di azione collettiva con votazione a maggioranza singola». A un'accezione oltremodo sommaria, le clausole di azione collettiva fanno sì che una maggioranza qualificata possa imporre la ristrutturazione del debito a tutti i creditori. Più nel dettaglio, quelle con votazione a maggioranza singola legittimano l'adozione di una decisione contestuale per tutte le serie di un dato titolo, senza necessità di votare per ognuna di esse. Pertanto, all'esito della modifica in commento, qualora un creditore, rispetto ad altri, detenesse la maggioranza qualificata del debito pubblico di uno Stato membro, potrebbe semplificarne – o viceversa aggravarne – la procedura di ristrutturazione.

Ebbene, a fronte di quanto rendicontato, non può eludersi che la revisione del Trattato istitutivo del MES, mantenendo inalterata la natura di organizzazione intergovernativa del meccanismo, sfugga ai tradizionali paradigmi del metodo comunitario, rafforzando quella dimensione intergovernativa (re)inaugurata dal "*Fiscal Compact*"[111]. Ad ogni modo, è perlomeno evidente che la riforma "intergovernativa" non recida il sinodo tra MES e Unione europea. Invero, come scientemente rappresentato, «il MES pare essere il vero strumento cui l'Unione si affida per garantire la stabilità dell'Eurozona nel suo complesso, di fronte ad eventi che sfuggano al controllo dei singoli Stati»[112]. D'altronde, l'indissolubilità del sinodo tra MES e Unione europea è testimoniata dalle modalità di erogazione dei dispositivi di sostegno, tutti condizionati da una previa valutazione di sostenibilità del debito, e quindi da un'ineludibile ponderazione unionale. Di conseguenza, deve ritenersi che il MES, pur prescindendo dal formale ingresso all'interno del quadro normativo dell'Unione, assurga a strumento indefettibile per l'implementazione di quest'ultima, ergendosi a "stabilizzatore finanziario dell'Eurozona"[113], ma lasciando non pochi interrogativi circa la sua effettiva afferenza ai tradizionali circuiti di legittimità democratica eurounitaria.

6. Il consolidamento dell'UEM

A una lettura *in fieri* dell'integrazione eurounitaria, e in ragione degli interventi normativi suenunciati, è indubbio che l'UEM ambisca a mutare in un'unione politica a sovranità condivisa, dotata di un bilancio centrale, di capacità fiscale propria e in grado d'imporre agli Stati membri, perlomeno in circostanze specifiche, decisioni comuni.

D'altronde, il modello in esame è stato lumeggiato sin dalla comunicazione (UE) n. 777/2012 della Commissione del 28 novembre 2012, che ha avviato un dibattito europeo

[111] Così, S. FABBRINI, *Il riordino del MES e i limiti della BCE*, in *Il Sole 24 ore*, 24 novembre 2019.
[112] L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES*, cit., 315.
[113] Sulle reciproche intersezioni tra Unione e singoli Stati, e in particolare sul sostegno da questi garantito all'Unione, G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio (Firenze 1996)*, Milano, 1997, 153-154; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 1995.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

relativo al definitivo completamento dell'UEM[114]. Più nel dettaglio, la comunicazione citata ha annunciato che «a livello di politica economica e di bilancio, tutte le scelte fondamentali degli Stati membri devono essere oggetto di maggior coordinamento, approvazione e sorveglianza a livello europeo. Queste politiche devono riguardare anche la fiscalità, l'occupazione e altri settori di fondamentale importanza per il funzionamento dell'UEM. Un'UEM di questo tipo presuppone, inoltre, una capacità fiscale autonoma e sufficiente, che assicuri un effettivo sostegno alle scelte politiche derivanti dal processo di coordinamento. Una congrua quota delle decisioni riguardanti le entrate, le spese e l'emissione di debito deve essere oggetto di un processo decisionale e di un'attuazione congiunti a livello dell'UEM»[115].

Analogamente, nel premettere che «[l]'Eurozona è eterogenea e l'elaborazione di politiche a livello nazionale è il metodo più efficace per molte decisioni economiche», la relazione n. 120/2012 del Consiglio europeo del 26 giugno 2012, nota anche come "Relazione dei 4 Presidenti"[116], ha puntualizzato che siffatte politiche «non possono essere decise isolatamente», dal momento che gli effetti particolari da esse generati «si propagano rapidamente all'Eurozona complessivamente intesa»[117]. Pertanto, una volta ribadito che le politiche economiche sono chiamate a «riflettere ... [l']appartenenza a un'Unione monetaria», la relazione in parola ha chiarito che le stesse sono preposte al mantenimento di «un adeguato livello di competitività, coordinamento e convergenza che assicuri una crescita sostenibile senza grandi squilibri», coadiuvando «la politica monetaria unica nel perseguimento della stabilità dei prezzi»[118]. Sicché, ha specificato che il completamento dell'UEM risiede nel concomitante dispiegamento di quattro elementi: una politica finanziaria che elevi a livello europeo la responsabilità per la vigilanza bancaria e offra meccanismi comuni per la risoluzione delle crisi e per la garanzia dei depositi; un bilancio che postuli un coordinamento nazionale *ex ante*, opti per processi decisionali condivisi e preveda un'emissione comune del debito; una politica economica che disponga di meccanismi nazionali ed europei atti a promuovere una crescita, un'occupazione e una competitività compatibili con il corretto funzionamento dell'UEM; una sovranità condivisa che, entro il menzionato quadro finanziario, di bilancio ed economico, assicuri democraticità ai processi decisionali.

Inoltre, nel giugno 2015, sulla falsa riga dei documenti in indagine, il Presidente della Commissione, di concerto con i Presidenti del Vertice euro, dell'Eurogruppo, della BCE e del Parlamento europeo, ha presentato la relazione "Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa", conosciuta anche come "Relazione dei cinque Presidenti". In termini prettamente contenutistici, la relazione consta di un piano di riforme funzionale alla definitiva affermazione di un'Unione economica, finanziaria, fiscale e politica[119].

A tal espresso riguardo, e ponendo preliminarmente l'accento sui benefici derivanti dalla condivisione della politica monetaria, i cinque Presidenti hanno ricordato che «[l]'euro è … un

[114] Si veda, G. DELLA CANANEA, *L'Unione economica e monetaria vent'anni dopo: crisi e opportunità*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2011.

[115] Comunicazione (UE) n. 777/2012 della Commissione del 28 novembre 2012, recante "Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Avvio del dibattito europeo", 12.

[116] Perché contestualmente redatta dai Presidenti del Consiglio europeo, della Commissione, dell'Eurogruppo e della BCE, cfr. L. FROSINA, *Le riforme della governance europea e le incertezze legate al completamento dell'unione economica e monetaria*, in F. BALAGUER CALLEJÓN - M. AZPITARTE SÁNCHEZ - E. GUILLÉN LÓPEZ - J. F. SÁNCHEZ BARRILAO (a cura di), *The reform of the economic governance in the European Union and the progress of the political integration La reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y el progreso de la integración política*, Granada, 2017, 23 ss.

[117] Relazione n. 120/2012 del Consiglio europeo del 26 giugno 2012, rubricata "*Verso un'autentica Unione economica e monetaria*", 2.

[118] *Ibidem*.

[119] Cfr. F. SALAMONI, *Le politiche di austerity e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2019, 157.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

progetto politico ed economico», in ragione del quale «[t]utti i membri della nostra Unione monetaria hanno rinunciato definitivamente alle loro precedenti valute nazionali per condividere permanentemente la sovranità monetaria con gli altri paesi dell'Eurozona», ottenendo «in cambio […] i benefici derivanti dall'utilizzo di una moneta stabile e credibile in un mercato unico, vasto, competitivo e potente»[120]. Tuttavia, hanno osservato che il progetto euro «funziona soltanto finché tutti i membri ne traggono dei benefici»[121], e dunque in concomitanza «di economie resilienti e di riserve di bilancio sufficienti»[122].

Atteso quanto precede, i cinque Presidenti hanno convenuto in merito alla necessità di addivenire al definitivo completamento dell'UEM, incanalandone lo sviluppo entro quattro apposite direttrici[123].

Anzitutto, hanno disposto la ristrutturazione dell'Unione economica, annunciando l'introduzione di un sistema di autorità per la competitività, il rafforzamento della procedura per gli squilibri macroeconomici, l'integrazione del mercato del lavoro e dei sistemi di protezione sociale e il coordinamento delle politiche economiche nazionali.

Secondo poi, nel sollecitare l'implementazione dell'Unione finanziaria, hanno pianificato il potenziamento dell'Unione bancaria e il lancio dell'Unione dei mercati dei capitali. Più nel dettaglio, hanno auspicato la pronta attuazione della direttiva sul risanamento e sulla risoluzione delle banche, il raggiungimento di un accordo sul meccanismo di finanziamento del Fondo di Risoluzione Unico, la creazione di un dispositivo comune di *backstop*, l'avvio di un sistema europeo di garanzia dei depositi, la diversificazione delle fonti di finanziamento e la condivisione transfrontaliera dei rischi.

Contestualmente, hanno disciplinato l'irrobustimento dell'Unione di bilancio, progettando la costituzione di un comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche e l'istituzione di una funzione comune di stabilizzazione macroeconomica.

Infine, preconizzando l'affermazione di un'Unione politica, ovvero prefigurando la torsione democratica delle Unioni economica, finanziaria e di bilancio, hanno insistito per il rinnovo del Semestre Europeo, il rafforzamento del controllo parlamentare all'interno di quest'ultimo, l'intensificazione della cooperazione tra Parlamento europeo e parlamenti nazionali, il potenziamento del ruolo d'indirizzo dell'Eurogruppo, l'introduzione di una rappresentanza esterna unica dell'Eurozona, l'integrazione, entro il diritto eurounitario, del Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla *Governance*, del Patto Euro Plus, dell'accordo intergovernativo sul Fondo di Risoluzione Unico e del MES nonché l'istituzione di una Tesoreria dell'Eurozona responsabile a livello europeo.

Delineato siffatto paradigma, i cinque Presidenti hanno stilato una *road map* che ne scandisse tempi e percorsi di attuazione. Più nel dettaglio, la prima fase di completamento dell'UEM è stata denominata "Approfondire facendo" ed è stata organizzata entro un orizzonte temporale che si è esteso dal 1° luglio 2015 al 30 giugno 2017. Obiettivo di detta fase era quello di asservire gli strumenti esistenti al rilancio della competitività e della convergenza, al completamento dell'Unione finanziaria, all'attuazione di politiche di bilancio responsabili e al rafforzamento del controllo democratico. La seconda fase, estesa dal 1° luglio 2017 al 30 giugno 2025, è stata denominata "Completare l'UEM" ed è stata preposta alla concertazione di parametri vincolanti di convergenza che garantissero la partecipazione degli Stati dell'Eurozona a un comune meccanismo di assorbimento degli *shock*. La terza fase, datata 1° luglio 2025, è stata preordinata all'estensione *extra moenia* del "modello UEM".

---

[120] J. C. JUNCKER - D. TUSK - J. DIJSSELBLOEM - M. DRAGHI - M. SCHULZ, *Completare L'Unione economica e monetaria dell'Europa*, Bruxelles, 22 giugno 2015, 4.
[121] *Ibidem*.
[122] *Ibidem*.
[123] Sia consentito il rinvio a F. MASCI, *Le sfide dell'Unione economica e monetaria*, in M. SALERNO, M. FERRARA (a cura di), *Costituzione economica e democrazia pluralista*, Milano, 2017, 20.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

In espressa continuità con la "Relazione dei 5 Presidenti", e muovendo dai paradigmi in essa delineati, la Commissione ha presentato sei documenti tematici concernenti il futuro dell'Unione[124], fissando al 1° luglio 2025 il termine massimo per l'istituzione del FME, l'introiezione del *Fiscal Compact* entro il quadro giuridico dell'Unione, l'introduzione di strumenti budgetari che preservino la stabilità dell'Eurozona, il rafforzamento del programma preposto al sostegno delle riforme strutturali, la mobilitazione dei fondi eurounitari in favore delle riforme nazionali e la previsione di un Ministro europeo dell'Economia e delle Finanze.

Ancora in ordine alla "Relazione dei 5 Presidenti", e dunque al fine di addivenire a un effettivo completamento dell'UEM, l'Eurogruppo, durante la seduta del 9 ottobre 2019, ha approvato uno strumento di bilancio preposto al conseguimento della convergenza e della competitività (BICC), e in particolare al finanziamento diretto di riforme strutturali e investimenti pubblici.

Infine, pur se circoscritto al contingente, non è escluso che il "*Next Generation EU*"[125] assurga nel tempo a dispositivo permanente, sostenendo la ripresa degli Stati membri dinanzi agli *shock* economico-monetari più gravi. Invero, la crisi pandemica, lungi dall'innescare rallentamenti attuativi, può conferire ulteriore impulso al completamento dell'UEM, fungendo da "laboratorio" entro cui "testare" l'"inoculazione ordinamentale permanente" delle "cure economico-monetarie" sperimentate nel contingente.

[124] Rispettivamente dedicati alla valorizzazione della dimensione sociale dell'Europa, alla gestione della globalizzazione, all'approfondimento dell'UEM, allo sviluppo della difesa europea, al futuro delle finanze eurounitarie e alla sostenibilità dell'UE.

[125] Più nel dettaglio, il "*Next Generation EU*", impropriamente chiamato "*Recovery Fund*", è un piano da 750 miliardi, essenzialmente finanziato con l'emissione di titoli sui mercati da parte della Commissione Europea, con cui, per la prima volta, i Paesi dell'Unione hanno deciso di contrarre debito comune. Il dispositivo in parola s'innesta su tre pilastri: "Sostenere la ripresa degli Stati membri", "Rilanciare l'economia e sostenere gli investimenti privati" e "Trarre insegnamenti dalla crisi".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

I contratti pubblici di sponsorizzazione e di *merchandising*

di Gabriele Trombetta*

16 marzo 2021

Sommario: 1. Oggetto e scopo del contributo – 2. Il contratto di sponsorizzazione – 3. Il contratto di *merchandising* – 4. Sponsorizzazione e *merchandising* delle Amministrazioni pubbliche – 5. La sponsorizzazione pubblica. Specificità, potenzialità, limiti – 6. La sponsorizzazione culturale e degli enti locali – 7. La sponsorizzazione attiva dell'Amministrazione – 8. Il *merchandising* pubblico – 9. Meccanismi evidenziali – 10. Conclusioni.

1. Oggetto e scopo del contributo

La strutturale carenza di risorse ha indotto le Amministrazioni pubbliche a ricorrere a modelli contrattuali significativamente distanti dai tradizionali appalti pubblici, caratterizzati dall'esborso erariale verso la prestazione, di *facere* o di *dare*, a carico dell'operatore economico.

Con indiretta funzione di finanziamento dell'ente pubblico sono, così, emerse le figure del partenariato pubblico-privato, in cui il rischio di gestione viene assunto dall'impresa aggiudicataria. Questi modelli negoziali sono stati impiegati con successo per l'affidamento dei servizi pubblici, nonché per la rifunzionalizzazione delle opere 'calde'.

Forse manca altrettanta consapevolezza delle potenzialità dei contratti 'attivi', attraverso i quali la parte pubblica ottiene delle entrate impiegando il proprio *asset* patrimoniale, materiale e immateriale.

Non vanno considerati i soli contratti di alienazione di beni, che rappresentano un depauperamento delle consistenze erariali e che costituiscono strumenti – inevitabilmente – *una tantum*.

* Dottore di ricerca nella Seconda Università di Napoli.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Possono assumere particolare rilievo anche quegli schemi contrattuali intesi a valorizzare i beni immateriali dell'Amministrazione, per propria natura inconsumabili e – anzi – suscettibili di incremento mediante l'uso, se opportunamente canalizzati nel mercato.

Si fa riferimento, con una definizione approssimativa, alle operazioni economiche volte a 'mettere a reddito' l'immagine dell'Amministrazione e, in particolare, alla sponsorizzazione e al *merchandising*.

È evidente, peraltro, che rispetto a questi negozi si pongono due ordini di problemi: anzitutto, si presuppone che l'Amministrazione abbia un elevato profilo reputazionale; inoltre, occorre evitare che l'investimento immateriale possa risolversi in un danno d'immagine per l'Amministrazione, compromettendone non solo l'attrattività sul mercato, ma anche la credibilità istituzionale.

In questo breve scritto si esaminerà la struttura dei contratti di sponsorizzazione e di *merchandising* secondo il diritto civile, per saggiarne poi l'utilizzabilità per le Amministrazioni pubbliche, tenendo conto della relativa specificità e della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico.

2. Il contratto di sponsorizzazione

Nella società post-industriale sono emerse dalla prassi figure contrattuali volte a valorizzare l'immagine dell'impresa, in precedenza sconosciute al traffico giuridico.

Si tratta di schemi negoziali prevalentemente importati dai sistemi anglo-americani: traccia di questa origine si rinviene nei *nomina juris*, per lo più di lingua inglese[1]. Particolare rilievo hanno assunto i contratti di sponsorizzazione[2] e di *merchandising*.

Il contratto di sponsorizzazione[3] è sussumibile nella categoria dei contratti di pubblicità[4], finalizzati a propagandare il messaggio commerciale di un'impresa.

[1] In tal senso, R. E. CERCHIA, *Sponsorizzazione* (*contratto di*), in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, 2013 riconduce la sponsorizzazione ai cc.dd. *contratti alieni*, concepiti e scritti sulla base di un modello straniero (in questo caso di *common law*). Tuttavia, lo studio dottrinale della nozione civilistica, ampiamente dibattuta anche dalla giurisprudenza, sembrerebbe piuttosto deporre nel senso che si tratti non già di un *contratto alieno*, bensì di un modello di origine angloamericana (come anche il *leasing*, il *franchising*, il *factoring*, che ad oggi non parrebbero costituire contratti alieni *stricto sensu*). Sulla nozione di contratti alieni, v. G. DE NOVA, *Contratto alieno*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, 2009.

[2] V. M. BIANCA, *Sponsorizzazione*, in *Dig. disc. priv. Sez comm.*, 1998. L'etimologia appare abbastanza chiara, discendendo dal latino *sponsio*. Meno certa l'origine storica, su cui si è pronunciata molta dottrina: secondo M. DE PAOLIS, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Azienditalia*, 3/2014, la sponsorizzazione trova il proprio antecedente nella donazione del corego nella Atene antica.

[3] Per una definizione giurisprudenziale cfr. Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801, secondo cui «*il contratto di sponsorizzazione comprende una serie di ipotesi nelle quali un soggetto detto sponsorizzato si obbliga, dietro corrispettivo, a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome per promuovere un marchio o un prodotto specificamente denominato*».

[4] Anche detti di *advertising*: al riguardo, cfr., *ex multis*, A. M. GAMBINO, *I contratti di pubblicità e sponsorizzazione*, Torino, 2012.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Nondimeno, è dato cogliere una chiara distinzione causale tra i contratti pubblicitari *stricto sensu* e la sponsorizzazione.

I primi, infatti, contemplano la mera promozione del marchio o prodotto commerciale, propagandato mediante un messaggio pubblicitario. Il titolare del mezzo di informazione, dietro controprestazione economica, veicola in appositi spazi la pubblicità della controparte. Nel caso della sponsorizzazione, il marchio dello *sponsor*, verso pagamento di un corrispettivo[5], è associato a quello dello *sponsee*, così da ottenere un ritorno pubblicitario. In questo senso, si instaura un collegamento tra sponsorizzante e sponsorizzato, avvalendosi il primo della notorietà del secondo allo scopo di diffondere la propria immagine[6]. La sponsorizzazione, del resto, si distingue anche dal *product placement*[7], dal contratto di *testimonial*[8] e da quello di *endorsement*[9].

Il contratto di sponsorizzazione è qualificabile come contratto atipico, sebbene nominato[10]. Ha ambito elettivo nel settore dello sport[11], per cui le imprese commerciali

[5] Il corrispettivo può consistere in una somma di danaro ovvero in un servizio o fornitura. In quest'ultimo caso, si parla di *sponsor tecnico*.

[6] Molto chiaramente traccia la distinzione C. App. Bologna, 27 marzo 1997, con nota di M. G. DELEDDA, in *Dir. aut.*, 1997, p. 482. V. AMATO, *Sponsorizzazione*, in Enc. giur. Treccani, 1993 afferma che nel caso della pubblicità si assiste ad una propaganda *diretta*, mentre nelle ipotesi sponsorizzative ad una propaganda *indiretta*.

[7] Su cui cfr. M. M. RAGONE, *Il product placement e il brand placement nell'ordinamento italiano, opportunità e limiti*, in *www.altalex.it*, 11 giugno 2009. Il meccanismo pubblicitario, deducibile in autonoma figura contrattuale, consiste nella collocazione del prodotto da pubblicizzare in un contesto di forte visibilità: ad es., in un *film* o evento televisivo. In quest'ipotesi, il collegamento è indiretto ed occulto, a differenza che nella sponsorizzazione, ove è invece palese.

[8] Nel caso del *testimonial*, il personaggio noto esprime il proprio apprezzamento per il servizio o prodotto, che sono però estranei al settore in cui ha conquistato la propria notorietà: è il caso dell'attore hollywoodiano che faccia da *testimonial* ad una bevanda. Anche questa costruzione si differenzia dalla sponsorizzazione: il *testimonial*, infatti, si limita a lanciare un messaggio pubblicitario, senza abbinare alla propria attività i segni distintivi della controparte.

[9] L'*endorsement* si caratterizza sotto il profilo causale in quanto un personaggio noto, *endorser*, utilizza per la propria attività professionale strumenti tecnici dell'*endorsee*, così garantendone la qualità verso il pubblico. È il caso del tennista che gioca con la racchetta di una determinata marca, così rimandando un messaggio di apprezzamento della sua qualità e permettendone l'associazione al proprio nome. Si differenzia dallo *sponsor* in quanto non v'è un'associazione del simbolo da promuovere all'attività, bensì l'uso a scopo professionale di un prodotto. La figura è comunque assai vicina alla sponsorizzazione c.d. tecnica, distinguendosene però per i profili causali e la logica pubblicitaria di fondo. Se infatti causa in concreto della sponsorizzazione, anche tecnica, è la promozione del marchio mediante associazione, nell'*endorsement* si punta piuttosto alla garanzia qualitativa offerta dal professionista. Per l'illecito sfruttamento dei diritti della personalità mediante falso *endorsement*, v. R. CARLEO, *False endorsement e disgorgement*, in I *contratti* 5/2013, 493 ss.

[10] Si ritengono fallimentari i tentativi di ricondurre la figura a schemi tipici quali la *locatio operis* o il contratto associativo: cfr. R. ROSSOTTO, *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, in *Aedon*, 1/2010. Aderisce alla tesi del contratto atipico Cass., sez. III, 28 marzo 2006, n. 7083. *Contra*, Cass. civ. sez. I, 9 settembre 2004, n. 18193 sussume il contratto – sebbene per mezzo della tecnica dell'assorbimento o prevalenza – nella figura della *locatio operis*, con nota critica di F. AMABILI, *La controversa qualificazione giuridica del contratto di sponsorizzazione*, in *Dir. e prat. delle soc.*, n.7/2005.

[11] Al riguardo, v. N. M. BEDETTI, *I contratti di sponsorizzazione in ambito sportivo*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2/2016, 75 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

associano il proprio nome o segno distintivo a società sportive, così da ricavarne utilità immateriali in termini di immagine.

Lo *sponsor* mira a valorizzare il proprio segno distintivo avvalendosi della notorietà dello *sponsee*. Assume, pertanto, centrale rilievo la ricostruzione dell'obbligazione dello *sponsee*. Si è discusso, in particolare, se si tratti di obbligazione di mezzi ovvero di risultati. È abbastanza piana la conclusione secondo la quale lo *sponsee* non è tenuto al conseguimento di un particolare risultato, essendo sufficiente l'adempimento della prestazione pubblicitaria. Nondimeno, fermo il potere negoziale d'introdurre *terminal clauses* per il caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo sportivo[12], incorre in responsabilità contrattuale lo sponsorizzato che depauperi la squadra dei propri migliori talenti[13]. La *buona fede integrativa, ex* art. 1375 c.c., obbliga le parti ad agire secondo lealtà e correttezza, anche al di là di quanto espressamente pattuito[14]. In questa logica, ciascuna parte dovrà astenersi da qualsivoglia condotta idonea a pregiudicare l'immagine della controparte, esponendosi in caso contrario ai rimedi *ex contractu*[15].

Lo *sponsee* rimane sempre titolare esclusivo della propria attività, sicché sullo *sponsor* non incombe alcuna responsabilità in relazione ad essa, salvo che – ove si tratti di *sponsor tecnico* – per eventuali danni derivanti dalle forniture o servizi erogati allo sponsorizzato.

Particolare rilievo, nell'economia negoziale, assume anche il riconoscimento o meno di un eventuale diritto di esclusiva in favore dello *sponsor*[16]. Quest'ultimo avrà, naturalmente, interesse a garantirsi tale clausola, così da non dover dividere con altri la potenzialità comunicazionale della *sponsorship*. Per contro, ove lo *sponsee* non si precluda la stipula di ulteriori contratti, conserva la disponibilità del bene immateriale, con prospettive moltiplicative degli utili. L'esclusiva può avere carattere *assoluto*, così da obbligare lo sponsorizzato all'astensione dalla stipula di qualsivoglia ulteriore contratto di *sponsorship*, ovvero *relativa*, circoscrivendo il divieto alle sole categorie merceologiche d'interesse dello *sponsor*. La durata dell'esclusiva può coincidere con quella contratto ovvero estendersi oltre la sua scadenza.

La prassi commerciale ha fatto registrare la cumulabilità di plurimi rapporti di *sponsorship*, graduati – a seconda dell'apporto economico dello *sponsor* – in ordine di

[12] Ad esempio, può prevedersi una condizione risolutiva, *ex* art. 1353 c.c., per il caso si verifichino eventi tali da diminuire la notorietà dello *sponsee* o la sua *vis actractiva* sul grande pubblico: una squadra di calcio retrocede alla serie cadetta; l'evento culturale non è più oggetto di trasmissione televisiva nazionale; il tennista viene declassato; l'artista non partecipa più ad una certa serie televisiva, etc.
[13] Cfr. Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801.
[14] In tal senso, Cass. Civ., sez. III, 8 aprile 2014, n. 8153., con nota di J. CIANI, *Debacle sportiva e tutela delle aspettative di ritorno pubblicitario dello sponsor*, in *Dir. industriale*, 4/2014, 385 ss.
[15] Noto anche il caso dello *sponsee* che, in un caso di *abbinamento*, aveva espresso giudizi contro la reputazione dello *sponsor*. In questo caso, il giudice ha riconosciuto gli estremi del grave inadempimento, pronunciando la risoluzione del contratto: cfr. Trib. Rieti 19 marzo 1994, con nota di T. G. BATTISTI, in *Giur. it.*, I, 2, 983.
[16] Più raramente l'esclusiva è pattuita a carico dello *sponsor*, che si impegna così a non stipulare omologhi contratti con terzi.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

impatto pubblicitario garantito dallo *sponsee*. Si distinguono *sponsor* principali e secondari o minori[17]. È conosciuta altresì la formula del *pool-sponsor*, per cui più imprese – associate tra loro – sponsorizzano un medesimo evento, onde conseguire il risultato pubblicitario condividendo lo sforzo economico.

Alla luce di quanto sopra detto, è consigliabile, a tutela di entrambe le parti, intessere un regolamento negoziale tendenzialmente esaustivo, che tracci adeguatamente diritti ed obblighi dei protagonisti dell'operazione.

3. Il contratto di *merchandising*

Il contratto di *merchandising* contempla il «licensing *di segni o simboli per l'uso su o in relazione a determinati prodotti o servizi diversi da quelli per cui di solito detti segni o simboli sono usati, generalmente in funzione di marchi, allo scopo di promuovere le vendite di prodotti o servizi*» [18].

La distinzione con la sponsorizzazione può evincersi dalla considerazione per cui lo *sponsor* mira a valorizzare il proprio marchio, associandolo allo *sponsee*; il licenziatario mira invece a sfruttare economicamente il marchio del concedente, avvalendosi del suo valore suggestivo[19].

Del resto, il *merchandising* va distinto anche dalla licenza di marchio, nel cui schema la concessione riguarda gli ambiti di originario utilizzo del simbolo.

Nell'ordinamento nazionale, il *merchandising*, contratto atipico ma socialmente tipizzato, trova fondamento, almeno con riguardo ai marchi, nell'art. 20 d.lgs. n. 30/2005, che prevede che il titolare del marchio possa vietarne l'uso a terzi, salvo il suo consenso. Tale diritto di sfruttamento economico sussiste anche in relazione a settori merceologici diversi da quello in cui opera il titolare del marchio, ove quest'ultimo abbia assunto rinomanza e riconoscibilità. Tradizionalmente, in base alla *property*[20], si

[17] La scala è talora ispirata al pregio dei metalli, articolandosi in *platinum*, *golden*, *silver sponsor*. Di *major sponsor* parla AMATO, *op. cit.*, mentre G. FACCI, *La sponsorizzazione tecnica e lo sfruttamento commerciale del marchio*, in *Nuova giur. civ.*, 12/2010, pp. 644 ss. preferisce la formula di *main sponsor*.
[18] Così M. INTROVIGNE, *Merchandising*, in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, 1993. Per un caso relativo ad una società calcistica, v. M. RICOLFI, *La Juventus fra football e cosmetici: società calcistiche e merchandising*, in *Giur. it.*, 1991, 12.
[19] Per la distinzione tra sponsorizzazione e *merchandising* come contratti *speculari* cfr. L. COLANTUONI, *Merchandising*, in *I contratti*, 8/2006. L'Autore sottolinea peraltro come sovente vengano stipulati contratti misti, in cui allo *sponsor* è altresì consentito di commercializzare il marchio dello *sponsee*. Traccia di questa tipologia negoziale si rinviene nella prassi degli affari nel mondo sportivo, dove lo *sponsor* tecnico si riserva in molti casi anche il diritto di sfruttamento economico dei segni distintivi della squadra sponsorizzata.
[20] Per *property* si intendono i vari diritti potenzialmente oggetto di merchandising: cfr. M. INTROVIGNE, *op. cit.*, da cui sono tratti anche gli esempi delle due successive note.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

distinguono il *charcacter merchandising*[21] ed il *corporate* (o *trademark*) *merchandising*[22].

Il *merchandisee* (o licenziatario) versa al *merchandisor* (o licenziante) una quota dei proventi, denominata *royalty*, cui si somma, eventualmente, il *flat fee*[23], un corrispettivo minimo da corrispondersi all'inizio del rapporto. Il principio di buona fede contrattuale obbliga il *merchandisee* a tenere in debita considerazione gli interessi della controparte, aprendo all'azione di risoluzione laddove egli non si attivi per valorizzarne il marchio. Sono, inoltre, sovente apposte clausole risolutive espresse ovvero condizioni risolutive per il caso in cui il *merchandisee* non raggiunga un determinato volume d'affari, deludendo le aspettative del concedente, che può così liberarsi del contratto. Altri profili negoziali rilevanti attengono all'estensione dell'operatività del *merchandising* ad una sola sezione merceologica o in via generale[24]. Analogamente, dovrà essere stabilito se sussistano diritti di esclusiva, a carico d'una o entrambe le parti. Infine, clausola economicamente sensibile afferisce alla facoltà per il *merchandisee* di sub-licenziare la *property* ad altro soggetto e, in caso positivo, a quali condizioni.

4. Sponsorizzazione e *merchandising* delle Amministrazioni pubbliche

Com'è noto, la dottrina '*nec ultra vires*', secondo la quale la P.A. potrebbe agire secondo il diritto privato nei soli limiti in cui sia abilitata dalla legge, è stata superata da plurime pronunce della giurisprudenza amministrativa.

Sotto il profilo letterale, sembra soccorrere l'art. 1, comma 1-*bis* l. n. 241/1990, che – secondo parte della dottrina – confermerebbe la libertà negoziale dell'Amministrazione pubblica e la piena fruibilità degli strumenti civilistici.

Sotto il profilo teorico-generale, mentre si giustifica – alla luce degli artt. 23 e 97, comma 2 Cost. – il principio di legalità in materia amministrativa, parrebbe irragionevole un'interpretazione restrittiva della capacità d'agire, sulla base dello *ius civile*, dell'ente pubblico.

Anzi, essendo quest'ultimo – prim'ancora che pubblico – soggetto di diritto, un'eventuale limitazione in materia sarebbe persino contraria al principio d'eguaglianza *ex* art. 3 Cost.

[21] Personaggi dei fumetti e dei cartoni animati, cinematografici, teatrali, letterari, squadre sportive, persone fisiche, scuole ed università, eventi sportivi e culturali, località turistiche, musei, istituzioni culturali, associazioni di utilità pubblica e caritative.
[22] *Status properties* (marchi che richiamano ricchezza); *personification properties* (marchi che richiamano uno stile di vita); *popularity properties* (marchi dotati di particolare notorietà).
[23] Letteralmente, *tassa piatta* o *forfetaria*.
[24] Licenza parziale o totale.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Ne è conseguito, pertanto, il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione pubblica alla conclusione di contratti atipici[25].

L'Amministrazione è sempre chiamata a perseguire l'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge: pertanto, anche nell'esplicazione dei rapporti privatistici, l'azione della P.A. resta funzionalizzata.

In quest'ottica, a monte del contratto, anche atipico, si richiede lo svolgimento del procedimento d'evidenza pubblica, onde *evidenziare* l'interesse pubblico alla base dell'intento di concludere il contratto e selezionare il contraente privato in ossequio ai principi di imparzialità, concorrenza e buon andamento.

Ne consegue la riconosciuta capacità dell'Amministrazione di concludere sia il contratto di sponsorizzazione che quello di *merchandising*, che, in quanto contratti attivi, favoriscono flussi di cassa in entrata, contribuendo a fronteggiare il dato strutturale della crisi della finanza pubblica[26].

Oltre al *fund raising*[27], la sponsorizzazione consente «l'attivazione di relazioni strategiche di partnership con operatori qualificati, dai quali acquisire conoscenze e competenze non disponibili» per l'ente pubblico[28].

Nell'ipotesi del *merchandising*, per contro, si assiste piuttosto ad una nuova dimensione dello *Stato-imprenditore*, proteso tuttavia in questo caso a valorizzare, sul piano economico, il portato etico ed attrattivo dell'organizzazione amministrativa.

L'appetibilità dei due schemi contrattuali costituisce senz'altro misura dell'*appeal* e, per conseguenza, della credibilità dell'Amministrazione nel contesto sociale[29].

5. La sponsorizzazione pubblica. Specificità, potenzialità, limiti

La sponsorizzazione è un contratto atipico, consensuale, a prestazioni corrispettive ed a forma libera. Naturalmente, onde conferire maggior certezza al contenuto negoziale si accede sovente alla stipulazione per iscritto.

[25] Così, chiaramente, D. SICLARI, *Innovazione e continuità dei contratti di sponsorizzazione della P.A. nel nuovo codice appalti*, in *Giustamm*, 3/2017. V. anche Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.
[26] Con riguardo agli enti locali, per i quali il TUEL detta una norma speciale, l'art. 119, v. anche M. DE PAOLIS, *Nuove fonti di finanziamento per gli enti locali: la sponsorizzazione ordinaria*, in *Azienditalia*, 1/2017, che sottolinea come per l'ente locale la sponsorizzazione, in quanto strumento che consente maggior erogazione di servizi, sia anche funzionale al consenso ed all'accreditamento sul territorio.
[27] V. AMATO, *op. cit.*, osserva correttamente che la sponsorizzazione non si connota, sotto il profilo causale, quale contratto di finanziamento, non avendo funzione economico-individuale di prestito. L'acquisizione di risorse ulteriori rispetto a quelle tradizionali rileva, pertanto, sotto il profilo meramente economico.
[28] F. FONTANA-M. ROSSI, *Caccia alle risorse con i contratti di sponsorizzazione, in Guida agli Enti Locali, n. 34/2006*.
[29] R. ROSSOTTO, *op. cit.* annota come «*tratto caratteristico dello* sponsee *è dunque la sua particolare capacità di attirare l'attenzione del pubblico, grazie alla sua popolarità o prestigio* (…)».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La causa consiste nella valorizzazione del marchio dello *sponsor* ad opera dello *sponsee*, che lo associa, dietro corrispettivo, alla propria attività.

Appare interessante, ai fini che ci occupano, vagliare se il contratto pubblico di sponsorizzazione[30] diverga dalla figura socialmente tipica invalsa nel mondo degli affari. Nonostante il contrario avviso di parte della dottrina[31], sembrerebbero mancare elementi autenticamente distintivi del contratto pubblico, nella logica del diritto privato speciale. Al riguardo, è eloquente l'assenza di una disciplina peculiare per il settore pubblico, pur auspicata dalla citata dottrina in ragione di strutturali differenze tra i due tipi negoziali. L'art. 19 c.c.p., che *nomina* il contratto di sponsorizzazione pubblica, si sofferma infatti sulla procedura evidenziale di selezione del contraente, senza toccare i profili disciplinari del contratto[32]. La causa non muta a seconda della natura pubblicistica o meno dello *sponsee*: quest'ultimo, Amministrazione Pubblica o soggetto privato, si obbliga, verso la controprestazione, a veicolare il messaggio commerciale dello *sponsor*.

In questa prospettiva, merita forse qualche considerazione anche la ritenuta caratterizzazione dell'Amministrazione come *parte debole* del rapporto contrattuale.

La qualificazione della parte pubblica come *debole* rimanda a recenti paradigmi di superamento del contratto classico, quale costruzione ottocentesca dello Stato borghese, che hanno introdotto differenziati regimi volti a tener conto del prepotere (informativo od economico) strutturalmente detenuto da alcuni soggetti del mercato. È questa la giustificazione teorica del c.d. *secondo contratto* (*b2c*) e del c.d. *terzo contratto* (*b2b*).

Nel caso di specie, l'assunta debolezza dell'Amministrazione deriverebbe dalla propria necessità di reperire fondi per i servizi istituzionali e dalla intrinseca difficoltà di quantificazione del valore economico della prestazione dello *sponsee*.

In realtà, le argomentazioni appena esposte non sembrerebbero consentire la qualificazione dell'Amministrazione come *parte debole*.

Non può trascurarsi che quest'ultima, pur in tempi di scarsità di risorse, ha plurime modalità di approvvigionamento di fondi, talché difficilmente pare prospettabile, sotto questo versante, un *prepotere* del privato[33], in grado di imporre alla P.A. le condizioni contrattuali che più gli aggradino[34].

In ordine al secondo profilo, si osserva anzitutto che la immaterialità del bene negoziato ne impedisce una valutazione *ex ante* in termini di certezza, cadendo –

[30] Su cui v. G. PIPERATA, *Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2/2002, pp. 67 ss.
[31] V. V. GIOMI, *Sponsorizzazioni pubbliche dall'incerto "valore economico": i rischi del disequilibrio del sinallagma sulla tenuta del rapporto contrattuale e sulla cura dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2018, pp. 181-121.
[32] In tema, v. F. RUSSO, *Commento dell'art. 19*, in R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017.
[33] *Sub specie*, deve credersi, di asimmetria economica, come nel caso della subfornitura.
[34] Anzi, ad una *indeterminatezza della prestazione dello sponsee*, che potrebbe «*porre dei concreti problemi di coercibilità dell'obbligazione dello sponsorizzato*» fa riferimento R. ROSSOTTO, *op. cit.*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

d'altronde – il ritorno pubblicitario per lo *sponsor* nella normale alea contrattuale[35]. Tale carattere di incertezza del risultato pubblicitario, del resto, grava in pari misura sulle parti: tanto che altra dottrina[36] ha, per questa stessa ragione, ritenuto la debolezza dello *sponsor*, il soddisfacimento del cui interesse sarebbe integralmente rimesso alle scelte dello sponsorizzato.

Non sfugge, ad ogni buon conto, come le scienze economiche abbiano elaborato sistemi di valutazione tendenzialmente affidabili e controllabili, che ben potrebbero (e dovrebbero) essere adottati dalle Amministrazioni al fine di identificare il valore della propria prestazione.

Fatte tali premesse, può indagarsi finalmente la sponsorizzazione quale *strumento di perseguimento dell'interesse pubblico*. Conferma in tal senso si trae dall'art. 43 l. n. 449/1997[37], giusta il quale le Amministrazioni pubbliche possono concludere contratti di sponsorizzazione passiva al fine di innovare l'organizzazione amministrativa e conseguire maggiori economie, purché siano orientati all'interesse pubblico e sempreché non nascano conflitti d'interesse tra attività pubblica ed attività privata.

La disposizione è, naturalmente, coerente con i principi generali in materia di funzionalizzazione dell'attività negoziale dell'Amministrazione. In questa logica, il contratto pubblico di sponsorizzazione deve mirare a finanziare attività istituzionali dell'ente[38]. Tale finalizzazione dovrà emergere sin dal primo atto della procedura ad evidenza pubblica, in cui l'ente dovrà illustrare le ragioni giuridiche e i motivi in fatto che l'inducano alla conclusione di una sponsorizzazione. Inoltre, occorre evitare ogni potenziale conflitto d'interessi tra attività pubblica ed attività privata[39]. Ancora, il prestigio dell'ente pubblico non può rimanere compromesso dal rapporto con la controparte; un'impresa la cui immagine possa essere lesiva delle pubbliche funzioni non potrà divenire *sponsor* dell'Amministrazione.

L'utilizzazione in termini economici dei beni ideali dell'ente pubblico, che pur segue la generale tendenza alla patrimonializzazione dei diritti immateriali[40], non

[35] G. FACCI, *op. cit.*, ritiene che l'eventuale aleatorietà della sponsorizzazione andrebbe commisurata al ritorno pubblicitario per lo *sponsor*, a differenza di quanto avviene in una pianificazione di *advertising* puro.

[36] Cfr., a titolo d'esempio, R. ROSSOTTO, *op. cit.* e J. CIANI, *op. cit.*, secondo cui parte forte è, invece, lo *sponsee*.

[37] Che si ritiene tuttora vigente, in quanto non incompatibile con le successive norme dei codici dei contratti pubblici. Si tratta di disposizione ricognitiva, che non innova all'ordinamento ma conferisce maggior certezza al quadro normativo di riferimento e rappresenta incentivo per i destinatari alla sperimentazione di siffatte tipologie negoziali.

[38] La casistica, sul punto, è estremamente vasta. Si rinvia, per un elenco non esaustivo, a M. DE PAOLIS, *op. cit.*

[39] In questo senso, assume particolare rilievo il divieto imposto dalle Amministrazioni scolastiche di pubblicizzare negli istituti d'istruzione prodotti incidenti negativamente sul processo di formazione degli studenti, quali sigarette, alcool, materiale pornografico. Tale clausola escludente dell'avviso è stata ritenuta legittima da TAR Puglia – Bari, sez. II, 28 dicembre 2010, n. 4312.

[40] Rievoca, in tema di sponsorizzazione, *l'affermarsi, nel costume sociale, della commercializzazione del nome e dell'immagine personale* Cass., sez. III, 28 marzo 2006, n. 7083. Per un caso di *ambush marketing* v. Cass. 18218/2009.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

potrebbe tollerare la lesione di tali valori morali verso il corrispettivo d'un prezzo. Un simile mercimonio dell'immagine pubblica ripugnerebbe all'ordinamento, con gravi conseguenze in punto di validità del contratto[41]. Può ritenersi che un contratto di sponsorizzazione i cui termini fossero tali da offendere il decoro dello *sponsee* pubblico sarebbe nullo, per illiceità dell'oggetto o, in altra prospettiva, della causa. Il vizio genetico del contratto sembrerebbe rilevare autonomamente da qualsivoglia impugnazione degli atti amministrativi a monte, essendo insito nella struttura negoziale e nell'assetto d'interessi divisato dalle parti, a prescindere dalle modalità di selezione del contraente e dall'individuazione dell'interesse pubblico alla stipulazione.

Anche allo scopo di conferire la maggior effettività alla tutela del prestigio della P.A., tenendo conto della forte associazione implicata dalla sponsorizzazione pubblica tra operatore economico ed Amministrazione, potrebbe ipotizzarsi l'inserzione, nel testo contrattuale, di specifiche e mirate *morality clauses*[42]. Queste ultime, sebbene tradizionalmente imposte dallo *sponsor* allo *sponsee*, potrebbero essere utilizzate dall'Amministrazione al fine di garantirsi da eventuali condotte disdicevoli della controparte, nocive per l'immagine di autorevolezza, imparzialità e trasparenza che deve trasmettere alla comunità[43].

Sotto tale profilo, oltre ai requisiti morali di cui all'art. 80 c.c.p., in sede contrattuale potrebbe esigersi dallo *sponsor* il rispetto di predeterminati *standard* comportamentali, la cui violazione potrebbe essere dedotta in clausola risolutiva espressa[44].

Altro profilo forse non sufficientemente esplorato attiene alla potenziale *confondibilità* tra *sponsor* e *sponsee* nonché alla tecnica di *abbinamento*, secondo cui lo *sponsee* assume, nella propria denominazione, anche il nome dello *sponsor*. Quanto alla *confondibilità*, dovrebbero ritenersi nulli, per impossibilità giuridica dell'oggetto, i contratti di sponsorizzazione che possano ingenerare dubbi sulla natura pubblicistica o comunque sulla partecipazione al governo della cosa pubblica da parte dell'operatore economico. Analogamente, la *sponsorizzazione per abbinamento* sembra ontologicamente esclusa dal novero di schemi utilizzabili dalla P.A.

Venendo alle obbligazioni dello *sponsor*, potrà prevedersi un contributo di carattere pecuniario, secondo lo schema della sponsorizzazione pura, ovvero una prestazione di *facere* o *dare*, che determina la qualificazione negoziale quale sponsorizzazione tecnica. Nel caso in cui siano contemplate ambedue le modalità

[41] Cfr. comb. disp. artt. 1418 e 1346 c.c.
[42] R. E. CERCHIA, *op. cit.* dà alle clausole in parola la qualificazione di ipotesi di recesso convenzionale; peraltro, esse potrebbero essere costruite come clausola risolutiva espressa *ex* art. 1456 c.c.
[43] Si parla, tecnicamente, di "*interferenza d'immagine negativa*". Il fenomeno è riguardato soprattutto sotto il profilo dello *sponsor*, che risentirebbe del cattivo rendimento o della riprovevole condotta dello *sponsee*. Nondimeno, sembrerebbe che – soprattutto nel caso dell'amministrazione pubblica – il ritorno negativo d'immagine, sul piano della credibilità istituzionale, possa danneggiare anche lo *sponsee* per fatti dello *sponsor*.
[44] La finalità potrebbe essere raggiunta anche a mezzo della conclusione di un *patto di integrità*, di cui all'art. 1, comma 17 l. n. 190/2012.

adempitive si parla di sponsorizzazione *mista*. Lo *sponsee*, per contro, potrà essere tenuto a veicolare il messaggio promozionale dello *sponsor* sia mediante la propria attività istituzionale, sia mediante l'organizzazione di specifici eventi.

Alla luce di quanto appena esposto, può indagarsi se, pur nel silenzio della legge, il contratto di sponsorizzazione possa qualificarsi come ipotesi di partenariato pubblico-privato (PPp)[45]. In realtà, la connotazione del negozio pare ostare a una riconduzione al *genus* partenariale. Il PPp, infatti, presenta tra i propri tratti identificativi una collaborazione tra le parti per uno scopo comune e unitario, con parziale traslazione di rischi qualificati eccedenti la sola alea economica in capo al contraente privato. Tanto non si riscontra nella sponsorizzazione, ove lo *sponsor* non assume alcun rischio gestionale o di disponibilità. La circostanza che l'equilibrio negoziale si rivelerà solo *a posteriori* rende la sponsorizzazione – a tutto concedere – un contratto aleatorio, senza tuttavia integrare il tipo del partenariato[46].

Altro sarebbe se l'amministrazione pubblica affidasse in concessione, a esempio, un evento culturale: in questo caso, secondo il noto schema trilatero, il privato ripeterebbe la propria utilità dai terzi fruitori del servizio, accollandosi il rischio gestionale. Si coglie agevolmente la differenza con la sponsorizzazione, ove il privato – invece – si limiterebbe a versare una certa somma (o a fornire mezzi tecnici), dietro l'associazione dell'evento culturale al proprio segno distintivo. Il privato non assume, così, alcun rischio proprio dell'amministrazione su di sé; accetta soltanto l'alea che l'evento non abbia successo, rischiando così di subire un equilibrio sfavorevole nell'affare.

6. La sponsorizzazione culturale e degli enti locali

La sponsorizzazione per la tutela dei beni culturali testimonia di un profondo e meditato mutamento d'approccio nel settore[47]. L'interpretazione dell'art. 9 Cost., infatti, si è ormai emancipata dalla visione *purista*, che riservava allo Stato o, comunque, alla mano pubblica i compiti di valorizzazione dei beni culturali, ripudiando qualsiasi logica economica e di apertura al mercato ed ai privati. Si aderisce ad una prospettiva *aziendalista* o funzionalista, orientata al risultato, nella consapevolezza che la norma mira alla salvaguardia ed alla fruizione del patrimonio artistico della nazione, sicché qualsivoglia tecnica giuridica che possa favorire il raggiungimento del fine

[45] Favorevole è G. D. COMPORTI, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in Aedon, 2/2015.
[46] Pare confermare questa tesi l'elemento positivo recato dall'art. 151 c.c.p., laddove giustappone le sponsorizzazioni e le operazioni partenariali, disciplinate – rispettivamente – dal comma 1 e dal comma 3.Si tratta, peraltro, di un partenariato sui generis, atteso che trova applicazione il regime leggero previsto dall'art. 19, piuttosto che la più rigorosa normativa applicabile alle gare per gli affidamenti di contratti *ex* art. 180 c.c.p.
[47] Sul punto, diffusamente, cfr. P. ROSSI, *Il nuovo regime delle sponsorizzazioni del patrimonio culturale: prime riflessioni*, *in www.amministrazioneincammino.it*, 10 luglio 2017.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

appare costituzionalmente giustificato. Del resto, le moderne Costituzioni *lunghe* sono caratterizzate dal *politeismo dei valori*, tanto da necessitare di una lettura sistematica fondata sull'operazione del bilanciamento. Non si sottrae a queste considerazioni anche l'art. 9 Cost., che dev'essere contemperato con l'art. 41, in materia d'iniziativa economica privata, con l'art. 97, che esprime i principi di parità di bilancio e di buon andamento della P.A., nonché con l'art. 118 ultimo comma, che positivizza il valore della sussidiarietà orizzontale. Ne deriva allora che la tutela del patrimonio paesaggistico, artistico e culturale ben possa essere perseguita attraverso strumenti negoziali, incoraggiando l'iniziativa privata e dirigendola alla salvaguardia del bene pubblico[48].

Peraltro, lo stesso atteggiamento dei privati rispetto all'intervento a tutela dei beni culturali risulta fortemente mutato. La dottrina più autorevole ha già da tempo segnalato la significativa transizione dal *mecenatismo*, episodica dazione liberale del privato per benemeritare dinnanzi ai concittadini, alla *sponsorizzazione*, contratto con causa di scambio rientrante nella strategia d'impresa[49]. Il legislatore, preso atto della tendenza appena descritta, ha inteso fornire una disciplina del fenomeno, inserita nel codice dei beni culturali del 2004 (c.d. codice *Urbani*). L'istituto, rivisitato con successive modifiche, è attualmente disciplinato dal comb. disp. di cui all'art. 120 d.lgs. n. 42/2004 ed agli artt. 19 e 151 del codice dei contratti pubblici[50].

Giova osservare come la sponsorizzazione culturale non configuri un'ipotesi derogatoria al regime generale, essendo invece dettate norme speciali di completamento della disciplina in ragione della specificità del settore. L'art. 120 – che si occupa dei profili più precipuamente sostanziali – non devia dal modello generale di cui all'art. 43 l. n. 449/1997, laddove qualifica sponsorizzazioni i contributi in beni e servizi ovvero in liquidità erogati per la valorizzazione o tutela del bene culturale, allo scopo di promuovere i segni distintivi dello *sponsor*[51].

Anche i limiti immanenti allo schema negoziale appaiono una specificazione di quelli contemplati dalla l. n. 449/1997. Anzitutto, il Ministero per i beni e le attività culturali è chiamato, *ex ante*, a verificare la compatibilità della progettualità con le esigenze di tutela del bene culturale. Inoltre, l'associazione tra segno distintivo e bene culturale, secondo il disposto del c.bb.cc., deve essere compatibile con il carattere

[48] In tal senso G.D. COMPORTI, *op. cit*., che evoca anche la risoluzione del 13 novembre 1986 (86/C 320/02) dei Ministri responsabili degli affari culturali riuniti in sede di Consiglio Europeo, che auspicavano il ricorso alla sponsorizzazione in funzione anticiclica rispetto alla riduzione degli investimenti pubblici in materia.

[49] *Ex multis*, v. M. V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, 1988.

[50] V. L. CASINI, *Commento all'art. 151*, in R. GAROFOLI – Gi. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017, che inquadra la riforma «semplificatrice» delle sponsorizzazioni culturali entro il più vasto progetto legislativo di rafforzamento del sostegno privato alla cultura, che include, oltre all'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della sponsorizzazione culturale dello stesso codice dei contratti pubblici, anche il c.d. *art-bonus* introdotto nel 2014 e stabilizzato nel 2015.

[51] Simmetricamente alla regola generale, anche la sponsorizzazione *ex* art. 120 c.bb.cc. persegue l'interesse pubblico, consistente nel caso di specie nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, dietro il corrispettivo della promozione dell'immagine dello sponsor.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

artistico o storico, l'aspetto ed il decoro di quest'ultimo. Tale contemperamento tra le istanze privatistiche e i valori pubblicistici altro non è se non la coerente declinazione, nel settore dei beni culturali, del divieto di conflitto tra interessi pubblici e privati imposto dall'art. 43 l. n. 449/1997. La mediazione tra l'interesse pubblicitario dello *sponsor* e la tutela del bene culturale deve trovare dunque armonica definizione nel contratto di sponsorizzazione.

Infine, si prevede che nel medesimo regolamento negoziale siano previste forme di controllo da parte del soggetto erogante sull'effettiva destinazione dei fondi all'iniziativa finanziata.

Alla luce di quanto sopra, la sponsorizzazione culturale rappresenta una *species* della sponsorizzazione pubblica, al cui regime rimane assoggettata, salvo che per i profili specializzanti previsti in ragione della sensibilità della materia.

La riconduzione alla figura generale di sponsorizzazione è predicabile anche con riferimento agli enti locali.

In questo senso, l'art. 119 TUEL ha funzione incentivante, essendo indubitabile che, anche prescindendo da un'espressa e specifica norma abilitante, gli enti locali potessero ricorrere all'istituto. A tale conclusione si perviene sia sulla base della piena capacità negoziale degli enti pubblici; sia in relazione all'esistenza della disciplina generale di cui all'art. 43 l. n. 449/1997, applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche.

La finalità di *funding* propria dello strumento, correlata anche all'esigenza di riduzione del *deficit*, trova conferma nell'art. 28, comma 2-*bis* l. n. 448/1998, che contempla, nella panoplia di azioni volte all'efficienza e alla *spending review*, anche la conclusione, da parte degli enti territoriali, di contratti di sponsorizzazione.

Sebbene l'ambito potenziale di applicazione del contratto sia assai ampio, occorre tener conto dei limiti posti dall'interesse pubblico all'esplicazione dell'autonomia privata dell'ente locale nonché delle imperative norme in materia di *privacy*, che condizionano l'oggetto delle sponsorizzazioni[52].

Gli enti locali – in esplicazione dell'ultimo periodo dell'art. 117, comma 6 Cost. –possono adottare regolamenti in materia di sponsorizzazione, dando attuazione alla

[52] Cfr. il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 20 settembre 2006. In particolare, era stato richiesto un parere in merito alla possibilità per l'amministrazione pubblica di: 1. inserire il logo dello *sponsor* in comunicazioni istituzionali; 2. riservare allo *sponsor* uno spazio pubblicitario destinato a contenere un messaggio promozionale all'interno del documento recante comunicazioni consegnate dal soggetto pubblico a dipendenti, utenti, datori di lavoro; 3. inserire materiale pubblicitario nell'involucro contenente il cedolino dello stipendio; 4. condividere con lo *sponsor* dati personali detenuti dall'Amministrazione medesima. Il Garante osserva come, in relazione al punto n. 4), la disciplina sulla *privacy* vieti un siffatto trattamento dei dati personali da parte del soggetto pubblico. D'altronde, l'Autorità indipendente ritiene che anche le attività di cui ai punti n. 2 e 3, qualificabili come pubblicità commerciale, siano precluse alla P.A, abilitata dall'ordinamento alla sola conclusione di contratti di sponsorizzazione. Resterebbe nella disponibilità dell'Amministrazione la sola facoltà di cui al punto n. 1, compatibile con i principi in materia di *privacy* e rientrante nella logica della sponsorizzazione, senza debordare in un inammissibile messaggio pubblicitario.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

disciplina primaria appena esposta alla luce delle proprie specifiche esigenze organizzative.

7. La sponsorizzazione attiva dell'Amministrazione

Si è sinora trattato della *sponsorizzazione passiva*, in cui l'Amministrazione assume le vesti di *sponsee*[53]. Il contratto di *sponsorizzazione attiva* della P.A., in cui questa figura come *sponsor*, è stato per contro vietato dal legislatore a far data dal 2010[54].

Ad onta della formulazione letterale, l'interpretazione della disposizione ha condotto a mitigare il divieto legislativo[55]. Al riguardo, valorizzando le decisioni della Suprema Corte in punto di distinzione tra *sponsorizzazione* e *patrocinio*, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza amministrativa e contabile hanno ritenuto legittimi finanziamenti concessi dal soggetto pubblico al terzo settore per il conseguimento dei fini istituzionali dell'ente. La sponsorizzazione si caratterizzerebbe come contratto oneroso a prestazioni corrispettive, volto, a *latere* dello *sponsor*, ad ottenere un ritorno d'immagine. Per contro, tale profilo difetterebbe nella causa del *patrocinio*, ove invece il patrocinante eroga il contributo a titolo donativo – o, comunque, gratuito – imponendo eventualmente il solo *modus* consistente nell'associazione del proprio nome all'iniziativa patrocinata.

Alla luce di quanto sopra, l'ente pubblico potrebbe ancora finanziare attività d'interesse generale coerenti coi propri fini, giacché tale sovvenzionamento non si scontrerebbe col divieto legislativo del 2010[56].

---

[53] F. RUSSO, *op. cit.* evidenzia come la dottrina abbia elaborato una ulteriore fattispecie negoziale, la *sponsorizzazione interna*, in cui la pubblicizzazione del segno distintivo del privato non riveste carattere di corrispettività rispetto alla sua prestazione, quanto piuttosto di *modus* accessorio. L'operazione non concretizzerebbe – comunque – una liberalità, qualificandosi come *negozio gratuito atipico*, laddove penetra nella causa un'utilità indiretta e mediata della parte privata. Alla luce di quanto sopra, solo impropriamente la figura può essere ricondotta al *genus* della sponsorizzazione.

[54] L'art. 6, comma 9 d.l. n. 78/2010 ha previsto che «*le amministrazioni pubbliche* (…) *non possono effettuare spese per sponsorizzazioni*». La norma deve ritenersi tuttora vigente. Corte cost. 4 giugno 2012, n. 139 ha ritenuto la legittimità della disposizione, ritenuta non lesiva della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di finanza pubblica, nonché dell'autonomia finanziaria loro spettante *ex* art. 119 Cost. In particolare, si è riconosciuto il carattere di principio della disciplina statuale, ricondotta alla materia del coordinamento della finanza pubblica, che consentirebbe alle Regioni un adeguato margine di manovra nell'allocazione delle proprie risorse.

[55] In tema, C. D'ANDREA, *Il divieto di sponsorizzazioni di cui all'art. 6, comma 9 della l. 122/2010, negli Enti locali*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 25 maggio 2011.

[56] Consolidata la giurisprudenza della Corte dei Conti: cfr., *ex plurimis*, Corte Conti, sez. reg. contr. (Piemonte), 19 dicembre 2012, n. 483; Corte Conti, sez. contr. (Puglia), 14 marzo 2013, n. 54; Corte Conti, sez. contr. (Lombardia), 7 luglio 2014, n. 218 e, più di recente, Corte Conti , sez. contr. (Veneto), 16 gennaio 2018, n. 30, che riafferma chiaramente come «*alle fattispecie in cui la promozione dell'immagine dell'amministrazione non costituisca la finalità principale del contratto, diretto, invece, a realizzare, attraverso l'apporto di soggetti privati, un interesse pubblico, non possa applicarsi il divieto di cui all'art. 6, co. 9, d.l. n. 78/2010*». Conforme anche T.A.R. Sardegna – Cagliari, sez. I, 23

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Anzi, il sostegno della società civile nel perseguimento dell'interesse generale rappresenterebbe concreta declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale, *ex* art. 118, ultimo comma Cost.

Il giudice contabile, allo scopo di indirizzare l'azione amministrativa soprattutto degli enti locali, ha suggerito di seguire chiari percorsi procedimentali, in cui sin dall'iniziativa vengano chiaramente enunciati sia gli interessi perseguiti che i criteri, *ex* art. 12 l. n. 241/1990, di selezione dei destinatari dell'erogazione dei vantaggi economici[57].

Rimane non sufficientemente esplorato il tema della natura giuridica del patrocinio accordato dalla P.A.

Invero, sebbene i confini con la figura della sponsorizzazione originino dalla giurisprudenza civilistica, che riconosce dunque un contratto di patrocinio, sembrerebbe forse più convincente una ricostruzione dell'atto in termini pubblicistici, *sub specie* di *concessione*. La stessa qualità delle attività finanziate, fortemente intrise di connotati sociali, deporrebbe nel senso ricostruire la vicenda secondo lo schema amministrativistico, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

8. Il *merchanidising* pubblico

Non sembrano ricorrere profili ostativi, in diritto, affinché tale tipo contrattuale del *merchandising* sia adottato anche dalle pubbliche amministrazioni.

Naturalmente, varranno i principi generali in punto di contratti pubblici: opererà il vincolo di scopo; il contratto – quantunque attivo – dovrà essere preceduto da una procedura pubblicistica a monte; l'interesse pubblico dovrà essere tutelato anche in sede di autoregolamento d'interessi negoziale.

In questa logica, il *merchandising* potrà essere utilmente sperimentato al fine di procurare all'ente pubblico un'entrata, valorizzandone il patrimonio ideale. Sarà tuttavia necessario salvaguardare l'immagine dell'Amministrazione, tutelandone il decoro ed il prestigio; compulsare il mercato con procedure trasparenti, rendendo l'*utilitas* in gioco contendibile; assicurare un adeguato ritorno economico, perseguendo un accorto equilibrio sinallagmatico in sede negoziale.

Il tema sembrerebbe affasciarsi, essenzialmente, su valutazioni strategiche di valorizzazione dei segni distintivi dell'ente, attingendo alla sfera più propriamente economica e di *marketing*. Sul punto, l'appetibilità dell'emblema dell'ente sul mercato costituisce anche una cartina al tornasole dell'*affectio* di cui gode presso la società amministrata e dell'attrattività del suo portato assiologico. Paradigmatico è il caso degli

settembre 2015, n. 1023, che ritiene nulla, per violazione del divieto in parola, una convenzione tra la Regione ed una squadra calcistica. La qualificazione dell'atto quale accordo sostitutivo di provvedimento *ex* art. 11 l. n. 241/1990, nondimeno, appare alquanto perplessa.

[57] Sulla portata dei criteri *ex* art. 12 l. n. 241/1990, cfr. Cons. St., sez. V, 8 novembre 2017, n. 5149.

atenei della c.d. *Ivy League*: lo stile di vita che evocano ha condotto ad una forte affiliazione sia degli studenti iscritti che di consumatori esterni, attratti dal messaggio veicolato dai simboli dei *campus*. Potranno pertanto ricorrere a questo schema contrattuale tutte le Amministrazioni che possano godere di popolarità verso il pubblico, secondo le descritte logiche di *corporate merchandising*. Una forte immedesimazione sussiste senz'altro tra studenti universitari ed *alma mater*, potendo questa relazione emozionale aprire un canale economico privilegiato per gli atenei; ma del pari il *merchandising* potrà essere utilizzato dalla Amministrazione pubblica avvalendosi dei propri beni culturali, che potranno essere riprodotti su capi d'abbigliamento, *gadget*, ecc.

Anche le Forze armate e le Forze di polizia esercitano una forte capacità attrattiva, per i valori di legalità e di sicurezza che esprimono, nonché per le virtù di abnegazione, coraggio, altruismo loro tradizionalmente associate[58]. Tali corpi, dunque, potranno sviluppare mirate politiche di *merchandising*[59], pur se circondate da opportune cautele volte alla salvaguardia della loro immagine, nonché a scongiurare ogni possibile *confondibilità* tra i segni distintivi istituzionali ed i marchi apposti sui beni commercializzati. Come attenta dottrina ha osservato[60], il tipo negoziale in commento presenta per il concedente plurimi profili di vantaggio: a) da un canto, consegue lo sfruttamento economico della propria immagine, ricavando proventi da settori estranei al *core business* e senza sopportare costi specifici di produzione e distribuzione; b) dall'altro, il *merchandisor* può favorire l'ulteriore rafforzamento del proprio marchio, diffondendolo in ambiti merceologici diversi da quelli tradizionali.

Nell'ottica dell'Amministrazione pubblica, la penetrazione nel mercato potrà favorire l'acquisizione di risorse; la diffusione dell'immagine potrà consolidare la percezione di efficienza, vicinanza e fiducia nell'istituzione.

Nondimeno, i descritti argomenti aziendalistici vanno adattati al più delicato settore amministrativo[61]. Nella pratica degli affari, attraverso il *merchandising* un marchio – migrando dall'ambito merceologico di nascita ad altro ambito – rischia di volgarizzarsi. Il mutamento per i simboli delle Amministrazioni è ancor più radicale, involgendone lo stesso orizzonte di senso, traslando da un uso meramente distintivo, identitario ed etico-comunicazionale allo sfruttamento economico. Anche i rischi

[58] Al riguardo, per le Forze armate l'attività di valorizzazione del *brand* è svolta dalla società *in house* del Ministero della difesa Difesa servizi s.p.a. (di cui all'art. 535 c.o.m.). Per il riconoscimento in favore della Polizia di Stato e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco del diritto di esclusiva sui propri segni distintivi, v. art. 1 co. 195-8 l. n. 190/2014.

[59] Su questi profili, v. Ciccone, *Il processo di valorizzazione del marchio attraverso il merchandising*, in *Dir. industriale*, 1/2013, che esamina anche il fenomeno della c.d. *brand extension*. Le Forze armate e le Forze di polizia dispongono di *intangible assets* (colori, emblemi, bandiere) primariamente utilizzati quale segno distintivo e veicolo comunicazionale, ma – in via secondaria – suscettibili di utilizzazioni secondarie nel mercato.

[60] Cfr. L. COLANTUONI, *op. cit.*

[61] Come noto, l'acritico trapianto dell'approccio aziendalistico nella burocrazia, secondo le cadenze del più ingenuo *new public management*, si è rivelato fallimentare.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

appaiono vieppiù insidiosi, potendo una scorretta operazione di *marketing* ridondare non solo sulla redditività del marchio, ma sulla stessa percezione del contenuto valoriale espresso dai segni distintivi dell'ente.

Alla luce di queste notazioni, dev'essere ribadita la necessità di una politica di *marketing* pubblico consapevole e misurata, nella consapevolezza che l'utilizzazione primaria del marchio istituzionale ne rimane, ontologicamente, la funzione fondamentale: solo quando non si profilino sensibili rischi per il bene immateriale esso potrà essere calato nelle dinamiche di mercato.

Anche in quest'ultima sede, del resto, è auspicabile un'accorta redazione del testo contrattuale, che permetta la continua tutela dell'interesse dell'Amministrazione.

In questa prospettiva, si illustrano alcune clausole correntemente inserite a tutela del concedente e del valore del marchio, sperimentabili anche dalla P.A.

Anzitutto, può essere utile prevedere una clausola a garanzia della qualità dei beni da commercializzare col segno distintivo, di modo da evitare che prodotti di scarso pregio o addirittura nocivi possano ledere l'immagine dell'ente.

Attribuendo ancor più ampio sindacato sull'azione imprenditoriale del *merchandisee*, può anche prevedersi una riserva d'approvazione della P.A. sull'operazione di commercializzazione (*marketing mix*), che dovrebbe così essere previamente assentita dal concedente.

Sotto tale profilo, può anche essere allegato al contratto un manuale di *corporate identity*, che assicuri che il *merchandising* non contraddica le generali strategie di comunicazione dell'ente, contravvenendo alla sua *vision* ed in tensione con la sua cultura istituzionale.

Sul piano rimediale, può prevedersi la clausola risolutiva espressa per i casi di violazione delle regole d'ingaggio imposte dal concedente, così da consentire una tempestiva recisione del vincolo contrattuale in caso di inadempienze della controparte.

9. Meccanismi evidenziali

La sponsorizzazione ed il *merchandising*, in quanto *contratti attivi*, sono sottratti dall'applicazione del codice. Nondimeno, secondo la nota definizione giurisprudenziale, si tratta di contratti esclusi ma non estranei. Soggiacciono, infatti, alla disciplina evidenziale *leggera* prevista per tali tipologie negoziali dall'art. 4 c.c.p.

La *ratio* dell'imposizione di procedure pubblicistiche a monte dell'affidamento dei contratti attivi riposa – a ben guardare – sulla stessa logica che presidia l'evidenza pubblica tradizionale. Da un canto, nella prospettiva di mercato di segno unionale, va osservato che anche ai contratti attivi si associano utilità contendibili. Al riguardo, una strutturata collaborazione con l'Amministrazione pubblica potrebbe rientrare nell'interesse di una pluralità di operatori economici, sia con riferimento alla valorizzazione del *brand*, nel caso della sponsorizzazione, sia riguardo lo sfruttamento

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

economico di beni immateriali pubblici, nel caso di *merchandising*. Ne consegue la necessità di garantire la *par condicio* agli attori del mercato, selezionando il contraente attraverso procedure imparziali e trasparenti. D'altro canto, nella logica dell'interesse pubblico[62], che ha più propriamente connotato l'approccio nazionale delle leggi di contabilità, il ricorso al mercato consente di massimizzare le entrate del soggetto pubblico, salvaguardando così il buon andamento e il miglior impiego delle risorse.

Tanto premesso, l'art. 19 c.c.p.[63] detta una *lex specialis* in materia di sponsorizzazione, che contempla una particolare procedura d'affidamento, comune alle diverse *species* analizzate. Più dettagliatamente, il primo comma si occupa della sponsorizzazione di puro finanziamento per interventi di valore superiore a 40.000 euro, richiedendo esclusivamente la previa pubblicazione sul sito *internet* della stazione appaltante di apposito avviso della progettualità, anche su proposta di un operatore economico interessato[64], per un periodo di almeno trenta giorni, decorso il quale il contratto può essere liberamente negoziato, nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse. Se ne trae, *a contrario*, che per affidamenti inferiori alla soglia sopradetta, la negoziazione sia sottratta a qualsivoglia vincolo pubblicistico.

Il comma 2 dell'art. 19 c.c.p. regola invece la c.d. sponsorizzazione tecnica. La disposizione statuisce che la stazione appaltante è tenuta a verificare i requisiti di qualificazione tecnica della controparte e ad osservare i principi europei, non trovando applicazione le norme nazionali e regionali in materia di appalti. Evidentemente, il legislatore non ha potuto – in ragione dell'assetto delle fonti – derogare alla normativa unionale, che rappresenta un vincolo esterno insopprimibile nelle materie di attribuzione dell'UE. In questa logica, si ritiene che una procedura pubblicistica, sia pur ispirata a informalità e speditezza, debba essere seguita anche in relazione alla sponsorizzazione tecnica. Molteplici gli argomenti a sostegno di questa tesi: anzitutto, la disciplina europea parrebbe comunque importare un confronto competitivo tra gli operatori economici allorché siano in gioco utilità di mercato; inoltre, sembra irragionevole una tanto marcata disparità disciplinare tra primo e secondo comma, con una frammentazione della regolazione del tipo priva di giustificazioni economiche e giuridiche.

Stante quanto appena cennato, si deve ritenere che nelle procedure d'affidamento si incardini la giurisdizione amministrativa, venendo in gioco l'esercizio di un potere pubblicistico che fronteggia interessi legittimi. Unica eccezione, nella lettura che si propone, la sponsorizzazione pura sottosoglia: in questo caso, l'Amministrazione

[62] Donde la stessa etimologia dell'espressione "*evidenza pubblica*": si evidenzia, giustappunto, l'interesse pubblico a negoziare.
[63] Che, in tal senso, sostituisce i previgenti artt. 26 e 199 *bis* d.lgs. n. 163/2006.
[64] La norma suggerisce che la sponsorizzazione può esitare sia a un'attività di ricerca dell'Amministrazione, che a mirate proposte dell'operatore economico. Resta inteso che il proponente privato non gode di alcuna prelazione, ma che, se l'Amministrazione condivide la progettualità, essa può appropriarsene e ricorrere al mercato, secondo la disciplina di cui all'art. 19 c.c.p.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

agirebbe *jure privatorum.* Nel caso di indizione di procedure competitive, eventuali contestazioni dovrebbero essere mosse al giudice ordinario, invocando profili di responsabilità precontrattuale.

Con riferimento, infine, al contratto di *merchandising*, deve ritenersi che esso ricada nella disciplina generale inerente ai contratti esclusi[65], di cui all'art. 4 c.c.p. La procedura dovrà, quindi, essere ispirata ai principi economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

10. Conclusioni

Alla luce del breve *excursus* svolto, può ritenersi che le Amministrazioni possano avvalersi di un prezioso strumentario giuridico, utile non solo in termini economici, ma anche per suscitare senso d'appartenenza e valorizzare la propria immagine nel contesto sociale.

Naturalmente, sono meccanismi da maneggiare con cura. Non solo sul piano economico, dove pure bisognerà che le Amministrazioni si dotino di un *know how* adeguato a formulare una valutazione di congruità in vista della costruzione di rapporti ad elevata complessità tecnica, estranei alla tradizionale contrattualistica pubblica; ma anche sul piano 'reputazionale', per cui esse dovranno svolgere accorte analisi prognostiche sull'impatto delle operazioni commerciali sulla propria immagine, la cui compromissione – come anche la giurisprudenza contabile, in altro contesto, testimonia – rappresenta un danno gravissimo, talora irredimibile.

La consapevolezza della rilevanza, non solo finanziaria, delle operazioni di sponsorizzazione e di *merchandising*, allora, potrebbe indurre, da un canto, a rafforzare l'orientamento alla reputazione delle Amministrazioni, secondo la logica per cui 'l'immagine paga'; dall'altro, a favorire la diffusione di immagini, loghi, simboli ed emblemi delle Amministrazioni pubbliche, con l'effetto di socializzarne l'assiologia e aumentarne l'affezione da parte dei cittadini.

Ciò, ovviamente, sempreché si operi con ponderazione e *cum grano salis*: senza mai dimenticare che il nome di un'Istituzione non può mai essere, per la sua stessa ontologia e per il suo valore evocativo, trattato come una merce.

[65] Come noto, il d.lgs. n. 56/2017 ha novellato l'art. 4, inserendo tra i contratti esclusi anche i contratti attivi, che così soggiacciono ai principi generali in materia di contrattualistica pubblica.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Misurare l'impatto generazionale delle politiche pubbliche: una sfida, un metodo

di Luciano Monti* e Valerio Martinelli**

29 marzo 2021

Sommario: 1. Introduzione: il divario generazionale, l'impatto asimmetrico della pandemia e le opportunità offerte dal recovery Plan. – 2. Aspetti metodologici. Elementi di valutazione prospettica della politica: conoscere, discutere, deliberare. – 3. Le prime esperienze qualitative e quantitative di valutazione dell'impatto di politiche "generazionali" rivolte ai giovani. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione: il divario generazionale, l'impatto asimmetrico della pandemia e le opportunità offerte dal recovery Plan

L'emergenza pandemica che stiamo vivendo ha prodotto, sta producendo e produrrà effetti disastrosi ed inediti nelle vite di molte persone da un punto di vista sanitario e sociosanitario. Tuttavia, dobbiamo avere l'onestà intellettuale di sottolineare come, da un punto di vista economico e sociale, l'epidemia da Covid-19 non abbia costituito la causa prima delle "nostre miserie", quanto più il detonatore di un'escalation di cui avevamo già da tempo chiari sentori e segnali. Un elemento propagatore di problemi che già erano insiti nel sistema. Un acceleratore di un processo di trasformazione, nel bene (trasformazione ecologica e digitale) e nel male (aumento dei divari territoriale e sociali).

Se infatti ormai è appurato, purtroppo, che gli effetti dell'emergenza, per quanto concerne la salute, si ripercuotono maggiormente sugli anziani[1] (soggetti più fragili e più vulnerabili da un punto di vista immunitario), probabilmente non si pone abbastanza attenzione sul fatto che invece la crisi di carattere socio- economico e le sue

* Docente di Politiche dell'Unione Europea, LUISS Guido Carli.
** Dottorando di ricerca in Scienze dell'Economia Civile, Università LUMSA; Cultore della materia in Politiche dell'Unione Europea, LUISS Guido Carli.
[1] Si v. *ex multis* WHO Europe, *Strengthening the Health Systems Response to COVID-19 - Technical guidance #6,* 21 May 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

conseguenze si ripercuotono ora e ancor più graveranno in futuro sulle spalle di un'altro gruppo di soggetti fragili: i giovanissimi (Generazione Zero) e i giovani e giovani adulti (Generazione Millennial), a cui certo già prima di questa pandemia mancavano quelle "difese" necessarie a tutelarli.

A giugno dell'anno che ci siamo lasciati alle spalle, l'OCSE ha pubblicato uno studio[2] molto eloquente in questo senso - scaturito da una *survey* che ha coinvolto novanta organizzazioni giovanili provenienti da 48 paesi diversi - che ha ben ha messo in luce come l'impatto economico e sociale della pandemia sia caratterizzato da una particolare "asimmetria generazionale"[3], che si può cogliere sostanzialmente in tre principali ambiti: quello educativo, quello lavorativo e quello reddituale. Quest'ultimo legato all'indipendenza economica e all'autonomia dei più giovani[4].

Dimensioni critiche che, nel nostro Paese hanno trovato e troveranno purtroppo terreno fertile, viste le problematiche già sussistenti, indipendentemente dalla pandemia. Solo per elencarne alcuni, speculari agli ambiti già evidenziati: il sistema educativo che non riesce né a trattenere molti dei giovani studenti per svilupparne le conoscenze - e difatti, nella fascia 18-24 anni, un buon 13,5% non ha completato il ciclo di istruzione secondaria superiore - né a fornire competenze richieste nel mercato del lavoro da enti ed imprese (il c.d. *mismatch*); la natura stessa di mercato del lavoro che tende a favorire - per indirizzi politici via via consolidatisi che hanno spinto il Legislatore ad interventi di regolazione orientati verso la flessibilità - soluzioni contrattuali più flessibili e meno impegnative per i datori di lavoro; il malfunzionamento o squilibrio del sistema delle politiche del lavoro che non riescono a fornire servizi di formazione, attivazione e orientamento per i cosiddetti "nuovi poveri di lavoro"[5].

Per non parlare del numero dei NEET, quei soggetti che appunto - seguendo l'acronimo inglese - non lavorano, non studiano e non sono impegnati in attività formative o di tirocinio che nel 2019 - secondo dati Istat - si attestavano a 2 milioni (tutti under 30) - e che nel terzo trimestre del 2020 sono già aumentati di più di 100 mila unità. Se si considerano poi anche gli under 35, il numero supera ampiamente i 3 milioni di individui

[2] OECD, *Youth and Covid-19: Response, Recovery and Resilience*, 2020.
[3] L. Monti, *Non è un paese per giovani. L'impatto generazionale asimmetrico della pandemia*, Luiss Open, 26.06.2020.
[4] Profili di criticità riscontrabili, rispettivamente: a) nell'emergere di diseguaglianze tra gli studenti che possono contare su un'efficiente strumentazione informatica ed un ambiente domestico confacente allo studio e all'apprendimento e coloro che invece non possono disporne; b) nel fatto che da una parte, la maggioranza dell'occupazione giovanile sia concentrata nei settori maggiormente colpiti dalle misure restrittive e dall'altra, l'occupazione giovanile sia caratterizzata da una particolare fragilità contrattuale; c) nella considerazione del fatto che l'interruzione di percorsi professionalizzanti avrà chiaramente ripercussioni negative sulla futura carriera lavorativa e sulla progressione verso l'indipendenza economica.
[5] L. Monti, *Presentazione*, in V. Martinelli e A. Zuti, *Sviluppare valore nell'esperienza sul campo*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La pandemia non ha fatto che acuire in modo drammatico questa vera e propria ingiustizia generazionale. Secondo i dati mensili forniti da Eurostat, il tasso di disoccupazione in Italia dei soggetti under-25 è passato dal 26,8% dell'agosto 2019 al 32,1% dodici mesi dopo. Quasi 5 punti percentuali di differenza. E, si badi bene, dobbiamo considerare che ancora vige il c.d. blocco dei licenziamenti.

Per quanto riguarda il reddito invece, secondo l'*Indagine straordinaria sulle famiglie italiane* effettuata da Banca d'Italia alla fine della primavera del 2020, fra i 18-34enni intervistati, il 60% dichiarava una diminuzione consistente del proprio reddito, considerando anche le misure di sostegno pubblico ed il 21,2% di questi sosteneva di aver perso più del 50% del proprio reddito mensile.

Fatte queste considerazioni se si osserva il "sismografo" – l'indice del divario generazionale[6] che ha registrato il terremoto generato dalla crisi socioeconomica seguita alla crisi finanziaria del 2008 con un divario superiore del 25% rispetto ai primi anni del secolo, appare evidente l'urgenza di scelte strategiche e provvedimenti sia nel breve che nel medio lungo periodo per contrastarlo quella che si presenta come una vera e propria frattura sociale. Questo per evitare che il nuovo "sisma" di Covid 19 lasci il suo strascico nei prossimi anni.

Occorrono allora, forse, proposte radicali e di svolta, finanche visionarie, non appiattite sulle logiche emergenziali. Scelte che sappiano cogliere le opportunità e le risorse che ci sono date in questo tempo difficile. Ecco perché questa opera di discernimento che ci è richiesta deve concretizzarsi anche in un'attenta valutazione su come impiegare in modo intelligente e strutturato le ingenti risorse messe a disposizione dal Dispositivo di Ripresa E resilienza (c.d. "Recovery plan", dell'Unione Europea incluso nella'iniziativa Next Generation EU che aspetta (solo) il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) del nostro Governo. Quest'ultimo è chiamato a declinare le sei "missioni, i relativi obiettivi e l'impiego delle risorse necessarie per realizzarli

Dobbiamo augurarci che, come Paese, troveremo il coraggio per gettare il cuore oltre l'ostacolo e iniziare a ridisegnare interventi strutturalmente incisivi e - in un certo senso - rivoluzionari per le giovani generazioni dal mondo del lavoro alla sanità, dall'istruzione e la formazione all'innovazione, dallo sviluppo sostenibile alla questione abitativa e alla mobilità sostenibile

In questa prospettiva, indubbiamente sarà utile da una parte, prendere in considerazione un'iniziativa interessante nei contenuti e rigorosa nei metodi come quella portata avanti dal Consiglio Nazionale dei Giovani - il c.d. "Piano Nazionale Giovani: Nuova Generazione Italia"[7] - maturata proprio in conseguenza della pandemia e dall'altra - cosa che ci si propone in questa sede - interrogarsi sui metodi di analisi,

[6] Fondazione Bruno Visentini, *Il Divario generazionale e il reddito di opportunità. Rapporto 2019*, Luiss University Press, 2019.

[7] Il Piano prevede proposte concrete ed economicamente sostenibili afferenti al lavoro e all'imprenditoria, all'innovazione e alla digitalizzazione, al welfare e alle politiche sociali, all'istruzione e alla formazione, alla salute e alla sanità, all'ambiente, alla cultura e al turismo, alla cooperazione, al volontariato etc.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

valutazione e monitoraggio di quegli interventi che seguiranno l'impegno di quelle risorse sopracitate (e non solo) in modo da poter valorizzare e potenziare al meglio la loro efficacia nel perseguire l'obbiettivo o suggerire al decisore eventuali correttivi in caso risultino inefficaci.

2. Aspetti metodologici. Elementi di valutazione prospettica della politica: conoscere, discutere, deliberare

Con le limitate risorse che la congiuntura e i vincoli al bilancio dello Stato rendono disponibili, pertanto, è quanto mai necessario ed opportuno misurare gli interventi pubblici in termini di efficacia, efficienza e sostenibilità[8]. Inoltre, volendo misurare l'impatto generazionale di singole misure, alla luce di quanto già evidenziato, può esserci utile la branca del sapere, interdisciplinare per vocazione, che afferisce all'analisi e alla valutazione delle politiche pubbliche[9].Ma come e perché analizzare e valutare proprio l'impatto che determinate misure possono provocare sul fenomeno del divario generazionale?

Rispetto al "perché", certamente, può venirci in aiuto il celebre adagio che dà il titolo a questo paragrafo, tratto dalle *Prediche Inutili* di Luigi Einaudi[10], che forse dovrebbe esser seguito con più attenzione nelle sedi deputate alla legislazione. In particolare, dovremmo forse chiederci se non sia necessario o quanto meno opportuno interrogarci sull'utilità e sull'efficacia di una determinata misura o politica in termini di capacità di ridurre o contrastare il fenomeno del divario generazionale, data la vera e mai così urgente[11] emergenza che il nostro Paese sta vivendo - che, ormai è appurato, non potrà che acuirsi[12] - apprezzabile non soltanto dal punto di vista dell'effettivo divario di opportunità e risorse tra una generazione e l'altra, ma anche in termini di progressivo impoverimento demografico..

A maggior ragione perché non tutte le misure concepite o concepibili dai decisori vanno ad impattare sul fenomeno del divario generazionale e quelle che in potenza

[8] A. Martini e U. Trivellato, *Sono soldi ben spesi? Perché e come valutare l'efficacia delle politiche pubbliche*, Marsilio Editori, Padova, 2011.
[9] Per un approfondimento, si v. A. Martini e M. Sisti, *Valutare il successo delle politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2009; A. La Spina e. Espa, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche,* Il Mulino, Bologna, 2011; L. Bobbio, G. Pomatto e S. Ravazzi, *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti,* Mondadori Università, 2017 pagg.157 e ss.; A. La Spina, *Politiche pubbliche. Analisi e* valutazione, Il Mulino, Bologna, 2020.
[10] L. EinaudI, *Prediche Inutili*, "Prima conoscere, poi discutere, poi deliberare"., Edizioni Einaudi 1956
[11] Aa. Vv., *L'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile. Rapporto ASVIS 2020*, pagg. 103 e 148, dove viene proposto addirittura l'inserimento in Costituzione di un "principio di sviluppo sostenibile, basato sul principio di giustizia intergenerazionale, come base giuridica generale per orientare le politiche pubbliche a favore delle nuove e delle future generazioni" e Aa. Vv., *La Legge di Bilancio 2020 e lo sviluppo sostenibile. Esame dei provvedimenti e situazione dell'Italia rispetto ai 17 obiettivi dell'Agenda 2030,* ASVIS, Roma 2020, pag. 53.
[12] A. Rosina, *La crisi e il prezzo che i giovani sono chiamati a pagare,* Il Messaggero, 06.11.20.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

possono farlo, a loro volta non impattano nello stesso modo, differendo fra loro per caratteristiche, obiettivi, strumenti, natura.

Di recente[13] si è cercato di schematizzare per categorie quelle misure che il legislatore ha di volta in volta[14] concepito come direttamente (ed esclusivamente) indirizzate alle giovani generazioni e alle loro esigenze - definite appunto misure "generazionali" -, o che nonostante non siano state pensate (solo) per i giovani possono incidere positivamente sulla realtà giovanile - le misure "potenzialmente generazionali" - o quelle che invece possono avere addirittura un impatto negativo - le misure "potenzialmente non generazionali" o persino "anti generazionali" - su quella stessa realtà. Misure queste ultime che intenzionalmente sono dirette ad altre fasce della popolazione ma sono a carico prevalentemente delle generazioni più giovani (si pensi a misure realizzate "a debito") oppure misure con esternalità negativa anti-generazionale (sotto certi aspetti il reddito di cittadinanza"). Nel mezzo la grande parte delle misure che non impattano in nessun verso sul divario generazionale e in generale non interessano il mondo giovanile.

Un panorama di interventi tradizionalmente frammentari e non strutturalmente congegnati e preordinati che si presentano talvolta come misure di regolazione del mercato del lavoro, talaltra come strumenti di orientamento, educazione e potenziamento della formazione, talaltra ancora come forme di sostegno al reddito o di inclusione sociale. Spesso, politiche che non si riferiscono specificatamente allo sviluppo delle nuove generazioni in realtà possono essere ampiamente fruite dai più giovani o produrre effetti rilevanti in tal senso e, viceversa, *policy* presentate - e proclamate - come fondamentali per il contrasto al fenomeno del divario generazionale potrebbero risultare potenzialmente inefficaci o mal costruite sin dalla loro pianificazione (si pensi alla" Garanzia Giovani").

È evidente quindi che occorre una chiave di lettura per orientarsi e per soppesare l'incidenza che determinati provvedimenti possono avere nei confronti del c.d. "*target giovani*".

Un metro di misurazione del possibile impatto di una politica rivolta ai giovani lo può fornire, come sopra accennato, l'indice del divario generazionale - GDI - con i suoi domini, i suoi indicatori e le sue serie storiche dal 2004, elaborato dalla Fondazione Bruno Visentini[15]**.** Un indice composito, che raccoglie e racchiude una pluralità di valori e fattori, e che pertanto ci invita a prendere in considerazione molteplici aspetti.

[13] Si v. Aa. Vv., *Il divario generazionale tra conflitti e solidarietà. Vincoli, norme, opportunità: generazioni a confronto,* Rapporto 2017, Fondazione Bruno Visentini, Roma, pp.101 e ss.; Aa. Vv., *Il divario generazionale. Un patto per l'occupazione dei giovani,* II Rapporto 2018, Fondazione Bruno Visentini, Roma, pp. 64 e ss.; Aa. Vv. *Il divario generazionale e il reddito di opportunità,* III Rapporto 2019, Fondazione Bruno Visentini, LUISS University Press, Roma, 2019, pp. 90 e ss.

[14] Osservando, periodicamente, le c.d. Leggi di Bilancio che si sono susseguite.

[15] Si v. Fondazione Bruno Visentini, L. Monti (a cura di), *Divario generazionale: il senso della dismisura,* Alter Ego, 2015

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Con questo termine, si intende indicare il vero obiettivo, il target appunto, delle misure generazionali, ossia i giovani: ma come qualificarli? Per quanto la questione possa sembrare scontata, in realtà sussiste un problema definitorio non banale. Nel linguaggio comune il termine indica una fase di transizione interposta tra l'infanzia e l'età adulta. Il giovane sarebbe quindi colui che non è più un bambino ma non è ancora un adulto, ma, detto questo, non è facile collocare i confini anagrafico-temporali di queste fasi e transizioni.

Chiaramente non è possibile individuare un'età di confine e, di fatto, trattasi di una scelta - che differisce da Paese a Paese, fra l'altro, anche negli indirizzi di policy - o del risultato di una convenzione. Per alcuni, i giovani sono coloro che non hanno raggiunto i 25 anni, per altri i 30.

In questa sede, visti anche i riferimenti forniti dalla realtà dei NEET in Italia, facciamo e faremo riferimento agli under 35. Secondo una ricostruzione oramai classica [16]. - i giovani divengono adulti varcando alcune "soglie": a) se hanno concluso la parte più rilevante del loro percorso formativo; b) se occupano una posizione relativamente stabile nella divisione sociale del lavoro; c) se non vivono più nella casa dei genitori; d) se si sono coniugati o sposati; e) se si assumono con la paternità o la maternità, delle responsabilità nei confronti di una nuova generazione.

Il fenomeno del divario generazionale può certo ben essere rappresentato da una sorta di prolungamento patologico dello "status" di giovane o meglio della fase giovanile del ciclo della vita subìto dalle giovani generazioni che, diversamente da quelle che le hanno precedute, transitano più "in ritardo" nella fase dell'autonomia, e in definitiva dell'età adulta.

Chiarito questo aspetto, occorre interrogarsi sul "come", ossia il "metodo" di valutazione da poter utilizzare. Certo, dobbiamo capire primariamente se l'intervento di cui intendiamo misurare l'impatto e gli effetti sia già stato "vagliato" dall'esperienza grazie ad un periodo di effettiva attuazione. Nel qual caso, occorrerà misurare, servendosi dei metodi di analisi e valutazione delle politiche ormai codificati[17], dati alla mano e considerato il periodo di implementazione, l'impatto dell'intervento sui determinati fattori in esame.

Ipotizzando invece - cosa che in questa sede più ci interessa - di voler valutare *ex ante* il possibile impatto di una misura che non sia ancora stata attuata e che non abbia potuto produrre i suoi effetti nella realtà, - non essendo possibile, pertanto, verificarne direttamente l'implementazione *id est* l'attuazione -, dobbiamo chiederci quale strada è lecito poter seguire.

Indubbiamente, è possibile operare un tentativo di valutazione in chiave prospettica, sforzandoci di simularne l'attuazione e ipotizzandone i possibili effetti,

[16] A. Cavalli, O. Galland, L'allongement de la jeunesse, Actes sud, Poitiers, 1993
[17] Come l'analisi controfattuale, le analisi qualitative o quali-quantitative etc. per cui si v. A. Martini e M. Sisti, *op. cit, passim*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

ponendo in evidenza alcuni riferimenti[18] necessari a chi dovrà valutare effettivamente *ex post* l'intervento in esame e il suo impatto sulla riduzione del divario generazionale. La valutazione prospettica[19] è una pratica valutativa che, in sede di progettazione della misura - quindi *ex ante* - ci consente di chiarire alcuni elementi fondamentali per l'attuazione della politica in esame e di definire obbiettivi e possibili risultati, offrendoci, al contempo, l'opportunità di riflettere sui possibili scenari in cui potremmo dire se la *policy* ha avuto successo o meno, simulandone, di fatto anticipatamente, l'implementazione e l'eventuale rimodulazione.

Per quanto concerne i dati, possiamo fare riferimento alle serie storiche alla base degli indicatori del menzionato GDI; per quanto riguarda le risorse ed i target, invece, possiamo prendere in considerazione le previsioni di spesa e gli obbiettivi della singola policy, così come prospettate al momento dell'elaborazione della stessa; per i tempi, l'intervallo[20] immaginato dal decisore in sede di *policy design* per poter sperimentare e valutare l'efficacia dell'intervento e per quest'ultimo fattore in particolare, potremmo considerare il periodo di implementazione della misura simile presa in esame in modo da meglio operare un confronto.

Tali elementi di valutazione possono essere utili, ad esempio, per valutare la proporzionalità dei *budget* programmati oppure le possibili previsioni in riferimento al raggiungimento degli obiettivi della misura analizzata in un dato intervallo temporale.

In questo modo, è possibile analizzare quelli che potrebbero essere i risultati o prodotti dell'attuazione (o *output*) e simulare, grazie ad una proiezione, il possibile impatto (e dunque gli effetti) sulla *baseline* (cioè la tendenza se non interviene una politica) predeterminate grazie agli indicatori e ai domini dell'indice sul divario generazionale (GDI). Questo esercizio permette di stimare il possibile successo della *policy* come strumento di contrasto al fenomeno e la proporzionalità delle risorse impiegate rispetto ai risultati effettivamente raggiungibili o conseguiti.

Una misura che, per assurdo, pur presentata come fondamentale strumento per il contrasto al fenomeno del divario generazionale necessitasse *in nuce* di un importante ammontare di risorse e che in chiave prospettica risultasse impattare su un unico indicatore del GDI o su pochi, andrebbe dunque riconsiderata, sotto più punti di vista, ivi compresa la possibilità di riorientare tali risorse verso una misura con un impatto generazionale maggiore.

[18] In termini di dati ed informazioni.
[19] Per cui, si v. Aa. Vv., *Valutazione prospettica e processo legislativo*, studio a cura del Laboratorio di pratiche valutative, Progetto CAPIRE, Torino 2014.
[20] Spesso indicato nella relazione illustrativa di accompagnamento al singolo intervento o al provvedimento da cui questo deriva.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

3. Le prime esperienze qualitative e quantitative di valutazione dell'impatto di politiche "generazionali" rivolte ai giovani

Il tasso di successo della singola *policy* o politica può essere valutato sotto molteplici aspetti. Ciò che più interessa, in questa sede, è però tentare di porre le basi per un modello valutativo che possa stimare il probabile "successo" di un singolo intervento con specifico riguardo agli effetti e all'impatto sull'Indice del Divario Generazionale (GDI), focalizzandosi su metodologie analitiche qualitative o quantitative.

Va detto, infatti, che entrambe le tipologie di analisi potrebbero rappresentare un passo in avanti nell'apprezzamento degli effetti di singole misure rispetto al fenomeno del divario generazionale e, anzi, un decisore potrebbe beneficiare dei risultati dell'una come dell'altra. D'altra parte, è chiaro che, nel soppesare la validità o meno di un dato intervento, poter contare su dati e grandi numeri è importante ma lo è altresì avere una cognizione del percepito di coloro che sono i soggetti *target* o comunque interessati da quello stesso intervento.

Riteniamo quindi utile riportare qui due esempi, due prime esperienze di analisi e di valutazione che certo possono fornirci qualche elemento su cui riflettere.

Analisi qualitativa Un primo, approssimativo (ed embrionale) tentativo di valutazione in termini qualitativi, cioè basato, non su dati empiricamente misurabili ma su una sorta di valutazione astratta effettuata da un focus group i giovani studenti, sulla base di percezioni e opinioni condivise, discusse e motivate in questo senso, - è stato sperimentato nel 2017 nel comune di Latina[21], dove alcune delibere della giunta municipale ed alcune determinazioni dirigenziali sono state sottoposte a valutazione[22]

Questo è avvenuto tramite un percorso partecipativo che ha coinvolto più di cinquanta studenti da tre scuole distinte, che hanno avuto modo, attraverso laboratori, dibattiti e *focus group* guidati, di associare, motivando la scelta ricorrendo a valori numerici positivi, neutri o negativi. In questo modo è stato possibile stimare il loro probabile impatto, su singoli domini del GDI in ragione del fatto che detta incidenza su un determinato fattore dell'indice era percepita come positivamente influente, ininfluente o peggiorativa.

Indubbiamente è apprezzabile il tentativo di approccio innovativo e, pur con i limiti facilmente immaginabili dal punto di vista del rigore scientifico, i risultati si sono rivelati interessanti.

Si tratta di un primo esperimento limitato a un campione molto ristretto e perfezionabile che però fa riflettere sulla grande opportunità offerta dal coinvolgimento

[21] Comune di Latina, delibera della Giunta Comunale n. 52 del 22.02.2017 che ha dato il via al progetto "Millennial lab: Valutiamo il nostro futuro".
[22] Si v. Aa. Vv., *Il divario generazionale tra conflitti e solidarietà. Vincoli, norme opportunità: generazioni a confronto, op. cit.*, pagg. 158 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

delle giovani generazioni o comunque dei possibili soggetti *target* di una data politica a impatto generazionale. Una valutazione comunque *ex ante* - si badi bene - e dunque prospettica in quanto oggetto dell'esame dei valutatori non erano gli effetti di misure già attuate bensì la lettera dei singoli provvedimenti nelle loro previsioni specifiche e nel loro dato testuale-programmatico.

Sarebbe interessante, pertanto, vedere oggi, passato qualche anno dall'esperimento citato, se le delibere prese in considerazione abbiano effettivamente sortito gli effetti immaginati e percepiti allora e dunque un conseguente impatto - locale - sui valori del GDI, oppure no.

Analisi quantitativa. Più di recente[23], invece, per valutare in chiave prospettica lo strumento del "Reddito di Opportunità"[24], chiaramente non implementato in quanto esclusivo prodotto di un'elaborazione teorica all'epoca, si scelse di realizzare uno studio valutativo comparato di tipo quantitativo, utilizzando come riferimento le caratteristiche ed i risultati della "Garanzia Giovani"[25] .

La scelta è caduta su questo strumento perché almeno in parte si riferiva a interventi che condividevano (almeno in parte) i target e, se vogliamo, lo "spirito". In particolare, in quella sede, premeva porre la base dei termini di confronto su quegli specifici interventi che avevano le potenzialità di arginare il fenomeno dei NEET, laddove specialmente andavano ad incentivare forme di sviluppo e crescita dei livelli occupazionali e del lavoro.

Per valutare il "successo" della politica in questo senso, allora, furono presi in considerazione: la percentuale di effettivo impiego delle risorse messe in campo; il numero di domande ai singoli bandi e ai singoli interventi; il numero effettivo degli individui "beneficiari" delle misure previste; il numero di giovani individui, sottratti allo status di NEET e che quindi hanno trovato un'occupazione.

La figura sottostante riassume e semplifica i valori di riferimento analizzati in quel frangente.

[23] Aa. Vv. *Il divario generazionale e il reddito di opportunità,* III Rapporto 2019, Fondazione Bruno Visentini, LUISS University Press, Roma, 2019, pp. 116 e ss.
[24] Per commenti a questa proposta contenuta nell'omonimo rapporto della Fondazione Bruno Visentini citato nella nota precedente si v. i contributi raccolti in *Formiche* n.155 del febbraio 2020 a cura di T.Treu, M.Pisu, A. Giannola, G. D'Arrigo, L. Morlino, L. Monti.
[25] Aa. Vv., *Secondo rapporto di valutazione della Garanzia Giovani e del programma operativo nazionale iniziativa occupazione giovani,* ANPAL, Roma, 2019, pp. 33 e ss. e Aa. Vv., *Garanzia Giovani: nuove risorse e strategie*, ANPAL, Roma, 2017.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Figura 1. La performance di Garanzia Giovani[26] utili per studiare e valutare l'impatto del Reddito di Opportunità

VOCI DA CONSIDERARE PER POTER VALUTARE IL SUCCESSO DELLA POLITICA	VALORI DI GARANZIA GIOVANI A SEGUITO DI 3 ANNI DI IMPLEMENTAZIONE
A. PERCENTUALE DI EFFETTIVO IMPIEGO DELLE RISORSE MESSE IN CAMPO	Nel 2017, 87% delle risorse programmate sono impegnate e 56,2% sono le risorse già spese per misure concluse
B. NUMERO DI DOMANDE AI SINGOLI BANDI E SINGOLI INTERVENTI	Ad esempio: l'intervento di incentivo occupazione giovani ha registrato 49.369 domande, di cui 30.687 sono state accolte.
C. NUMERO EFFETTIVO DEGLI INDIVIDUI RAGGIUNTI DALLA POLITICA	Il 20 luglio 2017 raggiunge le 1.200.609 unità, (individui che si sono iscritti) al netto delle cancellazioni, di cui sono presi in carico dai Servizi per l'impiego l'80,6% (968.043 soggetti) e al 53,1% di questi è stata proposta una misura.
D. NUMERO DI INDIVIDUI CHE HANNO TROVATO UN'OCCUPAZIONE	Il tasso di inserimento occupazionale dei giovani che hanno concluso una misura di politica attiva, al 30 settembre 2018 è pari al 51,4%. Una prima occupazione, a 6 mesi dalla conclusione del percorso viene trovata dal 59,6% dei soggetti.

Fonte: Elaborazione di FBV su dati Anpal

In quella occasione, ai fini di una più completa valutazione dell'impatto delle misure che componevano la *policy* esaminata, furono realizzate delle schede dettagliate ove era possibile approfondire la natura delle singole misure, l'ammontare delle risorse impiegate, i destinatari e una proiezione sul possibile impatto - che può essere talvolta di tipo diretto od indiretto - dell'intervento sui domini e gli indicatori del GDI.

In particolare, si fa riferimento all'effetto "diretto" di una misura per indicare l'impatto, misurabile, per cui la misura è stata effettivamente progettata e messa in campo. Si fa invece riferimento all'effetto "Indiretto", quanto l'impatto non è preordinato e non è immediato, spesso (ma non sempre) conseguenza della "propagazione" dell'effetto diretto. Ad es. se, con una specifica misura, si decide di incrementare i fondi pubblici per la formazione professionale, in primo luogo si avrà - come effetto diretto - un aumento della spesa in educazione ed un incremento delle

[26] *ibidem*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

competenze. Indirettamente potrà derivarne anche un impatto - misurabile solo *ex post*, naturalmente - sul mercato del lavoro

Onde valutarne i possibili effetti in chiave prettamente ipotetica e – per ovvie ragioni – prospettica, si è preso in considerazione – stante le risorse economiche ri-programmabili come indicato nella precedente edizione del rapporto – la popolazione "target" ed i possibili beneficiari della politica in esame, simulando una distribuzione delle singole misure parametrata alle risorse messe in campo.

In una ipotetica sperimentazione triennale l'elemento di paragone con Garanzia Giovani, e in particolare i suoi effetti in termini occupazionali, è servito poi per poter individuare il risultato atteso dell'intervento in termini di *output* ed *outcome* o, *rectius*, il c.d. "tasso di successo" della *policy*.

Dato quindi il parametro del 51,4%, come tasso di successo di Garanzia Giovani (preso come *riferimento*), è stato facile proiettare gli effetti della politica sui possibili beneficiari all'interno di quegli indicatori del GDI su cui la politica interveniva direttamente e per i quali–era possibile operare *rebus sic stantibus* un calcolo matematico scientificamente valido.

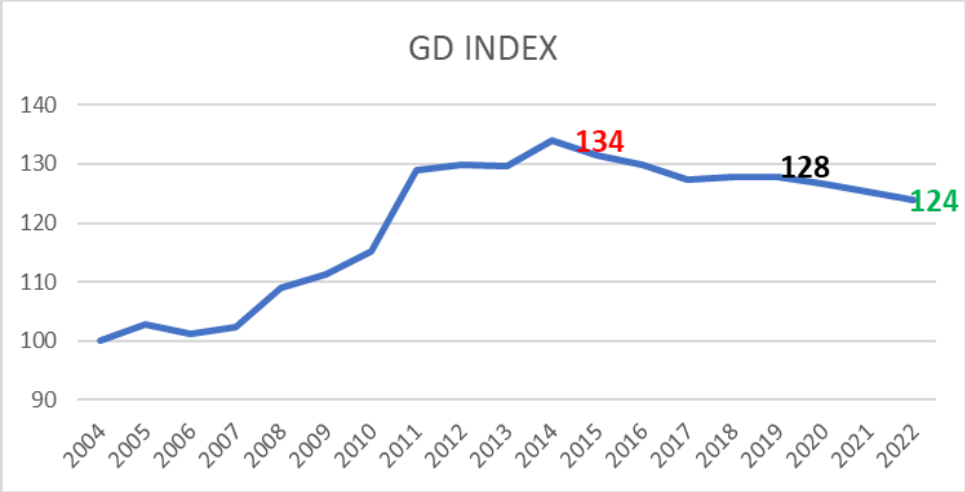
Come abbiamo già avuto modo di osservare, quindi, dati i target di riferimento, potremmo dirci soddisfatti se, al termine del periodo ipotizzato per l'implementazione, la *policy* in esame raggiungesse risultati simili o finanche migliori della misura presa a riferimento, tenendo ben presente il diverso universo di beneficiari (tutti i giovani tra i 18 e i 34 anni per il reddito di opportunità, i Neet under 30 per la garanzia giovani)

Per questa ragione, infatti, dobbiamo individuare una percentuale ottimale di riferimento - che nel caso di specie fu quel 51,4 % citato in tabella - dei possibili beneficiari delle singole misure, che potrebbe andare a rappresentare il nostro c.d. "tasso di successo" in termini di *output.*

Considerare il c.d. "tasso di successo" ci può essere utile proprio in virtù di questo confronto, in modo da poter più verosimilmente, in termini di valutazione prospettica, simulare gli effetti delle suddette misure sugli indicatori del GDI, inserendo i valori di queste - in termini di risorse impiegate o target raggiunti -, anno per anno, nelle serie storiche di riferimento. Pur consapevoli che questa forma di valutazione ha il compito di porre le prime fondamenta dell'eventuale valutazione *ex post* del provvedimento, siamo stati quindi in grado di proiettare il nostro Indice nel probabile futuro (Figura 2) ed osservarne l'evoluzione stimolata dalla *policy* "Reddito di opportunità".

Figura 2. La potenziale evoluzione del GDI a seguito dell'implementazione del "Reddito di opportunità" GDI previsionale con tasso di successo pari alla Garanzia Giovani

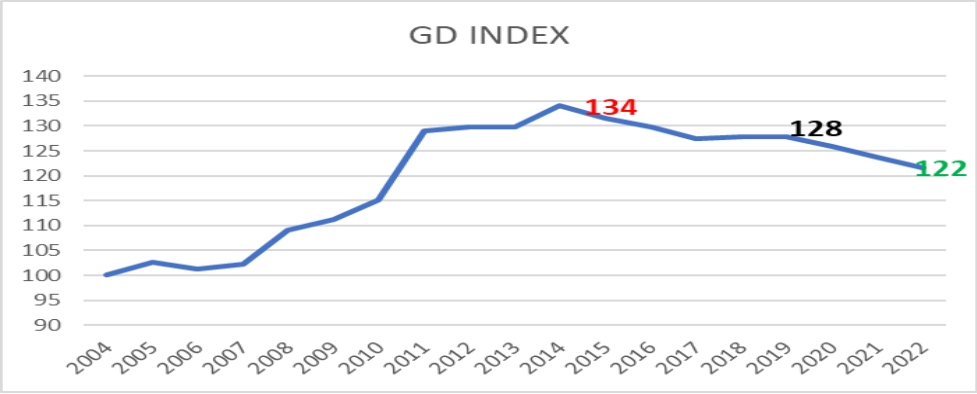
AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711



Fonte: Elaborazione FBV 2019[27]

Questo metro di valutazione mette in risalto come la misura messa sotto esame presenta registra un impatto positivo sull'indice del divario generazionale quantificabile in circa 4 punti percentuali, vale a dire la riconduzione del divario generazionale quantomeno ai livelli prima del 2011. Si tratta ovviamente di una stima al lordo di elementi che potrebbero migliorare ulteriormente l'impatto (come un tasso di successo della misura maggiore di quella della Garanzia Giovani-vedi Figura 3) oppure ridurlo se intervenissero ulteriori fattori estranei misura esaminata atti a contribuire alla produzione dell'effetto realizzato, come ad esempio un miglioramento delle condizioni generali di taluni comparti con rilevante bacino occupazionale giovanile, o a vanificarla in tutto o in parte, come ad esempio un impatto fortemente asimmetrico di Covid-19.

Figura 3 La potenziale evoluzione del GDI a seguito dell'implementazione del "Reddito di Opportunità GDI previsionale con tasso di successo pari all'80%



Fonte: Elaborazione FBV 2019[28]

[27] Si v. Aa. Vv. *Il divario generazionale e il reddito di opportunità, op. cit.*, pp. 131-132.
[28] Si v. Aa. Vv. *Il divario generazionale e il reddito di opportunità, op. cit.*, pp. 131-132.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

4. Conclusioni

L'analisi quantitativa utilizzata per valutare la proposta del "reddito di opportunità" potrebbe essere sperimentata anche su politiche in atto, come per esempio il reddito di cittadinanza, il c.d. "family act" o le misure assunte dal governo per la ripresa e la resilienza stimando gli effetti e l'impatto che queste misure hanno sugli indicatori e sui domini dell'Indice sul Divario Generazionale (GDI). O addirittura, si potrebbe utilizzare questo metro di valutazione per valutare l'impatto delle azioni inserite nel pilastro dedicato alle giovani e future generazioni del Recovery Plan. L'esperienza campione di Latina dimostra inoltre come il coinvolgimento dei giovani in questa fase sarebbe molto utile.

In altre parole, si ritiene sia possibile valutare l'incidenza sia diretta che indiretta di un dato intervento pubblico sui valori che sono rappresentati in questo indice. Un singolo provvedimento potrebbe infatti investire una pluralità di fattori, di indicatori e sotto indicatori.

Si ritiene tuttavia possibile un tipo di valutazione prospettica quantitativa per valutare l'impatto sul GDI, con un livello sufficiente di accuratezza e scientificità, soltanto per quegli indicatori che sono espressione di serie storiche ben definite da dati numerici precisi e soltanto quegli indicatori ove l'impatto del provvedimento è di tipo diretto e misurabile, in quanto sarebbe forse una forzatura il tentativo di misurare numericamente anche quello di tipo di indiretto.

Occorre precisare, dunque, che quello che qui proponiamo è un metodo valutativo dell'impatto "minimo" sul GDI di un determinato intervento, in quanto le singole misure che lo compongono potrebbero in potenza - nel periodo di implementazione, come abbiamo già avuto modo di osservare in passato[29] - andare ad influire anche in via indiretta su un maggior numero di indicatori o su valori non quantitativamente calcolabili. È evidente, ad esempio, che le misure di carattere formativo impatteranno anche sul piano delle competenze dei giovani fruitori. In questa sede però non ci è dato sapere né quanto né come. Sarà possibile invece allorquando si potrà valutare la politica ex post potendo usufruire, magari, anche di questionari o focus group da sottoporre ai beneficiari.

Con questi accorgimenti e limitandosi dunque a valutare l'impatto delle sole misure generazionali, sarebbe interessante sottoporre a valutazione con questa metrica proprio le misure definibili tali, rinvenienti nel Piano Nazionale Di Ripresa e resilienza attualmente al vaglio del Governo Draghi.

Inserendo i valori dell'incidenza[30] delle singole misure coerentemente con l'intervallo di tempo considerato nelle serie storiche degli indicatori del GDI, anno per anno, parametrati con il menzionato "tasso di successo", con una buona dose di

[29] Si v. Aa. Vv., *Il Divario Generazionale e il Reddito di Opportunità, ibidem.*
[30] In termini di risorse economiche impiegate ed obiettivi prefigurati.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

semplificazione saremmo in grado di proiettare il nostro Indice nel probabile futuro ed osservarne l'evoluzione stimolata dall'intervento preso in esame e lo scostamento dalla baseline prevedibile senza l'intervento della specifica politica.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

LA CONTABILITÀ PUBBLICA: EVOLUZIONE DI UNA MATERIA TRA MODELLI "A REGIME" E SISTEMA EMERGENZIALE[*]

Webinar di presentazione del "Manuale di Contabilità di Stato"
di Daniela Bolognino

Indirizzi di saluto

Massimiliano Atelli[**]

Buonasera, desidero anzitutto ringraziare Bernardo e gli organizzatori, e scusarmi per le difficoltà che ho incontrato nel connettermi alla piattaforma.

Ci tenevo molto, però, a non fare mancare il mio saluto personale ma anche a nome di tutto il Circolo dei magistrati della Corte dei Conti, che mi onoro di presiedere da qualche anno, nel quale mi sono adoperato per rilanciare una tradizione di appuntamenti culturali che si era andata un po' perdendo.

Nel proseguirla, a dispetto del Covid e delle limitazioni che impone agli eventi in presenza, ci faceva molto piacere partecipare, come Circolo, alla presentazione di questo bel volume di Daniela Bolognino capace di riattualizzare una domanda che non ha mai smesso di creare motivo di interesse: che è quella del significato stesso della contabilità pubblica.

Purtroppo sono riuscito ad ascoltare soltanto una parte dell'intervento introduttivo dell'amico Luigi Caso e l'ultimo intervento di Harald. Ci tengo, però, ad offrire alla discussione di tutti questa pillola: la contabilità pubblica, in realtà, ha conosciuto una parabola evolutiva molto forte, molto importante, perché nasce come un sistema, una bussola per consentire di dare alla volontà popolare la possibilità di sapere - e attraverso il sapere - di compiere delle scelte, nel momento in cui si passa

[*] Webinar tenutosi il 29 ottobre del 2020 e promosso dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli "Vittorio Bachelet", dall'Associazione magistrati della Corte dei conti e dal Circolo Magistrati della Corte dei conti.

[**] Presidente del Circolo magistrati della Corte dei Conti.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dagli Stati assoluti ai moderni sistemi di democrazia rappresentativa. Nelle nostre memorie c'è sempre l'episodio della pubblicazione del bilancio della Corte di Francia dal banchiere ginevrino Necker che Luigi XVI aveva coinvolto e responsabilizzato nel tentativo di salvare la monarchia sennonché, all'epoca, il bilancio della Corte non era separato da quello dello Stato, il popolo francese già in forte stato di indigenza e affamato si accorge dei volumi delle spese di Corte e a distanza di dopo poche ore scocca la scintilla che innesca la Rivoluzione francese. Un episodio probabilmente meno noto tra i tanti ma che invece nelle nostre memorie ha sempre uno spazio particolare.

Poi, certamente, la sua evoluzione ha incrociato anche la strada del diritto comunitario - lo ricordava Harald poco fa - oggi il tema della giurisdizione sull'elenco ISTAT è, nei fatti, il tema della perimetrazione dello spazio pubblico, e questo è certamente un aspetto a cavallo tra diritto nazionale e diritto comunitario. Come tale, va certo oltre la dimensione della giurisdizione nazionale.

Infine, il sistema di contabilità pubblica oggi si pone, naturalmente, e in modo diversificato, anche come strumento di misurazione dell'efficienza e dell'efficacia delle politiche pubbliche non soltanto dal lato del controllo - cosa che è gli più congeniale e naturale - ma tutto sommato anche dal punto di vista della più tradizionale giurisdizione di responsabilità. In particolare, nei tanti casi che arrivano nelle nostre aule di giustizia in cui il tema non è - come dire - l'illecito arricchimento, il fatto doloso, la "ruberia" - per usare un'espressione che va di moda - ma piuttosto lo spreco: è evidentemente il sintomo, il riferimento ad un esperienza che è quella del cattivo uso della spesa pubblica.

Io credo che nel libro di Daniela Bolognino troviamo un po' tutti questi aspetti: le origini, ciò che la contabilità pubblica è con il tempo diventata e, naturalmente, anche quello che ci riguarda più da vicino come famiglia giudiziaria della Corte dei Conti ossia il tema più di attualità, più di sfida, che è quello della misurazione delle politiche pubbliche, sia dal lato del controllo che della giurisdizione. Quindi un complimento vivo a Daniela Bolognino perché è davvero un volume che interessa, che appassiona chi coglie l'essenza del diritto finanziario e che naturalmente si offre come punto di riferimento per tutti gli interpreti.

Grazie e buona prosecuzione dei lavori.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Luigi Caso*

Innanzitutto, saluto tutti i presenti, tutti coloro cioè che in questo momento sono collegati tramite la rete e seguono il convegno attraverso il loro computer. Questa modalità di incontro, purtroppo, sta diventando sempre più usuale e io vi saluto e vi ringrazio come se fossimo tutti fisicamente presenti e vicini.

Ringrazio la LUISS, il Centro Bachelet, e quindi l'amico Bernardo Mattarella, per aver organizzato questo evento. Ringrazio l'amica e collega Donatella Scandurra che ha contribuito fortemente all'organizzazione dell'incontro e voglio infine ringraziare la Professoressa Bolognino per il bel manuale che oggi presentiamo.

Io credo che oggi ci sia particolarmente bisogno di studiare, occorre sempre più che chi ha tempo, modo e capacità di studiare ed approfondire le questioni, ci aiuti a comprendere la realtà in cui viviamo: ben vengano, quindi, i manuali e i libri di diritto!

Non si possono affrontare i problemi che ci troviamo innanzi in questo momento così difficile improvvisando, ma occorre avere alle spalle solide basi culturali, solidi studi.

Come si soleva dire nel MedioEvo, *non studere sed studuisse oportet.*

Ancor più benvenuti - e qui parlo con specifico riferimento alla magistratura di cui faccio parte e all'Associazione di cui sono Presidente - sono i manuali che approfondiscono le tematiche giuscontabilistiche.

La Corte dei Conti è spesso e volentieri una magistratura poco conosciuta e poco compresa, proprio perché è un soggetto difficile da capire fino in fondo. A volte è proprio questa scarsa conoscenza della Corte che porta ad interventi non sempre felici del Legislatore nelle nostre materie. È chiaro che una magistratura, soprattutto se ha il suo fulcro nel controllo, se non se ne comprendono pienamente la *ratio* e la natura, può essere vissuta dai controllati come un mero fastidio e non già come una risorsa indispensabile.

In questi ultimi tempi abbiamo assistito a continue modifiche normative che in un modo o nell'altro comprimono le funzioni della Corte. Del resto, una previsione normativa che rende più facile utilizzare le risorse pubbliche senza preoccuparsi di farlo bene non può che suonare come un'inutile e dannosa deresponsabilizzazione, che a sua volta trova corrispondenza in una gestione della cosa pubblica spesso priva di programmazione.

* Presidente dell'Associazione magistrati della Corte dei Conti.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

A prescindere dal merito delle questioni, deve del resto rilevarsi l'inopportunità di modifiche alle nostre funzioni in maniera così episodica e in assenza di un disegno organico; occorre invece comprendere appieno le funzioni di ogni istituto, capirne la *ratio* che le ispira, anche per aiutare il Legislatore a operare scelte più ponderate.

Credo che sia errato valutare natura e funzioni della Corte dei Conti usando come criterio di comparazione le altre magistrature. La Corte dei Conti, infatti, è qualcosa di molto diverso. Come diceva il Presidente Carbone, la Corte dei Conti è la cerniera dell'ordinamento. Si può dire che la Corte sia una magistratura di confine, posto sul limitare delle varie materie giuridiche, perché l'esercizio delle sue funzioni implica la conoscenza non solo della contabilità pubblica, ma anche di tutte le altre branche del diritto, dal privato all'amministrativo, al penale e tutte le rispettive regole processuali e procedimentali; ma v'è di più: l'azione della Corte si situa al confine tra il diritto e l'economia e tra il diritto e la politica.

Proprio per tali motivi, l'angolo di visuale della Corte dei Conti non è mai paragonabile a quello delle altre magistrature. Faccio un esempio banale: il danno erariale non è mai la somma algebrica con cui – come avviene nel diritto civile - si compara il pattuito e l'ottenuto; non è neanche il danno penale che è una mera conseguenza di un comportamento antigiuridico ma è sempre un danno funzionale, un danno ciò che sussiste in ragione di un giudizio comparativo tra l'utilizzo concreto delle risorse pubbliche e quella che era la relativa allocazione indicata dalla legge. E, ovviamente, non c'è atto più politico dell'allocazione delle risorse.

Quindi, comprendere la natura delle funzioni della Corte, come in questo manuale viene fatto, serve a comprendere la *ratio* e la necessità di una Corte dei Conti che funzioni e che operi nel modo migliore. Quindi ben vengano questi manuali.

Purtroppo, come ci insegnano esperienze di qualche anno fa – mi riferisco agli anni a cavallo della prima decade di questo secolo, quando Presidente della Corte dei conti era Luigi Giampaolino – nei momenti di crisi economica la Corte diventa un soggetto fondamentale dell'ordinamento, anche nei rapporti con le istituzioni europee. In quegli anni, infatti, la Corte dei conti era divenuta un interlocutore indispensabile della Commissione europea per comprendere meglio quella che era reale la situazione dei conti pubblici italiani.

Pertanto, nell'avviarmi a concludere il mio saluto, ribadisco la necessità che la dottrina e l'accademia ci aiutino a comprendere e a far comprendere meglio la natura e le funzioni di una magistratura particolare, il cui compito non è quello di risolvere i conflitti fra soggetti, ma di assicurare la corretta allocazione delle risorse pubbliche e, dunque, assicurare che la scelta parlamentare più politica di tutte, e cioè la scelta di bilancio, sia rispettata da chi ne deve dare attuazione e cioè la pubblica amministrazioni.

Sono contento che questo incontro di oggi sia organizzato dalla LUISS, perché – io sono un laureato LUISS di qualche anno fa - la LUISS è stata, per quelli della mia generazione, il primo e riuscito esperimento di osmosi fra la cultura giuridica e quella economica, un luogo in cui i giuristi hanno compreso l'importanza dell'economia,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

l'economia ha compreso l'importanza del diritto. Come sappiamo bene, non vi è diritto che non costi e parlare di diritti in senso astratto, senza capire che ogni diritto ha un costo, è un enorme errore.

La Corte dei Conti condivide questa natura di soggetto in cui diritto ed economia vivono insieme, in una visione complessiva che funge anche da *trait d'union* tra il momento della decisione politica e quello dell'azione amministrativa.

Dunque, ringrazio nuovamente la Professoressa Bolognino per questo bel manuale e ringrazio la LUISS e tutti gli organizzatori per questa bella occasione di incontro e confronto.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La decisione di bilancio e la Contabilità pubblica tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali[*]

di Guido Rivosecchi[**]

13 aprile 2021

Sommario: 1. La Contabilità pubblica: una disciplina tra un significativo passato e un futuro da costruire. – 2. L'influenza del Diritto dell'Unione europea sulla decisione di bilancio (tra crisi economica ed emergenza sanitaria)… – 3. …e sul sistema dei controlli affidati alla Corte dei conti. – 4. Che ne è delle autonomie territoriali e del diritto costituzionale del bilancio?

1. La Contabilità pubblica: una disciplina tra un significativo passato e un futuro da costruire

La presentazione del manuale di Contabilità di Stato di Daniela Bolognino (*Manuale di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2019) costituisce occasione preziosa di confronto sui temi della Contabilità pubblica che nel corso degli ultimi anni hanno assunto sempre maggiore rilievo davanti alla crisi economica e, oggi, all'emergenza sanitaria.

Il lavoro di Bolognino si inserisce nel quadro di una recente ripresa degli studi in questa disciplina che ha interessato sia la manualistica specializzata[1], sia opere

[*] Intervento al Webinar "La Contabilità pubblica: evoluzione di una materia tra modelli 'a regime' e sistema emergenziale", tenutosi il 29 ottobre del 2020 e promosso dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli "Vittorio Bachelet", dall'Associazione magistrati della Corte dei conti e dal Circolo Magistrati della Corte dei conti in occasione della presentazione del "Manuale di contabilità di Stato" di Daniela Bolognino.

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale – Scuola di Giurisprudenza, Università degli Studi di Padova.

[1] Cfr., ad esempio, P. Santoro – E. Santoro, *Manuale di Contabilità e finanza pubblica*, Rimini, Maggioli Editore, 2018; A. Monorchio – L.G. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2018.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

collettanee[2], sia studi monografici[3], saggi e articoli, con sempre maggiore frequenza ospitati nelle riviste scientifiche, e che ha visto anche la fondazione di nuove riviste. Oltre a quelle da tempo attive, a partire dalla "Rivista della Corte dei conti", basti pensare all'ultima nata, la Rivista "Bilancio, Comunità, Persona", che, a distanza di soli due anni dalla sua fondazione, già fornisce un prezioso punto di riferimento per gli studiosi e gli operatori del settore.

A tutto ciò deve aggiungersi il segnale particolarmente significativo rappresentato dalla ripresa, a far data dal 2018, dei Convegni annuali di Contabilità pubblica, giunti ormai al terzo anno consecutivo, effetto della sinergica e proficua collaborazione tra il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Pisa e il Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari di Venezia[4].

Il riavvio di questo filone di studi e di ricerche costituisce indice rilevante della recente tendenza a reinserire la Contabilità pubblica nei corsi di laurea in Giurisprudenza, Economia e Scienze politiche, dopo una fase di quiescenza in cui era stato colpevolmente sottovalutato il sicuro rilievo della disciplina. Basti pensare a quante volte si è sentito dire in sede accademica o si è letto nell'ambito del dibattito degli ultimi anni sulla ridefinizione dell'offerta formativa che la Contabilità di Stato non risulta attrattiva per gli studenti e non trova una collocazione scientifica ben definita ponendosi a cavallo delle discipline giuridiche, economiche e aziendalistiche!

Al contrario, la conoscenza delle nozioni della Contabilità pubblica costituisce indefettibile presupposto per la comprensione degli istituti del Diritto pubblico in un quadro corretto ed equilibrato rispetto al Diritto europeo.

È superfluo ricordare i nobili ascendenti della disciplina che affonda le radici nella giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento e nelle origini della Scuola italiana di Diritto pubblico[5]. Al riguardo, mi limito a richiamare, in maniera esemplificativa, l'opera di un autore talvolta meno valorizzato di quanto meriterebbe, Gaetano

---

[2] Cfr., ad esempio, A. Canale – D. Centrone – F. Freni – M. Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2020; V. Tenore – A. Napoli, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti. Raccolta di studi sui temi più attuali innanzi alla Corte dei conti*, Napoli, ESI, 2019; V. Tenore – A. Napoli, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, Napoli, ESI, 2020.

[3] Cfr., di recente, M. Caredda, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino, Giappichelli, 2019; E. Cavasino, *Scelte di bilancio e principi costituzionali, Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

[4] Sono già stati pubblicati gli Atti del primo Convegno annuale di Contabilità pubblica svoltosi il 6-7 dicembre 2018 all'Università degli Studi di Pisa (*La dimensione globale della finanza e della Contabilità pubblica*, Atti del Convegno annuale di Contabilità Pubblica. Pisa, 6-7 dicembre 2018, a cura di A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P.P. Italia, V. Manzetti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020), a cui hanno fatto seguito i Convegni tenutosi il 28-29 novembre 2019 all'Università Ca' Foscari di Venezia e il 17/19 dicembre 2020 all'Università degli Studi di Pisa (webinar), i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

[5] Per una recente ricostruzione, cfr. G. Rivosecchi, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2020, 1 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Vitagliano, a cui si deve il primo contributo della dottrina italiana sul contenuto giuridico della legge di bilancio[6], che, con profondità storica e comparatistica, mette già a fuoco le questioni centrali della legislazione finanziaria nella dialettica tra Governo e Parlamento, rivolgendo – già allora – un'acuta critica alla teorica dominante della natura meramente formale della legge di bilancio. Vitagliano afferma che quella di bilancio è legge materiale come ogni atto dello Stato emanato in forma di legge e quindi produttiva di effetti giuridici, giungendo a ricostruire l'istituto come legge attributiva della competenza del Governo ad adottare atti di prelievo e impiego delle risorse i quali, senza l'autorizzazione parlamentare che si esprime nell'approvazione del bilancio, non sarebbero «atti dello Stato»[7]. Colpisce – sia detto per inciso – la modernità di questa impostazione se si pensa che il definitivo superamento della teoria della natura meramente formale della legge di bilancio è portato a compimento dalla giurisprudenza costituzionale soltanto con la recente sentenza n. 10 del 2016, ove si legge – per la prima volta espressamente – che la legge di bilancio produce «effetti novativi dell'ordinamento» esprimendo «scelte allocative di risorse» e che, come tale, deve essere assoggettata al controllo di costituzionalità[8].

Gaetano Vitagliano va quindi annoverato tra i fondatori della Contabilità di Stato nella prima fase del Novecento non foss'altro perché è soprattutto grazie ai suoi studi che la disciplina diventa autonoma dall'Economia politica e dalla Scienza delle finanze che sino a quel momento l'avevano monopolizzata in ragione dell'influenza di studiosi dello spessore di Antonio De Viti De Marco.

In estrema sintesi, dagli studi di quegli anni segue una lunga fase di sviluppo e di consolidamento della Contabilità pubblica soprattutto nella seconda parte del Novecento grazie all'opera di Maestri come Antonio Bennati[9], Salvatore Buscema[10] e Francesco Staderini, che tanto hanno dato anche alla Corte dei conti, e alle ricerche, tra gli altri, di Alberto Barettoni Arleri[11], Antonio Brancasi[12] e Paolo De Ioanna[13], ma anche di costituzionalisti del calibro di Valerio Onida[14] e Massimo Luciani[15] che hanno dedicato al tema del bilancio studi di particolare rilievo.

---

6 G. Vitagliano, *Il contenuto giuridico della legge di bilancio*, Roma, Officine tipografiche italiane, 1910.

7 Cfr. G. Vitagliano, *Il contenuto giuridico della legge di bilancio*, cit., 398 s.

8 Sent. n. 10 del 2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

9 A partire dal fondamentale manuale: cfr. A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, Jovene, 1965.

10 Particolarmente significativa e tuttora di grande utilità, ad esempio, la voce di S. Buscema, *Bilancio*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, 384 ss.

11 Cfr. A. Barettoni Arleri, *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1989.

12 Nell'ambito di una vastissima produzione, cfr., almeno, A. Brancasi, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, Giuffrè, 1985; Id., *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005.

13 Cfr., ad esempio, P. De Ioanna, *Parlamento e spesa pubblica. Profili istituzionali del bilancio pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1993.

14 Cfr. V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969.

15 Nell'ambito di un'ampia produzione, cfr., almeno, M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in Corte costituzionale, *Il principio*

Al contributo di questi studiosi, ha fatto poi seguito, in una prima fase, la diffusione dei corsi di Contabilità pubblica – alla Luiss, sede che oggi ci ospita, soprattutto grazie alla sensibilità del Prof. De Martin – mentre negli ultimi anni si è assistito a una sorta di ecclissi della Contabilità pubblica dai corsi di studio universitari, che è stata soltanto recentemente contenuta.

Credo invece che si tratti una disciplina fondamentale nello studio del Diritto pubblico, come indica il suo recente reinserimento in diversi ordinamenti universitari sia nella sua versione "amministrativistica" (Contabilità dello Stato e degli enti pubblici; Contabilità pubblica; Governo della finanza pubblica), sia in quella "costituzionalistica" (Diritto costituzionale del bilancio; Diritto costituzionale finanziario e tributario).

A questi risultati ha contribuito in maniera decisiva anche la giurisprudenza costituzionale degli ultimi dieci anni. È sufficiente un rapido sguardo agli atti introduttivi dei giudizi davanti Corte e alle pronunce per rendersene conto: non vi è ormai udienza del Giudice delle leggi in cui non sia discussa almeno una questione di finanza pubblica. Il diritto del bilancio e la Contabilità pubblica sono quindi ormai entrati nel Diritto costituzionale vivente.

2. L'influenza del Diritto dell'Unione europea sulla decisione di bilancio (tra crisi economica ed emergenza sanitaria)…

Il lavoro di Daniela Bolognino si colloca in questo filone di studi e di rilancio della Contabilità pubblica, muovendo dal presupposto che essa costituisca disciplina fondamentale dei corsi universitari. Trattandosi di un manuale, esso è quindi espressione di un apprezzabile tentativo di semplificazione, essendo indirizzato soprattutto agli studenti universitari, ma, al contempo, fornisce un contributo utile quanto al corretto inquadramento della decisione di bilancio e degli altri istituti presi in esame.

In questa sede, mi è stato chiesto di svolgere qualche considerazione sulla prima parte del testo, in cui la decisione di bilancio e gli istituti della Contabilità pubblica sono inquadrati da un lato rispetto al processo di integrazione europea e, dall'altro, rispetto al sistema delle autonomie territoriali.

Quanto all'influenza del Diritto dell'Unione europea sull'ordinamento contabile, tra i tanti temi affrontati nel volume mi soffermo su due aspetti in cui tale influenza mi sembra maggiormente decisiva, in quanto di carattere immediato e diretto: la

dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano, Giuffrè, 2014, 1 ss.; Id., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2015, 1673 ss.; Id., *Bilancio, forma di governo, forma di Stato*, in *Costituzione e bilancio*, a cura di C. Bergonzini, Milano, FrancoAngeli, 2019, 39 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

determinazione dell'equilibrio di bilancio nella decisione di bilancio tra Governo e Parlamento, da un lato; l'influenza del Diritto europeo sul sistema dei controlli affidati alla Corte dei conti, dall'altro lato.

La legge costituzionale n. 1 del 2012 ha determinato l'ingresso in Costituzione dei precetti dell'equilibrio e della sostenibilità delle finanze pubbliche (art. 81 e 97, primo comma, Cost.), segnato da vere e proprie clausole di autolimitazione della sovranità nel governo dei conti pubblici in favore del Diritto dell'Unione europea (artt. 97, primo comma, e 119, primo comma, Cost.), pur con tutti gli elementi di duttilità che consentono – come ben dimostrano le vicende più recenti – deroghe all'equilibrio in relazione all'andamento del ciclo economico alle crisi, economiche e sanitarie.

Chiarisce anche Daniela Bolognino che l'equilibrio di bilancio è cosa diversa dal pareggio perché, proprio per effetto dell'apertura al Diritto dell'Unione europea, esso è determinato mediante rinvio all'obiettivo di medio termine e quindi al c.d. saldo strutturale[16]. Tale principio non indica pertanto una situazione di statico pareggio contabile fra entrate e spese, ma deve ritenersi rispettato anche in presenza di un disavanzo giustificato dagli effetti del ciclo economico o in caso eventi che consentono scostamenti dal suddetto obiettivo, sia pure concertati con le istituzioni europee[17].

Quanto detto è confermato in primo luogo dal sistematico ricorso alle deroghe al divieto di indebitamento consentite dall'art. 81, secondo comma, Cost. «al verificarsi di eventi eccezionali» e votate dalle Camere a maggioranza assoluta secondo una clausola che, già nella fase anteriore all'emergenza sanitaria, è stata interpretata in maniera particolarmente estensiva, includendo in tali «eventi» non soltanto «periodi di grave recessione economica» ed «eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato», secondo quanto testualmente previsto dall'art. 6, comma 2, lett. a) e b), della legge "rinforzata" n. 243 del 2012, di "attuazione" dell'art. 81 Cost., ma anche "ordinarie" misure di reazione alle diverse fasi di crisi economica, a partire dai "salvataggi" degli istituti di credito in crisi e dagli interventi di rilancio dell'economia[18]. In altre parole, l'interpretazione delle richiamate norme costituzionali e legislative, adottata da Governo e Parlamento con l'avallo dalle istituzioni europee, ha consentito di predisporre e approvare intere manovre finanziarie entro gli scostamenti previsti dall'art. 6 della legge n. 243 del 2012 per un totale – al 30 novembre 2020 – di quattordici scostamenti dall'obiettivo di medio termine votati dalle Camere a maggioranza assoluta. Se si considera che la legge costituzionale n. 1 del 2012 per sua espressa previsione si applica a decorrere dal 1° gennaio 2014, si avrà la misura dell'incidenza "ordinaria" dell'applicazione della suddetta procedura

16 Cfr. D. Bolognino, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 32 ss.

17 In questo senso, cfr. M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, cit., 23 s.

18 Per un primo approfondimento delle prassi parlamentari e degli interventi votati dalle Camere a maggioranza assoluta che determinano scostamenti dall'obiettivo di medio termine, cfr. N. Lupo – R. Ibrido, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra Fiscal Compact e articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 2/2017, 228 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

nell'approvazione degli atti collegati alla legge di bilancio (Documento di economica e finanza; Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza; disegni di legge di conversione di decreti-legge in materia economico-finanziaria) pari ad una media di più di due scostamenti all'anno nei sei anni in cui ha trovato applicazione il rinnovato art. 81 Cost.

La richiamata duttilità delle norme costituzionali e legislative sul governo dei conti pubblici è in secondo luogo confermata dalla giurisprudenza costituzionale che ha affermato un'interpretazione "dinamica" dell'equilibrio di bilancio, condizionata, cioè, dalla congiuntura e dalle crisi economico-finanziarie. Infatti, secondo la Corte, il principio dell'equilibrio «consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche»[19] attraverso l'impiego delle risorse pubbliche in un ottimale rapporto tra efficienza ed equità rinvolto a garantire «l'equilibrio tendenziale del bilancio»[20]. Muovendo da tali assunti, i Giudici costituzionali hanno ravvisato nell'art. 81 Cost. un vero e proprio principio di anticiclicità del bilancio quando hanno affermato che esso consente l'indebitamento per contrastare le fasi avverse del ciclo economico al fine di assicurare le risorse accertate e disponibili per gli investimenti[21].

In questa prospettiva, la Corte ha quindi concluso che «il novellato art. 81 Cost. ha assunto – soprattutto attraverso la formulazione del primo comma – un significato "anticiclico" in termini di politica fiscale e monetaria e, più in generale, di politica economica, consistente nella missione di attenuare le fluttuazioni, intervenendo sul mercato per frenare la ripresa o contrastare la depressione dell'attività economica a seconda delle contingenze caratterizzanti i relativi cicli economici»[22]. Sicché l'attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012 attraverso la c.d. «"legge organica" ha conferito alla legge di bilancio [...] e alle altre leggi finanziarie correttive delle manovre di finanza pubblica una regia di interventi complessi e coordinati, finalizzati ad assicurare sostenibilità economica e sviluppo»[23].

Tali processi hanno subito una brusca accelerazione a causa della pandemia che ha determinato la sospensione delle regole europee sul patto di stabilità imponendo, all'opposto, il larghissimo ricorso all'indebitamento mediante il sistematico scostamento dal divieto di indebitamento. In altre parole: di fronte all'emergenza sanitaria senza precedenti lo squilibro di bilancio è nei fatti prima ancora che nelle scelte di governo dei conti pubblici perché l'enorme sproporzione tra le esigenze primarie – non bilanciabili – di tutela della salute, da un lato, e la scarsità delle risorse, dall'altro, non può che produrre disavanzo e debito pubblico. Basti pensare che ben

19 Sent. n. 250 del 2013, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

20 Sent. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del "Considerato in diritto".

21 Cfr. sentt. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del "Considerato in diritto"; n. 101 del 2018, punto n. 6.2.1 del "Considerato in diritto"; n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

22 Sent. n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

23 Sent. n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

cinque dei quattordici scostamenti complessivamente votati da quando trova applicazione la legge costituzionale n. 1 del 2012 sono stati deliberati negli ultimi mesi, per la precisione dall'11 marzo al 25 novembre 2020, allo scopo di assicurare il finanziamento dei decreti-legge di sostegno all'economia e approvare la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza e le relative risoluzioni parlamentari[24].

La crisi sanitaria ha ben presto acuito la crisi economica, aprendo così una nuova fase nel governo delle finanze pubbliche a causa dell'esigenza di assicurare le misure necessarie a fronteggiare gli eventi emergenziali votate sistematicamente in extra-*deficit* dal Parlamento nazionale. Infatti, prendendo in esame la sequenza dei sopra richiamati decreti-legge di sostegno all'economia convertiti dal Parlamento (11 marzo 2020, 29 aprile 2020, 29 luglio 2020, 13 ottobre 2020 e 25 novembre 2020), l'andamento dei conti pubblici mostra un evidente disallineamento tra indebitamento e saldo da finanziare. Mentre nel primo scostamento (11 marzo 2020) l'indebitamento netto (25 miliardi) era pari al saldo netto da finanziare (25 miliardi), dal secondo scostamento (29 aprile 2020) la forbice si è allargata in maniera esponenziale poiché il saldo netto da finanziare (155 miliardi) è aumentato più del triplo di quanto è aumentato l'indebitamento netto (50 miliardi).

In questo contesto, si inseriscono gli indispensabili programmi di sostegno europei previsti su più linee di intervento: *Next Generation Europe* (NGEU), più noto in Italia con il nome della sua componente principale, il *Recovery Fund*, già previsto a fine maggio 2020 dalla Commissione, sostenuto dal Parlamento europeo, che dovrebbe costituire il primo programma di intervento capace di creare debito europeo di dimensioni inedite senza previa garanzia degli Stati, in larga parte destinato a erogazioni a fondo perduto, rivolto a finanziare "Programmi nazionali per la ripresa e la resilienza", integrati nella programmazione di bilancio europea (Quadro di finanziamento pluriennale 2021-2027).

Al riguardo, occorre precisare che tra i principali requisiti richiesti sia per ottenere sia per mantenere il finanziamento dei programmi nazionali sono espressamente richiamate le specifiche raccomandazioni annualmente rivolte agli Stati membri nell'ambito del Semestre europeo, sicché dagli interventi europei dipende in buona parte la "tenuta" delle misure di sostegno all'economia già votate in extra-*deficit* dal Parlamento nazionale.

3. …e sul sistema dei controlli affidati alla Corte dei conti

[24] Cfr. il decreto-legge 28 marzo 2020, n. 19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19), il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) e il decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il secondo ambito in cui a mio parere si manifesta in maniera più immeditata e diretta l'influenza del Diritto dell'Unione europea è costituito dal sistema dei controlli esterni affidati alla Corte dei conti.

Al riguardo, la legge costituzionale n. 1 del 2012 ha contribuito a modificare il ruolo dell'organo magistratuale perché, appunto sotto la spinta dei vincoli europei, l'esigenza di conseguire gli obiettivi di finanza pubblica implica il rafforzamento dei controlli e quindi la Corte dei conti diventa *anche* strumento di raccordo con il Diritto dell'Unione europea per assicurare la sana gestione finanziaria.

In estrema sintesi, i controlli affidati alla Corte dei conti, pur nelle loro diverse tipologie, conoscono fondamentalmente due esiti – il «referto» e la «decisione» – che ne connotano struttura e procedimento[25].

In una prima fase, erano prevalenti i controlli-referto in cui l'ausiliarietà della Corte dei conti si esprime nei confronti del Parlamento e delle assemblee elettive degli enti sub-statali in funzione di stimolo all'autocorrezione dell'ente controllato[26]. Ricondotti all'alveo di quelli c.d. collaborativi, tali controlli sono stati pertanto ritenuti dalla giurisprudenza costituzionale non lesivi dell'autonomia politica degli enti territoriali[27]. In linea con le richiamate finalità autocorrettive, si esplica la funzione di referto della Corte dei conti nei confronti delle assemblee elettive delle autonomie, diretta a rappresentare la reale ed effettiva situazione finanziaria al fine di consentire di assumere responsabilmente le decisioni più opportune per l'ente e per gli amministrati[28], nonché di attivare circuiti virtuosi circa l'impiego delle risorse e i processi di risanamento dei conti[29].

Mutati i parametri con la legge costituzionale n. 1 del 2012 sull'equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità delle finanze pubbliche, a questa prima fase segue l'introduzione – soprattutto da parte del decreto-legge n. 174 del 2012 – di controlli sulle amministrazioni regionali e locali e sugli enti del servizio sanitario rivolti a prevenire squilibri di bilancio che non sono più riconducibili all'alveo dei controlli di natura collaborativa, in quanto svolti non già nell'esclusivo interesse degli enti

25 Cfr. A. Carosi, *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti*, a cura di F. Capalbo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 22.

26 In questa prospettiva, cfr., ad esempio, F. Staderini, *Il controllo sulle regioni e gli enti locali nel nuovo sistema costituzionale italiano*, in *Riv. Corte conti*, parte IV, n. 2/2003, 317 ss.; C. Chiappinelli, *I controlli*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, a cura di G. Corso – V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2006, 497 ss.

27 Tra le tante, sentt. n. 267 del 2006 e n. 179 del 2007.

28 Cosicché – rileva ad esempio la Corte costituzionale nella sent. n. 179 del 2007 – la previsione di questa tipologia di controlli «non lede l'autonomia degli enti che costituiscono la Repubblica, ma, al contrario, è diretta a rafforzarla».

29 Cfr. sentt. n. 267 del 2006 e n. 179 del 2007.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

controllati, ma di quello più ampio alla legalità finanziaria[30]. Essi, tra l'altro, implicano poteri sanzionatori e repressivi che possono esplicarsi nei confronti degli enti territoriali, sino al punto di attivare misure interdittive e di sospensione dei programmi di spesa.

Negli ultimi anni, proprio sotto la spinta del Diritto dell'Unione europea, la tendenza del legislatore è rivolta a privilegiare controlli finanziari di legittimità-regolarità dei conti, caratterizzati da procedimenti a struttura binaria e ad esito dicotomico, che si concludono con la verifica del rispetto o meno del parametro normativo, traducendosi nell'accertamento della corrispondenza di determinati fatti giuridico-contabili al parametro stesso: il rispetto del patto di stabilità interno; il rispetto dell'equilibrio di bilancio come declinato dal legislatore statale per lo Stato e per le autonomie territoriali; l'accertamento dello stato di dissesto dell'ente locale.

La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente valorizzato questo orientamento, affermando che tali controlli sono rivolti a prevenire danni irreparabili agli equilibrio di bilancio in forza di quanto previsto dal Diritto dell'Unione europea[31].

In senso analogo, il giudizio di parificazione dei rendiconti, già previsto per le Regioni a statuto speciale ed esteso dal 2012 a quelle di diritto comune, consiste nell'accertamento della conformità della gestione finanziaria dello Stato o della Regione ai parametri normativi; sicché il controllo svolto in tale sede si esplica «nel senso di ammettere o escludere dalla parifica le singole partite di spesa e di entrata che compongono il bilancio»[32].

Tali controlli, quindi, non si pongono più in prospettiva statica, come accadeva per il tradizionale controllo di legalità-regolarità, bensì dinamica, in grado di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo all'adozione di misure correttive, funzionali a garantire l'equilibrio di bilancio[33].

In questa seconda tipologia di controlli finanziari, la «decisione» con cui essi si concludono è sempre più assimilata dal legislatore, dalla giurisprudenza della Corte dei conti, da quella di legittimità e dalla giurisprudenza costituzionale alla forma della «sentenza», recante, cioè, l'intestazione «Repubblica Italiana», l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione e il dispositivo. Al riguardo, particolarmente significativo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 18 del 2019 che ha scolpito la distinzione tra controlli-referto e controlli-decisione proprio muovendo dalla veste formale del provvedimento decisionale, a cui si aggiunge, ai fini della legittimazione a provocare l'incidente di costituzionalità, la sottoposizione alla

30 Su tali controlli, cfr. A. Brancasi, *La fine della legislatura nel segno di nuove regole e controlli per le autonomie*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2013, 385 ss.

31 Cfr., in particolare, sentt. n. 60 del 2013, spec. punto n. 5.2 del "Considerato in diritto"; n. 39 del 2014, spec. punti n. 2, n. 3, n. 6.3.4.3.2 e n. 7.5.2 del "Considerato in diritto"; n. 40 del 2014, spec. punti n. 4.3 e n. 4.4 del "Considerato in diritto".

32 Così, sent. Corte cost. n. 89 del 2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

33 Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2017, 380 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

giurisdizione piena ed esclusiva delle Sezioni riunite della Corte dei conti sulle impugnazioni aventi ad oggetto tali pronunce[34]. Al contrario, il controllo-referto si esprime nella forma della «relazione» redatta nell'esclusivo interesse dell'ente controllato e quindi funzionale ad attivare procedimenti di autocorrezione delle autonomie territoriali sottoposte al controllo.

L'ausiliarietà della Corte dei conti è quindi oggi in profonda trasformazione perché dalle tendenze richiamate si evince il tentativo di collegare la funzione di controllo della Corte dei conti *ex* art. 100 Cost. e quella giurisdizionale prevista dall'art. 103 Cost. con l'obiettivo di ricondurre i controlli finanziari all'esercizio di funzione rigorosamente neutrale di accertamento di fatti giuridico-contabili in relazione al corretto impiego delle risorse pubbliche[35].

A partire dal decreto legge n. 174 del 2012, le richiamate tendenze sono particolarmente evidenti sul versante dei controlli sulle autonomie territoriali che ha visto il progressivo incremento dei controlli di legittimità-regolarità dei conti, sotto la spinta dei vincoli europei al governo dei conti pubblici e della costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio.

Mentre nella fase precedente alla legge costituzionale n. 1 del 2012 i procedimenti di controllo della Corte dei conti scaricavano *soltanto* nel circuito democratico-rappresentativo locale i loro esiti, salvaguardando l'autonomia degli enti sub-statali perché all'interno dell'autonomia stessa si definivano gli effetti dei procedimenti affidati alla Corte dei conti, in forza dei rinnovati parametri costituzionali la fase successiva vede privilegiare controlli di legittimità-regolarità dei conti intestati alle Sezioni regionali nell'interesse più comprensivo alla legalità finanziaria e al rispetto degli obblighi che discendono dal Diritto dell'Unione europea; sicché gli effetti dell'attività di controllo non si esauriscono più all'interno dell'autonomia, ma, viceversa, possono implicare misure interdittive, correttive e sanzionatorie, in quanto rivolte a salvaguardare gli equilibri di bilancio.

La Corte costituzionale ha dapprima sostanzialmente fatto "salve" le norme che hanno istituito tali controlli, dichiarando non fondate le questioni promosse da alcune

[34] Cfr. sent. n. 18 del 2019, punto n. 3 del "Considerato in diritto", ove la Corte afferma: «La forma della sentenza (articolata in motivazione in diritto e dispositivo) con cui si configurano le delibere di controllo sulla legittimità dei bilanci e delle gestioni finanziarie a rischio di dissesto – e la sottoposizione di tali delibere alla giurisdizione esclusiva delle sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione – determinano un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica, ove sono custoditi interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità), sia inerenti alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, *ratione materiae*, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile». Nello stesso senso, v. anche ord. Cass., Sez. U, 13 marzo 2014 n. 5805.

[35] In questo senso, in particolare sentt. C. cost. n. 39 e n. 40 del 2014; nonché, per taluni segmenti dei procedimenti di controllo relativi al c.d. "predissesto" degli enti locali e ai piani di riequilibrio finanziario, ord. Cass., Sez. U, 13 marzo 2014 n. 5805 e sent. Cass., Sez. U, 8 novembre 2016, n. 22645.

Regioni[36]; e, successivamente, ha utilizzato i risultati di questi controlli – pensiamo ancora al giudizio di parifica dei rendiconti regionali – per sviluppare un incisivo sindacato sulle leggi regionali di bilancio e di approvazione dei rendiconti basato sul principio di trasparenza e sincerità dei conti, quale necessario corollario del principio di responsabilità dello Stato costituzionale nell'esercizio della rappresentanza democratica[37].

Sotto questo profilo, l'ausiliarietà della Corte dei conti non si è esprime più soltanto nei confronti delle assemblee elettive o degli enti sub-statali. A tali procedimenti si sono infatti affiancati i controlli di legittimità-regolarità dei conti e il giudizio di parificazione – una delle forme in cui si esplica il controllo di legittimità-regolarità in quanto la parifica si conclude con una «decisione» e non con un «referto»[38] – che, rispondendo all'esclusivo interesse alla legalità finanziaria, finiscono per costituire istituti ausiliari al controllo statale sui bilanci regionali e sulle leggi regionali per assicurare l'obbligo di copertura finanziaria e il rispetto dell'equilibrio.

Tutto ciò ha consentito alla Corte costituzionale di sviluppare un più incisivo sindacato sulle diverse forme di illegittimo ampiamento della capacità di spesa dell'ente territoriale. Basti pensare alle pronunce con cui la Corte dichiara costituzionalmente illegittime le disposizioni di legge regionale che utilizzano a fini di copertura l'avanzo di amministrazione senza che sia approvato il relativo rendiconto[39]; o dispongono l'iscrizione in bilancio di fittizie partite di entrata non giuridicamente accertate[40]; o determinano l'ampliamento della facoltà di spesa mediante la riprogrammazione di «economie vincolate»[41]; o attestano quote di avanzo «libero» a fronte di un risultato di amministrazione negativo[42]. O, ancora, si pensi a quando l'organo di giustizia costituzionale stigmatizza pratiche contabili non rigorose delle Regioni sottoposte a piani di rientro dal disavanzo sanitario, con riguardo all'accertamento dei residui o dei crediti sulla base dei quali sono stati approvati bilanci di previsione o rendiconti[43]; o, infine, a quando esso censura il mancato riaccertamento dei residui che viene ad inficiare la determinazione dell'avanzo di amministrazione e, conseguentemente, del disavanzo finanziario. In tutti questi casi, la Corte censura vizi della legge regionale di

36 Cfr., soprattutto, sentt. n. 23 e n. 39 del 2014.

37 Cfr., in particolare, sentt. n. 184 del 2016, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 18 del 2019, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto".

38 Per un approfondimento di questa prospettiva, cfr. G. Rivosecchi, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale* (31 luglio 2019), in *Federalismi.it*, n. 15/2019 e M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale* (16 dicembre 2020), in *Federalismi.it*, n. 34/2020.

39 Dalla sent. n. 70 del 2012 in poi.

40 Cfr., ad esempio, sentt. n. 192 del 2012 e n. 250 del 2013.

41 Cfr., ad esempio, sent. n. 89 del 2017.

42 Cfr. sent. n. 274 del 2017.

43 Cfr., ad esempio, sent. n. 107 del 2016, punto n. 4.1 del "Considerato in diritto".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

bilancio o di approvazione del rendiconto rispetto ai quali la giurisprudenza della Corte dei conti sui controlli di legittimità-regolarità dei conti ha elaborato indici sintomatici che vengono poi fatti valere nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi regionali di bilancio e di approvazione dei rendiconti. Si pensi, ad esempio, che la tardiva approvazione del rendiconto di per sé si traduce in sospetta violazione dell'art. 81 Cost. a fronte di termini di legge che prima erano considerati ordinatori[44].

Assumendo questa prospettiva di analisi, si spiega anche il recente ampliamento della legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni in sede di giudizio di parificazione tanto "per oggetto", poiché esso riguarda ormai tutte le disposizioni di legge, statale e regionale, che possono alterare gli equilibri di bilancio[45], quanto "per parametro", non essendo più limitato alle violazioni dell'art. 81 Cost., ben potendo oggi la Sezione regionale sollevare questioni, sia pure alle condizioni precisate dalla stessa giurisprudenza costituzionale, anche in riferimento a parametri attinenti al riparto di competenze tra Stato e Regioni[46].

Al giudizio di parificazione è stata infatti estesa la regola processuale della c.d. ridondanza ai fini dell'ampliamento della legittimazione "per parametro", in forza della quale alla Corte dei conti, in tale sede, è ora consentito evocare parametri attinenti al riparto di competenze (e quindi diversi dall'art. 81 Cost.) qualora la loro lesione si rifletta sull'attività svolta in sede di parifica. In altre parole, è onere della Sezione regionale che solleva la questione dimostrare che la lesione dei parametri costituzionali evocati ridondi funzionalmente sull'attività svolta in sede di parifica, poiché l'applicazione della legge in tesi incostituzionale interferisce con la parificazione del rendiconto[47].

Al riguardo, è senz'altro degna di apprezzamento la ricostruzione fornita da Daniela Bolognino del sistema dei controlli e del giudizio di parificazione della Corte dei conti[48]. Essa potrebbe però essere ulteriormente arricchita alla stregua dei più recenti orientamenti normativi e giurisprudenziali che ho richiamato, tenendo conto che la valorizzazione dei controlli di legittimità-regolarità dei conti tende oggi a configurare una rinnovata prospettiva di ausiliarietà della Corte dei conti certamente non più confinata alla funzione del controllo-referto, ma, proprio in forza dei rinnovati parametri costituzionali e dei vincoli europei, estesa all'accertamento in forma

---

[44] Per un approfondimento dei richiamati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, cfr. G. Rivosecchi, *Autonomia finanziaria ed equilibrio di bilancio degli enti territoriali*, in *Costituzione e bilancio*, cit., 259 s.

[45] Cfr. sentt. n. 244 del 1995; n. 213 del 2008; n. 244 del 2020.

[46] Cfr. sentt. n. 196 del 2018; n. 138 del 2019; n. 244 del 2020.

[47] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 16 ss. e M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, cit., 61 ss.

[48] Cfr. D. Bolognino, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., rispettivamente 233 ss. e 179 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

giudiziale di fatti giuridico-contabili a presidio della legalità finanziaria e nell'interesse dei principi costituzionali di volta in volta rilevanti[49].

4. Che ne è delle autonomie territoriali e del diritto costituzionale del bilancio?

In questo contesto, occorre interrogarsi circa la sorte delle autonomie territoriali, limitate dalle rinnovate tendenze all'accentramento causate dall'emergenza economica e da quella sanitaria[50].

L'analisi di Daniela Bolognino molto opportunamente valorizza l'autonomia finanziaria degli enti sub-statali e, quindi, la centralità non più soltanto del bilancio dello Stato, ma dei *bilanci pubblici*, intesi come «bene pubblico», come affermato dalla giurisprudenza costituzionale[51], e quindi strumentale a garantire il principio di responsabilità del mandato elettorale poiché capace di «sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia all'individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche»[52]. In definitiva, attraverso i controlli sui bilanci dello Stato e delle autonomie territoriali la Corte dei conti verifica che il modo in cui le risorse pubbliche sono state utilizzate risponda agli impegni assunti dai governanti e dagli amministratori pubblici di fronte ai cittadini.

In questa prospettiva, diventa centrale il tema dell'autonomia e della responsabilità politica circa le scelte sull'impiego delle risorse.

Al riguardo, deve essere ricordato che il grado di effettiva autonomia degli enti sub-statali dipende dalle risorse e quindi, tanto più in un sistema a finanza territoriale di carattere ancora largamente derivato come il nostro, è necessario dotare gli enti sub-statali di risorse adeguate rispetto alle funzioni a essi affidate per rispettare il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse previsto dall'art. 119, quarto comma, Cost.[53].

La Costituzione, anche in tema di finanza territoriale, così come, in linea generale, in materia di finanza pubblica, non ha accolto una determinata teoria economica[54], configurando piuttosto il nostro come un modello di finanza territoriale

---

[49] Per un recente approfondimento di questa prospettiva, cfr. G. Rivosecchi, *L'ausiliarietà in trasformazione: le virtualità multiple della funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, a cura di C. Caruso e M. Morvillo, Bologna, il Mulino, 2020, 319 ss.

[50] Sul punto, cfr. G. Rivosecchi, *Divisione dei poteri e controllo parlamentare ai tempi del coronavirus* (1° dicembre 2020), in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, 65 ss.

[51] Cfr. sentt. n. 184 del 2016, punto n. 3 del "Considerato in diritto" e n. 18 del 2019, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto".

[52] Sentt. n. 184 del 2016, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[53] Su questi aspetti mi sembrano condivisibili le considerazioni di D. Bolognino, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 40 ss.

[54] Come risulta dal Rapporto della Commissione economica per l'Assemblea Costituente, presieduta da Giovanni Demaria, e dai lavori della stessa Assemblea Costituente: sul punto cfr. S. Bartole, *Art. 81*, in *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi. Art. 76-82*, a cura di G. Branca, vol. II,

prevalentemente "aperto" alle scelte del legislatore, pur nei limiti di alcuni elementi prescrittivi posti dall'art. 119 Cost., a partire dal principio del finanziamento integrale delle funzioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo.

In questo quadro di riferimento, come ho argomentato in altra sede[55], l'effettivo grado di autonomia finanziaria, capace di incidere sull'autonomia politica delle autonomie territoriali, dipende dal combinarsi di alcune variabili – controllate dal legislatore statale – dalle quali si desume il tasso di autonomia o di accentramento del sistema nello svolgimento delle funzioni:

a) la scelta di un sistema di finanza autonoma o finanza derivata: la combinazione di "quanta" finanza autonoma e "quanta" finanza derivata;

b) la distribuzione delle funzioni amministrative secondo il principio di sussidiarietà: il che implica che le funzioni siano distribuite in via preventiva rispetto al successivo e adeguato finanziamento;

c) l'esistenza o meno di vincoli di destinazione sulle risorse trasferite: sui fondi vincolati in materie di competenza regionale si è giocata una partita importante tra lo Stato e le Regioni davanti alla Corte costituzionale, perché la finanza regionale può essere anche tutta da trasferimento senza limitare l'autonomia, mentre è il vincolo posto dal legislatore statale sulle risorse trasferite che interferisce con l'autonomia stessa;

d) la funzione statale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario dalla cui diversa intensità dipende l'effettiva autonomia nell'impiego delle risorse degli enti sub-statali.

Sullo sfondo, devono essere ovviamente tenuti presenti gli obblighi costituzionali di perequazione, quale caratteristica strutturale dei sistemi di autonomia finanziaria, funzionale ad attenuare le asperità fiscali e gli squilibri territoriali.

Pur con i vincoli posti dall'art. 119 Cost., è il combinarsi di queste variabili che determina l'effettivo grado di autonomia finanziaria. Si pensi, da un lato, alla mancata attuazione del federalismo fiscale e, dunque, al mantenimento di una finanza territoriale quasi integralmente derivata e, dall'altro lato, ai diversi gradi di intensità assunti dal coordinamento finanziario; o, ancora, a come il legislatore statale effettua il riparto degli oneri finanziari tra centro e periferia, quando lo Stato chiede alle autonomie di realizzare risparmi di spesa, come spesso accaduto negli ultimi anni.

Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1979, 198 s.; M. Bertolissi, *L'autonomia finanziaria regionale. Lineamenti costituzionali*, Padova, Cedam, 1983, 196 ss.; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 20 s.; nonché, se si vuole, G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007, 221 ss.

[55] Cfr. G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 366 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Nel corso della storia del regionalismo italiano, anche dopo la riforma del Titolo V del 2001, la combinazione di queste variabili da parte del legislatore statale nell'attuazione del modello costituzionale non ha mai favorito l'autonomia regionale[56].

In un sistema in cui la finanza territoriale è ancora in larga parte di carattere derivato (o limitatamente compartecipato) e in cui lo Stato esercita una stingente funzione di coordinamento finanziario, gli enti sub-statali possono assicurare le prestazioni ad essi affidate soltanto se viene garantita la congruità e la stabilità delle risorse necessarie e l'effettiva autonomia nel disporne, come stiamo vedendo nelle drammatiche vicende di questi mesi.

È per questo che la capacità di erogare i livelli essenziali diviene il parametro su cui misurare quanto alle leggi statali, la ragionevolezza dei "tagli lineari" dei finanziamenti agli enti sub-statali[57] e, quanto alle leggi regionali, la proporzionalità delle scelte allocative delle Regioni a tutela dei diritti a prestazione, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compressa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento dei diritti[58]. Ciò significa che, una volta determinati, i livelli essenziali indicano la necessaria soglia di tutela da garantire in tutto il territorio nazionale e il finanziamento delle prestazioni in essa incluse deve ritenersi costituzionalmente vincolato, a meno di pregiudicare l'eguaglianza dei diritti che invece si è scelto di garantire[59].

In questa prospettiva, la Corte costituzionale, collocando la decisione di bilancio tra forma di governo e forma di Stato, ha affermato che le proroghe dei vincoli al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento[60], censurando la sottrazione al controllo parlamentare della definizione delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni per effetto dei maxi-emendamenti[61]. Ciò, presumibilmente, per affermare che le ricadute sui servizi erogati dalle Regioni, che i "tagli" alle risorse possono produrre, devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia una piena consapevolezza e assunzione di responsabilità.

Non molto di più, tuttavia, deve essere chiesto alla Corte costituzionale nel controllo sui bilanci e, quindi, sull'impiego delle risorse per finanziare i diritti.

---

56 Osserva significativamente S. Bartole, *Le prospettive della legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 881, che, anche dopo la riforma del Titolo V, «siamo ancora sul terreno dell'autonomia di attribuzione: i poteri regionali non sono quelli che la Regione liberamente e autonomamente definisce, ma sono i poteri che le vengono attribuiti».

57 Cfr., in particolare, sentt. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del "Considerato in diritto"; nonché n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

58 Cfr., in particolare, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018.

59 Cfr. sentt. n. 197 del 2019 e n. 62 del 2020.

60 Cfr. sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

61 V., ancora, sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La soluzione andrebbe infatti ricercata nella valorizzazione degli istituti e delle sedi di leale collaborazione tra Stato e Regioni in cui sia garantito un confronto leale sulle funzioni che le Regioni devono svolgere e, in seguito, sulle risorse da trasferire. All'opposto, le più recenti vicende del regionalismo italiano mostrano uno scarto evidente tra la valorizzazione degli istituti di leale cooperazione nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, e la pratica effettiva di governo della finanza pubblica con la quale lo Stato finisce, invece, per imporre agli enti territoriali gli incisivi obiettivi del coordinamento finanziario, con effetti limitativi sulla loro autonomia politica[62].

In questo contesto, i bilanci degli enti territoriali diventano anzitutto lo strumento principale di realizzazione di scelte di indirizzo e di autonome politiche pubbliche a livello regionale e locale; in secondo luogo, la decisione di bilancio a tutti i livelli territoriali di governo si collega al principio democratico perché i bilanci, essendo approvati dalle Assemblee elettive, sono strumentali ad assicurare il controllo democratico circa il rapporto tra il programmato e il realizzato nell'impiego delle risorse della collettività[63].

Tra i numerosi spunti che suggerisce la lettura di questa prima parte del libro di Bolognino, ricordo conclusivamente due dei profili più significativi che caratterizzano la decisione di bilancio: la compresenza tra momento politico e momento tecnico e la funzione autorizzativa del bilancio.

Quanto al primo aspetto della questione, occorre ricordare che tra le decisioni del Parlamento, il bilancio da un lato è quella più politica, perché determina le scelte impositive, allocative e redistributive su cui si è storicamente sviluppato il conflitto tra Governo e Parlamento, al punto tale che non pochi, in passato, dubitavano che la legge di bilancio potesse essere sottoposta a controllo di costituzionalità, trattandosi, appunto, di decisione a contenuto massimamente politico[64]; orientamento, quest'ultimo, largamente superato dagli ultimi dieci anni di giurisprudenza costituzionale in cui la Corte ha sviluppato un incisivo sindacato su ogni forma di illegittimo ampliamento della capacità di spesa delle leggi in contrasto con i precetti della copertura finanziaria e dell'equilibrio[65]. Dall'altro lato, pur rimanendo la più politica delle decisioni, il bilancio ha assunto nel corso del tempo una complessità sempre maggiore con l'effetto di accrescere il ruolo delle strutture tecniche di ausilio alle decisioni governative e parlamentari (la Ragioneria Generale dello Stato, i Servizi parlamentari del bilancio e,

62 Per un approfondimento, cfr. ancora G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 404 ss.

63 Cfr. sentt. n. 184 del 2016, punto n. 3 del "Considerato in diritto" e n. 18 del 2019, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto".

64 Che gli equilibri di bilancio fossero considerati obiettivi politici piuttosto che obbligazioni giuridiche in senso proprio è ricordato, ad esempio, da G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri – Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno, G. Scaccia, Napoli, Jovene, 2011, 179.

65 Sul punto, cfr. G. Rivosecchi, *Autonomia finanziaria ed equilibrio di bilancio degli enti territoriali*, cit., 259 s.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

successivamente, l'Ufficio parlamentare di bilancio) nel tentativo di assicurare l'adeguamento dei processi decisionali al vincolo finanziario[66]. Non certo a caso Daniela Bolognino dedica largo spazio a quelli che definisce «i soggetti tecnici della contabilità di Stato»[67].

Al riguardo, deve essere però ricordato che i profili e gli apparati tecnici della decisione non sono mai neutrali sul piano delle scelte politiche[68], come ben dimostrano le trasformazioni della decisione di bilancio intervenute sul piano della forma di governo della forma di Stato[69], soprattutto al fine di comprendere quanto della decisione in parola sia effettivamente rimasto "catturato" e governato dal Diritto costituzionale e quanto, invece, tenda ad essere attratto a sedi non sempre dotate di piena legittimazione democratica[70].

Quanto al secondo profilo, tanto più in una prospettiva di analisi amministrativistica, deve essere ricordato che il bilancio costituisce anzitutto l'atto legislativo idoneo a consentire all'amministrazione la legittima realizzazione delle spese che non potrebbero essere effettuate senza l'iscrizione appunto in bilancio del relativo importo (la c.d. funzione autorizzativa)[71], sicché per comprendere le effettive dinamiche dei processi di bilancio occorre avvalersi sempre di più degli istituti della Contabilità pubblica. Soltanto un corretto inquadramento della determinazione delle grandezze macroeconomiche rilevanti per la finanza pubblica (il sistema dei saldi; i limiti al disavanzo e al debito) e delle relative tecniche nelle decisioni finanziarie consente di comprendere quanto oggi i processi di prelievo e di impiego delle risorse siano ancora effettivamente soggetti alle regole del Diritto costituzionale e al principio della legalità finanziaria.

Ora come in origine, la decisione di bilancio e la Contabilità pubblica appaiono quindi nell'assetto della forma di governo e della forma di Stato non soltanto temi

---

66 Esemplificativa, al riguardo, la figura di Paolo De Ioanna, che, dalla legge n. 468 del 1978, alla legge n. 362 del 1988 e alla parallela istituzione del Servizio del bilancio del Senato "accompagna" costantemente la progettazione e la realizzazione delle richiamate riforme della legge di contabilità e dei regolamenti parlamentari, per poi transitare, in ruoli tecnici, sul "versante governativo", contribuendo così anche alla riforma del bilancio realizzata dalla legge n. 94 del 1997: al riguardo, cfr. G. Rivosecchi, *La decisione di bilancio nella riflessione di Paolo De Ioanna* (23 gennaio 2019), in *Forum Quad. cost.*

67 Cfr. D. Bolognino, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 61 ss.

68 Al riguardo, è d'obbligo il richiamo alla lezione di C. Schmitt, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* (1929), ora in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio – P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, 182 s.

69 Per un recente approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, cit., 1 ss.

70 Sulla "cattura" della dimensione economico-finanziaria da parte del diritto costituzionale, quale elemento caratterizzante delle Costituzioni democratico-pluralistiche del secondo dopoguerra, cfr. M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 161 ss.

71 Sulla c.d. funzione autorizzativa del bilancio, si vedano le pregnanti considerazioni di A. Brancasi, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, Giuffrè, 1985, 207 ss. e 523 ss.; nonché P. De Ioanna – C. Goretti, *La decisione di bilancio in Italia. Una riflessione su istituzioni e procedure*, Bologna, il Mulino, 2008, 147 che definiscono la funzione autorizzativa del bilancio quale «proiezione finanziaria del principio di legalità».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

centrali, ma anche fortemente controversi. Ciò è magistralmente chiarito, in maniera al contempo retrospettiva e prospettica, dalle parole di Vittorio Emanuele Orlando, quando afferma che, «per quanto ricca sia la letteratura sull'argomento, essa non si presenta mai come esaurita», sicché «il giorno in cui nulla più potrà dirsi od obiettarsi su quell'argomento, quel giorno dovrà altresì dirsi che, nella scienza del diritto costituzionale, tutte le questioni fondamentali si sono acquetate nella pace di un universale consenso»[72]. E questo, appunto come intuito da Orlando, non potrà mai accadere perché il bilancio è sempre stato e resterà sempre *la* questione fondamentale del costituzionalismo e del diritto costituzionale in quanto in essa si esprime la dialettica tra i poteri per il controllo delle risorse e per il finanziamento dei diritti: ciò che darà sempre nuova linfa al dibattito tra i pubblicisti; un dibattito a cui anche il libro di Daniela Bolognino ha fornito un utile contributo.

[72] V.E. Orlando, *Il contenuto giuridico della legge di bilancio (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Rivista di diritto pubblico*, Parte prima, 1911, 268.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Nuovi "soggetti pubblici" e "nuove" responsabilità: alcune brevi note tra caos normativo ed emergenza[*]

di Harald Bonura[**]

15 aprile 2021

1. Buon pomeriggio a tutti.

In premessa, corre anche a me l'obbligo di porgere un ringraziamento sincero agli organizzatori di questo incontro: al Centro di ricerca Vittorio Bachelet, al Professor Bernardo Giorgio Mattarella e, naturalmente, all'Associazione e al Circolo dei Magistrati della Corte dei conti. Si tratta di una preziosa opportunità di confronto, occasionata dalla presentazione di un volume – quello scritto dalla professoressa Bolognino – che, tra i tanti meriti, ha, in primo luogo, proprio quello della scelta della materia cui è dedicato.

La Contabilità di Stato, infatti, ha acquisito un'importanza crescente nella realtà del Paese, cui non corrisponde, a mio parere, una proporzionata e adeguata attenzione in sede accademica (al contrario dell'intelligente collaborazione odierna).

2. Al manuale della professoressa Bolognino, poi, va anche riconosciuto il merito di avere dedicato spazio a temi non sempre adeguatamente scandagliati nella manualistica tradizionale. Si pensi, ad esempio, alle ampie sezioni dedicate ai temi dei beni pubblici e delle società pubbliche, normalmente "negletti", e che, pure, offrono specifici elementi di criticità e di riflessione nell'ambito della più ampia tematica del patrimonio e della finanza pubblici, oltre che della responsabilità amministrativo-contabile (tema, quest'ultimo, cui pure è dedicata ampia e accurata sezione nel manuale).

[*] Intervento al Webinar "La Contabilità pubblica: evoluzione di una materia tra modelli 'a regime' e sistema emergenziale", tenutosi il 29 ottobre del 2020 e promosso dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli "Vittorio Bachelet" e dall'Associazione magistrati della Corte dei conti e dal Circolo Magistrati della Corte dei conti in occasione della presentazione del "Manuale di contabilità di Stato" di Daniela Bolognino.

[**] Avvocato e docente di Diritto economico applicato, Libera Università di Bolzano/Freie Universität Bozen.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

3. E proprio "l'incrocio" tra queste due dimensioni – la variabile nozione di "soggetto pubblico" e la nuova configurazione della responsabilità amministrativo-contabile alla luce di recenti interventi normativi "emergenziali" (su cui, il presidente Caso ha già autorevolmente mosso alcuni appunti critici) – è al centro delle brevi riflessioni che mi accingo a fare. Mi è stato, infatti, chiesto un intervento proprio sul rapporto tra questi due fenomeni; quello, appunto, della crescente problematicità dei processi di qualificazione o definitori dei soggetti pubblici, delle "pubbliche amministrazioni", e quello della nuova configurazione legislativa, o dei tentativi legislativi di nuova configurazione, della responsabilità amministrativo-contabile. Al fondo, si tratterebbe di riflettere intorno all'almeno apparente contrasto tra (i) da un lato, una presunta "esuberanza" del ruolo assunto dalla giurisdizione contabile per effetto di quella che viene percepita come un'"impropria" estensione della stessa anche su soggetti formalmente e sostanzialmente estranei alla pubblica amministrazione, perché di diritto privato; e (ii) dall'altro, uno "svilimento" di funzioni dello stesso giudice contabile in ragione dei recenti interventi legislativi realizzati, a regime e in via transitoria, dal c.d. "decreto Semplificazioni" (decreto-legge 16.07.2020, n. 76).

La cennata contraddizione è solo "apparente" perché, in realtà, come si vedrà, sarebbe più corretto non analizzare i due fenomeni ("esuberanza" giurisdizionale e "contenimento" legislativo) in un'ottica di "simultaneità", quanto piuttosto, lungo un piano sequenziale, in una prospettiva di rapporto causa-effetto.

4. Il punto di partenza delle presenti riflessioni, dunque, non può che essere costituito dagli orientamenti consolidati della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, che, come è noto, ancorano la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativo-contabile degli amministratori o dipendenti di enti pubblici alla compresenza di due elementi, qualificanti la nozione di contabilità pubblica:

- un elemento soggettivo, che attiene alla natura pubblica del soggetto – ente o amministrazione – al quale l'agente sia legato da un rapporto di impiego o di servizio [laddove quest'ultimo va inteso nella sua accezione, appunto, di relazione funzionale che rende l'autore del danno compartecipe dell'operato dell'amministrazione o dell'ente (Corte Cass., SS.UU., 14.01.2015, n. 473) e, cioè, come sussistente ogni qualvolta un ente privato esterno all'amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse e con le risorse di quest'ultima, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell'apparato organizzativo della P.A.; mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte (Corte Cass., SS.UU., 30.08.2019, n. 21871)];

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

– l'altro oggettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento, fonte di responsabilità (Corte Cass., SS.UU., 12.12.2019, n. 32608).

5. I due elementi, soggettivo e oggettivo, sono destinati a combinarsi e sovrapporsi in diversi modi. La qualificazione pubblica del denaro o del bene discende dalla sua appartenenza/provenienza da un soggetto pubblico. La natura pubblica del soggetto, invece, può dipendere da elementi vari: da quelli di natura meramente formale (la qualificazione per via normativa) a quelli di tipo "sintomatico", a quelli di tipo "funzionale". A sua volta, la natura pubblica delle risorse finanziarie (oltre che delle funzioni esercitate) può poi essere decisiva per l'incardinamento della giurisdizione contabile su soggetti di diritto privato (Corte Cass., SS.UU., 2.09.2013, n. 20075); ma – ai fini della nostra riflessione – il tema non verrà toccato, limitandoci all'esame del tema della "soggettività pubblica".

6. Venendo a quest'ultimo, è noto che, nel corso degli ultimi anni, uno dei fenomeni più controversi è quello (per usare espressioni care alla dottrina e alla giurisprudenza) della "frantumazione" o "relativizzazione" della nozione di Pubblica Amministrazione.

L'estensione di compiti e funzioni affidati ai pubblici poteri, la varietà di strumenti e forme per l'assolvimento di tali funzioni e compiti, l'esercizio dell'attività amministrativa attraverso le forme e le norme del diritto privato, il ruolo imprenditoriale assunto dalle PA hanno provocato una "trasformazione" quali-quantitativa dell'organizzazione amministrativa, con una presenza e un ruolo crescenti dei soggetti di diritto privato, legati nelle forme più diverse alla pubblica amministrazione in senso proprio (dai rapporti inter-organici delle società *in house*, ai rapporti concessori; dalle convenzioni alla destinazione di contributi o sovvenzioni; dai contratti di partenariato agli accordi).

7. L'inserimento di soggetti di diritto privato nel corpo dell'organizzazione pubblica ha determinato forme di "rigetto" (anche dovute alla scarsa "dimestichezza" del personale delle PA con gli strumenti non autoritativi), problemi di compatibilità tra diversi "scopi" (si pensi alla tensione tra gli scopi lucrativi propri delle strutture societarie e i più vari scopi propriamente pubblicistici perseguiti dalle amministrazioni socie), fenomeni di "fuga dal pubblico", per cui ai soggetti di diritto privato si è fatto ricorso per non applicare le regole pubblicistiche, prima ancora che per la loro effettiva utilità.

Da ciò – e anche da una genuina necessità di rispondere ad alcune questioni poste dal diritto euro-unitario (si pensi a quella dell'organismo di diritto pubblico nel settore dei contratti pubblici) – il fenomeno di una progressiva estensione, per via legislativa o giurisprudenziale, di discipline pubblicistiche anche ai soggetti

di diritto privato (abbiamo richiamato la disciplina dei contratti pubblici, ma si pensi anche alle regole del reclutamento del personale nelle società pubbliche, al consolidamento, nei bilanci degli enti locali, dei risultati degli enti partecipati, all'applicazione delle norme sull'accesso, di quelle in materia di inconferibilità di incarichi o di contrasto alla corruzione, a quelle in materia di *spending review*).

Il punto più alto di tale processo può forse dirsi rappresentato dall'articolo 1 della legge di contabilità e finanza pubblica (legge n. 196 del 2009) che individua le "pubbliche amministrazioni" chiamate a concorrere al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica tutti i soggetti, di diritto pubblico o privato, inclusi nell'elenco redatto dall'ISTAT.

8. Tale estensione di discipline pubblicistiche a soggetti di diritto privato, a sua volta, ha determinato (i) sul piano pratico, una progressiva uniformazione delle diverse forme dell'impresa pubblica intorno a un modello unitario tendenzialmente di tipo pubblicistico [deriva parzialmente contrastata– ma non è oggetto del presente intervento – dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (decreto legislativo 19.08.2016, n. 175)]; (ii) sul piano teorico, una duplice lettura:

– da un lato (teoria sostanzialista), vi è chi ha considerato tale "estensione" quale conferma della sostanziale natura di ente pubblico di tale tipologia di soggetti di diritto privato, con conseguente irrilevanza della forma giuridica e integrale applicazione dello statuto giuridico dell'ente pubblico (addirittura, di quello "non economico");

– dall'altro (teoria funzionale o "cangiante"), chi ritiene, invece, che la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi fissa e immutevole, per cui il riconoscimento a un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini non ne implica automaticamente la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione e, cioè, per i soggetti formalmente di diritto pubblico.

9. Questo complesso percorso qualificatorio [di quelli che lo stesso legislatore è arrivato a definire "organismi pubblici con personalità giuridica di diritto privato" (articolo 6, c. 5, decreto-legge 31.05.2010, n. 78)] non può che finire con il coinvolgere anche il tema della responsabilità amministrativa e della relativa giurisdizione della Corte dei conti.

Alla luce di quanto detto, infatti, sorgono alcune riflessioni:

a) i soggetti di diritto privato che sono considerati (organismi) "pubblici" ad alcuni effetti, possono essere considerati tali anche ai fini della configurazione della giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa? E se sì, qual è il grado di "pubblicità" richiesto a tale fine?

b) Se tali soggetti sono da considerarsi pubblici ai fini appena detti, la giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa può intendersi estesa anche a coloro che entrano in "relazione funzionale" con gli stessi e, cioè, che

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

abbiano un rapporto di servizio per come inteso, in senso funzionale, dalla giurisprudenza? Il beneficiario di un contributo erogato da una società *in house* o da un ente previdenziale privatizzato è in rapporto di servizio con quest'ultima?

c) Può dirsi, quindi, che la giurisdizione contabile su tali organismi "misti" (natura giuridica formalmente privata, ma "funzionalmente" pubblica) sia applicabile non in ragione del loro rapporto di servizio con una pubblica amministrazione, ma in quanto "pubbliche amministrazioni"?

d) E quali e quanti indici di "pubblicità" possono far propendere per l'applicabilità della giurisdizione contabile, in assenza di una previsione legale esplicita?

10. Il rischio concreto di un corto-circuito logico emerge, ad esempio, dall'analisi di una recente ordinanza delle Sezioni Unite (n. 7645 dell'1.04.2020) chiamate a dirimere la questione di giurisdizione relativa alla possibile responsabilità amministrativa di un consulente e di un direttore generale di un ente previdenziale c.d. "privatizzato", ai sensi del decreto legislativo 30.06.1994, n. 509. Come è noto, tali enti (i) hanno natura giuridica di diritto privato (associazioni o fondazioni); (ii) svolgono rilevanti funzioni istituzionali di rilievo pubblicistico (così, da ultimo, Corte costituzionale, 11.01.2017, n. 7); (iii) sono iscritte nell'elenco ISTAT di cui alla citata legge n. 196 del 2009.

11. Il caso in esame riguardava le perdite sopportate dall'ente previdenziale per effetto degli investimenti finanziari "a notevolissimo rischio" effettuati (dal Direttore generale, con il supporto di un qualificato consulente esterno) in violazione di norme statutarie, del principio prudenziale nella gestione degli investimenti, nonché delle norme interne relative ai parametri d'investimento. Si rientrava, cioè, nella sfera più prettamente "privatistica" (la gestione degli investimenti, e non l'erogazione delle prestazioni) dell'attività dell'ente. Le Sezioni Unite hanno concluso per la sussistenza della giurisdizione contabile sulla base di un ragionamento non privo di una qualche contraddittorietà:

– da un lato, infatti, la Corte sembra rifiutare una nozione "sostanzialista" di ente pubblico, accogliendo la tesi "funzionale" e richiamando, a tal fine, la giurisprudenza amministrativa in forza della quale deve ammettersi pacificamente «*che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica*»;

– dall'altro, in concreto, al fine di risolvere la questione di giurisdizione, abbandona l'approccio funzionale per concludere che la presenza di più "indici" di pubblicità conducono a una complessiva valutazione finale in tal senso: «*considerata isolatamente, ciascuna di siffatte peculiarità potrebbe non essere ritenuta sufficiente a smentire la natura esclusivamente privata di un ente che dal sistema normativo è qualificato come fondazione di diritto privato. Senonchè,* quae singula non prosunt collecta iuvant» e, quindi, è «*l'insieme e la reciproca*

connessione delle succitate peculiarità legali» a dimostrare l'immutato «*carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza e assistenza svolta dall'ENPAM*».

In buona sostanza, si torna al punto di partenza. Ciò che rileva non è il rapporto funzionale tra disciplina da applicare (in questo caso, in materia di giurisdizione) e particolare natura dell'ente; ma, al contrario, è "l'intensità**"** di tale natura particolare a risolvere la questione relativa alla disciplina da applicare. A questo punto, però, continuano a rimanere irrisolti almeno tre aspetti: (i) quale debba essere il grado di intensità sufficiente a produrre tale effetto, e chi debba statuirlo (al di fuori della sede giudiziale, e alla ricerca di un minimo di certezza del diritto, anche per gli operatori); (ii) perché l'effetto "conformativo" non debba coinvolgere tutte le possibili discipline da applicare (tornando, così, alla nozione "sostanzialista" di ente pubblico); (iii) se possa essere considerato corretto, in una ricostruzione per indici sintomatici, prescindere del tutto da quelli di carattere formale (e, quindi, l'esistenza o meno di una norma qualificatoria).

12. Una convinta e coerente adesione all'approccio "funzionale" imporrebbe, forse, soluzioni più radicali e coraggiose. Nel settore dei contratti pubblici, preso atto dell'insufficienza – ai fini della tutela delle finalità (soprattutto, di tutela dei mercati) perseguite dalla relativa disciplina – della nozione tradizionale di "amministrazione pubblica", il legislatore europeo ha fatto ricorso a quella, più articolata, di "amministrazione aggiudicatrice", al cui interno è stata collocata la nozione "mobile" di "organismo di diritto pubblico", utile a consentirne l'inclusione – solo a tali fini (evitare l'alterazione del mercato dei contratti pubblici) – di alcuni soggetti di natura giuridica ibrida (personalità di diritto privato, ma funzionalizzazione pubblica dell'attività o sottrazione dell'attività al rischio operativo).

13. Anche ai fini della giurisdizione, dunque, si potrebbe partire da una valutazione dello scopo perseguito per il tramite dell'azione di responsabilità amministrativa. Banalizzando, se lo scopo è quello della migliore tutela del patrimonio pubblico, sul piano soggettivo potrebbe emergere l'utilità della definizione di PA di cui all'articolo 1 della legge 196 del 2009 e, cioè, di quell'insieme di soggetti, anche di diritto privato, che – sulla base di indici statistici formati a livello europeo – sono chiamati a concorrere al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, componendo il perimetro del c.d. "conto economico consolidato dello Stato". Si tratterebbe, cioè, di enfatizzare – con le dovute eccezioni - l'aspetto oggettivo-funzionale (natura "pubblica" delle risorse utilizzate da tali soggetti, in quanto compartecipi e funzionali agli obiettivi di finanza pubblica) su quello soggettivo.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Se così fosse, però, quest'estensione della giurisdizione contabile andrebbe "temperata" da una considerazione relativa alle condotte rilevanti. Il giudice contabile, cioè, dovrebbe fare lo sforzo di considerare che le regole di condotta su cui misurare i comportamenti dei soggetti agenti non sarebbero sempre quelle di diritto pubblico (non è la giurisdizione a influire sulle regole di comportamento del soggetto), ma quelle proprie di quella particolare "pubblica amministrazione" (con la "componente" privatistica che comunque continuerebbe a trovare applicazione, ad esempio, in materia di organizzazione, di personale o di funzionamento degli organi). Così, per fare solo un esempio "minimo", nelle società a controllo pubblico – inserite nell'elenco Istat –, ferma la possibile giurisdizione contabile, al fine di valutare la correttezza dell'operato degli amministratori, le "promozioni", ai sensi della chiara previsione dell'articolo 19 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – non andrebbero ricostruite secondo lo schema pubblicistico delle progressioni di carriera, ma secondo quello privatistico del mutamento di mansioni.

14. Una soluzione di questo tipo (estensione "temperata" della giurisdizione contabile sui soggetti dell'elenco Istat), consentirebbe forse di considerare con maggiore distacco le modifiche – in materia di responsabilità per danno erariale – introdotte dal decreto Semplificazioni. L'oggettivo "contenimento" della responsabilità, infatti, potrebbe essere giustificato proprio in ragione della concomitante estensione – sul piano soggettivo – della stessa, e dall'esigenza di farne un'applicazione "equilibrata", anche in considerazione della varietà di tipi giuridici coinvolti e di condotte perseguibili.

15. Venendo brevemente al merito delle modifiche introdotte dal decreto Semplificazioni, le stesse, come è noto, in parte incidono sul sistema "a regime" e, in parte, invece, su quello "transitorio".

Quanto alle prime (modifiche a regime), si è detto – forse un po' frettolosamente – che la richiesta, ai fini della configurazione del dolo, della "dimostrazione della volontà dell'evento dannoso" determini la riconducibilità del dolo erariale a quello di natura penale e, quindi, imponga la prova di una cosciente volontà preordinata alla produzione dell'evento dannoso (il danno erariale). L'acritica riconduzione al dolo penale mi sembra un po' frettolosa perché, in realtà, il dolo erariale – a mio parere – continua a conservare caratteristiche proprie e perché, soprattutto, anche il dolo penale non rappresenta una fattispecie granitica e integralmente sovrapponibile in sede di giudizio per responsabilità amministrativa. In particolare, e come è noto, la giurisprudenza penale ha graduato il dolo lungo la "ideale" scaletta di un **dolo eventuale** (quando il rischio dell'evento delittuoso è semplicemente accettato); di un dolo diretto, quando il rischio dell'evento delittuoso è non solo accettato, ma ritenuto

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

pressoché certo o altamente probabile; e, infine, di un dolo intenzionale, quando l'evento è perseguito come scopo finale.

Così come, sempre per la giurisprudenza penale, grande attenzione va riposta nella distinzione tra il dolo eventuale e la c.d. colpa cosciente; distinzione basata non su un dato "quantitativo" relativo alla maggiore o minore "sconsideratezza" nella violazione delle norme, ma su un dato differenziale di fondo, ossia l'attribuibilità o meno al soggetto attivo di un atteggiamento di volizione dell'evento delittuoso, inteso (tale atteggiamento) in senso ampio, ossia comprensivo dell'accettazione consapevole della concreta eventualità del verificarsi di quell'evento in conseguenza della condotta posta in essere.

La finalità del legislatore del decreto Semplificazioni – come sembrerebbe, in prima battuta, indicare anche il secondo comma dell'articolo 21 (che non si limita a escludere, nel periodo transitorio, la perseguibilità del "dolo", quanto piuttosto la perseguibilità dei casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta) – è dunque quella di limitare il dolo erariale al solo dolo intenzionale, o è possibile immaginare che si sia fatto implicito riferimento all'intero arco di comportamenti dolosi rilevanti in sede penale?

In questo caso, si potrebbe recuperare – con cura – il tema appena accennato della distinzione tra dolo (che comprenderebbe ogni ipotesi in cui vi sia una consapevole volizione, intesa anche come accettazione consapevole, della condotta produttiva del danno erariale) e colpa cosciente, intesa come consapevole e grave violazione delle norme di condotta, ma fino al limite della volizione, come appena costruita. Ciò consentirebbe di evitare quei fenomeni "negativi", il cui contrasto sembra il principale intento del legislatore, e, cioè, consentirebbe di impedire una ricostruzione di tipo meramente "quantitativo" dell'elemento soggettivo della responsabilità erariale ovvero una ricostruzione fondata sulla maggiore o minore gravità "percepita" della violazione delle norme di condotta.

16. Sulle seconde modifiche – quelle relative al periodo transitorio e alla "segregazione" della responsabilità alla sola ipotesi di dolo, con esclusione, salvo che per le condotte omissive o inerziali, della rilevanza della colpa grave – data la ristrettezza dei tempi d'intervento (e le nutrite perplessità, anche sul piano della stessa legittimità costituzionale della norma), rinvio a una più compiuta riflessione, anche all'esito della lettura delle prime applicazioni che se ne farà in sede giurisdizionale.

17. Come premesso (e promesso), trattandosi di brevi note, a questo punto non posso che concludere che su ambedue i temi accennati (rapporto tra nuove forme di soggettività pubbliche e giurisdizione erariale; e nuova responsabilità

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

amministrativo-contabile) occorre riflettere molto, e anche lontano dai toni emergenziali e "gridati" propri di questi mesi. Anche al fine di evitare che i fenomeni e le riforme in questione si risolvano in un aggravamento del caos, anche interpretativo, esistente e producano, ad esempio, da un lato una affermazione della giurisdizione contabile "a macchia di leopardo" e sulla base di indici – questi sì – cangianti; dall'altro, una reazione alle innovazioni legislative che, ad esempio, "scarichi" sulla nozione di colpa grave (ampliandone la portata) gli effetti del contenimento del dolo.

Insomma, legislatore, studiosi, professionisti e interpreti hanno ancora molta strada da fare, si spera non troppo in contrasto tra di loro.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Stato e mercato nella disciplina giuridica del "governo dell'economia sostenibile"

di Benedetta Celati*

11 maggio 2021

Sommario: 1. La diade Stato-Mercato nell'analisi del giurista: premessa e obiettivi dell'indagine. – 1.2. Profili metodologici ed epistemologici del diritto che "studia" l'economia. – 2. L'apporto della teoria critica. – 3. La programmazione economica tra ri-politicizzazione e sperimentalismo. 3.1. Il ruolo della sostenibilità come leva dello sviluppo. – 4. Verso un nuovo modello istituzionale di intervento pubblico nell'economia?

1. La diade Stato-Mercato nell'analisi del giurista: premessa e obiettivi dell'indagine

È possibile affermare che, ormai da tempo, nella definizione della relazione tra Stato e mercato, tradizionalmente strutturata come una diade basata sull'oscillazione tra opposizioni e alleanze, e dunque sulla perpetua ricerca di equilibri ontologicamente instabili, la variabile del rischio sia divenuta un elemento di ineludibile riferimento per l'analisi del giurista.

Nell'attuale momento storico, i rischi globali[1], quali sono la crisi ecologica e la conseguente esplosione della crisi pandemica[2], ma anche la recessione economica[3] che

* PhD in Diritto pubblico dell'economia e borsista di ricerca nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

[1] Di grande attualità appaiono le riflessioni di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. it. di W. Privitera, C. Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, 1 ed., Roma, Carocci, 2000. L'A. sottolinea come nel mondo contemporaneo incertezza e rischio siano divenuti, progressivamente, gli elementi culturali dominanti.

[2] La crisi ecologica e climatica del pianeta, la perdita di biodiversità, nonché la deforestazione, avrebbero, infatti, favorito, per esigenze di sviluppo dell'economia, la c.d. zoonosi (fenomeno per cui le malattie sono trasmesse dagli animali all'uomo), avvicinando in maniera esiziale la specie umana alle specie selvatiche. Cfr. il rapporto Onu intitolato: *Preventing the next pandemic: Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission*. *A Scientific Assessment with Key Messages for Policy-Makers. A Special Volume of UNEP's Frontiers Report Series*, 6 luglio 2020. La crisi ecologica si lega poi anche alla crisi migratoria, essendo causa del fenomeno delle migrazioni climatiche, ovvero degli spostamenti indotti dai cambiamenti improvvisi o progressivi dell'ambiente che influiscono negativamente sulle condizioni di vita delle persone.

[3] Sul tema si rinvia a M. PASSALACQUA, *Il diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012. Sulla crisi finanziaria del 2007/2008, anche nota come

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

alle prime si lega inestricabilmente, costituiscono, infatti, la realtà con cui la grammatica del diritto si trova a dover dialogare.

I pericoli corsi dall'umanità sono stati, del resto, gradualmente posti al centro di una rappresentazione sociale che ha permesso, in primo luogo, di acquisirne consapevolezza e poi di attribuire ai medesimi anche una consistenza politica. Il manifestarsi delle problematiche ambientali come questioni pubbliche ha comportato, più specificamente, la formazione di una coscienza collettiva sui fenomeni critici caratterizzanti il rapporto tra natura e società[4], che ha inevitabilmente permeato anche gli interventi del legislatore.

Con riguardo, in particolare, al tema dei cambiamenti climatici, ciò è avvenuto mediante l'accresciuta importanza accordata dalle istituzioni internazionali ed europee, e di conseguenza dai governi dei singoli paesi, ai rapporti dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (Ipcc)[5], atti a fornire indicazioni ai decisori politici al fine di contenere l'aumento della temperatura mondiale al di sotto di una certa soglia rispetto al livello preindustrializzazione[6].

L'«intrusione di Gaia»[7] ha pertanto, cessato di essere un problema di esclusivo interesse delle scienze naturali, catalizzando l'attenzione anche di chi si occupa della disciplina dei fenomeni sociali, e dunque del diritto, in quanto lente che permette di inquadrare e ricomporre le varie declinazioni della crisi della modernità per come la conosciamo.

Il disvelamento di una tale compenetrazione di piani costituisce altresì il motivo per cui i valori dominanti della contemporaneità sarebbero diventati, al posto del

"Grande recessione", cfr. F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, Utet giuridica, 2014; G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemica*, Padova, Cedam, 2012; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., fasc. 1, 2009, pp. 45 e ss.

[4] In particolare, è a partire dal 1972, con la nota Conferenza di Stoccolma e l'avvio del Programma ambientale delle Nazioni Unite (Unep) – fondamentali tappe in vista dell'istituzione della Commissione mondiale Brundtland per l'ambiente nel 1983 – che si instaura un vero e proprio dibattito politico oltre che accademico sulla necessità di conciliare protezione dell'ambiente e dell'ecosistema e crescita economica.

[5] Il *Panel*, formato da scienziati di tutti i paesi che si occupano delle varie discipline rilevanti per il fenomeno del cambiamento climatico, è stato istituito nel 1998 dallo *United Nations Environment Programme* (Unep) e dall'organizzazione metrologica mondiale (Wmo), con il compito di produrre, periodicamente, un rapporto scientifico sulle conoscenze acquisite sul cambiamento climatico e sugli scenari futuri. Il primo rapporto risale al 1990. I singoli rapporti sono consultabili sul sito web *www.ipcc.ch*.

[6] La Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final, fa esplicito riferimento ai dati contenuti nella relazione speciale sull'impatto di un aumento del riscaldamento globale di 1,5 ºC, pubblicata nell'ottobre 2018 dall'Ipcc.

[7] Locuzione coniata dalla chimica e filosofa della scienza Isabelle Stengers per indicare le derive problematiche e catastrofistiche di una natura sempre più suscettibile e "scontenta" a causa delle aggressioni antropiche. Cfr. I. STENGERS, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, La Découverte, 2009. Sul tema si veda anche B. LATOUR, *La sfida di Gaia. Il nuovo regime climatico* (trad. it. di D. Caristina), Milano, Meltemi, 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

mercato e della concorrenza, come ben evidenziato da illustre dottrina, lo sviluppo e l'ambiente.

Per comprendere l'importanza di questo avvicendamento nonché la rilevanza assunta della nuova coppia logica che è andata così delineandosi, occorre chiamare in causa due concetti dotati di un significativo valore euristico e metagiuridico: la «razionalizzazione» e la «politicizzazione».

Per quanto attiene al primo, a venire in rilievo è il ben noto pensiero weberiano secondo il quale attraverso la razionalità strumentale[8], ovvero l'agire orientato al fine, l'incertezza può essere controllata (*recte*: calcolata) e governata. Un siffatto "dominio" della ragione, sul quale si fonda il "moderno" sistema capitalistico, è altresì alla base di del c.d. «disincantamento del mondo»[9], dovuto al fatto che la scienza opera un'«intellettualizzazione» dei fenomeni naturali, fornendone una spiegazione razionale ma al contempo privandoli della loro "sacralità" intrinseca. È nel riconoscimento di questo limite che s'impone l'esigenza di «politicizzazione», intesa come istanza di risignificazione, come un'operazione volta cioè a restituire un senso alla realtà, facendo leva sul sistema dei valori e incidendo sugli aspetti redistributivi oltre che allocativi delle risorse.

L'ingresso, seppur tardivo e non sempre efficace, come pare plasticamente dimostrare l'esplosione della pandemia tuttora in corso, dei rischi globali all'interno delle agende politiche europee e nazionali rappresenta uno dei diversi precipitati di un simile processo di riconfigurazione valoriale delle questioni complesse fatte emergere dalla scienza. Si tratta di un'impostazione che chiama in causa il ruolo attivo dello Stato e, come vedremo, dell'intervento pubblico nell'economia.

All'interno della tensione tra i due estremi della razionalizzazione e della politicizzazione[10] il diritto sembra allora ritrovare un proprio ruolo ordinante, non solo

[8] Il riferimento è alla nota distinzione weberiana tra razionalità rispetto allo scopo e razionalità rispetto al valore: «Agisce in maniera puramente razionale rispetto al valore colui che – senza riguardo per le conseguenze prevedibili – opera al servizio della propria convinzione relativa a ciò che ritiene essergli comandato dal dovere, dalla dignità, dalla bellezza, dal precetto religioso, dalla pietà o dall'importanza di una "causa" di qualsiasi specie. L'agire razionale rispetto al valore [...] è sempre un agire secondo "imperativi" o in conformità a "esigenze" che l'agente crede gli siano poste. [...] Agisce in maniera razionale rispetto allo scopo colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, misurando razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze, ed infine anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco», M. WEBER, *Wirtschajt und Gesellschajt*, Mohr, Tubingen 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. I, Milano, Edizioni di Comunità, 1995.

[9] Cfr. M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, in Geistige Arbeit als Beruf : Vier Vorträge vor dem Freistudentischen Bund, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1918, trad. it. di Helga Grünhoff, Pietro Rossi, Francesco Tuccari, La scienza come professione; La politica come professione, Torino, Einaudi, 2004.

[10] Su questa tensione cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit., p. 32, il quale afferma: «Proprio le discussioni degli ultimi decenni, con l'intero arsenale degli argomenti contro la tecnica e l'industria ancora una volta ripreso e dispiegato, sono rimaste nella loro sostanza tecnocratiche e naturalistiche. Si esauriscono nella denuncia dei livelli di inquinamento nell'aria, nell'acqua e negli alimenti, e nel fornire dati sulla crescita della popolazione, sul consumo di energia, sul fabbisogno nutritivo, sulla carenza di materie prime ecc. Tutto ciò con grande fervore ed insistenza

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

quale baricentro della relazione tra Stato e mercato, nell'ottica dell'adeguamento alla crescente complessità del mondo e della società, ma anche come vettore e garante di una necessaria interpretazione assiologica delle evoluzioni in corso.

Ancor più rilevante è infatti la funzione che il diritto può svolgere con riferimento a quello che la dottrina sociologica definisce il problema dell'«irresponsabilità organizzata»[11], legato a varie espressioni di "de-politicizzazione" ingenerate dalla concezione del mercato come forma istituzionale avulsa dai rapporti sociali[12]. Occorre invero prendere atto di come, al contrario, sia proprio la "natura" sociale[13] di quest'ultimo a riportare al centro della scena la responsabilità, intesa come capacità di prendere decisioni, frutto di valutazioni collettive che incidono sugli assetti di interessi, superando, secondo logiche di complementarità (v. *infra* § 4), la concezione ancorata sulla mera regolazione "neutrale" del contesto di mercato[14].

Il binomio ambiente-sviluppo si incunea in questa riflessione sul ruolo del diritto come argine alle derive della de-socializzazione dei rapporti economici nella misura in cui, essendo imperniato sull'idea di una sinergia virtuosa tra tutela ambientale e prosperità economica[15], richiede l'adozione di una visione di tipo "normativo-prescrittivo". In antitesi rispetto agli approcci riconducibili alla c.d. modernizzazione ecologica[16], guidati dall'idea di una razionalità economica di per sé sufficiente a

monotematica, come se non ci fosse mai stato qualcuno – ad esempio un certo Max Weber – ad aver dimostrato, evidentemente invano, che, se non si tiene conto delle strutture sociali di potere e di distribuzione, delle burocrazie, delle norme e delle razionalità dominanti, tali discussioni sono o inconcludenti o assurde (probabilmente sono entrambe le cose). Silenziosamente si è insinuata un'interpretazione secondo la quale la modernità è ridotta al rapporto tra natura e tecnica in termini di vittima e carnefice. A questo modo di pensare (che è anche quello del movimento politico ecologista) rimangono necessariamente precluse, a causa del suo approccio, le dimensioni e le conseguenze sociali, culturali e politiche dei rischi della modernizzazione».

[11] *Ibidem.*

[12] Sul carattere politico-giuridico del mercato cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998. Con riguardo ai rapporti tra Stato e mercato, si veda L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di* "transaction" *di Commons*, in *Dir. pubb*., fasc. 1, 2003, pp. 113 e ss. Un riferimento cardinale è poi rappresentato da K. POLANYI, The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time, New York-Toronto, Rinehart, 1944, trad. it. di R. Vigevani, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974.

[13] Sulla natura sociale del mercato si vedano in particolare le riflessioni di K. POLANYI, *op.cit.*

[14] Sul tema della regolazione dei mercati, senza pretese di esaustività, cfr. M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 171 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, p. 75; A. ZITO, voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 805 ss.; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *op.cit*., p. 12; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, fasc. 2, 2002, p. 266; N. RANGONE, voce *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffré, 2006, pp. 5057 e ss.; M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *www.historiaetius.eu*, fasc. 9, 2016, pp. 1 e ss.; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2018, pp. 337 e ss.

[15] Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost*., in *RQDA*, fasc. 1, 2020, p. 65. Si veda anche G. LEMME, *L'art. 41 Cost. e il multiforme concetto di "utilità sociale"*, in ID. (a cura di) *Diritto ed economia del mercato*, Padova, Cedam, 2021, pp. 151-167.

[16] Cfr. A MACHIN, *Changing the story? The discourse of ecological modernisation in the European Union*, in *Environmental Politics*, fasc. 2, 2019, pp. 208-227.

garantire, attraverso le innovazioni tecnologiche provocate dall'esistenza di mercati adeguatamente competitivi, la soluzione dei problemi ambientali, si profila infatti la necessità di indirizzare in senso conformativo le attività economiche in modo da renderle coerenti con l'obiettivo della transizione ecologica. Quest'ultimo concetto risulta, pertanto, caratterizzato da una normatività intrinseca, non solo perché disciplinato dal diritto positivo, ma soprattutto perché capace di "ispirare" direttive e raccomandazioni per la prassi, ovvero di orientare i comportamenti e le azioni degli attori del sistema[17].

Il giurista che si occupa di analizzare la "diade Stato-mercato", dunque, si confronta oggi con nuovi scenari nei quali la razionalità ecologica attraversa gli schemi valoriali individuali e collettivi riabilitando la possibilità di concepire interventi finalisticamente orientati.

La programmazione economica, nella sua veste di «disegno ordinato» e razionale «delle condotte future»[18] in vista del raggiungimento di determinati obiettivi di sistema, dopo un lungo periodo di occultamento e di obliterazione, ritorna, così, ad acquisire una propria centralità addivenendo, altresì, strumento principe per l'avanzamento del processo di integrazione europea, in un contesto caratterizzato, fin dalle origini, da evoluzioni che procedono lungo il crinale della "*governance* sperimentalista"[19] e dei cambiamenti istituzionali "interstiziali"[20].

Sembrano pertanto ravvisabili i tratti di un nuovo governo dell'economia che legittima l'intervento statale come espressione di una funzione pubblica di coordinamento e indirizzo necessaria per rispondere a esigenze di lungo periodo, alimentate dalla proiezione verso un orizzonte dinamico e in divenire.

La linea più generale che ci pare potersi tracciare, e che andremo a esplorare, è quella di una ridefinizione degli ordini di primazia nell'ambito delle scienze sociali, laddove, anche grazie alla rinnovata importanza attribuita al ruolo dei pubblici poteri nella transizione verso un sistema più sostenibile, si determini un'inversione dell'ormai consolidata tendenza all'ancillarità delle regole del diritto nei confronti delle regole del mercato[21].

Alla luce di un simile inquadramento, nel contributo si cercheranno di indagare le evoluzioni, sinteticamente tratteggiate, della relazione tra Stato e mercato, nell'ottica

[17] Sul ruolo della transizione ecologica come fattore che pone al centro i poteri pubblici, dando a essi una rinnovata legittimazione giuridica e sociale ad orientare, supportare ed eventualmente imporre nuovi modelli si veda E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, in *Conc. Merc*, n. 26-27, 2019/2020, p. 203.
[18] M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 293.
[19] Su cui C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, fasc. 3, 2008, pp. 271-327.
[20] Con il concetto di *interstitial institutional change* si intende quel processo di modifica delle regole dei Trattati che avviene in via di prassi, prima ancora che attraverso una vera a propria revisione dei medesimi, cfr. H. FARRELL, A. HÉRITIER, *Introduction: Contested Competences in Europe: Incomplete Contracts and Interstitial Institutional Change*, in *West. Eur. Polit.*, fasc. 2, 2007, pp. 227 e ss.
[21] Sul tema A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, edizione *ebook.*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

della determinazione prospettica di un modello regolatorio pubblico che vede nel concetto di sostenibilità una sintesi tra la razionalità e la "politicità", quali anime immanenti di quel grande progetto, prima di tutto di società, che è l'Unione europea.

1.2. Profili metodologici ed epistemologici del diritto che "studia" l'economia

Il diritto che "studia" l'economia e le sue trasformazioni può essere così interpretato quale strumento flessibile, che si adatta ai mutamenti perché sensibile all'influenza di logiche funzionali e fattuali (v. *infra*, par 3), ma anche come fattore, esso stesso, di cambiamenti sociali[22]. In quest'opera di adeguamento biunivoco, il giurista è tenuto a compiere uno sforzo continuo di comprensione della complessità, per evitare che la stessa si trasformi, altrimenti, in confusione.

La difficoltà insita in una tale "educazione" al pensiero complesso richiede di sviluppare una riflessione involgente profili sia epistemologici – legati ai fondamenti teorici di ciò che si analizza, concernendo l'oggetto della propria conoscenza – sia metodologici – attinenti al come si procede –.

La prospettiva che ci sembra necessario adottare per condurre un siffatto ragionamento è quella di considerare la scienza giuridica quale scienza sociale, presupposto in forza del quale si fa ricorso a una terminologia volutamente ampia, che a sua volta riflette la scelta "ermeneutica" descritta. Si tratta invero di una duplice "apertura", terminologica e disciplinare, riguardante l'inquadramento del diritto in generale, secondo la nota impostazione seguita dai giuristi che, nell'ambito del c.d. istituzionalismo giuridico[23], hanno sviluppato il loro pensiero proprio a partire dalla relazione tra il diritto e la società, fondandosi sull'assunto che le norme giuridiche debbano sempre essere analizzate all'interno della loro interazione con l'organizzazione sociale.

Questa lettura ben si attaglia a quella parte della scienza giuridica che si interessa della disciplina dei fatti economici o meglio dei rapporti giuridici a contenuto economico, contraddistinta, nel suo operare, da un approccio geneticamente interdisciplinare[24]. Un'altra caratteristica fondante del c.d. "diritto dell'economia", che lo rende adatto alla visione ampia di cui si è fatta menzione, è che si sviluppa scientificamente a partire dalla insorgenza di "fenomeni" che impattano sul sistema giuridico.

[22] Cfr. M. RABITTI, *Il Diritto dei consumatori*, in G. LEMME (a cura di), *op.cit.*, pp. 339-371.
[23] Il riferimento è Maurice Hauriou e Léon Duguit, padri dell'istituzionalismo giuridico insieme a Santi Romano. Cfr. M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, Giuffré, 1967; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1977.
[24] Cfr. G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 12 aprile 2017; ID., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2017.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Tale materia si costruisce, infatti, in reazione all'emersione di fatti sociali, quali sono gli specifici assetti assunti dal sistema economico e le risposte via via declinantesi dell'intervento pubblico, secondo i noti schemi del finalismo-dirigismo o della mera regolazione economica (con correlate "fughe" verso il pubblico o il privato). Come del resto affermato da attenta dottrina, sulla base di una concezione incentrata sulla separazione dello studio degli istituti giuridici da quello delle istituzioni, la definizione (conformante) delle regole del gioco, in questo contesto, coinciderebbe con «un complesso effetto di interazioni esogene ed endogene alle istituzioni rilevanti per l'economia»[25].

Per fare un esempio che si collega, come avremo modo di chiarire in seguito, al tema del *Green Deal* e del rinato interventismo che si va configurando in Europa, anche le "crisi" sono un fatto sociale, dotato di specifica rilevanza giuridica, che attraversa e condiziona esogenicamente la scienza giuridica e in particolare il diritto che "studia" l'economia.

Se, infatti, insigne giurista affermava che: «Ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato»[26], possiamo altresì asserire che ogni crisi economica spinge lo studioso del diritto dell'economia alla disamina del ruolo dello Stato nel sistema economico.

Da tale assunto muove del resto la possibilità, indagata in dottrina, dell'esistenza di un "diritto «delle» crisi" contrapposto all'ipotesi, sempre di origine dottrinaria, di un autonomo "diritto dell'emergenza". In forza di questa interpretazione, viene evidenziato come la nuova crisi in corso potrebbe essere l'occasione per l'ordinamento europeo di generare un "diritto «della» crisi" chiamato a comporre quello che rappresenterebbe uno «spazio giuridico irrisolto»[27]. L'evento critico assumerebbe, insomma, una peculiare valenza euristica, in quanto fenomeno sociale che influenza il diritto e le istituzioni.

Nel caso specifico, il fulcro dell'analisi è rappresentato dall'interazione tra i fatti – *id est* la pandemia e le sue molteplici esternalità sociali ed economiche – e le risposte offerte dalla scienza giuridica.

Più in generale, è possibile osservare che il giurista si trova a dover ragionare sulla possibilità di identificare talune regolarità all'interno della relazione tra Stato e

[25] «In questo senso, ad esempio, le regole di funzionamento del mercato sono effetto di un sistema di interazioni e di retroazioni tra normative esogene – poste dallo Stato e da altri pubblici poteri – norme endogene – strutturali e di comportamento – poste dalle Autorità di controllo e/o dal giudice». Cfr. G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, cit. L'A. opera un distinguo dalla tradizionale teoria istituzionalista del diritto di Santi Romano, distaccandosi da una visione "organicistica" delle istituzioni.

[26] S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffré,1964, pp. 696 e ss.

[27] Cfr. M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 26/27, 2020, pp. 93-129. Sul tema si veda anche S. CASSESE, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2016, pp. 779 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

mercato, alla luce di assetti giuridico-istituzionali contraddistinti da equilibri in via di perpetua ridefinizione.

Si tratta di un approccio che, con qualche licenza creativa, riporta alla mente le idee espresse da Italo Calvino nelle sue Lezioni americane. Nel volume, e in particolare nella conferenza sulla molteplicità[28], lo scrittore riflette sull'epistemologia riferendosi alla produzione letteraria di Carlo Emilio Gadda, che sarebbe caratterizzata dalla difficoltà di porre dei confini[29] e dalla consapevolezza che «conoscere è inserire alcunché nel reale; è, quindi, deformare il reale». A venire richiamato è il rapporto tra oggettività e soggettività nell'opera di studio e di analisi della realtà, che accompagna il lavoro di ricerca[30].

Ma Calvino, nella stessa conferenza, si riferisce al processo conoscitivo anche evocando Proust, nella cui "*Recherche*" il mondo si dilata fino a diventare inafferrabile: la conoscenza passa dunque attraverso la sofferenza di questa inafferrabilità.

La digressione ha un senso nella misura in cui, pensando alla necessità di studiare un fenomeno di tipo economico e di interpretarlo con le lenti del diritto, riteniamo che vi sia da parte della scienza giuridica l'esigenza di cogliere una sfida, quella che lo scrittore individuava per la letteratura, ovvero, «il saper tessere insieme i diversi saperi e i diversi codici in una visione plurima, sfaccettata del mondo»[31].

Ed è pertanto possibile sostenere, sempre mutuando il pensiero di Calvino, che, alla luce di una tale difficoltà, la pluralità dei linguaggi, sul piano metodologico, «può essere garanzia d'una verità non parziale».

Tornando così alla riflessione sulle questioni epistemologiche (legate alla costruzione di un armamentario concettuale) e metodologiche utili per affrontare una disamina dei rapporti tra Stato e mercato nelle fasi di transizione, considerato, come abbiamo illustrato, che la stessa fa leva su un diritto che più di altri dipende, in senso sia adattivo sia predittivo[32], dal contesto storico e tematico di riferimento, viene in luce

[28] I. CALVINO, *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio* (Oscar opere di Italo Calvino Vol. 7), Milano, Mondadori, Edizione del Kindle, pp. 139-140.

[29] Al quale sarebbe accostabile il modello della fiamma, dello sviluppo disordinato e imprevedibile (ogni dato, per Gadda, costituisce un sistema, da cui l'idea del mondo costituito di "sistemi di sistemi"), contrapposto a quello del cristallo, che invece caratterizzerebbe la produzione letteraria di Italo Calvino. Cfr. S. NICCOLAI, *Il «sistema del mondo»: Calvino e l'eredità di Gadda*, in *Italianistica: Rivista di letteratura italiana*, fasc. 3, 2005, pp. 29-43.

[30] Sottolinea Calvino che questa consapevolezza matura in Gadda «prima ancora che la scienza avesse ufficialmente riconosciuto il principio in base al quale l'osservazione interviene a modificare in qualche modo il fenomeno osservato». «Il saggio critico fondamentale sulla epistemologia implicita nella scrittura di Gadda (Gian Carlo Roscioni, *La disarmonia prestabilita*, Einaudi, Torino 1969) si apre con un'analisi di quelle cinque pagine sui gioielli. Partendo di là, Roscioni spiega come per Gadda questa conoscenza delle cose in quanto "infinite relazioni, passate e future, reali o possibili, che in esse convergono" esige che tutto sia esattamente nominato, descritto, ubicato nello spazio e nel tempo. Ciò avviene mediante lo sfruttamento del potenziale semantico delle parole, di tutta la varietà di forme verbali e sintattiche con le loro connotazioni e coloriture e gli effetti il più delle volte comici che il loro accostamento comporta», I. CALVINO, *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*, *op.cit.*

[31] *Ivi*, p. 144.

[32] Cfr. G. GUARINO, *È proponibile una scienza giuridica predittiva ?*, in *Rivista di diritto pubblico e scienze politiche*, fasc. 3-4, 1995, pp. 413-423.

la necessità di precostituirsi gli strumenti per saper leggere e interpretare una simile complessità (anche normativa) sistematizzandola.

Si pone, più specificamente, la questione della contaminazione dell'indagine giuridica con altre metodologie di ricerca. Non necessariamente deve derivarvi una *reductio ad unum*, quanto semmai una multi-disciplinarietà, che si presta altresì a dare luogo a una epistemologia che potremmo definire di risulta, frutto cioè di quelle collaborazioni tra i saperi, che divengono trans-disciplinari[33], perché ricomposti in maniera mutamente vantaggiosa.

Il tema appare peraltro di urgente attualità anche avendo riguardo alla crescente importanza delle *life sciences*, sia per la comprensione delle questioni climatiche, sia per la correlata crisi pandemica. Si tratta di una rilevanza che può portare a rivedere il rapporto fondato sulla antitesi tra nominalismo ed essenzialismo nel metodo delle scienze della natura e delle scienze sociali[34].

Questa riflessione si riflette poi anche all'interno del diritto medesimo, con l'idea che gli istituti giuridici siano necessariamente soggetti, essi stessi, a influenze esterne e ibridazioni[35]. Si può fare in questo senso l'esempio del c.d. «contratto ecologico», descritto dalla dottrina giuscivilistica[36] come un vero e proprio «mutamento di paradigma» in materia contrattuale, dove l'interesse ambientale diviene un limite interno all'autonomia negoziale. Si può altresì pensare al diritto contrattuale regolatorio, disegnato dal diritto di matrice europea quale modello nel quale il contratto subisce un orientamento conformativo verso il conseguimento di obiettivi generali altri rispetto al mero interesse egoistico delle parti[37].

2. L'apporto della teoria critica

[33] Come sottolineato da A. GAMBARO, *Un esempio di integrazione tra saperi positivi*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei* Brownfields*. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XXI-XXVI: «La prospettiva oggi più accreditata nelle scienze sociali assume infatti che un problema collocabile nella realtà delle interazioni umane che siano in qualche modo misurabili, può essere cognitivamente affrontato solo facendo convergere su di esso molteplici metodologie di analisi ciascuna delle quali è stata messa a punto in seno alle quasi infinite specializzazioni dipartite dal ceppo della *scientia juris* e della *philosophia naturalis* negli ultimi tre secoli».

[34] K.R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, Routledge, London 1945, trad. di R. Pavetto *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando Editore, 1973.

[35] Come sottolineato da A. GAMBARO, *op. cit.*, la proprietà ed il contratto sarebbero istituti giuridici plurali, proprio perché si presentano concretamente conformati per tipi da una amplissima serie di norme che concorrono a indirizzare le condotte dei titolari dei diritti soggettivi verso scopi selezionati.

[36] M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di diritto civile*, fasc. 4, 2016, pp. 1291-1323.

[37] Cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2017. Si veda anche R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2020, pp. 134-146.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La contaminazione metodologica[38], che, secondo l'inquadramento proposto, costituirebbe un tratto caratterizzante del diritto che "studia" l'economia, comporta molteplici conseguenze.

Nel condurre una tale operazione intellettuale, emerge, in particolare, l'importanza del "sapersi collocare" al fine di trovare le lenti giuste per leggere i fenomeni analizzati. Appare cioè fondamentale decidere in quale ottica si intendono esaminare i fatti, adottando quella che si definisce, nel lessico (ampio) delle scienze sociali, un'impostazione normativa basata sulla selezione critica delle letture di riferimento. Un simile ragionamento metodologico si accompagna, infatti, alla complementare riflessione sul necessario sviluppo di un approccio c.d. critico.

Le analisi critiche, in particolare, sono quelle che ricorrono soprattutto nelle scienze sociali diverse dal diritto[39], ma divengono estremamente interessanti nell'ambito di una indagine che concerne il rapporto tra Stato e mercato.

Per offrire una migliore comprensione di quanto affermato, possiamo evocare, segnatamente, il controverso concetto di "neoliberalismo", rispetto al quale la scienza giuridica si mostra come un campo del sapere poco incline a una analisi critica[40]. Questo termine chiama subito in causa gli studi di Michel Foucault[41] ma anche, l'ordoliberalismo della scuola di Friburgo, che in tanti aspetti influenza il diritto. Entrambe le correnti di pensiero (la seconda costituirebbe una variante specifica della prima) costituiscono, infatti, degli importanti capisaldi per capire l'ideale di «economia sociale di mercato» messo al centro della costruzione europea dall'art. 3 TUE, modello su cui si fonda una scelta costituzionale operata, come noto, per richiamare l'ordinamento europeo a doveri di socialità[42].

Il cardine teorico di un siffatto approccio "normativo" (perché finalizzato al raggiungimento di determinati obiettivi), criticamente analizzato, è rappresentato

[38] Sul tema, con riferimento al diritto processuale amministrativo, S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2019, pp. 1285 e ss. Sulla contaminazione metodologica, realizzata mediante lo sviluppo di discipline ibride di *social sciences*, riflette criticamente anche A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, *op.cit*.

[39] Il riferimento è al concetto di teoria critica elaborato dalla Scuola di Francoforte.

[40] Sottolinea a tal proposito F. DENOZZA, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo*, in *Moneta e Credito*, n. 72, 2019, pp. 327-348: «È un po' come se la categoria del neoliberalismo, ampiamente utilizzata in politica, economia, ecc., si fosse fermata per il diritto ai contenuti (liberalizzazioni, smantellamento dello stato sociale, ecc.) e non avesse inciso invece sulla struttura».

[41] M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Gallimard Seuil, 2004. Foucault, nelle sue lezioni al *Collège de France*, analizza in particolare la rinascita economica della Germania dopo la Seconda Guerra Mondiale e i legami tra socialismo tedesco e governamentalità neoliberale, osservando come, secondo tale impostazione, lo Stato sia ritenuto dover fare propria la logica del mercato e intervenire, in conseguenza, in funzione sostanzialmente servente di quest'ultimo. Cfr. anche E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, *op.cit*., pp. 124 e ss.

[42] F. DENOZZA, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo*, cit., pp. 327-348; G. LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1, 2020, pp. 81-105.

dall'assolutizzazione dell'*homo oeconomicus*, ovvero del paradigma della razionalità strumentale (v. *supra* § 1)[43]. Nel pensiero neoliberale, viene infatti enfatizzato il profilo della libertà di scelta, ricostruita su un modello di comportamento di mercato esteso foucaultianamente a tutte le situazioni e a tutti i rapporti sociali. Del diritto viene così proposta, in questa visione normativa, «l'immagine di un ordine potenzialmente *non politico*». Interessante è a tal proposito l'analisi compiuta da illustre dottrina giuridica sull'evoluzione tra il sistema liberale classico e quello neoliberale, dove il mercato è un'occasione di massimizzazione e dove la realizzazione del *public good* viene a dipendere dal successo delle singole transazioni massimizzanti. In questi studi, proprio sottolineando la ritrosia che sembra emergere nell'utilizzare anche in ambito giuridico la categoria del neoliberalismo, che tanto (pur controverso) successo ha avuto nell'ambito di altre discipline, si ricorre emblematicamente alla locuzione «stile giuridico neoliberale», che si sarebbe affermato negli ultimi (più o meno quattro) decenni sia nella produzione e nell'applicazione delle norme, sia nell'elaborazione (giuridica) teorica[44]. Per maturare questa impostazione, che si basa sull'impostazione critica, viene analizzata la realtà della legislazione e del pensiero giuridico contemporaneo[45]. A partire dall'idea di un collegamento tra trasformazione giuridica ed evoluzione economica, viene messo in evidenza come quest'ultima si riverberi appunto nella scienza giuridica, che sarebbe influenzata, in questo caso, dalla tecnicizzazione massimizzante.

Tale suggestione relativa al continuo movimento di adattamento tra diritto ed economia (*recte*: tra sistema giuridico e sistema economico) è peraltro propria anche della riflessione sviluppata da Noberto Bobbio sulla funzione promozionale del diritto[46] (alternativa alla funzione protettiva e a quella repressiva), nata dalla necessità di adeguare la teoria generale alle trasformazioni della società contemporanea, in connessione col passaggio dallo Stato "garantista" allo Stato "dirigista".

Affrontare l'analisi dei rapporti tra economia e diritto attraverso il prisma del pensiero critico permette inoltre di introdurre meglio il già menzionato approccio istituzionalista, che permea, con declinazioni chiaramente diverse, il diritto, l'economia (dove si lega alle visioni c.d. eterodosse), e la sociologia. Il concetto di istituzione è tipico, infatti, delle scienze sociali[47].

[43] A partire dalla nota definizione di Robbins dell'economia come scienza della scarsità, cfr. L. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2nd edition, London, Macmillan, 1935.
[44] F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, E. TONELLI (a cura di), Regole e mercato, vol. 2, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XV e ss.
[45] *Ibidem*. Gli "indici sintomatici" rilevati da Denozza sono: l'intensificazione della produzione di regole; la frammentazione dell'ordinamento e la moltiplicazione di ambiti governati da regole specifiche; la concorrenza sostituita dalla competitività.
[46] N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1313 e ss., ora in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, Edizione del Kindle.
[47] Si veda F. PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il mercato e l'impresa, oggetto di studio del diritto dell'economia, sono interpretabili del resto come istituzioni economiche[48] o meglio il mercato può essere inquadrato come il prodotto delle istituzioni che lo regolano.

In tal senso, vale la pena ricordare la cardinale riflessione sviluppata dalla dottrina sul carattere politico-giuridico del mercato[49], in quanto *locus artificialis* creato e plasmato dal diritto, con il conseguente rifiuto di qualsiasi naturalismo economico[50].

Tale lettura si pone in netta distanza dallo stile giuridico neoliberale, frutto delle teorizzazioni del pensiero giuridico contemporaneo, a cui si riferisce l'analisi dottrinaria poc'anzi illustrata.

Occorre adesso tornare su quella nozione di "normativo", alla quale in precedenza si è fatto cenno per la sua rilevanza a fini metodologici, al fine di operare alcuni necessari distinguo.

Sul piano epistemologico, e sempre in un'ottica di disamina critica fondata sul concetto di contaminazione metodologica, è necessario sottolineare che in economia i lemmi "normativo" e "positivo" assumono una specifica connotazione. Questo ragionamento vale specificamente con riguardo all'economia c.d. *mainstream* e alla confusione che spesso soggiace all'idea di un approccio positivo che in realtà è soprattutto normativo.

Una lettura evocabile, in questo caso, per delineare una posizione che si intende contrastare attraverso la propria analisi, è il riferimento a un fondamentale articolo di Milton Friedman del 1953[51], sulla questione del metodo in economia. Friedman, assumendo che la demarcazione fondativa della disciplina economica sia di occuparsi "di ciò che è" (approccio positivo) e non "di ciò che deve essere" (approccio normativo), invita a riconoscere l'esistenza di una scienza economica positiva distinta dall'economia politica (che si occupa dei fini). La prima sarebbe alla base anche della seconda, essendo capace di produrre le previsioni sulle quali si debbono fondare le proposte politiche.

Quella che viene sviluppata è l'idea della separazione tra i concetti oggettivi di analisi e i giudizi di valore. In realtà, un simile approccio è di per sé normativo, se letto con riferimento al diritto, solo che sottopone regole e istituti giuridici a una valutazione di efficienza e non di equità, fino all'estremo di portare allo sviluppo di tecniche di misurazione quantitativa dei sistemi giuridici. Si verifica in questo modo l'insorgenza di una prospettiva strettamente funzionalista con la quale viene letto il diritto, ancorata alla c.d. teoria delle *legal origins*, che si fonda sulla classificazione e quindi sulla

[48] G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, cit.
[49] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, *op.cit.*,1998.
[50] N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2000, pp. 435 e ss. Per una visione opposta, cfr. F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge & Kegan Paul, 1973-1979; trad. it. di P.G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1986.
[51] M. FRIEDMAN, *The methodology of positive economics*, in ID. (Eds), *Essays in positive economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, pp. 2-43.

comparazione dei sistemi giuridici, in forza della loro capacità di migliorare l'efficienza complessiva del sistema economico. Si tratta di una impostazione che ha permeato il piano istituzionale attraverso, ad esempio, i rapporti *Doing business* della Banca Mondiale[52].

Cercando di riportare nel diritto l'analisi sulla differenza tra approccio normativo e positivo in economia, dobbiamo certamente evidenziare l'esistenza di altre categorie di riferimento e dualismi. In particolare, a venire in rilievo sono le nozioni di prescrittivo e descrittivo (che corrispondono alla differenza tra normativo e positivo nella scienza economica) e l'antitesi tra una concezione strutturale (o sistematica) del diritto e una funzionale[53].

Come noto, nella scienza giuridica il termine "positivo" deriva etimologicamente dal latino: «ponere»: il diritto positivo sarebbe dunque «il diritto posto dagli uomini nella storicità del loro vivere»[54].

Insigne dottrina giuridica, analizzando il rapporto tra giusnaturalismo e giuspositivismo[55], ha formulato importanti riflessioni in merito alla relazione che lega i concetti di verità (valore) e di volontà[56], avanzando l'ipotesi che le norme giuridiche siano oggi contraddistinte da una mera "validità procedurale", corrispondendo la *ratio legis* al perché storico-politico delle stesse. Sebbene a dominare siano i valori procedurali, il diritto, secondo questa riflessione, continuerebbe purtuttavia a esprimere delle volontà di realizzare scopi, meritevoli di tutela, attraverso le norme. In questo senso, viene inferito che occorre mantenere salda la distinzione tra l'oggetto regolato – il capitalismo e la tecnica – e la regola ordinatrice.

Riportato sul piano dell'analisi della relazione tra Stato e mercato nelle fasi di transizione, un tale discorso può essere utilmente evocato per sottolineare la necessità di saper riconciliare, nell'ottica di una "ri-politicizzazione" della normatività giuridica, le questioni distributive, legate alle relazioni di potere e al perseguimento di obiettivi

[52] Cfr. A. GAMBARO, *Misurare il diritto: sul ruolo e la funzione delle grandezze quantitative nel campo delle ricerche giuridiche*, in *Multiverso.it*., fasc. 11, 2012, il quale sottolinea che le basi epistemologiche del pensiero economico c.d. *mainstream* sarebbero fragili, «come indica il nome stesso, che implica che larga parte degli adepti ad una data tradizione di ricerca prosegue nell'uso di un paradigma metodologico senza farsi carico di fornire risposte convincenti agli argomenti dei dissidenti e fondare così teoreticamente un metodo». Si veda anche R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, fasc. 4, 2009, pp. 765-795.

[53] N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit.

[54] E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

[55] *Ibidem.* Sul positivismo giuridico, cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Dir. pubblico,* fasc. 2, 2017, pp. 605-640; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972.

[56] Quello che viene descritto come il rapporto tra «volontà di verità» e volontà normativa. Cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2000, pp. 665 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

di equità e giustizia, con quelle allocative[57], tornando a fornire indicazioni di ordine valoriale nella disciplina dei rapporti economici.

3. La programmazione economica tra ri-politicizzazione e sperimentalismo

Come si inserisce dunque in tutto ciò, ovvero nell'impostazione critica sin qui delineata volta a disvelare gli aspetti normativi del rapporto tra diritto ed economia, la riflessione più propriamente giuridica? A partire dall'opportunità di riattivare la capacità regolatrice del diritto, ascrivendo a quest'ultimo la finalità fondamentale di coordinare le azioni in vista di obiettivi e scopi selezionati.

Sembra infatti emergere, proprio grazie a quel "diritto «della» crisi" in precedenza evocato, un rinnovato slancio verso la ricerca, nella crescente complessità sociale legata all'aumento dei rischi globali, non tanto di «equilibri "puntistico-reticolari", negoziali e contingenti» bensì «sistemici» [58], ovvero volti, riprendendo quanto già sottolineato, a coniugare l'esigenza della ripresa economica con la tutela ambientale, attraverso l'instaurazione di una relazione sinergica tra le due finalità.

Ciò starebbe avvenendo in controtendenza rispetto alla logica seguita in questi ultimi anni in materia di semplificazione amministrativa, ove, come bene evidenziato dalla dottrina, l'interesse ambientale avrebbe subito un'importante dequotazione, divenendo oggetto di un processo di contenimento dei livelli di tutela motivato dalla necessità di agevolare lo sviluppo economico[59].

La dimensione finalistica di tale interesse sembra oggi, invece, poter trovare una propria cruciale collocazione all'interno del processo di riprospettazione eurounitaria dei meccanismi di programmazione economica, mediante i quali i fenomeni naturali vengono ricongiunti, nei termini, già illustrati, al sistema dei valori.

---

[57] In quest'ottica rilevano anche le analisi del giurista francese Alain Supiot sul ruolo del diritto, definito «tecnica di umanizzazione della tecnica», e delle istituzioni coinvolte nell'umanizzazione dell'economia e del progresso, ovvero sulla necessità di intervenire sulla dimensione "feudale" insita nella «nostra cultura contrattuale», cfr. A. SUPIOT, *Homo Juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005. Sul punto cfr. L. PENNACCHI, *Il soggetto dell'economia. Dalla crisi a un nuovo modello di sviluppo*, Roma, Ediesse, 2015, pp. 210-211. Si veda anche M. DE CAROLIS, *Il neoliberalismo, la crisi e la rifeudalizzazione della società*, in *Politica e società*, fasc. 1, 2016, p. 83.

[58] Cfr. E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati,* in *Riv. giur. edil.*, fasc. 1, 2018, pp. 353 e ss.

[59] La semplificazione «da strumento di regolazione della complessità» sarebbe divenuta «strumento di regolazione della complicazione attraverso una riduzione della tutela di alcuni interessi», sul punto V. DI CAPUA, *Ambiente, complessità sistemica e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 2020. Sottolinea E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati,* cit., pp. 353 e ss., che si sarebbe verificato «un superamento dello statuto privilegiato dell'interesse ambientale, sempre più spesso parificato, nelle arene deliberative, agli altri interessi e, anzi, sottoposto ad un processo di contenimento dei livelli di tutela, per lo più indiretto, attraverso meccanismi di semplificazione».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il legislatore europeo ha del resto iniziato già da tempo a promuovere la "sostenibilità" quale obiettivo verso il quale indirizzare e coordinare[60] il sistema economico[61], prefigurando la progressiva realizzazione di un nuovo modello di sviluppo incentrato sul concetto di circolarità sistemica e sull'uso "rigenerativo" delle risorse[62]. La crisi pandemica e le decisioni prese per contrastarne gli effetti nefasti sul piano economico sembrano aver rafforzato e accelerato tale nuovo indirizzo.

La programmazione si erge dunque, in questo contesto, a strumento di sintesi e di bilanciamento delle opposte istanze che animano la complessità, controllando, al posto della tecnica, la razionalità finale delle scelte, orientate verso comuni obiettivi di riconversione ecologica del sistema economico.

La strategia di risposta pubblica al problema dei cambiamenti climatici (certamente inquadrabile come una grande esternalità negativa[63] ma non solo) costituisce il fulcro e il banco di prova di un tale rinnovato assetto programmatico degli equilibri di mercato. Sono proprio le politiche climatiche ed energetiche[64], infatti, il terreno sul quale la Commissione europea ha iniziato a sviluppare le linee di quella che può essere definita una "*governance* sperimentalista", basata su processi iterativi di confronto con gli Stati membri[65] e modellata sulla necessità di regolare una relazione

[60] Ci si riferisce qui al concetto di programmazione come attività di indirizzo e coordinamento degli interessi socio-economici delle comunità e degli individui, su cui G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir*., Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998.

[61] Con riguardo alla penetrazione dell'obiettivo della sostenibilità nel settore dell'energia si veda E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *La transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati: atti del convegno AIDEN*, Milano, Wolters Kluwer, 2018.

[62] In tal senso debbono leggersi gli atti normativi emanati in attuazione del Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare (COM(2015) 614 final), recentemente sostituito dal Nuovo piano d'azione per l'economia circolare per un'Europa più pulita e più competitiva (Comunicazione dell'11 marzo 2020, COM(2020) 98 final). Sul tema si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost*., cit., pp. 50 e ss. Si ricorda che il concetto di economia circolare inizia a venire valorizzato in Europa col Programma di azione ambientale del 2013 (c.d. Settimo Programma) intitolato «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L354 del 28/12/2013.

[63] Per l'inquadramento dei cambiamenti climatici come il più grande esempio di fallimento del mercato mai esistito, Cfr. N.H. STERN, *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, HM Treasury, 2006; ID., *Why Are We Waiting? The Logic, Urgency, and Promise of Tackling Climate Change*, Cambridge, Mit Press, 2015.

[64] Con riferimento alla *governance* regolatoria europea e nazionale dell'energia cfr. L. AMMANNATI, *L'«Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia» e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com*., fasc. 3-4, 2011, pp. 675 ss.; ID., *Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Jean Monnet Centre of Pavia, Pavia, 2011, pp. 99 e ss.; A. CANEPA, *Reti europee in cammino*, Napoli, Jovene, 2010.

[65] Il concetto rinvia all'idea di una forma di *governance* imperniata su processi iterativi, architetture istituzionali multi-livello, *framework* che fissano target e metriche comuni, nonché procedure per valutare il raggiungimento degli obiettivi concordati dalle istituzioni europee e i governi nazionali, su cui A. PRONTERA, *Il PNIEC nella* governance *europea e nazionale*, in *Energia*, fasc. 2, 2020, pp. 66-71. La locuzione "*experimentalist governance*" è stata elaborata da C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, cit., pp. 271-327.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

tra Stato e mercato sempre più caratterizzata dalla variabile del rischio[66] (par 1). Segnatamente, il riferimento è ai Piani Nazionali Integrati Energia e Clima (PNIEC), strumenti di programmazione pluriennale elaborati per coordinare in senso orizzontale e verticale la materia energetica e climatica nel segno della decarbonizzazione[67]. In continuità con un siffatto approccio, il *Green Deal* europeo[68] ha poi delineato una specifica traiettoria di tipo programmatico finalizzata a rafforzare l'ecosostenibilità dell'economia europea, ponendo in essere una serie di interventi che insistono prioritariamente sulle competenze degli Stati membri, in diversi ambiti, quali l'energia, l'industria (inclusa quella edilizia), la mobilità e l'agricoltura. La crisi pandemica ha infine avuto importanti riflessi sull'attuazione del nuovo programma d'azione verde della Commissione europea, incidendo in particolare sulle risorse finanziarie destinate a realizzarlo, nella misura in cui i finanziamenti previsti nell'ambito del Piano finanziario per la ripresa e la resilienza sono stati fatti convergere sulle priorità della doppia transizione – emblematicamente definita "gemella" – ecologica e digitale, per la promozione di una crescita sostenibile. L'obiettivo della neutralità climatica ha assunto così il ruolo di fondamentale asse su cui far ruotare tutte le iniziative europee, comprese quelle delineate per contenere le conseguenze negative della Pandemia di Covid-19.

Il processo di programmazione "iterativa" attuato con i PNIEC ne è uscito ulteriormente rafforzato, confermando la praticabilità di una logica già sperimentata col Semestre europeo[69], sulla quale si innesta oggi la necessità di imprimere una accelerazione nella transizione energetica e nelle politiche di adattamento ai cambiamenti climatici. Il *Green Deal* costituisce, infatti, in questo quadro, un fattore di decisiva ed efficace riunificazione di plurime azioni sotto l'unico grande "cappello" della sostenibilità, alla quale viene conferita consistenza ed effettività giuridica proprio mediante la ridefinizione delle procedure di coordinamento del Semestre europeo, avviato, dal 2019, dalla c.d. Strategia annuale di crescita sostenibile[70]. Si compone così,

[66] In particolare, in questo contesto il riferimento è alla necessità di rispondere alle sfide della sicurezza energetica e della lotta al cambiamento climatico.
[67] Nell'ambito del c.d. «*Winter Package*» o «*Clean energy package*», il regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia disciplina lo strumento dei i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC), che coprono periodi di dieci anni a partire dal decennio 2021-2030. Attraverso i piani, ogni Stato membro è chiamato a contribuire al raggiungimento degli obiettivi comuni europei in materia di energia e di clima fissati per il 2030. Il Governo italiano ha inviato il proprio Piano nazionale alle Istituzioni europee a gennaio 2020, a seguito di una interlocuzione intercorsa con le istituzioni nazionali ed europee e di una consultazione pubblica.
[68] Comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final; si veda anche la Comunicazione, *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, del 28 novembre 2018, COM(2018) 773 final, con la quale sono state gettate le basi per il nuovo corso "verde" dell'UE.
[69] Cfr. J. ZEITLIN, *EU experimentalist governance in times of crisis*, in *West European Politics*, fasc. 5, 2016, pp. 1073-1094.
[70] Si veda la Comunicazione della Commissione, *Strategia annuale di crescita sostenibile 2020*, del 17 dicembre 2019, {SWD(2019) 444 final}, ove la Commissione afferma: «il *Green Deal* europeo che fa

gradualmente e secondo meccanismi di progressiva sedimentazione di assetti istituzionali ingenerati dal "diritto «della» crisi", una intelaiatura nella quale, come per una sorta di meccanismo di irradiazione, l'attività di *governance* economica della Commissione si espande e propaga verso politiche ulteriori, in forza di orientamenti che si consolidano proprio nelle fasi di emergenza. In tal senso, deve essere letta, infatti, la scelta di inserire lo strumento principe del *Recovery package*, il *Next Generation Eu*[71] (e in particolare il c.d. *Recovery and Resilience Facility*)[72], nel Semestre europeo, chiedendo agli Stati membri di presentare dei *Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza* conformi alle raccomandazioni specifiche per Paese, alla sostenibilità climatica, alle priorità di *policy* legate alla transizione verde e digitale[73] e ai contenuti del PNIEC.

La Commissione diviene pertanto organo oltre che di controllo anche e soprattutto di indirizzo[74], risultando capace di infondere, in via indiretta e attraverso processi reiterati di apprendimento[75], gli orientamenti europei nelle decisioni di politica economica degli Stati membri. Si delinea in questo modo un modello di sviluppo destinato a conformare, attraverso la programmazione pubblica[76], le scelte di produzione e consumo nazionali, col passaggio a quello che potrebbe definirsi un "governo dell'economia sostenibile" a guida europea.

Il diritto torna così a dettare scopi, orientando la tecnica, ovvero garantendo che le innovazioni – non solo quelle digitali riconducibili al concetto di Industria 4.0[77], ma anche l'economia circolare che permea i processi di produzione – restituiscano al mercato unico la funzione di mezzo per il raggiungimento di finalità sociali.

3.1. Il ruolo della sostenibilità come leva dello sviluppo

della sostenibilità – in tutte le accezioni del termine – e del benessere dei cittadini il punto cardine della nostra azione, è la nostra nuova strategia di crescita».

[71] Il pacchetto per la ripresa economica dal Covid-19, il c.d. *Next Generation Eu*, evoca nel nome quel concetto di solidarietà diacronica che caratterizza la nozione giuridica dello sviluppo sostenibile.

[72] Il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*) è il programma di sostegno finanziario dell'Unione europea per rilanciare l'economia degli Stati membri attraverso azioni mirate e strategiche. Il finanziamento è elargito previa presentazione di Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza, nei quali sono definiti programmi di riforme e investimenti che il singolo Stato si impegna a realizzare nel periodo 2021-2023. Si veda il regolamento (Ue) 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, adottato dal Consiglio il 12 febbraio 2021.

[73] Il regolamento (Ue) 2021/24 prevede che almeno il 37% della dotazione finanziaria del Piano per la Ripresa e la Resilienza sia destinato al sostegno della transizione verde, compresa la biodiversità, e almeno il 20% alla trasformazione digitale.

[74] Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6, 2020, pp. 151 e ss.

[75] J. ZEITLIN, *EU experimentalist governance in times of crisis*, cit., pp. 1073-1094.

[76] Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza deve inoltre essere coerente con le informazioni contenute nei Programmi nazionali di riforma, nei Piani territoriali per una transizione giusta, nei Piani nazionali per l'attuazione della Garanzia Giovani e negli Accordi di partenariato.

[77] Su cui cfr. F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Dir. Amm*., fasc. 4, 2020, pp. 877 e ss.; A. TROISI, *La digitalizzazione del sistema industriale ed il piano Industria 4.0 in ambito UE*, in *Riv. trim. dir. econ.*, fasc. 3/1, 2020, pp. 488-512.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

In un simile scenario si inserisce il rinnovato protagonismo della politica industriale[78], che, in ossequio alla lettera dei Trattati, nel rispondere a esigenze di interesse pubblico, deve sempre essere rispettosa della concorrenzialità dei mercati[79].

La sostenibilità climatica sembra infatti assurgere al rango di nuovo principio guida dell'economia sociale di mercato, divenendo la variabile ecologica uno strumento di armonizzazione del principio della tutela della concorrenza e del divieto di aiuti di stato con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, al quale "dovrebbe" essere informato il mercato unico europeo.

L'ipotesi è che proprio su questo versante sia possibile realizzare un connubio virtuoso tra due politiche, industriale e di concorrenza, a lungo contrapposte[80].

Lo snodo consiste infatti nella possibilità di rinvenire nell'esigenza di rendere sostenibile il rapporto tra produzione industriale e tutela dell'ecosistema l'elemento con cui offrire legittimazione a un sostegno pubblico ecologicamente conformato. L'inverdimento dell'economia, in buona sostanza, dovrebbe divenire un meccanismo di incentivo per indurre le imprese, altrimenti svantaggiate, ad allineare la propria attività con la transizione ecologica[81].

Il modello da seguire potrebbe essere rappresentato, in particolare, da quella che è stata efficacemente definita una politica-pilota nel processo di integrazione europea: la politica agricola[82].

A venire in rilievo sono segnatamente le modalità con cui è stato costruito il supporto europeo alla crescita del settore agricolo[83], mettendo cioè a disposizione delle imprese misure per agevolare le azioni e gli investimenti volti a declinare lo sviluppo rurale secondo gli orientamenti politici comunitari[84]. Si tratta di un contesto nel quale,

[78] Si veda in tal senso Comunicazione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, del 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final.
[79] La base giuridica della politica industriale dell'Unione europea è costituita dall'art. 173 TFUE. Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma*: il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2021.
[80] Cfr. A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2020, pp. 152-153, il quale, con riferimento alla concorrenza e al ritorno della politica industriale, sviluppa una riflessione basandosi sul principio di precauzione «che oggi consiglierebbe di riallocare risorse verso il sistema sanitario, verso uno sviluppo sostenibile e le energie pulite, verso l'istruzione e la digitalizzazione dei settori più maturi dell'economia e verso più adeguate misure di protezione sociale». Sul tema della virtuosa associazione della politica industriale alla politica di concorrenza nell'ambito delle catene del valore, si veda M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma*: il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, cit.
[81] Cfr. E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, cit., pp. 201 e ss.
[82] S. MASINI, Greening *e adempimento degli obblighi di condizionalità ambientale da parte delle imprese*, in *Riv. dir. agr.*, fasc. 1, 2020, pp. 140-166.
[83] Cfr. L. TORCHIA, *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2015, p. 2, in cui si osserva che il settore agricolo è quello rispetto al quale esiste una specifica politica di intervento europea, basata sugli strumenti tradizionali dell'intervento pubblico (programmazione, quote, incentivi, sussidi, ecc.).
[84] Cfr. S. LANDINI, *Tensioni e innovazioni nel credito agricolo. Una riflessione giuridica*, in *Dir. agroalim.*, fasc. 3, 2017, p. 517.

tipicamente, si intende perseguire un risultato economico multiforme, mediante il ricorso a contratti di finanziamento, articolati come un credito speciale[85] di scopo, la cui causa è collegata a specifici obiettivi di pubblico interesse che l'accordo si prefigge di realizzare[86]. Il finanziamento, improntato al conseguimento di propositi meta-finanziari[87], tra i quali figura la necessità di fornire risposte adeguate alle sfide emergenti, risulta rafforzato nella sua capacità di raggiungere le finalità prefissate dalla presenza di un'obbligazione di destinazione delle somme elargite[88].

Lo sviluppo industriale europeo potrebbe essere allora orientato in senso ecologico seguendo meccanismi di finalizzazione analoghi a quelli sperimentati per l'attività agricola, contraddistinta da una multifunzionalità, ambientale economica e socio-territoriale, promossa strategicamente dall'Unione europea, attraverso la PAC e i Piani di Sviluppo Rurale nazionali di recepimento[89].

Si ritiene che possa leggersi nell'ottica di un intervento pubblico atto a promuovere una sinergia virtuosa tra ambiente, industria e mercato, laddove il primo diviene incentivo per i secondi, l'iniziativa del Gruppo di Studio su Economia e Sviluppo sostenibile istituito presso il Ministero della Transizione Ecologica[90], volta a definire gli indicatori ambientali necessari per selezionare gli investimenti verdi da finanziare in via prioritaria. L'obiettivo è quello di costruire un vero e proprio sistema

[85] Il credito agrario, disciplinato dall'art. 43 del Tub, si configura come un credito "speciale" di scopo, la cui specialità è legata alle caratteristiche dell'attività produttiva dell'impresa finanziata e alle forme tecniche e garanzie predefinite. Cfr. A. PATUELLI, *Credito agrario, ieri e oggi*, lettura tenuta il 25 gennaio 2010 all'Accademia dei Georgofili, disponibile al link: *http://www.georgofili.net/articoli/credito-agrario-ieri-e-oggi/2584*; V.E. RAGUSA, *Credito agrario e disciplina delle garanzie*, in *Riv. dir. agr.*, fasc. 2, 2005, pp. 215-271.

[86] Sono molteplici le figure affini, caratterizzate nella loro *ratio* dal ruolo della causa, funzione o destinazione. Si possono citare a titolo di esempio: il credito al consumo, il microcredito solidale, il *project financing* e i patrimoni destinati ad uno specifico affare.

[87] Apponendo particolari condizioni all'accesso al credito e alle agevolazioni pubbliche si incentivano infatti comportamenti che favoriscono l'interesse generale, non solo il perseguimento della funzione economica individuale. Sul concetto di meta-finanza S. LANDINI, *Tensioni e innovazioni nel credito agricolo. Una riflessione giuridica*, cit., pp. 515 e ss.

[88] Il riferimento è più precisamente all'istituto del mutuo di scopo, contratto per mezzo del quale una parte appresta all'altra gli strumenti finanziari per realizzare lo scopo, legale o pattizio, originariamente previsto, rispettando i tempi e le modalità prestabilite, con l'obbligo di restituire la somma mutuata provvista dei relativi interessi. In dottrina, cfr. S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma; M. PASSALACQUA, *Finanziamenti agevolati e gestione di fondi pubblici. Commento sub art. 47,* in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 514 e ss. p. 520. L'A. sottolinea come: «Una volta stipulato il contratto di finanziamento, per ridurre lo scarto tra il fine del finanziamento e la sua realizzazione, le leggi in materia contemplano dei meccanismi di controllo intesi ad eliminare la possibilità di inadempimento dell'obbligo di destinazione da parte del mutuatario».

[89] Cfr. A. JANNARELLI, *Agricoltura sostenibile e nuova Pac: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. agr.*, fasc. 1, 2020, pp. 23-42.

[90] Il Gruppo di Studio, insediatosi il 30 gennaio 2020, è stato incaricato dall'allora Ministero dell'Ambiente (oggi della Transizione ecologica) di supportare il Comitato per la bioeconomia e la fiscalità sui temi dello sviluppo sostenibile nel quadro dei 17 Obiettivi dell'Agenda delle Nazioni Unite, nonché di elaborare proposte normative in ordine alle più rilevanti questioni economico-ambientali.

di *ranking ambientale*, attraverso il quale vagliare le imprese che chiedono finanziamenti alle banche e i progetti sui quali verranno investite le risorse.

Come testimoniato anche dalla recente adozione di una "tassonomia" europea sugli investimenti verdi[91], il ricorso alle graduatorie di sostenibilità può considerarsi un utile strumento per la realizzazione di logiche di scopo finalizzate al raggiungimento di obiettivi di riconversione ecologica[92].

Il "diritto «della» crisi" sembra, infine, confermare l'inquadramento promozionale di una politica industriale europea che si innesta nelle politiche economiche dei singoli Stati membri, rilegittimandone l'intervento, per il tramite della sostenibilità. Il *Temporary framework* riguardante le misure di aiuto di Stato nell'emergenza determinata dal Covid-19[93] prevede infatti che gli stessi possano intervenire a sostegno delle imprese mediante ricapitalizzazioni, nella misura in cui un simile ausilio (potenzialmente foriero di effetti altamente distorsivi per la concorrenza) permetta di conseguire le finalità politiche dell'Unione relative alla transizione verde e digitale delle economie nazionali, consentendo di realizzare una crescita più sostenibile a lungo termine e di promuovere la trasformazione verso l'obiettivo della neutralità climatica.

Attraverso un siffatto approccio, orientato funzionalmente alla realizzazione di scopi comuni, le politiche di aiuto giocano il ruolo di strumenti non tanto di tutela differenziata delle economie dei singoli Stati membri[94], quanto di attuazione delle logiche conformative che animano la programmazione pubblica, nell'ambito di quello che abbiamo denominato il "governo dell'economia sostenibile" a guida europea.

4. Verso un nuovo modello istituzionale di intervento pubblico nell'economia?

[91] Si veda il regolamento (Ue) 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, con il quale viene predisposta una tassonomia distinguere gli investimenti a basso impatto ambientale da quelli che rappresentano una potenziale minaccia per il clima.

[92] Anche la commissione tecnica Uni CT 057 sull'Economia circolare sta lavorando a una *Technical Specification* nazionale volta a proporre una serie di indicatori per misurare la circolarità delle organizzazioni. L'idea è quella di individuare un sistema di *rating* che non ha livelli minimi "di circolarità", ma rappresenta una valutazione sul livello raggiunto, rispetto a una applicazione massima di indicatori, incrementabile nel tempo.

[93] Cfr. Comunicazione *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*, (2020/C 112), del 20 marzo 2020, par. 45 (inserito con la modifica dell'8 maggio 2020). Cfr. M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma*: il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, cit.

[94] Cfr. M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, cit., p. 97.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Secondo la ricostruzione proposta nei paragrafi precedenti, la relazione tra Stato e mercato si presta dunque a essere ridefinita in funzione del più ampio progetto europeo di società sostenibile e resiliente[95], che sembra prendere forma nell'attuale contesto dominato dalla complessità. Un tale mutamento, a sua volta, produce, in senso adattivo, inevitabili cambiamenti dell'approccio regolatorio, destinato a subire l'influenza della rinnovata centralità acquisita dalla programmazione pubblica. Quest'ultima, in quanto strumento attraverso il quale si esplica l'azione del "governo dell'economia sostenibile", risulta, infatti, idonea a svolgere il ruolo di contenitore ampio, al cui interno è possibile ricondurre la regolazione economica di tipo condizionale, funzionale anch'essa, in una logica di complementarità, al conseguimento delle finalità sistemiche di gestione dei rischi globali.

Cogliendo, alla maniera di Douglass North, la sfida di Polanyi[96], si potrebbe infatti osservare, sempre in ossequio a una lettura istituzionalista, come proprio la transizione in corso possa essere foriera di un cambiamento istituzionale ben più profondo di quello meramente volto a rappresentare "la risposta alla crisi". In questa fase di trasformazione, si starebbero cioè costruendo le premesse per porre, concretamente, la competitività al servizio dei fini sociali, proprio come previsto dalla riforma avvenuta con il Trattato di Lisbona, frenata nella sua attuazione dall'insorgere della Grande recessione e dalla successiva crisi dei debiti sovrani.

L'origine di una tale significativa svolta sembra risiedere proprio nella decisione di ergere la politica ambientale a cardine della nuova strategia europea della crescita, capace di produrre, in attuazione del principio di integrazione[97], un "trascinamento" di tutte le altre politiche[98]. L'imposizione, in capo sia alle istituzioni europee sia alle autorità nazionali, dell'obiettivo trasversale della neutralità climatica, reso "vincolante" dalla c.d. "Legge europea sul clima"[99], nel porre in evidenza lo stretto collegamento dei valori sociali con la materia economica, parrebbe invero aprire a uno scenario nel quale la visione solidaristica potrebbe finalmente trovare una specifica traduzione in disposizioni del diritto positivo, riallineando i principi costituzionali con le fonti europee.

Se effettivamente adottata, la previsione di un obbligo giuridicamente vincolante di azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050 richiederà,

[95] E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, cit., pp. 201 e ss.
[96] D.C. NORTH, *Markets and other allocation systems in history: the challenge of Karl Polanyi*, in *Journal of European Economic History*, fasc. 3, 1977, pp. 703-716; C. DIDRY, C. VINCENSINI, *Au-delà de la dichotomie marché-institutions: l'institutionnalisme de Douglass North face au défi de Karl Polanyi*, in *Revue française de socio-économie*, fasc. 1, 2010, pp. 205-224.
[97] Di cui all'art. 11 TFUE, che insieme agli artt. 191-193 TFUE delinea gli obiettivi della politica dell'Unione in materia ambientale.
[98] Sul tema si veda A WEALE, G. PRIDHAM, M. CINI, D. KONSTADAKOPULOS, M. PORTER, B. FLYNN, *Environmental Governance in Europe: An Ever Closer Ecological Union?*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
[99] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima). La proposta è stata presentata a marzo 2020 e modificata a settembre dello stesso anno.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

infatti, l'introduzione di idonei strumenti normativi ed economici atti a dare concretezza giuridica alla «logica deontica» insita «prospettiva intergenerazionale», espressa, «in chiave non solo ambientale ma anche sociale», dal principio dello sviluppo sostenibile[100].

Alla luce del quadro descritto, l'intervento pubblico deve pertanto essere capace di normare il mercato riuscendo a ricucire la regolazione pro-competitiva del medesimo con il finalismo proprio della programmazione, superando in questo modo la cesura imposta dall'opposizione tra la (presunta) neutralità della razionalità tecnica[101] – che non sceglie i fini ma si limita a sfruttare gli effetti benefici della concorrenza per raggiungere obiettivi di carattere generale[102] – e la discrezionalità della razionalità politica, che invece risulta informata a una precisa gerarchia di valori.

Il concetto di regolazione, come noto, è collegato, in senso giuridico, all'affermazione, nel contesto delle liberalizzazioni economiche, avviate, su impulso comunitario, negli anni '90 del secolo scorso, del c.d. Stato regolatore, che detta regole condizionali, finalizzate a preservare la dinamica concorrenziale dei mercati, mimandone «normativamente» i risultati. Si tratta di regole giuridiche strutturate sul concetto di efficienza economica in senso paretiano, il cui contesto teorico di riferimento è fornito dalla nozione economica di esternalità[103], che tende a inquadrare le situazioni cui un'azione produce su soggetti terzi effetti (economici) di cui l'agente

[100] Si veda, per l'uso di queste espressioni, E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, fasc. 1, 2019, p. 494. Più ampiamente, sull'ambiente come oggetto di un dovere e sulla solidarietà in accezione responsabilizzante collegata allo sviluppo sostenibile, cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; ID., *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Tratt. dir. amb.*, Vol. I, Padova, Cedam, 2012, p. 571.

[101] Sulla presunta neutralità dei contenuti finalistici della regolazione, sia consentito il rinvio a M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, cit., p. 105.

[102] P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., pp. 37 e ss.

[103] Sul tema cfr. R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *the Journal of Law and Economics*, 3, 1960, p. 1 ss., ora ID., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 199 ss. L'efficienza è un concetto che nell'analisi economica del diritto funge da chiave di interpretazione delle regole giuridiche (in quanto posto al centro in senso normativo), venendo enfatizzate le conseguenze economiche di queste ultime. Si veda M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*,, fasc. 2, 2019, pp. 155-178, il quale, per descrivere la visione generale di questa scuola di pensiero, afferma: «(a) le norme sono strumenti di amministrazione degli incentivi; b) il diritto dovrebbe mimare il mercato, perseguendo la meta dell'efficienza, così come il giurista dovrebbe appellarsi all'economia, perché essa indica come si raggiunge l'efficienza; c) la pressione selettiva che guida l'evoluzione dell'ordinamento, soprattutto nel sistema di *common law* e di diritto privato, di fatto favorisce le soluzioni efficienti». Possiamo distinguere la scuola di Chicago, con il riferimento a Richard Posner, e la scuola di Yale, il cui principale esponente è Guido Calabresi. Quest'ultimo mette in discussione la base individualistica dell'analisi economica del diritto (che applica gli strumenti della microeconomia all'analisi delle regole e delle istituzioni giuridiche) in considerazione degli effetti sociali generati dalle interazioni tra individui. Cfr. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven and London, Yale University Press, 2016; K.N. HYLTON, *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*, in *European Journal of Law and Economics*, 2019, pp. 77-88.

non tiene conto[104]. In questi casi, le autorità pubbliche sono chiamate a intervenire per affrontare una situazione di fallimento del mercato e non per influire sul merito delle scelte imprenditoriali, conformando le attività produttive in base a determinati obiettivi generali di sistema.

Come emerso nel corso della trattazione, la sostenibilità, divenendo *driver* dello sviluppo e criterio di selezione premiale nel mercato concorrenziale, mette certamente in discussione un tale impianto dicotomico, peraltro già ampiamente contestato in dottrina. Viene, infatti, evidenziato come la "riserva di tecnicismo" di cui godono le Autorità amministrative indipendenti nel porre in essere la loro attività regolatoria, risulti riconosciuta sempre nel rispetto degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse. Si tratta di valori, corrispondenti a specifici interessi pubblici tutelati dall'ordinamento, che peraltro ben «consentono un recupero del ruolo di indirizzo politico (gli "indirizzi di politica generale formulati dal Governo") nella regolazione del mercato di riferimento»[105].

Le funzioni regolative, essendo legate, al pari di ogni altra pubblica funzione, al bilanciamento tra tutela della concorrenza e finalità sociali, avrebbero anch'esse, pertanto, un carattere "ontologicamente" politico[106]. Occorre infatti distinguere tale aspetto dalla diversa questione dell'indipendenza delle autorità[107] di regolazione, le quali, nel loro agire, si muovono sempre nell'orizzonte normativo-assiologico dettato dalla Carta costituzionale[108].

Nell'ottica dell'unitarietà del sistema, è possibile allora sottolineare l'imprescindibile compito di controllo rimesso alle amministrazioni indipendenti di matrice europea, garanti, nell'eterno conflitto tra libertà economiche e diritti sociali, di una politicità che deve essere sinonimo di mediazione tra opposte istanze, e non di "cattura" del regolatore (e dunque di fallimento dello Stato).

---

[104] F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit., p. XLI. L'A. sottolinea la parzialità di una simile visione che tende a ignorare i legami sociali.

[105] S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. Amm*., fasc. 4, 2020, pp. 764 e ss. L'autore analizza lo sviluppo della c.d. "banda ultra-larga" come esempio di recupero dell'indirizzo politico su scelte economiche. Sulla vicenda della realizzazione e gestione della banda ultra-larga di comunicazione elettronica in Italia, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Scelte di politica industriale e sociale, regolazione e mercato. Il caso della unificazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2020, pp. 3 e ss.

[106] R. MANFRELLOTTI, *Indirizzo politico, "diritto mite" e autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2020, pp. 1 e ss. Su questi temi si veda anche E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

[107] La questione dell'indipendenza si lega a quella della terzietà, sulla quale la dottrina afferma: «Il riferimento alla terzietà è fonte di equivoco, correttamente svelato dalla Corte costituzionale che, riferendosi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non solo ha negato la sussistenza di tale requisito, ma l'ha riconosciuta portatrice di un interesse pubblico specifico (la tutela della concorrenza e del mercato), negando quindi una sua posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale», cfr. S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, cit., pp. 764 e ss.

[108] Cfr. R. MANFRELLOTTI, *Indirizzo politico, "diritto mite" e autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 1 e ss.

Sembra quindi potersi ammettere, anche alla luce di queste constatazioni, la possibilità di un nuovo modello istituzionale, nel quale la regolazione economica opera, insieme al governo dell'economia, nella prospettiva della tutela dell'interesse generale rappresentato dalla sostenibilità nelle sue molteplici accezioni.

E, ancora una volta, è l'«erompere del diritto comunitario» la determinante in forza della quale avvengono le innovazioni sul piano giuridico-istituzionale[109]. Proprio il diritto europeo promuove, infatti, un intervento pubblico che, secondo lo schema della riarticolazione virtuosa di concorrenzialità e finalismo, sappia insinuare, all'interno delle "regole" che sovraintendono gli scambi, una "razionalità ecologica", diversa da quella economica in quanto basata su motivazioni non individualistiche, ovvero sulla prevalenza di valori personalistici e solidaristici. Oltre al già menzionato contratto ecologico e al diritto privato regolatorio, si può leggere in tal senso anche il c.d. «diritto alla riparazione dei prodotti»[110], strumento fondamentale per contrastare il fenomeno dell'obsolescenza programmata[111] e riorientare, conformandoli, i processi economici, a favore di una strategia basata sulla diminuzione del consumo e della dismissione di beni e materiali.

In questa cornice, l'ambiente, in conclusione, sembra poter rappresentare il nuovo *ethos* unificante dei processi giuridici ed economici, consentendo il recupero della dimensione normativa dei valori e forse anche il superamento di quello che la dottrina definisce «un contesto di diffuso nichilismo giuridico»[112].

[109] Cfr. S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici delle normative di riforma delle banche cooperative*, in ID., *Le trasformazioni delle banche. Riforme Crisi Tutele*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, pp. 31 e ss.
[110] Si vedano i dieci regolamenti di attuazione sull'*ecodesign* adottati dalla Commissione europea nell'ottobre 2019, che prevedono per la prima volta specifici requisiti di riparabilità e riciclabilità finalizzati ad allungare la vita dei prodotti, facilitandone manutenzione e riutilizzo.
[111] Sul concetto di obsolescenza pianificata e sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM nei confronti delle società del gruppo Apple e Samsung, sanzionate col massimo edittale, nel 2018, per aver violato gli artt. 20, 21, 22 e 24 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ovvero per aver posto in essere condotte qualificabili come pratiche commerciali scorrette, cfr. G. D'IPPOLITO, A. RE, *Obsolescenza programmata. L'Agcm [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato] sanziona Apple e Samsung*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 1, 2019, pp. 325-334, disponibile al link: *http://www.medialaws.eu/obsolescenza-programmata-lagcm-sanziona-apple-e-samsung/*; A. GIANNACCARI, *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2019, pp. 149-156.
[112] E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., p. 526.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Certificato verde digitale e passaporto vaccinale: due nozioni non sovrapponibili[*]

di Donatella Morana[**]

5 maggio 2021

1. La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 ha come obiettivo la predisposizione di un Certificato verde digitale (CVD) che ciascun cittadino dell'Unione potrà utilizzare in qualsivoglia Stato membro[1].

Nel Certificato verde digitale potranno rientrare tre distinte certificazioni rilasciate dalle autorità sanitarie degli Stati membri: il certificato di avvenuta vaccinazione anti-COVID19; il certificato di sottoposizione a un test (molecolare o rapido antigenico) da cui risulti la condizione del soggetto rispetto al contagio da nuovo Coronavirus; il certificato di avvenuta guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2.

La funzione del Certificato verde digitale è quella di definire il formato e il contenuto standard delle tre tipologie di certificazioni, in modo da garantire la loro piena interoperabilità nei diversi Stati membri (per quanto attiene al rilascio, alla verifica e all'accettazione delle stesse certificazioni).

La parola chiave della disciplina proposta può rinvenirsi, infatti, proprio nella nozione di interoperabilità: vale a dire (stando alla definizione fornita dallo stesso

[*] Il testo riproduce l'intervento svolto l'8 aprile 2021 nell'ambito dell'audizione informale sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale) (COM (2021) 130 final), davanti alla 1ª Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica.

[**] Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

[1] La Commissione UE ha presentato anche un'ulteriore proposta, concernente il rilascio, la verifica e l'accettazione dei medesimi certificati per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti o regolarmente residenti nel territorio degli Stati membri durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale) (COM(2021)140 final). Nelle brevi considerazioni che seguono non mi soffermerò su questa proposta; tuttavia, i succinti rilievi che esporrò possono essere riferiti in larga parte anche a quest'ultima.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

regolamento), la capacità dei sistemi di verifica di uno Stato membro di utilizzare i dati codificati da un altro Stato membro.

Nella situazione attuale, ogni Stato membro sviluppa una propria soluzione tecnica in ordine al formato e al contenuto delle tre certificazioni, in modo indipendente, con conseguenti rischi e difficoltà sul piano della sicurezza e della verificabilità dei certificati emessi dalle diverse autorità nazionali e a tutto svantaggio della libertà di circolazione dei cittadini europei, i quali possono incontrare problemi nel far accettare i propri documenti di certificazione in altri Stati membri.

La proposta di regolamento tende a superare le difficoltà derivanti da questa "frammentazione normativa", individuando norme tecniche comuni da utilizzare per garantire l'interoperabilità, la sicurezza e la verificabilità dei certificati emessi.

Ciascuno Stato membro dovrà rilasciare gratuitamente il CVD ai cittadini dell'Unione (in formato digitale, cartaceo o entrambi). Il CVD dovrà contenere un codice a barre interoperabile a lettura digitale, fornendo così uno strumento affidabile e utilizzabile in qualunque altro Stato dell'Unione, che metta altresì al riparo dall'elevato rischio di ricorso a false certificazioni.

2. Alcune ulteriori precisazioni sulla proposta in esame appaiono necessarie per poter svolgere poi brevi notazioni in ordine ai profili costituzionali coinvolti.

Anzitutto, conseguire l'uniformità di contenuto e formato delle certificazioni rientranti nel CVD (e la loro conseguente "spendibilità" nel territorio dell'Unione) ha lo scopo pressoché esclusivo di agevolare la libera circolazione dei cittadini europei (ai sensi dell'art. 21 TFUE) durante la pandemia: si facilita, per così dire, il "mutuo riconoscimento" dei certificati nazionali, si agevola il percorso per riconoscere validità alle certificazioni nazionali, di analogo contenuto, in ciascuno degli Stati membri in cui si sposti il cittadino europeo.

Ma va evidenziato che gli Stati membri continueranno a essere le sole autorità competenti a decidere sul come disciplinare e limitare la circolazione all'interno del loro territorio. In altri termini, il CVD non attribuisce alcuna speciale garanzia in ordine alla possibilità di entrare e circolare nel territorio di uno Stato membro, ma attribuisce soltanto il diritto di essere sottoposti, al riguardo, al medesimo regime giuridico cui sono sottoposti i cittadini dotati di analoga certificazione rilasciata da quello stesso Stato membro.

Inoltre, la proposta di regolamento non istituisce né un obbligo, né un diritto alla vaccinazione. Né il certificato di avvenuta vaccinazione contenuto nel CVD rappresenta una *condicio sine qua nn* per godere della libertà di circolazione nei territori dell'Unione: chi non è vaccinato perché non può esserlo, o non vuole esserlo, potrà comunque continuare a circolare negli Stati dell'Unione, ma dovrà ovviamente rispettare gli specifici limiti e le specifiche condizioni stabiliti in ciascuno Stato membro (ad esempio, la necessità di sottoporsi al test o l'obbligo di quarantena o isolamento ecc.).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Non mancano, nella proposta di regolamento, previsioni volte ad impedire che il regime del CVD possa interferire con la protezione che l'ordinamento dell'Unione assicura alla *privacy*, vertendosi in materia di dati sensibilissimi quali quelli inerenti allo stato di salute di una persona. Da questo punto di vista, deve sottolinearsi che all'interno del CVD dovranno confluire i soli dati necessari rispetto allo scopo (in ossequio al principio garantistico della minimizzazione dei dati) e che la proposta esclude la creazione di una banca data a livello di Unione europea, consentendo soltanto la verifica decentrata dei certificati interoperativi. Un'ulteriore garanzia per la protezione dei dati personali sembra derivare (accanto alla già citata minimizzazione dei dati personali inclusi nel CVD) dalla natura temporanea e provvisoria della disciplina che si vorrebbe introdurre: le norme in materia di standardizzazione del formato e del contenuto delle certificazioni, infatti, dovranno avere una estensione temporale coincidente con quella della pandemia COVID-19 in corso.

3. L'istituzione di un Certificato verde digitale a livello eurounitario, attraverso la fonte regolamentare, sollecita alcune specifiche considerazioni rispetto alla compatibilità con il quadro costituzionale nazionale. Mi limito a segnalare, in questa prospettiva, tre profili di interesse.

Il primo profilo concerne il fondamento dell'intervento regolamentare e le finalità che il medesimo si propone di perseguire. Da questo punto di vista, non si intravedono elementi di contrasto con il quadro costituzionale. La proposta di regolamento è senz'altro esercizio di competenze spettanti all'Unione in tema di libera circolazione, da un lato, e non pregiudica il riconoscimento di diritti costituzionali in ambito nazionale, dall'altro.

In particolare, la disciplina del certificato verde digitale non rappresenta un ostacolo alla libertà di circolazione dei cittadini europei ma appare, al contrario, come uno strumento volto a facilitare il godimento di tale libertà, in linea con gli obiettivi dei Trattati UE. L'emergenza pandemica, infatti, ha condotto gli Stati membri ad adottare misure di chiusura dei territori nazionali, secondo quando stabilito dalla direttiva 2004/38/CE, la quale, com'è noto, nel dettare norme specifiche in materia di diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE (e dei loro familiari) negli Stati membri, consente ai medesimi Stati di limitare tale diritto, tra l'altro, per ragioni di sanità pubblica. È dunque l'assetto attuale, in ragione dell'emergenza sanitaria, ad aver compresso la libertà di circolazione tra gli Stati, analogamente a quanto avvenuto in ambito infrastatuale. Il certificato verde digitale dovrebbe contribuire ad agevolare il processo di riapertura delle frontiere nazionali e la ripresa delle attività connesse agli spostamenti dei cittadini nei paesi europei. Ciò dovrebbe condurre ad una riespansione (e non ad una limitazione) delle libertà individuali.

Ad un primo esame, lungo questo versante, non paiono quindi sussistere profili di contrasto con il quadro costituzionale interno, a condizione che la procedura e le modalità di rilascio, verifica e accettazione del certificato verde digitale siano rispettosi,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

da un lato, del principio di eguaglianza e di non discriminazione, dall'altro, della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali.

4. La seconda osservazione riguarda la natura del CVD. Credo debba sottolinearsi, infatti, che il CVD non è un passaporto vaccinale e non va confuso con esso.

È vero che l'espressione passaporto vaccinale è stata utilizzata nelle ultime settimane (nel dibattito, sulla stampa) per evocare "oggetti" diversi, istituti non comparabili sul piano giuridico. E tuttavia, l'idea di un passaporto collegato alla sottoposizione ad un vaccino porta con sé l'inesatta convinzione che in assenza di esso, e quindi in assenza di vaccinazione, sia impedita la circolazione in un determinato territorio (in questo caso, nel territorio dell'intera Unione). Ma così non è, per una pluralità di ragioni che di seguito richiamerò brevemente.

Anzitutto, questo certificato non riguarda solo coloro che sono vaccinati ma riguarda anche coloro che sono guariti dalla malattia e coloro che si sono sottoposti ad alcuni test o tamponi considerati attendibili ai fini della verifica della non contagiosità del soggetto. Da questo punto di vista, quindi, non possono riferirsi al CVD le preoccupazioni emerse nel dibattito delle ultime settimane circa possibili effetti "discriminatori" (tra vaccinati e non vaccinati "involontari") che conseguirebbero all'introduzione di un "passaporto vaccinale" per recarsi all'estero o per accedere allo svolgimento di talune attività sul territorio italiano.

In secondo luogo, il CVD non è nemmeno un "passaporto" in senso stretto, dal momento che non garantisce un diritto di circolare negli Stati membri che si sovrapponga alle scelte che ciascuno Stato membro compie per la circolazione dei propri cittadini. Quindi non aggiunge nulla rispetto al diritto all'espatrio e, d'altro lato, non assicura nemmeno un diritto all'ingresso negli altri Stati membri perché tutto ciò resta appannaggio delle scelte legislative dei singoli ordinamenti nazionali nel rispetto del diritto primario dell'Unione europea. Piuttosto, gli Stati membri attraverso il regolamento di cui discutiamo non potranno discriminare i cittadini degli altri Stati membri rispetto ai propri cittadini: a parità di certificazione vanno trattati alla stessa maniera.

Infine, il mancato possesso del certificato verde vaccinale non impedisce comunque, di per sé, la libera circolazione dei cittadini europei all'interno di Stati diversi da quello di appartenenza. Infatti, chi non è vaccinato perché non può o non vuole, in base a quanto si dice nelle premesse al regolamento, deve poter continuare a circolare, ove necessario assoggettandosi alle restrizioni previste dai singoli Stati membri (quali i test obbligatori o la quarantena).

5. Un'ultima considerazione deve poi dedicarsi alla compatibilità con la disciplina costituzionale nazionale in tema di diritto alla salute e quindi, in particolare, con l'art. 32 Cost.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Le considerazioni fin qui svolte hanno evidenziato come la disciplina sul CVD non abbia un'incidenza diretta sul diritto alla salute, nel senso che il certificato unico europeo non configura una misura in grado di restringere la libertà di cura dei cittadini europei e non introduce alcun obbligo vaccinale. La scelta sul carattere volontario o obbligatorio dei trattamenti sanitari (di tutti i trattamenti sanitari, non solo del vaccino anti-Covid) spetta, infatti, alle legislazioni nazionali. Per l'ordinamento italiano, tale decisione è riservata alla fonte primaria in base all'art. 32, comma 2, Cost., ed è affiancata da una serie di garanzie che limitano la "piena" discrezionalità legislativa. Tra queste, il necessario rispetto della persona umana.

Attualmente, come sappiamo, l'obbligo di vaccinazione è previsto solo per alcune categorie, e cioè per gli operatori sanitari, ai sensi del d.-l. n. 44/2021, in attesa di conversione in legge. Per gli altri cittadini la vaccinazione rientra tra quelle facoltative, anche se fortemente raccomandata. Da questo punto di vista, la proposta di regolamento in esame non impatta sul quadro costituzionale né modifica le scelte nazionali sul carattere volontario o obbligatorio della misura profilattica, in conformità alle stesse previsioni del diritto primario dell'Unione ed in particolare dell'art. 168, comma 7, TUE, secondo il quale, tra l'altro, la definizione della politica sanitaria e l'organizzazione dei servizi sanitari restano nella responsabilità degli Stati membri.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Verso una Europa digitale e sovrana: analisi e proposte sul futuro dell'identità Digitale e della Data Governance

di Andrea Chiappetta*

17 maggio 2021

Indice: 1. Il Mercato Unico Digitale. – 2. European Digital Identification. – 3. Data Governance Act. – 4. Open Data. – 5. La situazione Italiana. – 6. Conclusioni.

1. Il Mercato Unico Digitale

Da molto tempo si parla di "Mercato unico digitale[1]", ma un importante passo avanti viene fatto nel 2015 e trova fondamento nell'articolo 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) in merito all'adozione di misure relative al ravvicinamento delle diverse disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri che hanno per oggetto l'instaurazione o il funzionamento del mercato interno dell'UE.

Si passa quindi alla necessità di potenziare le regole e le opportunità del mercato unico Europeo che non si limiti al fisico ma anche al digitale. Si è partiti dalla necessità che la direttiva sui servizi di media audiovisivi sarebbe dovuta essere adattata ai cambiamenti tecnologici[2], con il passare degli anni sono stati fatti qualificati passi avanti. Tra questi: la volontà di adottare il principio del "digitale per default" da adottare per tutta la nuova produzione normativa dell'UE per dare maggiore rilevanza alla cybersicurezza (Cybersecurity Package, the Joint Communication on building a strong cybersecurity for the EU), alla protezione dei dati personali (GDPR), la protezione delle infrastrutture critiche (NIS 1 e 2), tecnologie emergenti (AI, Blockchain e 5G). E' stato quindi posto al centro dello sviluppo delle politiche comunitarie l'utilizzo del Digitale

* Partner, Istituto Europeo Servizi e Dottorato in Diritto In Economia dell'Ambiente, Università Tor Vergata.

[1] La strategia del mercato unico digitale intende garantire che l'economia, l'industria e la società europee traggano il massimo vantaggio dalla nuova era digitale. Insieme a dati, soluzioni elettroniche e servizi digitali transfrontalieri, tale strategia è parte integrante del progetto dell'UE per un'Europa digitale. Adottato dalla Commissione Europea il 6 maggio 2015.

[2] Consiglio "Istruzione, gioventù, cultura e sport", 18 e 19 maggio 2015.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

quale pilastro per ogni settore dalle infrastrutture alla sanità, passando per l'ammodernamento della pubblica amministrazione e ricerca industriale.

Le conclusioni del Consiglio Europeo del 9 giugno 2020 hanno identificato le priorità per "plasmare il futuro digitale dell'Europa indicando 6 priorità da perseguire, ovvero: 1) Connettività 2) Catene del valore digitali 3) Sanità elettronica 4) Economia dei dati 5) Intelligenza artificiale 6) Piattaforme digitali.

La Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) nel rapporto Multilingual Summaries, Measuring the Digital Economy ha fornito una analisi su come i Governi risultino essere sempre più consapevoli delle opportunità e delle sfide connesse alla trasformazione digitale che, con la sua capacità di stimolare le economie, è considerata come una delle principali priorità dell'Agenda globale.

Un importante passo è stato fatto con la dichiarazione ministeriale sull'e-Government a Tallin nell'ottobre 2017[3] che ha impegnato gli Stati Membri alla identificazione dei principi e relativi obiettivi dell'e-Government Action Plan 2016-2020, i cui contenuti sono parte integrante della strategia del Digital Single Market europeo.

L'impianto alla base di questo approccio legislativo analizza aspetti relativi al blocco geografico ingiustificato, alla consegna transfrontaliera dei pacchi, la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online, ad una revisione del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori, e i servizi di media audiovisivi, ai contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni e i contratti di fornitura di contenuto digitale, ponendo quindi un accento sul ruolo attuale e futuro dei servizi digitali la cui adozione è stata accentuata dall'attuale pandemia.

Segue poi la raccomandazione[4] della Commissione relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare e porre fine alla crisi COVID-19.

Nel giugno 2020 la Commissione ha pubblicato la comunicazione dal titolo «Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione»[5] secondo cui il mercato unico digitale giocherà un ruolo da attore principale nella ripresa dell'UE dalla crisi scaturita dal COVID-19. I settori identificati per il rilancio post Covid saranno incentrati sui seguenti aspetti: 1) Investimenti in una migliore connettività; 2) Una maggior presenza industriale e tecnologica in comparti strategici della catena di approvvigionamento (ad es. IA, cybersicurezza, 5G,

[3]Dichiarazione di Tallin 2017.
https://ec.europa.eu/italy/news/20171006_dichiarazione_UE_su_egovernment_it

[4] Raccomandazione della Commissione dell'8 aprile 2020 relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità.

[5] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione COM/2020/456 final.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

infrastrutture cloud); 3) Un'economia basata su dati reali e spazi comuni europei di dati; 4) Un ambiente imprenditoriale agevolato e più equo.

Tecnologia e innovazione sono quindi i capisaldi per disegnare l'Europa di domani, che dovrà essere competitiva e agile per recuperare il terreno perso e per colmare i gap strutturali, noti, ma che la pandemia ha imposto di tamponare se non superare.

Le nuove tecnologie abilitanti, non solo in termini di soluzioni, devono considerare anche l'ambiente su cui essere gestite, adottando anche formule miste di tipo PPP.

Da qui la sfida ulteriore è il CLOUD EUROPEO una infrastruttura che avrà il compito di aumentere l'autonomia tecnologica, i livelli di sicurezza, integrità e allo stesso tempo allineerà i Paesi membri con la strategia dei dati europea. Questa infrastruttura rappresenta, una, se non, la sfida più importante per la digitalizzazione Europea. Per far fronte a questa esigenza ci sono progetti in corso in sede nazionale e comunitaria,

che devono essere sviluppati sinergicamente ed in parallelo con il progetto europeo GAIA-X[6], le cui finalità sono quelle di definire uno standard e quindi le regole di funzionamento dei servizi cloud perseguendo la strategia del decentramento dei dati grazie alle ultime tecnologie disponibili (multi-edge, multi-cloud o edge-to cloud).

Un elemento di valutazione a supporto è relativo all'indice DESI[7] "The Digital Economy and Society Index", che nel seguito riporta la classifica Europea, che indica il livello di crescita in base alla Connettività (misurando le reti fisse e mobili a banda larga e relativi prezzi), il Capitale Umano (uso di internet e competenze digitali di base), uso dei servizi internet (contenuti, canali di comunicazione e transazioni online da parte dei cittadini), integrazione delle tecnologie digitali (digitalizzazione delle imprese e e-commerce, servizi pubblici digitali (egov e e-health).

[6] https://www.data-infrastructure.eu/GAIAX/Navigation/EN/Home/home.html

7 Il Rapporto DESI 2020 si basa sui dati del 2019. Il Regno Unito è ancora incluso nel DESI 2020 e le medie dell'UE sono calcolate per 28 Stati membri. Il DESI è stato ricalcolato per gli anni precedenti per riflettere i cambiamenti nella scelta degli indicatori e le correzioni apportate ai dati sottostanti. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-economy-and-society-index-desi

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

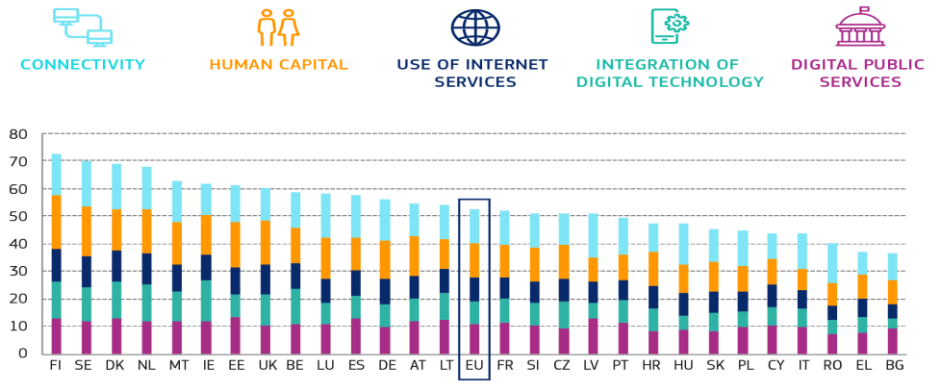


Fig.1 - The Digital Economy and Society Index 2020

In epoca pandemica, la mobilità ridotta o vietata ha imposto l'accellerazione della diffusione e l'utilizzo dei servizi, siano essi essenziali o meno, ma soprattutto dell'identità digitale, che da un punto di vista sociale presenta una serie di proprietà specifiche, individuate dall'OCSE (Rundle, y otros, 2007[8]):

• L'identità è essenzialmente sociale.

• L'identità è soggettiva.

L'eIDAS è l'identità digitale varata dagli Stati membri quale forma di identità risultante dalla codifica digitale degli identificatori in un modo che sia adatto per l'elaborazione e l'interpretazione dai sistemi informatici (Jøsang, Fabre, Hay, Dalziel e Pope, 2005)[9], che si basa sul Regolamento (UE) N. 910/2014, attiva dal 1 luglio del 2016, è uno strumento che semplifica e standardizza gli ID e le firme digitali in tutta Europa nell'intento di creare uno strumento che faciliti il riconoscimento dell'identità dei cittadini europei.

Più precisamente questa Direttiva prevede di aumentare la fiducia e la certezza giuridica (sono elementi indispensabili al fine di incoraggiare i consumatori, le imprese e le autorità pubbliche verso l'erogazione di servizi elettronici anche di tipo innovativo) oltre che perseguire la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno quale base comune per promuovere le interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e autorità pubbliche, in modo da migliorare l'efficacia dei servizi elettronici pubblici e privati, nonché del commercio elettronico, nell'Unione europea.

[8] Rundle, M., Blakley, B., Broberg, J., Nadalin, A., Olds, D., Ruddy, M.,Trevithick, P. (2007). At a crossroads: "personhood" and digital identity in the information society. STI Working Paper 2007/07. Organisation for Economic Co-operation and Development. Obtenido de http://www.oecd.org/sti/working-papers.

[9]Jøsang, A., Fabre, J., Hay, B., Dalziel, J., & Pope, S. (2005). Trust Requirements in Identity Management. In P. Montague, & R. Safavi-Naini (Ed.), Australasian Information Security Workshop 2005 (AISW 2005). Conferences in Research and Practice in Information Technology. 44, pp. 99-108. Newcastle, Australia: Australian Computer Society.

La direttiva identifica nell'art. 3 "la tipologia di servizi fiduciari intesi come un servizio elettronico fornito normalmente dietro remunerazione e consistente nei seguenti elementi:

a) creazione, verifica e convalida di firme elettroniche, sigilli elettronici o validazioni temporali elettroniche, servizi elettronici di recapito certificato e certificati relativi a tali servizi;

b) creazione, verifica e convalida di certificati di autenticazione di siti web;

c) conservazione di firme, sigilli o certificati elettronici relativi a tali servizi.

In Italia, è stato istituito lo SPID – Sistema pubblico identità digitale che ha raggiunto 17.563.162 utenti[10], un incremento pari ad oltre il 50% rispetto al 2019, frutto della necessità di dotarsi di questo strumento per utilizzare numerosi servizi promossi dal Governo durante il periodo pandemico.

Tale dato mostra quindi come vi sia una maggiore propensione da parte degli utenti/cittadini di adottare nuove strumenti digitali al fine di soddisfare un bisogno.

E' necessario però sottolineare che la strada è stata intrapresa ma il cammino è ancora lungo in quanto l'Italia è il Paese meno performante dell'UE se consideriamo il numero di utenti che utilizzano servizi di e-government (ovvero il 32% di utilizzatori rispetto al 67% della media UE).

La P.A. oggi può affrontare in maniera più agevole il passaggio/implementazione di servizi al cittadino per migliorarne la qualità della vita e rendere sempre più efficiente il percorso di ammodernamento che dovrà necessariamente essere sostenuto per aumentare la competitività del Paese, basti pensare che il numero di pubbliche amministrazioni, che hanno aderito e forniscono l'accesso ai servizi pubblici digitali, è di circa 5.300 rispetto a un obiettivo di 10.000 pubbliche amministrazioni.

I tempi sono maturi per definire la strategia nazionale e comunitaria per implementare l'utilizzo dello SPID Europeo, che una volta terminato il processo di integrazione e interoperabilità, consentirà a tutti i cittadini dell'Unione Europea di avere regole comuni per consentire l'identificazione elettronica pubblica e sicura (e-ID). A tal proposito è in corso di definizione l'European Digital Identification[11], attesa per la metà del 2021.

Un ulteriore elemento a conferma della costante crescita e sviluppo del mercato digitale è relativo al crescente numero di dati generati a livello comunitario. I volumi anche qui sono più che raddoppiati passando dai 33 zezzabyte del 2018 ai 175 zezzabyte previsti nel 2025[12] e a tal proposito comincia ad assumere un ruolo fondamentale il ruolo del dato, della necessità di analizzarlo e valorizzarlo per accompagnare le scelte future.

[10] Dati aggiornati al 23 febbraio 2021, fonte https://avanzamentodigitale.italia.it/it/progetto/spid

[11] https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12528-European-Digital-Identity-EUid-

[12] IDC, 2018.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il 2021 sarà un anno fondamentale per l'ecosistema digitale perché dovrà essere anche definito il Data governance Act[13] che punta alla condivisione e al riuso dei dati del settore pubblico; Condivisione di dati tramite "intermediari" affidabili e neutrali a beneficio della società; Creazione di spazi dati europei comuni; Favorire forme di data "altruismo" per il bene comune; Creazione dello "European Innovation Data Board", demandando poi ai singoli Stati Membri la definizione delle autorità nazionali competenti e monitoraggio della conformità.

2. European Digital Identification

Il regolamento eIDAS si limita a stabilire "le condizioni alle quali gli Stati membri riconoscono mezzi di identificazione elettronica di natura naturale e legale, persone che rientrano in un'identificazione elettronica notificata regime di un altro Stato membro "come stabilito nell'articolo 1, lettera a), ponendo particolare attenzione a questioni di sicurezza e interoperabilità dei sistemi e dei sistemi e mezzi di identificazione elettronica. Il riconoscimento giuridico transfrontaliero avviene, come definito dall' dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento suddetto quando i mezzi di identificazione elettronica devono essere stati rilasciati ai sensi di un schema di identificazione elettronica inserito in un elenco pubblicato dal Commissione, ai sensi dell'articolo 9; il livello di sicurezza di questo mezzo di identificazione elettronica deve corrispondere a un livello di sicurezza pari o superiore al livello di sicurezza richiesta dall'ente pubblico per accedere a tale servizio in linea nel primo Stato membro, a condizione che il livello di sicurezza di detti mezzi di identificazione elettronica corrispondano a un livello sostanziale o elevato di sicurezza. L'ente pubblico in questione deve utilizzare un livello sostanziale o elevato di sicurezza in relazione all'accesso a tale servizio in linea, disposizione che sorprendentemente preclude la possibilità che una persona con un sistema migliore rispetto a quanto richiesto dall'ente pubblico possa effettivamente utilizzarlo.

E' necessario rappresentare che il regolamento eIDAS non costituisce la base giuridica per la regolamentazione dei sistemi di identificazione elettronica, ma solo per il loro reciproco riconoscimento tra gli Stati membri dell'Unione europea rimandando ai singoli stati membri le modalità. L'eIDAS non è un soluzione Single Sign-On stand-alone ma un livello di compatibilità tra diversi eID integrations (Somorovsky & Mladenov, 2017, p. 32)[14], che non esegue l'autenticazione stessa e si affida sull'integrazione eID del target prescelto.

L'identità digitale assume sempre maggiore rilevanza grazie alla diffusione del suo utilizzo, necessario o alternativo per accedere a diversi servizi, interessando tutti

[13] Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati - COM(2020) 767 final
[14] Somorovsky, J., & Mladenov, V. (2017). FutureTrust D2.2. Overview of eID Services.

settori sociali e in particolar modo nel dialogo con le amministrazioni pubbliche sotto forma di un diritto all'identità digitale. In questo senso, (Sullivan& Burger, 2019)[15] sottolineano che il 25 settembre 2015, le Nazioni Unite (ONU) hanno adottato formalmente l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile che consiste in 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (SDG) e 169 obiettivi specificati raggiunto dai Paesi membri entro i prossimi 15 anni. In tema di identità digitale risulta opportuno segnalare che l'SDG 16.9, che impone alle nazioni di fornire l'identità legale per tutti, compresa la registrazione delle nascite", un obiettivo che è alla base di altri sette SDG che devono essere raggiunti dai paesi membri delle Nazioni Unite.

E' la prima volta che viene ufficialmente dichiarata un'identità legale per tutte le persone come obiettivo globale, riconoscendo che ha implicazioni significative per i governi e gli individui.

L'SDG 16.9 pone quindi l'esigenza di rivedere mezzi e modalità relative all'identità e alla necessità di adottare strumenti digitali per facilitarne l'adozione.

Dal punto di vista del PIL, un recente studio svolto dal Mckinsey Global Institute chiarisce come l'adozione, e l'implementazione dell'ID digitale da parte degli Stati membri potrebbe sbloccare un valore equivalente al 3-13% del PIL entro il 2030[16], numeri che fanno ben comprendere quanto sia dirimente agire verso questa strada. A tal proposito il Consiglio europeo chiede lo sviluppo di un framework a livello Europeo per l'identificazione elettronica pubblica sicura (e-ID), comprese le firme digitali interoperabili, per fornire alle persone il controllo sulla propria identità e dati online, nonché per consentire l'accesso ai servizi digitali transfrontalieri.

Questa posizione apre un quesito molto importante e da tempo dibattuto ovvero l'identità auto-sovrana - Self Sovereign Identity. L'identità auto-sovrana è un termine usato per descrivere il movimento digitale[17] che riconosce che un individuo dovrebbe possedere e controllare la propria identità senza l'intervento delle autorità amministrative. La Self Sovereign Identity consente alle persone di interagire nel mondo digitale con la stessa libertà e capacità di fiducia che hanno nel mondo offline.

Nel corso degli anni, studiosi e governi hanno posto riflessioni in merito alla necessità ed all'importanza di considerare l'identità digitale, un lavoro di particolare pregio condotto da Christopher Allen[18] descrive come sia mutato il percorso che deve soddisfare tre requisiti fondamentali:

1. Sicurezza: le informazioni sull'identità devono essere protette dalla divulgazione involontaria;

[15] Sullivan, C., & Burger, E. (2019). Blockchain, Digital Identity, E-government. In H. Treiblmaier, & R. Beck (Eds.), Business Transformation through Blockchain (Vol. II, pp. 233-258). Cham: Palgrave Macmillan.
[16] McKinsey Global Institute 'Digital identification: A key to inclusive growth' (April 2019 report)
[17] The Inevitable Rise of Self-Sovereign Identity - A white paper from the Sovrin Foundation - Andrew Tobin & Drummond Reed - Foreword by Phillip J. Windley, Chair, Sovrin Foundation Updated 28th March 2017 First released 29th September 2016sovrin.org
[18] The path to self-sovereign identity – 2016 - http://www.lifewithalacrity.com/2016/04/the-path-to-self-sovereign-identity.html

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

2. Controllo: il proprietario dell'identità deve avere il controllo di chi può vedere e accedere ai propri dati e per quali scopi;

3. Portabilità: l'utente deve essere in grado di utilizzare i propri dati di identità ovunque lo desideri e non essere legato a un unico fornitore.

La ricerca pone un chiaro percorso evolutivo in 4 fasi di sviluppo riportati nella schema che segue.

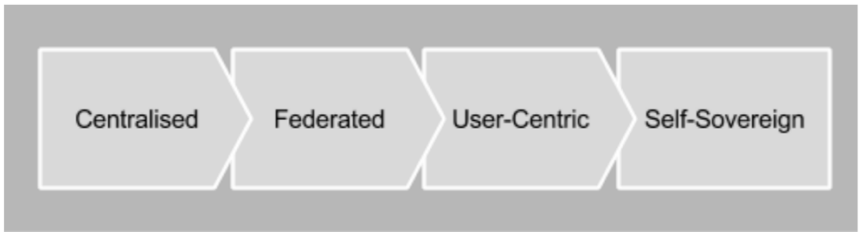


Fig. 2 Processo di sviluppo identità digitale

I benefici che scaturirebbero dall'adozione di tale strumenti sono molteplici ed avrebbero un impatto positivo triplice, migliorare la qualità della vita dei cittadini, aumentare la qualità dei servizi offerti dalle imprese e consentire ai governi una migliorare la programmazione delle politiche volte a creare una conoscenza maggiore delle esigenze dei cittadini e delle imprese supportando azioni basate su previsioni e strategie fondate su dati quasi real time. Il modello della Self Sovereign Identity si fonda sul paradigma dell'Identità Decentralizzata (sul modello della blockchain) dove l'utente dispone di un'unica identità, a cui vengono associati una serie di attributi, detti "claim", da parte di altre entità, dette "issuer", sempre verificabili dai "verifier". In poche parole, ogni identità digitale disporrà di una serie di claim personali ovvero di un codice univoco consentendo agli ospedali di associare i dati della cartella sanitaria elettronica, emettere un biglietto aereo, ferroviario o marittimo superando il tema del Passenger Name Record[19] e i relativi problemi di sicurezza o ancora un Comune può associare una pratica del catasto o semplicemente i dati di un cittadino, il tutto per mezzo dell'identità digitale e del Wallet personale ad esso associato. Tutto questo è chiaramente applicabile verso qualsiasi altro servizio, bancario fino alle votazioni in occasione di elezioni politiche, amministrative etc.

3. Data Governance Act

Il 25 novembre 2020 la Commissione Europea ha pubblicato il suo progetto di legge sulla governance dei dati. L'atto è uno dei risultati inclusi nella strategia europea

[19] CHIAPPETTA, Andrea; BATTAGLIA, Andrea. The impact of privacy and cybersecurity on e-record: The PNR Directive Adoption and the impact of GDPR. Journal of Sustainable Development of Transport and Logistics, [S.l.], v. 3, n. 3, p. 77-87, dec. 2018. ISSN 2520-2979.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

per i dati 2020 della Commissione che definisce misure politiche e investimenti progettati per dare all'UE un vantaggio competitivo consentendole di capitalizzare la sua vasta quantità di dati. I passi successivi sono la definizione del Digital Services Act[20] e il Digital Markets Act[21] quali ulteriori disposizioni per la regolamentazione del mercato digitale europeo.

L'atto mira a creare un quadro che incoraggi un maggiore riutilizzo dei dati aumentando la fiducia negli intermediari dei dati e rafforzando i vari meccanismi di condivisione dei dati in tutta l'UE. L'atto svolgerà un ruolo centrale nel consentire e guidare la creazione di spazi dati comuni e interoperabili a livello dell'UE in settori strategici, come l'energia, la mobilità e la salute, che, a loro volta, dovrebbero portare benefici ai cittadini attraverso una migliore medicina personalizzata, nuova mobilità e contributi al Green Deal europeo.

La proposta stabilisce le regole relative a quanto segue:

- Condizioni per il riutilizzo dei dati del settore pubblico soggetti alle protezioni esistenti, come la riservatezza commerciale, la proprietà intellettuale o la protezione dei dati.
- Obblighi per i fornitori di alcuni servizi di condivisione dei dati, definiti come soggetti che forniscono vari tipi di servizi di intermediazione.
- Introduzione del concetto di altruismo dei dati e possibilità per le organizzazioni di registrarsi come "Organizzazione per l'altruismo dei dati riconosciuta nell'Unione".
- Istituzione di un comitato europeo per l'innovazione dei dati, un nuovo gruppo formale di esperti presieduto dalla Commissione europea.

È interessante notare che il "dato"[22] è definito nell'atto come qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva. Questa è una definizione ampia che include anche i dati personali come definiti nel Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'UE.

Il memorandum esplicativo specifica che le misure sono progettate in modo da rispettare pienamente la legislazione sulla protezione dei dati, e di fatto aumentare nella pratica il controllo che le persone fisiche hanno sui dati che generano.

Un altro fattore rilevante è il livello dell'interesse e del coinvolgimento pubblico in un dato settore, che può essere più elevato in settori quali la sanità e più basso in settori quali l'industria manifatturiera (per quest'ultimo settore è stato stimato un valore pari a 1 500 miliardi di EUR entro il 2027 relativo ai dati generati e riutilizzati). È inoltre necessario tenere conto del potenziale utilizzo dei dati a livello intersettoriale. Gli spazi di dati saranno sviluppati nel pieno rispetto delle norme in materia di protezione dei dati e conformemente alle più elevate norme disponibili in materia di

[20] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package
[21]https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_
[22]https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0767&from=EN

cybersicurezza, ponendo una costante attenzione in merito alla necessità di preservare e garantire l'integrità del dato.

Gli spazi di dati devono essere integrati da politiche che stimolino l'utilizzo dei dati e la domanda di servizi arricchiti dai dati stessi lungo tutta la catena del valore.

Sulla base dell'esperienza che si sta maturando con la comunità scientifica nell'ambito del cloud europeo per la scienza aperta (EOSC)23, la Commissione sosterrà inoltre la creazione di nove spazi comuni europei di dati:

- uno spazio comune europeo di dati industriali (manifatturieri),
- uno spazio comune europeo di dati sul Green Deal;
- uno spazio comune europeo di dati sulla mobilità;
- uno spazio comune europeo di dati sanitari;
- uno spazio comune europeo di dati finanziari;
- uno spazio comune europeo di dati sull'energia;
- uno spazio comune europeo di dati sull'agricoltura;
- uno spazio comune europeo di dati per la pubblica amministrazione;
- uno spazio comune europeo di dati sulle competenze.

L'autore segnala che un ulteriore spazio comune dovrebbe interessare il comparto della Difesa e delle forze di polizia/sicurezza, che per sua natura assume un ruolo strategico in termini di aumento dei livelli di sicurezza da garantire ai cittadini ed imprese europee. In tal senso anche l'evoluzione di un *cloud defence* europeo potrebbe essere un ulteriore stimolo nel rendere ancora più efficiente ed efficace il ruolo dell'interforze.

4. Open Data

La direttiva sugli open data[24], entrata in vigore il 16 luglio 2019, fornisce le regole comuni per il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico per un mercato europeo dei dati detenuti dal Governo.

La direttiva si basa su due pilastri fondamentali del mercato interno: trasparenza e concorrenza leale.

Una volta pienamente recepite a livello nazionale, le nuove regole sono:

- stimolare la pubblicazione di dati dinamici e l'adozione di API (Application Program Interface);
- limitare le eccezioni che attualmente consentono agli enti pubblici di addebitare più dei costi marginali di diffusione per il riutilizzo dei propri dati;
- ampliare il campo di applicazione della direttiva a:

[23]https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/goals-research-and-innovation-policy/open-science/european-open-science-cloud-eosc_
[24] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561563110433&uri=CELEX:32019L1024

- dati detenuti da imprese pubbliche, in base a una normativa specifica. In linea di principio, la direttiva si applicherà solo ai dati che le imprese mettono a disposizione per il riutilizzo. Le tariffe per il riutilizzo di tali dati possono essere superiori ai costi marginali per la diffusione;
- dati di ricerca derivanti da finanziamenti pubblici: agli Stati membri verrà chiesto di sviluppare politiche per l'accesso aperto ai dati di ricerca finanziati con fondi pubblici. Nuove regole faciliteranno anche la riutilizzabilità dei dati di ricerca che sono già contenuti in archivi aperti.
- rafforzare i requisiti di trasparenza per gli accordi pubblico-privato che coinvolgono l'informazione del settore pubblico, evitando accordi di esclusiva.

Un aspetto fondamentale introdotto dalla Direttiva è il concetto di dataset di alto valore, definiti come documenti il cui riutilizzo è associato a importanti benefici per la società e l'economia, che serviranno anche come fonti di dati chiave per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale o comunque legato alle sue applicazioni.

Le categorie tematiche di serie di dati di valore elevato identificati dalla direttiva fanno riferimento ai seguenti settori:

1. geospaziale
2. osservazione della terra e ambiente
3. meteorologico
4. statistiche
5. società e proprietà dell'azienda
6. mobilità

I dati emersi dall'analisi contenuta nel rapporto "The Economic Impact of Open Data Opportunities for value creation in Europe[25]" redatto dalla Commissione Europea e pubblicato nel 2020 indica che il mercato degli Open data al 2019 ha raggiunto un valore di circa 185 miliardi e le previsioni indicano un incremento fino a 334.20 miliardi di € per il 2025; la forza lavoro attualmente impiegata è pari 1.09 milioni di addetti che verrà quasi raddoppiata fino a raggiungere quasi 2 milioni di addetti al 2025,.Questi dati mostrano quindi come il settore sia pieno di potenzialità e di come sia opportuno mettere in campo tutte le azioni necessarie per superare lo skill shortage delle figure tecniche specializzate necessarie. Per colmare tale richiesta è opportuno segnalare che solo il 44% delle persone di età compresa tra 16 e 74 anni possiede competenze digitali di base rispetto al 57% nell'UE, risulterà quindi dirimente prevedere adeguati piani di formazione sia per le nuove generazioni che per i più adulti.

Un elemento particolare utile a comprendere come la capacità di utilizzare i dati possa essere uno strumento per generare opportunità di business oltre che migliorare la qualità della vita dei cittadini è desumibile da alcune considerazioni. Dalle vite umane (ad esempio 54 - 202 mila vite salvate grazie a una risposta più rapida alle emergenze),

[25] https://europeandataportal.eu/

al Risparmio di tempo (27 milioni di ore risparmiate nel trasporto pubblico per passare alla Salvaguardia dell'ambiente), 5,8 Mtep risparmiati riducendo il consumo energetico domestico grazie all'utilizzo di strumenti di analisi dei consumi.

A questo, possono essere associati i risparmi monetari generati dall'adozione di soluzioni tecnologiche di analisi dei dati che hanno portato risparmi nel solo settore energetico di quasi 80 miliardi di euro grazie al combinato disposto energia verde e utilizzo di tecnologie abilitanti per l'efficientamento energetico.

5. La situazione italiana

Per analizzare la situazione italiana, sono state prese in considerazione due pubblicazioni, la prima, redatta dalla Corte dei Conti con il Referto in materia di informatica pubblica (2020) e la Spesa Ict nella PA Italiana 2020 elaborato da AGID (2021) che forniscono spunti aggiornati e puntuali.

Il referto in materia di informatica pubblica[26] elaborato dalla Corte dei Conti è un documento che fornisce una quadro puntuale sullo stato dell'arte dell'informatica pubblica, fornendo proposte sul migliore utilizzo delle risorse pubbliche per la digitalizzazione del sistema pubblico.

L'analisi parte dalla considerazione che il digitale non è una opzione e che un Paese moderno non può farne a meno. In questo senso il Digital Economic Strategy Index, sopra citato, denota come ci sia necessità di recuperare terreno e dovrà necessariamente avviare pratiche volte ad un adeguamento tecnologico. Soprattutto, rispetto alla trasformazione digitale dei processi. Occorre definire una strategia volta a produrre maggiore semplificazione, agevolazione e accelerazione dei procedimenti necessari alla fluidificazione del rapporto tara P.A. e cittadino. Questo dato conferma come sia necessario che le amministrazioni pubbliche si dotino degli strumenti necessari per far fronte alle crescenti esigenze e che lo facciano in velocità per ridurre i bassi livelli sia di digitalizzazione che di penetrazione.

Sono numerosi gli strumenti messi in campo negli anni come: SPID, Carta d'identità elettronica, PagoPA, fascicolo sanitario etc… che meritano di essere implementati per dare attuazione al percorso in atto, ma ancora non del tutto completato.

Dal referto è possibile comprendere che la spesa complessiva a sostegno dell'informatica pubblica è di circa 5,8 miliardi l'anno, tra risorse nazionali e comunitarie, ma che vengono utilizzate in misura limitata e non sempre nel modo più razionale, ponendo l'accento sul c.d. rischio dell'obsolescenza, elemento che per le

[26] Referto in materia di informatica pubblica – Corte dei Conti – 2019. https://www.corteconti.it/Download?id=01f0cca3-8fae-4325-9dab-063f8a74b205

forniture I.C.T. assume il più alto valore ponderale riscontrabile sul mercato anche a causa di procedure spesso troppo lunghe e complesse.

A tal proposito il monitoraggio suggerisce l'istituzione di "un organismo con funzioni specifiche di governo dell'informatica nella Pubblica amministrazione che deve essere vista in un quadro globale e deve essere innervata nel sistema decisionale del Paese e nel suo sistema amministrativo; un modello in cui le pubbliche Amministrazioni devono uniformarsi ad un'unica strategia di informatizzazione, collaborare, interconnettersi ed essere pronte ai cambiamenti".

A conferma di quanto esposto dal referto informatico, il rapporto dell'AGID "La Spesa Ict nella PA Italiana 2020"[27] è stato redatto con lo scopo di poter mettere consapevolmente a raffronto tali costi con i risultati ottenuti anche in termini di servizi resi alla collettività.

La spesa ICT stimata per il 2020 per la PA italiana sulla base dei dati raccolti è di circa 6,2 miliardi di euro, con una crescita del 4,3% rispetto all'anno precedente, ascrivibile a tutte le tipologie di amministrazioni (inclusi quindi il settore Sanità ed Education, che non sono stati specificatamente indagati nella rilevazione). Il report quindi descrive come la spesa per l'ammodernamento sia in aumento, ma è fondamentale, secondo l'autore procedere anche alla definizione di una strategia più ampia che tenga in considerazione due livelli: il lato applicativo ovvero, quello di definire uno standard che possa essere interoperabile e utilizzabile da tutte le amministrazioni, e quello tecnologico, come ben identificato dal rapporto della Corte dei Conti il rischio di obsolescenza è alto e pertanto occorre definire l'approccio che si intende adottare. Sono due aspetti diversi ma che riscontrano una corrispondenza biunivoca, l'uno senza l'altro non è sufficiente ne efficiacie.

Un aspetto interessante è stata la costruzione, in via sperimentale di un apposito indice di digitalizzazione, unico nel suo genere, il Digital Innovation Path Index, che è stato elaborato con l'obiettivo di valutare, come sintesi delle risposte fornite nella survey condotte dall'AGID, il grado di Digital Readiness, ovvero di "preparazione" al digitale delle Pubbliche amministrazioni che hanno partecipato alla rilevazione e, conseguentemente, il loro avanzamento lungo il percorso di innovazione digitale.

L'indice proposto prevede quattro cluster a seconda del livello di Digital Readiness: i digital starter, con un valore dell'indice tra 0 e 25, che devono percorrere molta strada per arrivare alla piena digitalizzazione di attività e processi; i growing (25-50) che stanno compiendo sforzi significativi per aumentare il grado di digitalizzazione dei servizi ma hanno ancora ampi margini di miglioramento, gli advanced (50-75) con un livello di digitalizzazione vicino all'eccellenza e i digital leader (75-100) con il massimo livello di digitalizzazione. Dall'analisi emerge che il 45% degli enti oggetto

[27] La Spesa Ict nella PA Italiana 2020 – AGID 2020. https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2021/02/10/pubblica-amministrazione-spesa-ict-pubblicato-il-nuovo-report

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

del campione è a un livello advance e il 40% è posizionato nella fascia growing, un utile base di partenza per poter monitorare gli sviluppi futuri.

Ne risulta che, pur permanendo criticità nell'ambito della cybersecurity e nell'adozione del cloud computing, l'innovazione digitale appare essere un cammino intrapreso da tutte le amministrazioni, interessando soprattutto la trasformazione dei servizi offerti all'utenza privata e aziendale.

In tema di cybersecurity, l'autore aggiunge e segnale che assume rilevanza strategica di interesse nazionale procedere al potenziamento di strutture e misure (anche ricorrendo a strumenti di PPP per la verifica dell'integrità dei dispositivi e la costituzione dell'infrastruttura nazionale per il Cloud nazionale). Sono tematiche particolarmente attuali che non possono non essere affrontate, anche secondo quanto previsto dal decreto-legge n. 105 dove sono stati definiti in particolare il DPCM 30 luglio 2020, n. 131.

6. Conclusioni

I tempi cambiano, ma soprattutto corrono, nella tecnologia ancora di più. E' stato possibile comprendere come in casi di emergenza la capacità di adattamento e di "migrazione" verso nuovi strumenti sia possibile, con questo però non vuol dire che siano automatici ne tanto meno si autogenerano, occorre una governance molto chiara e puntuale.

In ambito militare, la NATO definì lo STANAG[28] ovvero un accordo sulle norme che stabilisce i processi, i termini e le condizioni inizialmente per gli equipaggiamenti o le procedure tecniche in ambito militare tra i Paesi membri dell'alleanza per poi estendersi anche ad altri campi.

Con questo approccio la NATO ha stabilito le regole per dialogare con l'interforze e le singole Forze Armate sia con gli organi centrali sia periferici, al fini di avere un unico mezzo di "condivisione" delle informazioni, che siano esse pratiche o tattiche.

Ad oggi i risultati delle azioni di coordinamento mostrano non poche difficoltà nell'essere adottate in maniera unitaria, generando spesso la frammentazione di interventi se non duplicazioni che rischiano di sovraccaricare i già tanti layer utilizzati. La pluralità delle figure istituzionali chiamate ad operare per la trasformazione digitale della PA, è tale da rendere complesso capire chi fa cosa, con quali responsabilità e competenze, rischiando di ritardare la delivery della/e soluzioni a tutti i livelli, sia centrale che locale. La recente istituzione del Ministero per l'innovazione e le tecnologie e alle funzioni operative affidate al Dipartimento per la trasformazione digitale dovrà assumere un ruolo sempre più centrale, dovendo garantire la

[28] https://nso.nato.int/nso/nsdd/listpromulg.html

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana in coerenza con l'Agenda digitale europea che si traduce anche nell'accogliere le direttive che interessano il comparto, che vedono nel 2021 e 2022 un biennio decisivo.

I fondi previsti dal Recovery Plan indicano l'allocazione di ingenti risorse comunitarie che non possono essere perse, ne va della ripartenza del Paese, della competitività e del suo posizionamento strategico per gli anni a venire nelle discussioni in corso vi è anche una apertura a selezione risorse con specifiche competenze, per il periodo di attuazione del Recovery, tali da poter supportare e garantire l'attività di coordinamento necessaria per portare a termine progetti così ampi e complessi, dove la presenza di manager potrà sostenere la delivery.

La posta in gioco è alta, poiché il futuro tecnologico dell'UE dipende dalla sua capacità di sfruttare i suoi punti di forza e cogliere le opportunità offerte dalla produzione e dall'utilizzo sempre maggiori dei dati, la cui necessità di conoscerne il contenuto in profondità e la diffusione di questi ultimi, potrebbe generare benefici sia nel comparto pubblico quanto in quello privato.

Per garantire il suo futuro digitale, l'UE non può lasciarsi sfuggire le opportunità offerte dall'economia dei dati e neanche l'Italia o che, per la sua conformazione produttiva unitamente alla creatività e beni culturali, risulta avere un patrimonio "attualizzabile" che può generare impatti sul PIL non di poco conto. Gli anni 2021 e 2022 sono infatti il biennio più importante della storia d'Europa e degli Stati Membri degli ultimi 40 anni e probabilmente incideranno notevolmente sui prossimi 20.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

"La Corte dei conti ai tempi del "*recovery plan*": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti"

Resoconto

di Federica Zaccarelli e Renata Stancanelli

21 maggio 2021

Giorno 25 marzo 2021 si è tenuto il convegno *on-line* "*La Corte dei conti ai tempi del "recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti"*, di presentazione del volume *"I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni, le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"* a cura di Daniela Bolognino, Harald Bonura, e Alfredo Storto.

Il Convegno è stato organizzato dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni Pubbliche "Vittorio Bachelet" dell'Università LUISS Guido Carli e dalla Corte dei conti.

Hanno aperto il convegno i saluti del professor **Gian Candido De Martin**, Presidente del medesimo Centro di ricerche che ha mostrato apprezzamento per questa iniziativa che vede al centro un volume curato da tre persone di qualità, dedicato ai contratti pubblici dopo il decreto c.d. "Semplificazioni" (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) e che consente di affrontare temi di attualità quali quelli degli investimenti pubblici e del *ruolo della Corte dei conti alla luce delle novità normative.*

Il professore De Martin evidenzia come questa iniziativa congiunta del Centro "V. Bachelet" e della Corte dei conti consenta di riflettere a tutto tondo, sotto il profilo dottrinale e giurisprudenziale, sulle iniziative in cui il nostro Paese è attualmente impegnato.

È stato, quindi, tramesso il video saluto del Presidente della Corte dei Conti, **Guido Carlino**, che ha rivolto un particolare saluto al Presidente del Centro di ricerca "V. Bachelet", che ricorda con piacere anche per la sua apprezzata partecipazione all'organo di autogoverno della magistratura contabile. Ringrazia e saluta il direttore

del Centro, il prof. Bernardo Giorgio Mattarella e gli stimati relatori con l'augurio di un proficuo svolgimento dei lavori.

Evidenzia che i temi che saranno affrontati nel convegno hanno grande rilevanza per la Corte dei conti in tutte le sue articolazioni dato l'indubbio ruolo che la stessa è chiamata a svolgere a presidio della corretta e proficua spendita delle risorse pubbliche in un momento di inedite preoccupazioni sanitarie, sociali ed economiche. Sottolinea, infatti, che il complesso quadro normativo venutosi a delineare inteso ad imprimere una condivisibile accelerazione del ritmo della realizzazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure amministrative e la diffusione della digitalizzazione, accompagnata da interventi in materia di responsabilità del personale pubblico, non può prescindere da un efficace apparato di controllo e verifica delle scelte dei decisori pubblici.

Il Presidente evidenza alcune criticità del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120; in particolare si vedano la natura temporanea di talune disposizioni che non giova alla maggiore chiarezza dell'assetto giuridico, l'attenuazione delle regole sulle procedure di gara che, oltre alle possibili conseguenze negative sulla concorrenza, può recare anche un grave *vulnus* alla lotta alla corruzione e, infine, rileva che il disordine normativo, derivante dall'abbondanza e la stratificazione di regole spesso scarsamente sistematiche, rende sempre più incerta la vita delle imprese e dei cittadini, limitando il loro spazio di libertà e di azione.

Il Presidente inoltre osserva che il timore della responsabilità non può essere causa dell'inazione della pubblica amministrazione ove la responsabilità per colpa grave sia intesa nel senso fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 371 del 1998, ossia quale criterio per determinare quanto del rischio deve rimanere a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non disincentivo.

Conclude il suo saluto formulando vivissimi complimenti ai curatori del volume e agli stimati autori ringraziandoli per l'impegno profuso nella realizzazione di un'opera di sicura utilità, che illustra, sulla scia dell'obiettivo della semplificazione, le principali novità in materia di contratti pubblici, comprese le norme processuali, con particolari approfondimenti su quegli aspetti che costituiscono il nucleo del decreto-legge n. 76 del 2020, tra i cui il delicato profilo della responsabilità amministrativa contabile e quello dei controlli.

Il professor **Bernardo Giorgio Mattarella**, direttore del Centro "V. Bachelet", ha introdotto e moderato gli interventi; riflettendo sulla fase della ripresa economica che attende il Paese, evidenzia che sarà importante affrontare il tema della gestione di una grande quantità di fondi pubblici, rispetto ai quali l'Unione Europea chiede una particolare attenzione sui presidi di trasparenza e legalità e sui quali la Corte dei conti svolge un ruolo fondamentale.

Il professore Mattarella esprime la sua soddisfazione come direttore del Centro "V. Bachelet" per la collaborazione fra il Centro e la Corte dei conti, che sta dando ottimi risultati anche alla luce del rilevante numero di persone collegate al seminario.

Esprime altresì il suo grande apprezzamento nei confronti del libro che è curato da tre persone delle quali ha maturato una grandissima stima. Ritiene il libro estremamente utile anche come commento/illustrazione del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, perché non si concentra solo sulla materia dei contratti della pubblica amministrazione, ma contiene altresì una analisi delle principali innovazioni sul piano amministrativo.

Il Procuratore generale della Corte dei conti, **Angelo Canale**, ringrazia il professor De Martin e il professor Mattarella per avergli dato l'opportunità di partecipare al seminario e si complimenta con gli autori del libro che ha trovato molto interessante.

Il suo intervento si è concentrato sui presupposti e sui reali effetti dell'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, su talune sue criticità sotto il profilo dei principi costituzionali e, infine, sul rapporto tra il nuovo regime giuridico introdotto dall'art. 21 e la regolamentazione europea relativa al *recovery fund*.

Il Procuratore ritiene che la norma di cui all'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, che ha attenuato il regime della responsabilità gravante su amministratori e pubblici funzionari (ossia la responsabilità cui soggiace il pubblico funzionario che causa un danno patrimoniale all'erario) non sia utile rispetto ai fini che il legislatore si era prefissato e soprattutto non sia in linea con la normativa euro-unitaria. In particolare, sul piano strutturale, con il primo comma dell'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, modificativo dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è stato precisato che ai fini della prova dell'elemento del dolo occorre dimostrare la volontà dell'evento dannoso. È pertanto richiesto, pur non disponendo il pubblico ministero contabile degli strumenti di indagine e istruttori del pubblico ministero penale, un dolo in chiave penalistica.

Con il secondo comma è stata introdotta la limitazione della responsabilità amministrativa contabile per i fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) fino al 31 dicembre 2020, ai soli fatti commessi con dolo, salvo quelli cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente per i quali questa limitazione non è applicabile.

La previsione dell'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, è stata motivata per la necessità di alleggerire il peso delle responsabilità, restringerne il pericolo e contrastare l'inerzia derivante dalla c.d. "paura della firma". Tuttavia, il Procuratore rileva che la premessa che sta alla base di tale modifica e che è stata rilanciata dagli organi di informazione (ossia il superamento della "paura della firma") non sia supportata da alcuna analisi né da alcun dato, né sono stati forniti esempi anche ricavabili *ex post* dall'analisi delle sentenze pronunciate dalle sezioni giurisdizionali

della Corte dei conti. Al contrario, illustri studiosi hanno evidenziato che la paralisi del fare - che esiste e che certamente va contrastata - è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla tortuosità dei percorsi decisionali, all'impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa; da una serie di concause che a parere del Procuratore possono essere cumulativamente qualificate come "cattiva amministrazione".

Il Procuratore sottolinea che quando si abbassa l'effettività del principio di legalità e quando si delimita oltre al di sotto di una certa soglia il perimetro delle responsabilità si innesca un processo di formazione non di buone prassi, ma di "mala amministrazione" nel significato ampio datole dall'ANAC.

Il Procuratore fornisce qualche dato ed evidenzia che sono stati circa 2000 i giudizi di responsabilità promossi nel biennio 2019-2020. Le analisi delle tipologie delle fattispecie dedotte in questi 2000 giudizi di responsabilità hanno consegnato un quadro dove spiccano fattispecie direttamente connesse alla commissione di reati (sono circa il 25 per cento del totale), frodi comunitarie (sono circa un centinaio o poco più), numerosi casi di assenteismo, mancate entrate tributarie etc.. Tutte fattispecie che in apparenza non possono ricondursi alle supposte cause della paura della firma e che, inoltre, non sembrano riguardare piani, progetti, opere pubbliche e cantieri bloccati.

Quanto al tema della responsabilità amministrativa il Procuratore generale ricorda che, sul versante del dolo e della colpa grave, la norma fu modificata negli anni '90; tali riforme ne hanno sancito il carattere personale, con la connessa intrasmissibilità agli eredi (salvi i casi di illecito arricchimento). La responsabilità amministrativa si allontanava dunque dalla tradizionale matrice civilistica che per circa un secolo ne aveva permeato sia i profili sostanziali che processuali e assumeva una nuova conformazione, come riconobbero le Sezioni riunite della Corte dei conti all'indomani della riforma del 1994 e come precisò la Corte Costituzionale.

Il Procuratore riporta alcuni passaggi della sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 1998 ed evidenzia che, alla luce di quanto ivi affermato, gli interventi legislativi che allontanino la prospettiva della responsabilità elevando oltre una certa misura la soglia della imputabilità alterano inevitabilmente l'equilibrata ripartizione del rischio facendolo gravare in larga misura o pressoché esclusivamente sull'apparato pubblico, senza concretizzare quegli effetti di deterrenza, quella ragione di stimolo che si accompagnano alla prospettiva della responsabilità. Ad avviso del Procuratore il nuovo regime della responsabilità – sebbene in buona fede e ispirato alla volontà di incentivare la ripresa - ha fatto venir meno il punto di equilibrio indicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 371 del 1998.

Si concentra, infine, sull'ultimo profilo a suo parere più importante, ovvero quello afferente ai rapporti tra il nuovo regime della responsabilità introdotta di recente con l'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020 e la regolamentazione europea relativa al *recovery fund*. Il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (c.d."*recovery*

plan") e dedica molta attenzione al controllo sulla corretta gestione dei fondi. Il complesso normativo che disciplina il dispositivo trova, ai sensi dell'art. 8 di questo Regolamento (UE) 2021/241, le sue regole generali nel Regolamento finanziario e nel Regolamento (UE/Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020. Particolare attenzione a livello euro-unitario è data al profilo del recupero di fondi indebitamenti versati.

Il rinvio all'art. 22 dello statuto dei funzionari dell'Unione Europea che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è di particolare rilievo in quanto oltre all'azione recuperatoria pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave. Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la giustizia contabile che deve poter contare, con riferimento specifico alle misure da attuare con il *recovery fund*, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal regolamento a carico dello Stato italiano.

Evidenzia, inoltre, che l'azione di contrasto alle frodi non è estranea alle attività del pubblico ministero contabile e sottolinea che sul contrasto alle frodi comunitarie e non comunitarie, le procure regionali sono da tempo particolarmente attive. In particolare, nell'ultimo decennio sono state emesse 1173 sentenze di condanne per importi di ben oltre un miliardo di euro.

Rammenta da ultimo che ai sensi dell'art. 325 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) i Paesi membri sono tenuti a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione con i medesimi strumenti con i quali proteggono i propri interessi finanziari e dunque l'abbassamento del livello di protezione dei nostri interessi finanziari restringendo il perimetro della responsabilità amministrativa contabile determina anche di riflesso l'abbassamento del livello di protezione degli interessi finanziari dell'Unione e questo, a parere del Procuratore, sembra porsi in contrasto con le previsioni del Regolamento (UE) 2021/241. Evidenzia dunque che non si giustifica a maggior ragione la recente attenuazione del regime della responsabilità che contrasta con il quadro normativo euro-unitario.

Conclude ricollegandosi alla definizione dei magistrati contabili data dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi, che ringrazia, secondo la quale tutti i magistrati della Corte dei conti e, nello specifico, tutti i pubblici ministeri contabili sono "i guardiani autorevoli dei conti pubblici italiani" e aggiunge che, con specifico riferimento al dispositivo per la ripresa e la resilienza, essi sono anche "i guardiani autorevoli della finanza comunitaria".

La parola viene data al professore **Guido Rivosecchi**, che si concentra sul ruolo della Corte dei conti ai tempi del *recovery plan*, sia sul versante degli investimenti pubblici che delle esigenze di semplificazione.

Con riferimento agli investimenti pubblici, sottolinea che il Piano nazionale di ripresa e resilienza che dovrà presentare il Governo alla Commissione europea serve

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

per dare attuazione al "*Next generation eu*": un piano massiccio di investimenti che implica adeguate forme di controllo. Ricorda l'intervento del Ministro dell'Economia e delle Finanze Franco che, in sede di audizione parlamentare l'8 marzo 2021, ha posto l'accento sul sistema di monitoraggio e rendicontazione sull'avanzamento dei progetti perché è da questa rendicontazione che dipende l'effettiva erogazione delle risorse. Precisa che i controlli operati dalle strutture di monitoraggio funzionalmente collegate al Ministero dell'economia devono, tuttavia, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, rimanere distinti da quelli affidati alla Corte dei conti.

Il Professore riflette sull'art. 17 del decreto-legge n. 76 del 2020 e sull'art. 53 del decreto c.d. "Rilancio" (decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 convertito con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77) che hanno inciso sul versante delle amministrazioni locali. In particolare, esse intervengono solo con riguardo alla procedura di riequilibrio finanziario degli enti locali in stato di pre-dissesto, introducendo delle forme di sostegno agli enti locali in *deficit* strutturale, la sospensione dei procedimenti e l'efficacia delle deliberazioni delle sezioni regionali della Corte dei conti che sono chiamate a controllare periodicamente l'attuazione del piano di riequilibrio finanziario nonché la sospensione delle procedure esecutive a qualsiasi titolo intraprese nei confronti degli enti locali. Si tratta di norme che si spiegano per sostenere la finanza e l'autonomia locale ma che dovranno, a parere del professore Rivosecchi, essere confinate nella loro applicazione rigorosamente al periodo dell'emergenza, per evitare che abbiano un impatto finanziario rilevante.

Afferma che se l'approccio di guardare al complesso delle funzioni della Corte convince, convincono meno tuttavia i contenuti delle norme del decreto-legge n. 76 del 2020 che sono già state in parte illustrate. In particolare evidenzia che si passa da un eccesso di penalizzazione che era quello che caratterizzava l'approccio della legge del 9 gennaio 2019, n. 3, la c.d. legge "spazza-corrotti" ad un intervento di segno opposto caratterizzato cioè da un ridimensionamento del reato di abuso d'ufficio da un lato e, dall'altro, invece, una limitazione pure sul versante del danno erariale.

Il professore condivide le considerazioni critiche già mosse al decreto e riflette, in un primo momento, se riforme di questo tipo - che hanno un'incidenza profonda sui principi costituzionali - possano essere collocate in sede come questa, ossia in un decreto legge approvato salvo intese, con emendamenti spesso non del tutto omogenei rispetto ai contenuti propri del decreto legge. Si chiede, inoltre, se questa disciplina possa essere considerata ragionevole e compatibile con il principio costituzionale del buon andamento e con il principio della responsabilità diretta del funzionario pubblico ai sensi dell'art. 28 della Costituzione, e soprattutto se essa risponda a quelle esigenze richieste dal diritto dell'Unione Europea in termini di impiego rapido delle risorse e impiego efficiente rispetto agli obiettivi che devono essere conferiti e che giustificano questi controlli.

Il professore dubita del fatto che gli obiettivi posti dall'Unione Europea possano essere raggiunti introducendo esimenti di responsabilità che favoriscono i funzionari

pubblici che "fanno", magari sbagliando anche in modo clamoroso rispetto al conseguimento di questi obiettivi, rispetto a quelli che invece "non fanno".

L'ultimo argomento vagliato nella sua relazione è quello dei controlli, in particolare, l'art. 22 del decreto-legge n. 76 del 2020 interviene reintroducendo la forma dei controlli concomitanti che, a parere del professore, possono costituire una soluzione utile. Essi, infatti, consentono alla Corte dei conti, in caso di gravi irregolarità o di gravi deviazioni dagli obiettivi posti da norme nazionali o europee, di provocare l'intervento del Ministro con la sospensione delle misure di spese o adozione di misure correttive e ritiene che, trattandosi di controlli di legittimità riferiti a parametri rigorosamente normativi, possano essere applicati anche a quei controlli in corso di realizzazione dei programmi rivolti a stimolare e a responsabilizzare il decisore politico e l'amministrazione nell'impiego delle somme del *recovery plan*.

Il professore ritiene che nell'emergenza abbia più senso il controllo successivo che possa costringere ad una forma di responsabilizzazione del decisore piuttosto che il controllo preventivo che magari, con l'apposizione del visto e la registrazione, determina un titolo di esonero della responsabilità, e che avrebbe l'effetto di coinvolgere la Corte dei conti in un circuito di amministrazione attiva che non è il compito proprio affidatole ai sensi dell'art. 100 Cost.

In definitiva, si chiede se le esigenze di semplificazione e celerità, ragionevolmente richieste dal diritto euro-unitario, possano valere fino al punto di fondare sull'emergenza l'introduzione di una disciplina non soltanto transitoria ma a regime che rischia di abbassare il livello della legalità costituzionale e finanziaria. Ad avviso del professore, il legislatore deve porre grande attenzione, sia nel dare la risposta a questa domanda, sia nel bilanciare i principi costituzionali, perché tutte le emergenze, anche quelle più drammatiche compresa quella che stiamo vivendo, sono destinate a finire e non possono consegnarci un diritto derogatorio che rischia di proiettare la sua ombra ben al di là del regime emergenziale con il rischio talvolta di ridurre le garanzie costituzionali.

Il Consigliere **Cinzia Barisano,** Delegato dell'Ufficio di controllo sugli atti del Ministero dell'Economia e Finanze, ha ringraziato calorosamente per l'invito ad intervenire al convegno e nel suo intervento ha approfondito il tema della spesa per investimenti, importante perché in grado di incidere in termini di crescita sull'incremento del PIL e sulla crescita complessiva dell'economia, che tuttavia in Italia rileva grosse difficoltà ad essere assunta e a raggiungere risultati concreti.

Il vantaggio competitivo di uno Stato viene misurato soprattutto in termini di infrastrutture trasportistiche, di connessione con i più importanti poli commerciali e con i collegamenti con le infrastrutture di trasporto anche ultra-nazionali. Alla spesa di investimento si collega un effetto moltiplicatore molto elevato, un incremento in termini di PIL finale correlato all'unità di spesa, superiore spesso all'unità, in particolare ove si faccia riferimento alla spesa per costruzioni, non mediata dalle scelte

delle famiglie e dalla propensione al risparmio delle famiglie, che ha un impatto più significativo sull'occupazione. Tuttavia, affinché la spesa di investimento possa determinare a pieno il suo effetto moltiplicatore è necessario che essa si realizzi in un contesto di spesa naturalmente efficiente, in cui le condizioni creditizie siano condizioni accomodanti e che, allo stesso tempo, riesca a controbilanciare l'effetto spiazzamento che normalmente viene generato da questo tipo di spesa in termini di aumento della spesa per interessi sugli investimenti privati. Inoltre, tali condizioni garantirebbero un impatto dal lato di economie di scala, realizzate sugli investimenti privati, così come di *spill over* sugli altri settori economici rilevanti.

Viene dunque affermato dal Consigliere Barisano che la spesa per investimenti in infrastrutture pubbliche può ritenersi fondamentale quando la stessa venga assunta dallo Stato, considerata anche la natura di bene pubblico dell'infrastruttura pubblica, avente le caratteristiche tipiche di non escludibilità e non rivalità. Nel contesto europeo sono differenti gli approcci nei confronti della spesa per investimento dai primi anni '90 ad oggi, in quanto, fino alla prima crisi recessiva del 2007 alcuni Stati membri hanno incrementato notevolmente la spesa per investimenti per poi ridurla drasticamente, come nei casi di Spagna, Portogallo e Grecia, mentre altri come Belgio, Germania e Finlandia hanno contenuto la spesa per investimenti fino alla prima crisi recessiva, per poi ampliarla successivamente. L'Italia ha registrato costantemente in questo periodo temporale una spesa per investimento al di sotto della media europea, accentuandone il declino a partire dalla recessione del 2007 fino ai tempi recenti.

Il Consigliere evidenzia come le scelte di politica economica dell'Italia non siano solitamente orientate verso una spesa di investimento importante poiché quest'ultima registra quella che viene definita una "bassa legittimazione politica", ovvero si colloca in un contesto di contenimento della spesa e di vincoli alla finanza pubblica posti anche dall'Unione europea. Dunque, la spesa che è più facilmente manovrabile e anche rimodulabile nel corso degli esercizi finanziari è proprio la spesa di investimento perché non ha una ricaduta sociale, né una visibilità sociale almeno nel breve periodo così accentuata come quella che contraddistingue una decisione di rimodulazione della spesa corrente.

Gli effetti di tale frequente rimodulazione da parte del legislatore hanno negli anni raggiunto livelli che possono destare preoccupazione, essendo la spesa per investimenti fissi lordi diminuita del 30% tra il 2007 e il 2016, comportando una riduzione molto significativa anche a livello europeo. Altrettanto preoccupante si rileva essere la riduzione che hanno subito gli investimenti fissi netti, ovvero lo *stock* di capitale infrastrutturale di cui gode lo Stato - la massa delle infrastrutture al netto della spesa di ammortamento - essendosi ridotta del 60% dal 2008 al 2016. I suddetti dati mostrano quindi un graduale impoverimento dell'Italia, che sta perdendo la dotazione minima del capitale infrastrutturale, non essendo in grado, inoltre, neanche di ripristinare la dimensione di questo capitale nei livelli detenuti all'inizio degli anni della prima recessione.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La difficoltà maggiore all'interno dell'attuale contesto normativo italiano, viene rilevato dal Consigliere, è quella di garantire una programmazione condivisa delle grandi opere infrastrutturali, tanto da compromettere, non di rado, che esse siano portate a termine. I documenti programmatici, previsti dal codice dei contratti pubblici del 2016, sono sostanzialmente due: il piano generale della logistica e dei trasporti e il documento pluriennale programmatico. Il primo, attualmente in vigore nella versione datata 2011, prevede un arco temporale di realizzazione 2011-2020, pur non avendo tuttavia subito successivi aggiornamenti; il secondo, già previsto in un decreto legislativo del 2011 n. 229, inserito nel codice degli appalti, ancora non è stato adottato. Il codice stesso afferma come, in mancanza di questi documenti programmatici, si adotta la programmazione vigente e quindi, nonostante siano stati abrogati sia la legge obiettivo n. 443 del 2011, sia il PIS (piano di infrastrutture strategiche) l'unico documento di programmazione al momento operativo per le opere in fase di esecuzione di carattere prioritario fa riferimento al programma adottato proprio ai sensi della legge obiettivo, non essendo stati prodotti documenti programmatici più recenti.

Un'ulteriore criticità che ostacola il processo di programmazione si ricollega al contesto, anche Costituzionale, italiano, all'interno del quale la materia delle infrastrutture strategiche e del governo del territorio è rimessa alla competenza concorrente Stato- Regioni. L'attività di programmazione deve necessariamente passare attraverso le intese con le Regioni e dunque una negoziazione, tra Stato e autonomie territoriali, che comporta una rimodulazione delle opere, un incremento delle opere attraverso le richieste di opere compensative che vengono dal territorio, un prolungamento dei tempi di realizzazione e dei costi. Nel Titolo V della Costituzione manca un riferimento alla clausola di supremazia dell'interesse nazionale in capo allo Stato rendendo molto difficile, complessa e lunga l'operazione di programmazione e di negoziazione in materia di grandi infrastrutture, inficiando l'efficacità stessa della programmazione, rimessa all'alternanza della volontà dei singoli governi sia centrali che locali. Finora si è proceduto attraverso l'individuazione di opere prioritarie, riconnettendo il concetto di priorità a quello di stato di avanzata esecuzione delle opere. Dal 2015 in poi nell'allegato al DEF, l'allegato infrastrutture previsto dalla legge di contabilità pubblica, si è fatto riferimento fino a tempi recenti sempre a un gruppo di opere prioritarie da realizzare, rimodulato nel corso del tempo. Nell'allegato al DEF del 2020 è stato rivisto in parte il confine delle opere da realizzare, stabilendo un numero di opere ripreso anche nella prima versione del PNRR, per un importo molto significativo di risorse.

In termini di problematicità si rileva anche il tema della capacità amministrativa e della capacità progettuale, connesse alla spesa per investimento, per cui la polverizzazione delle stazioni appaltanti su tutto il territorio non favorisce la costituzione di una competenza tipica, tecnica delle stazioni appaltanti medesime, che hanno ormai perso da tempo, come anche le pubbliche amministrazioni con il blocco del *turn over*, la connotazione specialistica. Per la progettazione, infatti, le stazioni

appaltanti si rivolgono la maggior parte delle volte all'esterno, non avendo al loro interno la capacità di valutare la correttezza di una progettazione e portando spesso alla riproposizione e rimodulazione dello stesso problema negli anni, con un incremento di costi tempi dilazionati. Sulla capacità progettuale il legislatore ha affrontato la questione in termini di previsione di risorse, con lo stanziamento di diversi fondi previsti nelle più recenti leggi di bilancio, in particolare a sostegno della capacità progettuale degli enti locali; in questo ambito, dunque, il problema sussiste in modo molto marginale, rivolgendosi dunque la criticità rilevata proprio alla "messa sul campo", alla "messa a terra" della capacità progettuale.

Il Consigliere Barisano nella sua riflessione fa cenno a una problematica già messa in luce negli interventi precedenti, molto significativa per le opere infrastrutturali che riguarda i tempi e i costi della progettazione che, come evidenziato nel 2018 dall*'European Court of Auditor*, rispetto alla media della durata dei tempi di realizzazione delle opere europea, l'Italia si trova su un livello più che raddoppiato: un'opera al di sotto di 100.000 euro ha la speranza di essere realizzata in mediamente tre anni, un' opera che supera i 100.000 euro ha una speranza di realizzazione media in tredici anni. Lo stesso dicasi per i costi, come dimostrato nei casi specifici delle infrastrutture ferroviarie di alta velocità in Italia, per cui 1 km di una infrastruttura ferroviaria di alta velocità in Italia arriva a costare fino a trentatré milioni, a fronte di quella di quindici milioni in Paesi come Spagna, Francia o Germania.

Gli ordini di criticità rilevati, afferma il Consigliere, devono necessariamente essere valutati, analizzati e risolti se si intende utilizzare rapidamente il significativo volume di risorse che arriveranno dall'Europa e che dovranno essere orientate sulla così detta "spesa buona".

In merito al tema delle risorse, esse rientrano mediamente, almeno in termini di stanziamento, nella media europea, pur mostrando alcune differenze sostanziali sul versante del pagamento e quindi della disponibilità di cassa. Nel biennio 2019-2020 si è comunque registrata una importante inversione di tendenza, poiché, raccogliendo l'*assist* che è stato fornito dalla Corte Costituzionale in particolare con la n. 101 del 2018, il legislatore con la legge di bilancio 2019 ha affiancato al saldo di bilancio previsto dalla legge rinforzata, n. 243 del 2012, un saldo di bilancio per i singoli enti locali che potesse considerare anche le risorse ferme presso i bilanci degli enti locali in termini di avanzo di amministrazione, fondo pluriennale vincolato e anche debito. Ciò ha consentito una ripresa effettivamente significativa della spesa di investimento che nel 2019 rispetto al 2017, in termini di pagamento nell'area delle autonomie territoriali, è cresciuta di quasi il 15% e che anche nel 2020, ferma restando la flessione connaturata al periodo di pandemia, ha mantenuto un livello di crescita inerente alle previsioni.

Il Consigliere Barisano ha affrontato inoltre il tema del contesto normativo, illustrando gli orientamenti del dibattito pubblico in merito al processo di semplificazione del contesto normativo medesimo, che governa la spesa di investimento. Da un lato l'idea di una abolizione assoluta del codice degli appalti, con

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

applicazione dei principi desumibili direttamente dalle direttive europee; dall'altro l'auspicio di una continuazione nel percorso di semplificazione che è stato già avviato con il decreto legge n. 76 del 2020; in ultimo, la proposta di una generalizzazione della figura dei Commissari straordinari, come strumento straordinario nella realizzazione delle opere pubbliche.

La figura del Commissario straordinario è stato oggetto di nuove formulazioni anche all'interno del decreto Semplificazioni. Tale istituto, previsto già nel Codice degli appalti all'art. 214, ha avuto una prima connotazione molto importante nel decreto-legge n. 32 del 2019, il così detto "Sblocca cantieri", ma con l'art. 9 del decreto-legge n.76 del 2020, l'art. 4 del decreto-legge n.32 del 2019 è stato ampiamente rivisto. Infatti, viene modificata la filosofia della figura stessa, l'approccio al Commissario straordinario. Inizialmente, essa aveva come connotazione principale prevista dal legislatore l'essere strumento per far fronte all'inerzia e alla lentezza nella realizzazione delle opere pubbliche. Con la modifica introdotta con il decreto Semplificazioni viene superato il concetto di opera prioritaria, sostituendola con una nozione nuova di definizione del perimetro delle opere infrastrutturali da realizzare, nel rispetto di alcuni requisiti, stabiliti dallo stesso art. 9 in maniera piuttosto generica, alle quali poi correlare un Commissario straordinario.

Di grande rilievo l'importanza ricoperta dal Commissario straordinario nell'esperienza più recente del Ponte di Genova, esperienza caratterizzata da connotazioni molto specifiche: un consenso politico, sociale ed economico unitario ed uniforme; la necessità pratica dell'opera; la previsione *ope legis* del finanziamento a carico di un soggetto privato predeterminato e già individuato dal legislatore. Tali prerogative hanno favorito il superamento dei due ostacoli principali e cioè la condivisione dell'opera e il finanziamento, con la creazione, altresì, di un diritto singolare, in cui si è mosso tipicamente il Commissario straordinario, in deroga al codice degli appalti e con applicazione dei principi derivanti dalle direttive comunitarie.

Secondo il Consigliere Barisano, alcuni aspetti dell'esperienza concreta, desumibili dalle relazioni svolte dal Commissario straordinario e dal Vice Commissario straordinario, potrebbero essere replicati, alla luce dell'efficacia che hanno avuto nella realizzazione dell'opera. Innanzitutto, l'oggetto dell'appalto, che ha previsto oltre all'opera da realizzare specifiche tecniche inserite nello stesso oggetto dell'appalto; inoltre, il costo predeterminato e quindi non modificabile dell'opera da realizzare; così come il riferimento alle norme tecniche da applicare, la previsione espressa della responsabilità a carico dell'appaltatore della progettazione, oltre che della costruzione dell'opera e dell'adeguamento del cronoprogramma e della progettazione, laddove la realizzazione dell'opera prevedesse la necessità di modificare aspetti della progettazione, compresa la responsabilità piena della conoscenza dei luoghi, del suolo e del sottosuolo, sollevando completamente il committente dalle incombenze elencate permettendo al committente medesimo di esercitare in modo efficace, attraverso interventi continui, il controllo sull'esecuzione dell'opera e di legalità, mediante la

condivisione di un protocollo di intesa con la Prefettura locale, che ha seguito anche attraverso la digitalizzazione delle procedure di appalto e di subappalto la realizzazione dell'opera.

Un ulteriore elemento molto importante che, a parere del Consigliere, meriterebbe un approfondimento in una ottica di eventuale possibilità di replica è rappresentato dalla realizzazione dell'opera attraverso fasi parallele, abbandonando la realizzazione dell'opera in sequenza, impedendo dunque che i procedimenti esecutivi dell'opera possano proseguire se la fase precedente non è conclusa. Nella esecuzione del Ponte di Genova sono state avviate delle linee esecutive in parallelo che hanno proseguito in maniera autonoma convergendo tutte per la realizzazione dell'opera finale, nel rispetto delle caratteristiche temporali e tecniche già preventivamente determinate.

In conclusione, afferma il Consigliere Barisano, la messa in discussione del contesto normativo ed esecutivo delle grandi opere è necessaria per cercare di accelerare e di rimuovere l'inerzia, le problematiche e gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione efficace e alla spesa efficiente ed efficace per investimenti e per grandi opere.

La professoressa **Margherita Interlandi** ringrazia gli organizzatori del convegno per l'invito e gli autori del volume che ha molto apprezzato, in particolare per la chiarezza con cui hanno reso possibile la comprensione delle modifiche introdotte dalla legge per la semplificazione, coniugandole con gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, di plausibile stimolo per il legislatore nell'assunzione di determinate previsioni.

La questione posta dalla professoressa all'interno del dibattito del convegno si colloca nel più ampio tema della semplificazione amministrativa, di assoluto rilievo per le Istituzioni italiane, già messo in luce già nel famoso rapporto Giannini nel 1979, in cui le amministrazioni venivano descritte come causa di immotivate lentezze, dovute soprattutto all'appesantimento, spesso inutile, dei procedimenti amministrativi. A partire da quel momento, si è gradualmente affermato che un eccesso di procedimentalizzazione finisce per contraddire il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione, nella misura in cui determina un irrigidimento dell'azione amministrativa, pregiudicando al contempo i risultati legittimamente attesi dai diretti interessati. In questa prospettiva, sono maturate diverse riforme, volte a perseguire l'efficienza amministrativa, in cui l'obiettivo dell'amministrazione ad agire bene viene sintetizzato dalla dottrina nella formulazione delle "amministrazioni di risultato".

Sono numerose le tappe che nel corso degli anni hanno inciso sull'agire amministrativo nel tentativo di semplificarne sia l'attività che l'organizzazione. In tal senso si può ricordare che l'evoluzione normativa di alcuni istituti, come quello del silenzio amministrativo, è giunta al punto di configurare l'accelerazione

procedimentale come uno strumento volto ad assicurare efficacia e tempestiva cura dell'interesse pubblico, secondo un'ottica ritenuta "moderna" del principio costituzionale del buon andamento, rispetto alla quale la semplificazione viene celebrata come un valore proprio, primario dell'ordinamento che orienta l'attività amministrativa.

Secondo la professoressa è dunque possibile, anche grazie al lavoro accurato degli autori del volume, cogliere il *fil rouge* de decreto-legge di Semplificazione recentemente approvato, che, come viene evidenziato anche nella prefazione al volume non è quello di eliminare, contenere o ridurre la burocrazia intesa come apparato burocratico, ma di rafforzarla. Evidenziando dunque l'intento di dare al Paese una burocrazia che funzioni e soprattutto che decida, esercitando la propria discrezionalità senza il timore della responsabilità o della firma. In questa prospettiva, gli autori del saggio, attraverso il richiamo alla giurisprudenza più recente che aiuta a comprendere la *ratio* di alcune scelte legislative, sottolineano con grande chiarezza che il paradigma principale di questo processo di semplificazione è costituito innanzitutto dal tempo, confermando anche la tendenza legislativa delle precedenti riforme, nel solco delle quali si colloca l'intervento più recente.

La professoressa Interlandi illustra come l'elemento del tempo si manifesti, rispetto l'intervento legislativo in esame, nella configurazione della semplificazione non più come valore solo strumentale ma come valore di natura finale, autonomo quindi, anche rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati. Al riguardo può farsi riferimento all'art. 2, comma 4 *bis* del 241 del 1990, novellato dal decreto Semplificazioni, secondo cui le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di misurare e rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente.

Un secondo profilo, evidenziato dagli autori nel volume, che conferma l'ascesa del tempo come paradigma principale della semplificazione e come valore primario perseguito dall'ordinamento, riguarda la parificazione della disciplina sostanziale e procedurale degli interessi sensibili. In tale direzione si muove la disciplina dell'art. 17-*bis* della legge n. 241 del 1990, novellato dalla legge di Semplificazione, con la previsione dell'istituto fondato sull'applicazione generalizzata del silenzio assenso anche alle amministrazioni preposte alla tutela di tali interessi.

Una riflessione personale viene avanzata dalla professoressa Interlandi, in merito al superamento di una apodittica prevalenza degli interessi sensibili nei termini indicati dalla Corte Costituzionale che non può, a suo avviso, portare a ritenere che la difesa di tali interessi sia sempre rinunciabile in nome di un "provvedere ad ogni costo". Sostiene dunque che, ove sia vero e coerente che la semplificazione e l'efficienza esigono risposte certe, in tempi brevi e rispetto alle quali l'accelerazione procedimentale può costituire senz'altro un rimedio alla complicazione del procedimento, è tuttavia altrettanto innegabile che tale soluzione non sempre sia idonea

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

ad affrontare invece la complessità procedimentale quando questa derivi dalla pluralità ed eterogeneità degli interessi in gioco, che possono attivare ritardi delle amministrazioni, ascrivibili a problemi organizzativi delle stesse, dovendo probabilmente questi ultimi divenire oggetto di possibili soluzioni. Nell'ottica di aumentare l'efficacia e l'efficienza, l'amministrazione dovrebbe essere in grado di agire a vantaggio anche di quegli interessi più deboli che hanno bisogno di un suo intervento per essere tutelati, non affermando ovviamente la prevalenza di questi interessi al punto da ostacolare l'attività amministrativa, ma quantomeno garantendone la presa in considerazione, perseguendo così un giusto equilibrio tra esigenze semplificatorie e tutela degli interessi sensibili.

Contestualizzando tale ragionamento in una situazione emergenziale, nella quale il tempo assume un valore che finisce per coincidere con l'efficacia amministrativa e finanche con la tutela delle risorse pubbliche, lo sforzo che si potrebbe fare dinanzi all'inerzia della pubblica amministrazione è quella di perseguire l'efficienza anche con maggiore contezza dell'effettiva causa del ritardo e dell'inerzia stessa, attraverso ad esempio la leva della responsabilità erariale, valorizzandone quindi il profilo incentivante e non meramente punitivo di questo istituto.

In tale direzione, la tempestività del provvedimento amministrativo costituiva già prima di questo intervento legislativo un parametro di efficienza, configurando il ritardo o l'inerzia come un elemento di valutazione, nonché di responsabilità anche amministrativo contabile, ai sensi dell'art. 2, comma 9 della legge n. 241 del 1990, affermando in questa prospettiva la responsabilità erariale nei casi, ad esempio in cui il dirigente non abbia seguito l'ordine cronologico delle pratiche.

Vi è inoltre l'ipotesi, di evocare un danno erariale da disservizio, cioè un danno che si verifica quando il ritardo o l'inerzia dell'amministrazione configura un'attività al di sotto degli *standard* di efficienza, rispetto a quelli ordinari, rendendo quindi impossibile soddisfare gli interessi e le aspettative degli utenti. Il danno da disservizio nella elaborazione anche più matura della giurisprudenza contabile rappresenta l'effettiva attuazione del principio di buon andamento, rispetto al quale l'efficienza costituisce un parametro di valutazione della condotta in relazione all'elemento soggettivo, sicché la distorta e non corretta utilizzazione delle risorse strumentale alla pubblica amministrazione compromette "*la definizione ottimale del risultato amministrativo finale provocando la lesione di un bene del patrimonio pubblico che è rappresentato proprio dal risultato finale dell'azione*", secondo quanto affermato testualmente dalla Corte dei Conti Calabria 2006, n. 83.

In questa prospettiva la professoressa Interlandi pone il quesito per cui la previsione introdotta dalla legge di Semplificazione del 2020, che riconduce a livelli essenziali delle prestazioni l'obbligo di misurare e rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e le imprese, non possa porre le premesse giuridiche per rafforzare questa responsabilità secondo una prospettiva non punitiva, ma incentivante all'innalzamento della qualità

della funzione che si realizza anche attraverso la tempestività del provvedere. La previsione, individua chiaramente nel tempo un parametro di efficienza misurabile e che potrebbe, anche attraverso e grazie ad una elaborazione algoritmica dei dati acquisiti dall'amministrazione interessata, costituire uno *standard* di efficienza amministrativa vincolante per l'amministrazione sotto il profilo della *performance*.

In conclusione, la professoressa Interlandi afferma che se la tempestività è un interesse pubblico primario e prevalente allora il ritardo o l'inerzia dell'amministrazione, soprattutto quando vengono in rilievo valutazioni discrezionali che impattano su interessi sensibili, dovrebbero essere sanzionate piuttosto che con il rimedio del silenzio assenso con quello della responsabilità erariale, configurandosi quest'ultima nel disservizio costituito sia dallo spreco di personale e di risorse economiche non utilizzate in base ai canoni di legalità, efficienza e produttività e sia da quegli ulteriori pregiudizi che minano il rapporto di fiducia e di collaborazione tra cittadini e amministrazione, incidendo sulla credibilità delle Istituzioni e sulla capacità delle stesse di attrarre investimenti e risorse essenziali per lo sviluppo economico e sociale del Paese.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La forza vincolante delle linee guida nella pandemia[*]

di Marina Chiarelli[**]

11 giugno 2021

Sommario: 1. Le linee guida nella pandemia. – 2. La forza vincolante delle linee guida. – 3. Il sindacato giurisdizionale sulle linee guida. – 4. Conclusioni.

1. Le linee guida nella pandemia

La ragione del ricorso al *soft law*[1] è spesso la creazione di una disciplina flessibile, in grado di adattarsi alla rapida evoluzione tipica di alcuni settori o a situazioni emergenziali come la recente pandemia causata dal COVID-19.

Solitamente il *soft law* consiste in accordi, che non creano obblighi giuridici tra le parti contraenti, ma solo impegni politici il cui rispetto è rimesso alla volontà delle parti. Il termine *soft law* ingloba, pervero, diversi fenomeni, che mostrano le caratteristiche della legge perché in qualche modo influenzano e restringono la volontà e la libertà dei loro destinatari, ma che dall'altro lato non stabiliscono una vera e propria obbligazione né prevedono una specifica sanzione.

Il ricorso al *soft law* sta assumendo sempre più rilevanza e ne è esempio proprio il frequente ricorso a linee guida indirizzate sia al sistema sanitario sia ai diversi settori

[*] *Il testo qui pubblicato costituisce una parziale rielaborazione di uno scritto pubblicato nel n. 3/2020 della rivista on line "Corti supreme e Salute". Si ringrazia la direzione della rivista.*

[**] Avvocato e Dottore di ricerca in Istituzioni, Mercato, Garanzie e Tutela dell'Individuo.

[1] Sulla distinzione rispetto ad altri concetti, come il diritto "mite" di Gustavo Zagrebelski, si veda A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, nota 26; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 1 afferma che *"l'espressione in parola non allude a un concetto stabile e ben sedimentato (…) al contrario, nell'uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente";* N. FOSTER, *Eu Law*, 5a ed., Oxford, 2015, 122, per il quale il *soft law "incapsula varie regole di condotta che non sono legalmente vincolanti o giustiziabili, o dove il disattenderle non porta necessariamente ad una certa e specifica sanzione".*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

economici e sociali che si sono trovati e si trovano tuttora a gestire il rischio di circolazione del virus e il suo contenimento.

In ambito sanitario, sono state fornite diverse definizioni al termine "linee-guida". La prima definizione si è avuta, nel 1990, in ambito dottrinale: per linee guida devono intendersi le raccomandazioni di comportamento clinico, ad elaborazione multidisciplinare, sviluppate preferibilmente mediante un processo sistematico di revisione della letteratura specifica, allo scopo di assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche[2]. Definizioni di linee-guida si rintracciano anche in ambito giurisprudenziale. Con sent. n. 28187/2017, la Cassazione penale ha definito le linee-guida come: *"sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni*". Più recentemente, con sentenza n. 8770/2018, la Suprema Corte penale, a Sezioni Unite, ha definito nuovamente le linee guida come "*un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti".*

Il decreto legislativo n. 81 del 2008, recante norme in materia di infortuni sul lavoro ha introdotto, all'articolo 2, le definizioni di tre fonti di grande rilevanza in ambito prevenzionistico per i RSPP, i Medici Competenti, i RLS, i datori di lavoro e in generale tutti gli operatori della salute e sicurezza sul lavoro: le "linee guida", le "norme tecniche" e le "buone prassi".

Le linee guida sono definite quali *"atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dalle regioni, dall'ISPESL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni"*(art. 2 c. 1 lett. z).

In questo settore non tutti gli atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza possono essere definiti "linee guida", ma solo quelli che vengono emanati dai soggetti indicati e con i requisiti visti. Per garantire la *certezza del diritto*, infatti, il legislatore nel 2008 ha previsto che potessero intendersi quali "linee guida" solo gli atti di indirizzo emanati da una rosa di organismi appartenenti al sistema pubblico cui la legge ha riconosciuto l'autorevolezza e la legittimazione istituzionale necessaria ad emanare indirizzi unitari e quindi ad uniformare gli orientamenti applicativi per tutti gli operatori del settore.

Nella pandemia sono emerse numerose linee guida per prevenire il rischio di contagio in specifici settori come quello dei trasporti provenienti dallo stesso Governo oppure le linee guida per la riapertura delle attività economiche, produttive e ricreative della Conferenza delle Regioni e delle province autonome. A causa dell'emergenza

[2] La definizione di linea guida è stata fornita nel 1990 da M. J. Field e K- N. Lohr, nel libro *Clinical Practice Guidelines. Direction for a New Program*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

sanitaria molti sono stati i settori interessati. Sono emerse anche linee guida vincolanti create *ad hoc* per la fissazione e trattazione delle udienze (decreto legge n. 83 del 2020)[3], le linee guida dell'Inail, approvate dal Comitato tecnico scientifico il 10 maggio 2020, nelle quali da un lato si afferma che esse sono raccomandazioni e non sono vincolanti; dall'altro lato, considerato l'analisi del rischio, si stabiliscono misure come l'utilizzo obbligatorio di "mascherine" e l'obbligo di sanificare l'area di lavoro.

Il decreto legge n. 33 del 16 maggio 2020[4] – *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID 19*, per "le attività economiche, produttive e sociali" prevede la redazione di protocolli e linee guida nazionali "idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio" , ma anche la loro eventuale adozione da parte delle Regioni o della Conferenza delle Regioni o delle Province autonome. In primo luogo è prevista l'equiparazione di protocolli e linee guida, forse richiamando con il riferimento ai primi i documenti emanati dalle Autorità sanitarie, e con il riferimento alle linee guida, le indicazioni o precisazioni delle Autorità amministrative. Trattandosi di un decreto legge, peraltro, non vi sono lavori preparatori che consentono di cogliere la ragione dell'equiparazione tra linee guida e protocolli.

Emerge, quindi, che tali atti e documenti definiti linee guida, pur racchiusi sotto una stessa e generica denominazione, sono caratterizzati da una notevole eterogeneità. Per contro si deduce anche che con riferimento a tali atti non è rilevante il solo il *nomen iuris*, bensì la natura sostanziale del provvedimento.

2. La forza vincolante delle linee guida

La questione non è tanto l'uso delle linee guida, ma la forza vincolante delle medesime. Le linee guida vincolanti erano prima dell'inizio della pandemia emerse e studiate prevalentemente nel diritto amministrativo e con riferimento specifico al settore degli appalti pubblici[5]. Lo stesso decreto legge citato n. 33 del 2020 stabilisce che i protocolli e le linee guida adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle Regioni

[3] C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law,in www.judicium.it,* 30 giugno 2020.
[4] U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni.* in *Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale,* 2020. Disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it*
[5] F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto:il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione,* in *www.federalismi.it,* n.25/2016; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n.1/2017, p.15; ID., *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e Autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Dir. e proc. amm.,* n.3/2016, p. 823; I. NICOTRA, *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE - F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino 2015, p.72 ss.; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: post fata resurgam,* in *Giornale dir. amm.*, n.6/2015, pp. 757 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele,* Torino, 2018; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Milano, 1997, p. 157 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

e delle Province autonome devono rispettare i princìpi contenuti nei protocolli e nelle linee guida nazionali. Ma se i protocolli e le linee guida contengono princìpi vuol dire che non stiamo parlando di atti amministrativi, ma di vere e proprie norme. Il fatto che i contenuti dei protocolli o delle linee guida adottate dalle regioni al fine di prevenire e ridurre il rischio di contagio (art. 1, comma 14) debba essere rispettato da parte delle attività economiche, produttive e sociali significa che le linee guida, come i protocolli contengono regole vincolanti. A maggiore dimostrazione della forza vincolante delle linee guida va sottolineato che ai sensi del successivo comma 15 "il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli e delle linee guida regionali, o, in assenza, nazionali (…) che non assicuri adeguati livelli di protezione, determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza".

Se è prevista una sanzione per il mancato rispetto ne deriva che le linee guida contengono necessariamente regole vincolanti.

Le linee guida in considerazione, più che come *soft law*, sembrano, quindi, operare come *norme di livello regolamentare, di integrazione e di attuazione,* ai sensi dell'articolo 17 della legge 400/1988. Anche e sopratutto in emergenza le linee guida assumono un valore giuridico anche quando queste non sono richiamate direttamente dalla normativa specifica.

In tema di responsabilità del datore di lavoro per il contagio dei dipendenti viene in considerazione l'art.2087 del codice civile, ad esempio, che pone il principio della cosiddetta "massima sicurezza tecnologicamente fattibile", alla luce del quale la giurisprudenza ha affermato che *"in materia di sicurezza del lavoro il datore di lavoro è tenuto ad uniformarsi alla migliore scienza ed esperienza del momento storico in quello specifico settore; e, nel caso in cui per i suoi limiti individuali non sia in grado di conoscere la miglior scienza ed esperienza, consapevole di tali limiti, deve avere l'accortezza di far risolvere da altri i problemi tecnici che non è in grado di affrontare personalmente"*[6].

Oltre ad esprimere il già descritto principio, l' articolo 2087 c.c. svolge anche un'altra importante funzione che può correlarsi anche alle linee guida, rappresentando, infatti una "norma di chiusura del sistema antinfortunistico", nel senso che la giurisprudenza ritiene che il datore di lavoro non abbia assolto i suoi obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro quando, pur avendo osservato tutte le prescrizioni specifiche in materia, non abbia adottato tutte le misure rese necessarie da particolarità del lavoro, esperienza e tecnica.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti, *"l'eventuale silenzio della legge sulle misure antinfortunistiche da prendere non esime il datore di lavoro da responsabilità se, di volta in volta, la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono in grado di suggerirgli e, quindi, di imporgli idonee misure di sicurezza"*[7].

[6] Cass. penale, Sez. IV, 16 giugno 1995 n. 6944.
[7] Cass. IV, Sent. n. 2054 del 3 marzo 1993.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Con riferimento alle misure imposte dall'articolo 2087 c.c., inoltre, grava sul datore di lavoro l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, ancorché non risultino dettati dalla legge, siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standard di sicurezza normalmente osservati oppure trovino riferimento in altre fonti analoghe [8].

La legge n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli - Bianco recante *"Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*), poi, all''art. 6 introduce l'adesione alle linee guida come fattore esimente da responsabilità per gli operatori sanitari per i casi imperizia. Il sanitario in ogni caso continua a rispondere per imprudenza e negligenza, in quanto condotte non scusabili. Ciò si realizza attraverso l'introduzione, all'interno del codice penale italiano, dell'art. 590 *sexies* il quale prevede l'esclusione della responsabilità penale in carico a tutti gli operatori sanitari nei casi di imperizia qualora siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida. Condizione posta dall'art. 590 *sexies* per esimere da responsabilità il sanitario è che le "linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto". Questo significa che il professionista sanitario dovrà valutare preliminarmente l'adeguatezza delle linee guida al caso concreto cioè alle peculiarità del singolo paziente e, ove occorra, non applicarle.

Del resto con rifermento alla forza vincolante delle linee guida la giurisprudenza è molto chiara.

In tema di malattie professionali afferma, ad esempio, che *"nelle linee guida è normalmente contenuta la più compiuta e particolareggiata indicazione del sapere scientifico di un determinato settore. Da ciò consegue che nei processi per reati colposi (soprattutto quelli in campo medico) le linee guida vengono spesso in rilevo, poiché da esse possono essere tratti sia elementi indispensabili per l'individuazione del comportamento corretto da seguire e sia il "modello di agente"* [9].

Le linee guida costituiscono, al contempo, fonte dell'obbligo di adeguamento e metro della diligenza richiesta a chi opera in un determinato settore.

La giurisprudenza rintraccia in sostanza l'utilità delle linee guida nei processi per reati colposi per infortuni o malattie professionali nel fatto che in esse possono essere tratti sia elementi indispensabili per l'individuazione del comportamento corretto da seguire e sia il "modello di agente*"*.

3. Il sindacato giurisdizionale sulle linee guida

[8]Cass. civile, sez. lav., 5 gennaio 2016 n. 34.
[9]Trib. Asti, 22 ottobre 2010.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Alla capacità di regolazione delle linee guida, e quindi di diretta incidenza sulla sfera dei destinatari non può non conseguire la impugnabilità e la soggezione di tali atti al controllo giurisdizionale. Anche in questo ambito la giurisprudenza amministrativa si è formata ampiamente con riferimento alle linee guida vincolanti delle autorità amministrative indipendenti.

A parte il caso di lesione di diritti soggettivi, in primo luogo il giudice amministrativo interviene solo nel caso in cui le linee guida siano effettivamente giudicate vincolanti, dichiarando, invece, il ricorso inammissibile laddove rilevi che le linee guida non costituiscono atto regolamentare [10].

Inoltre si può sottolineare che le linee guida sono strumenti di regolazione estremamente tecnici, ma in nessun ordinamento giuridico si può prescindere da un controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione. La questione principale è quella dei limiti del sindacato del giudice amministrativo nei confronti di regolazioni tecniche e complesse.

Il Consiglio di Stato ha analizzato con la sentenza n. 162 del 2016 i rischi che possono verificarsi in questi casi trattando dei casi di scelte regolatorie altamente tecniche e complesse che richiedono una conoscenza di discipline sia economiche che tecniche, affermando che comunque la complessità non può giustificare "un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che anzi in questi casi deve essere particolarmente approfondito, sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare forme di arbitrio nella regolazione. In questo caso il giudice deve ri-utilizzare gli stessi criteri usati dal regolatore allo scopo di verificare dall'interno se la scelta regolatoria è "attendibile e ragionevole". Il giudice amministrativo può anche annullare un provvedimento se lo considera irragionevole come nella sentenza citata. Afferma il Consiglio di Stato che il giudice ha il dovere di andare oltre le apparenze e di verificare la effettiva razionalità delle scelte regolatorie. Un'utile perimetrazione delle possibilità per il giudice è fornita sempre dalla sesta sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2888/2015. La sentenza supera definitivamente i vecchi criteri del "sindacato forte" e del "sindacato debole", affermando che il giudice, pur non potendosi sostituire al regolatore, non può limitarsi "ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria)", ma deve estendersi invece "all'esatta rappresentazione dei fatti, all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio costituzionale e comunitario di effettività della tutela giurisdizionale" .

[10] Tar Lazio, sentenza n. 1735/2018.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

4. Conclusioni

Il ricorso all'atipicità porta con sé inevitabilmente il problema dell'inquadramento degli strumenti utilizzati, non perché gli stessi vadano ricondotti per forza nell'ambito di rigide classificazioni che ne svilirebbero la flessibilità, quanto, piuttosto, per evitare che dette misure rimangano prive di identità.

Gli strumenti di regolamentazione che si stanno affermando nella gestione della crisi da Covid-19 hanno innegabilmente punti di forza e di criticità, come l'impatto sul sistema delle fonti[11].

Tali strumenti di regolazione flessibile, in definitiva, se assolvono alla condivisibile funzione di permettere un normazione di secondo livello flessibile e meno formale di quella regolamentare, non possono, tuttavia, sfuggire ad un penetrante controllo giurisdizionale del corretto esercizio della potestà.

È comunque auspicabile, data sia l'atipicità della fonte sia la forza vincolante delle linee guida, che le stesse siano oggetto di attento uso di strumenti di *better regulation* come l'AIR e la VIR.

[11] U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni.* in *Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale,* 2020. Disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it.*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

I conflitti di interesse degli intermediari finanziari. *Agency Theory*, tecniche preventive di gestione del conflitto e tutela dell'integrità ed efficienza dei mercati finanziari

di Valentina Viti*

16 giugno 2021

Sommario: 1. La prestazione dei servizi di investimento da parte degli intermediari finanziari ed il conflitto di interessi. Prospettazione del piano di indagine. – 2. Il conflitto di interessi e la *Agency Theory*. – 3. Le tecniche normative di gestione dei conflitti. Considerazioni in punto di modalità operative e criticità. – 4. L'intermediazione finanziaria nella prestazione dei servizi di investimento fra tratti tipici dei rapporti di agenzia e peculiari caratteristiche strutturali. – 5. La disciplina dei conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento. Un'evoluzione verso la valorizzazione della componente discrezionale e fiduciaria del rapporto. – 6. Efficienza del mercato finanziario e regolazione dei conflitti di interesse.

1. La prestazione dei servizi di investimento da parte degli intermediari finanziari ed il conflitto di interessi. Prospettazione del piano di indagine

I più o meno recenti scandali finanziari che hanno caratterizzato i mercati internazionali e che non hanno risparmiato il sistema italiano hanno posto bene in luce la centralità del tema del conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento[1]. Le vicende giudiziarie nostrane hanno, in particolare, mostrato come in

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia, LUISS Guido Carli.

[1] In argomento, fra i molti contributi, cfr., L. ZITIELLO, *La giurisprudenza sul cosiddetto <<risparmio tradito>>. Raccolta ragionata delle sentenze sul contenzioso tra banche e clienti relativo ai recenti casi di default*, Torino, 2005; V. SANGIOVANNI, *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, p. 887; G. GOBBO e C.E. SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 5 e ss.; M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitori*, Padova, 2007; ID., *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 187 e ss.; G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Il conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, in M. Anolli, A. Banfi, G. Presti e M. Rescigno (a cura di), *Banche, servizi di investimento e conflitti di interesse*, Bologna, 2008, p. 11 e ss.; B. INZITARI e V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; G. BERSANI,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

tale ambito la gran parte delle azioni intentate dai risparmiatori si siano fondate e si fondino sulla contestazione di provati o presunti abusi di situazioni di conflitto di interessi riconducibili all'attività e ai comportamenti illeciti degli intermediari finanziari[2]. Fondamentale, pertanto, non solo per la tutela degli investitori, ma anche al fine di preservare la fiducia degli stessi nel mercato ed, in tal modo, garantire l'integrità di quest'ultimo, risulta la previsione di meccanismi di funzionamento del sistema volti ad assicurare il più possibile che l'erogazione dei servizi di investimento avvenga in modo corretto e trasparente[3].

Con il presente scritto si vuole condurre un'indagine che abbia riguardo al modo in cui il problema dei conflitti di interesse fra intermediari finanziari e clienti è stato affrontato nel nostro ordinamento giuridico da un punto di vista normativo.

L'analisi verrà sviluppata prendendo le mosse da uno studio del fenomeno generale del conflitto di interessi compiuto attraverso gli strumenti forniti dalla teoria economica dell'agenzia, che consentirà di giungere alla delineazione dei diversi elementi caratterizzanti tale fenomeno, nonché a porre le basi per la successiva individuazione delle possibili tecniche normative di gestione dello stesso e per una riflessione critica sulla loro efficacia.

Ci si addentrerà quindi nella evidenziazione dei tratti connotanti i rapporti di intermediazione finanziaria e del conseguente particolare atteggiarsi in essi del conflitto di interessi per poi procedere ad una ricognizione in chiave diacronica della disciplina italiana in tema di conflitti degli intermediari, ricognizione che sarà alla base di una

La responsabilità degli intermediari, Torino, 2008; F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Torino, 2009; A. PERRONE, A. VOIELLO e V. DRAGONE, *La giurisprudenza sul c.d. <<risparmio tradito>>: un'analisi quantitativa*, in A. Perrone (a cura di), *I soldi degli altri*, Milano, 2008, p. 83 e ss.; F. BOCHICCHIO, *Attività bancaria e risparmio gestito: sussiste un conflitto di interessi? Il problema e le suggestioni*, in F. Galgano e F. Roversi-Monaco (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009; F. MAIMERI, *La tutela del cliente e la disciplina del conflitto di interessi*, in *Il risparmio*, 2010, 1, p. 58; A. PERRONE e M. MUSITELLI, *La giurisprudenza milanese sul <<risparmio tradito>>: alcuni dati recenti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 158 e ss. Per un discorso macroeconomico in tema di conflitti di interesse nelle operazioni di investimento cfr., G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, 2011, p. 119 e ss.

[2] Nel presente lavoro, anche alla luce di tale dato, il tema dei conflitti di interesse nella prestazione dei servizi di investimento verrà affrontato concentrando l'attenzione sulle situazioni di conflitto degli intermediari finanziari e sulla disciplina per esse prevista, tralasciando altri possibili ambiti di rilevanza della problematica indagata come quello bancario o della gestione collettiva del risparmio.

[3] Che l'interesse assegnato alle cure degli intermediari finanziari e presidiato dalla relativa regolamentazione, anche in materia di conflitti di interesse, sia non solo quello individuale dell'investitore, ma anche quello alla affidabilità ed efficienza del mercato è sostenuto, fra gli altri, da G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Il conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 14; D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 67 e ss.; R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato, natura del <<potere>> dispositivo e fondamento variabile dell'iniziativa negoziale*, in A. Gorassini e R. Tommasini (a cura di) *I maestri del diritto civile. Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 472; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, Napoli, 2019, p. 55 e ss. In giurisprudenza, fra le altre, cfr., Cass., 15 marzo 2001, n. 3753, in *Foro it.*, 2002, I, c. 858; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2125; Trib. Firenze, 18 febbraio 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

valutazione circa l'adeguatezza e l'efficacia della normativa anche alla luce delle premesse delineate nella prima parte del lavoro.

Le pagine conclusive dello scritto saranno, infine, dedicate ad alcune riflessioni più generali sul rapporto fra normazione dei conflitti di interesse nell'intermediazione finanziaria e tutela dell'efficienza complessiva dei mercati finanziari, riflessioni che, in un quadro volto a considerare il tema dei conflitti degli intermediari in un'ottica di interconnessione fra la prospettiva "micro" e quella "macro", porteranno a soffermare l'attenzione sul diverso livello di intervento e di incidenza rispetto alle due richiamate dimensioni per cui, nella gestione e nel governo di tali conflitti, la disciplina italiana, sulla spinta del contesto europeo, ha negli anni optato.

2. Il conflitto di interessi e la *Agency Theory*

Il conflitto di interessi può essere definito in termini generali come quella situazione, ricorrente con frequenza nella realtà sociale, in cui, nell'ambito di rapporti caratterizzati da una separazione fra il centro di attribuzione di poteri gestionali e decisionali e la titolarità dell'interesse riferibile a quella attribuzione di potere, è insito il rischio che il soggetto chiamato ad esercitare i suddetti poteri agisca non nel perseguimento dell'interesse altrui, per il cui soddisfacimento gli stessi sono stati attribuiti, bensì privilegiando un diverso e contrario interesse proprio o di terzi[4].

Il fenomeno è stato ampiamente studiato dalla dottrina economica anglosassone che, attraverso l'elaborazione della c.d. *agency theory*, ha contribuito sensibilmente ad una comprensione dello stesso, delineandone presupposti e tratti essenziali[5]. Secondo tale teoria economica il conflitto di interessi presuppone l'esistenza di una relazione di agenzia, ovvero di una relazione in cui ad un soggetto, l'*agent*, sia affidata la tutela dell'interesse di un altro soggetto, il *principal*, sulla cui situazione di <<benessere>> andrà ad incidere l'azione del primo, tanto nel senso che l'*agent*, eseguendo con correttezza l'incarico ricevuto, apporti un beneficio al *principal*, quanto nel senso

[4] Sulla diffusività del fenomeno del conflitto di interessi si veda G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, p. 21 e ss. Per una esemplificazione della ricorrenza di tale situazione nella realtà sociale cfr., Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 42 e ss.

[5] Sulla teoria economica dell'agenzia si vedano, tra gli innumerevoli contributi, M.C. JENSEN e W.H. MECKLING, *Theory of the firm. Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in *J. Finance Economics*, 3, 1976, p. 305 e ss.; K.J. ARROW, *The Economics of Agency: An Overview*, in J.W. Pratt e R. Zeckhauser (a cura di), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, 1985, p. 36 e ss.; R.C. CLARK, *Agency Costs Versus Fiduciary Duties*, ivi, p. 75 e ss.; F.H. EASTERBOOK e D.R. FISHEL, *Close Corporation and Agency Costs*, in *Stanford Law Review*, 1986, p. 371; J.E. STIGLITZ, *Principal and Agent*, in *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, London, 1987, p. 967 e ss. Nella letteratura italiana si veda F. SARTORI, *La teoria economica dell'*agency *e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 607 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

opposto che lo stesso, agendo nel perseguimento di interessi contrari a quelli del *principal*, arrechi ad esso un danno[6].

La correlazione tra la situazione di conflitto di interessi e i suddetti rapporti di agenzia è fatta discendere da alcune fondanti o ricorrenti caratteristiche degli stessi, che determinerebbero l'impossibilità o la difficoltà per il *principal* di controllare e/o valutare l'azione dell'*agent* e, conseguentemente, la possibilità di una prefigurazione da parte di quest'ultimo della conseguibilità di maggiori vantaggi dal perseguimento di un interesse contrastante con quello del *principal* senza essere da questo scoperto. Tra tali caratteristiche, <<endogeno>> alla relazione d'agenzia è ritenuto l'elemento dell'asimmetria informativa tra le parti[7], elemento a cui spesso si accompagna una c.d. asimmetria cognitiva[8]. Il problema del dislivello informativo tra *principal* ed *agent* secondo la letteratura economica può sostanziarsi, innanzitutto, nella mancanza o scarsità di informazioni da parte del primo su elementi (ad esempio su caratteristiche dell'*agent* o sull'ambiente esterno) a conoscenza del secondo, che possono rilevare nel momento iniziale del conferimento dell'incarico e che possono essere utilizzati scorrettamente a proprio favore dall'*agent* (c.d. *adverse selection* o *hidden information*). Lo stesso problema può, ancora, manifestarsi in un vantaggio informativo da parte dell'*agent* sull'azione intrapresa in esecuzione del contratto stipulato, azione che il *principal* non avrà la capacità di osservare e/o di valutare (c.d. *moral hazard* o *hidden action*), spesso anche alla luce di un divario di competenze fra le parti[9]. Si è sottolineato opportunamente come il riferito tratto dell'asimmetria informativa rappresenti tanto la causa giustificatrice della stessa nascita dei rapporti di agenzia, risultando in essi il conferimento dell'incarico gestorio originato dal dislivello di risorse e patrimonio specialistico tra i soggetti, quanto, al tempo stesso, l'elemento determinante il rischio di comportamenti opportunistici nella fase di instaurazione e nello svolgimento dei medesimi rapporti[10].

[6] Per il riferimento all'incidenza dell'azione dell'*agent* sul <<benessere>> del *principal* si veda F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 284.
[7] In tal senso F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.
[8] Cfr., Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 44.
[9] In merito si veda K.J. ARROW, *Aspects of the Theory of Risk Bearing*, Helsinki, Yrjo Jahnsson Saatio, 1965; ID., *The economics of agency. A report of the center for research on organizational efficency*, Stanford University, 1984, p. 3 e ss. Più di recente, fra gli altri, G. PALAZZO e L. RETHEL, *Conflicts of Interest in Financial Intermediation*, in *Journal of Business Ethics*, 81, *Aug.* 2008, p. 193 e ss. e nella letteratura italiana F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.; A. NICITA e V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 29.
[10] Cfr. A. POSTLEWAITE, *Asymmetric information*, in *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, 1987, p. 133 e ss.; F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Altro tratto ricorrente nei rapporti collaborativi è rappresentato dalla discrezionalità di cui gode l'*agent* nello svolgimento dell'incarico ad esso assegnato[11]. Si tratta di un elemento caratterizzante tali rapporti in quanto strettamente correlato al tratto dell'asimmetria informativa[12]. L'autonomia decisionale attribuita all'*agent* è, infatti, la diretta conseguenza della necessità di affidare la gestione di un interesse ad un soggetto "più informato" e "più competente" del titolare di quell'interesse. La natura discrezionale dei poteri conferiti nell'ambito delle relazioni in esame, dunque, da una parte, è rispondente alla stessa utilità del *principal*, dall'altra, tuttavia, rappresenta una concausa e una condizione per il realizzarsi di situazioni di conflitto di interessi, le quali presuppongono e si commisurano al grado di autonomia decisionale riconosciuta all'*agent*[13].

I rilevati tratti caratterizzanti i rapporti di agenzia ed i connessi limiti alla possibilità di un effettivo ed efficace controllo da parte del *principal* sull'operato dell'*agent* pongono quest'ultimo soggetto in quella che in dottrina è stata definita come una "fisiologica" situazione di conflitto di interessi[14], individuabile e riconducibile alla consapevolezza da parte di tale soggetto della possibilità di perseguire un interesse diverso da quello del *principal* e di conseguire in tal modo, con buone probabilità di riuscita, vantaggi superiori rispetto a quelli che deriverebbero da una corretta esecuzione del suo incarico. La descritta situazione viene opportunamente tenuta distinta dal concretizzarsi dell'abuso del conflitto di interessi, ovvero da quella successiva situazione, evidente evoluzione della precedente, in cui l'*agent* ponga effettivamente ed intenzionalmente in essere un comportamento volto a favorire l'interesse proprio o di terzi a svantaggio di quello del *principal*[15]. L'abuso del conflitto,

[11] In tal senso F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 44.

[12] Si veda F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss., che collega all'asimmetria informativa tra le parti il carattere vago e non specificamente determinato delle obbligazioni contrattuali fiduciarie, le quali risultano individuate <<in relazione al generico interesse>> del *principal*, in quanto una loro specificazione dettagliata sarebbe <<troppo costosa in relazione ai benefici conseguenti>> e si sostanzierebbe in <<una sorta di monitoraggio anticipato inconciliabile con le *agency relationships*>>.

[13] Si è in dottrina sottolineato come il ricorrere di un conflitto di interessi non sia ipotizzabile con riguardo a relazioni che non comportino alcun margine di discrezionalità e come al crescere di quest'ultima si accompagni un aumento del rischio di comportamenti opportunistici, cfr., sul punto, C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 262 e ss.; F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.

[14] Definiscono la situazione di conflitto di interessi come "fisiologica" nei rapporti di agenzia in virtù delle stesse caratteristiche di tali rapporti F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 46.

[15] Considera l'abuso del conflitto il divenire patologico di una presupposta situazione fisiologica di conflitto F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss., il quale sottolinea come l'abuso richieda un "inadempimento doloso" strumentale al conseguimento di una utilità illegittima da parte dell'*agent*, non potendo rilevare a tal fine un semplice uso malaccorto o non proficuo del potere gestorio da parte dello stesso. Nel senso della necessità di uno stato soggettivo doloso nell'abuso del conflitto cfr., anche C. ANGELICI, *Amministratori di società*,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

che per la teoria economica è la naturale conseguenza della tendenza dei soggetti alla massimizzazione della propria utilità[16], giuridicamente si traduce nel compimento di una condotta in violazione del principio di buona fede oggettiva[17], ponendosi l'utilizzo opportunistico dei poteri e della discrezionalità attribuiti all'*agent* chiaramente in contrasto con quelle prescrizioni di lealtà e correttezza dei comportamenti di cui è disseminata nel nostro ordinamento la materia contrattuale e che impongono di agire in modo da salvaguardare gli interessi dell'altra parte, avendone cura nei limiti del non apprezzabile sacrificio a proprio carico [18].

Così inquadrato, da un punto di vista giuridico, il problema dei conflitti di interesse nei rapporti di agenzia[19], diviene per lo studioso del diritto fondamentale

conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ., in *Riv. dir. comm.*, 1970, 3-4, p. 150; C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., p. 197 e ss.; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 44; *contra* A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in C. Granelli e G. Stella (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, Milano, 2007, p. 28 e ss.

[16] Per cui se, in base alle proprie valutazioni relative alla possibilità o meno di essere scoperto o, in caso venisse scoperto, alla maggiore o minore marginalità delle relative conseguenze negative, l'*agent* riterrà di conseguire vantaggi maggiori dall'inadempimento piuttosto che dalla corretta esecuzione dell'incarico, lo stesso deciderà di abusare del conflitto. È la c.d. teoria dell'*efficient breach* per cui cfr., R.A. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992, p. 117 e ss.; A. SCHWARTZ e D. MARKOVITS, *The Mith of Efficient Breach*, in *Yale Law School, Faculty Scolarship Series*, 2010, *Paper* 93.

[17] È divenuta opinione diffusa che il principio di buona fede oggettiva operi in diverse direzioni, caricandosi di molteplici funzioni. In quanto clausola generale alla stessa viene, innanzitutto, ricondotta una funzione integrativa rispetto ai doveri contrattuali volta ad una attuazione del programma negoziale più attenta alla salvaguardia degli interessi delle parti. Il principio viene, poi, inteso quale limite all'autonomia privata e all'azione dei soggetti, nonché quale strumento per veicolare, ove opportuno, soluzioni correttive dello *strictum ius*. Si è, infine, evidenziato come di rilievo sia il riconoscimento della buona fede quale criterio di governo dell'attività delle parti *in executivis* allo scopo di regolare l'ampia discrezionalità di cui le stesse possono godere nell'esecuzione del contratto. Sul principio cfr., *ex multis*, A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 67 e ss. e 179 e ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr*., 1999, p, 83 e ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21 e ss.; L. ROVELLI, *La correttezza*, in G. Alpa e M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, p. 560 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ*., II, Torino, 1988, p. 154 e ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, I, p. 39; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 151 e ss.

[18] Il principio di buona fede è nel nostro sistema riferito a tutte le fasi contrattuali, a partire da quella precedente alla conclusione del contratto, ovvero la fase delle trattative e della formazione del contratto *ex* art. 1337 c.c., per procedere al periodo di pendenza della condizione *ex* art. 1358 c.c., nonché all'attività di interpretazione del contratto *ex* art. 1366 c.c. ed accompagnare, infine, tutta la fase di esecuzione dello stesso *ex* art. 1375 c.c. La regola della correttezza, rapportata sostanzialmente a quella di buona fede, è, inoltre, riferita nell'art. 1175 c.c. al comportamento di debitore e creditore nel rapporto obbligatorio. Secondo F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss., l'abuso della situazione di conflitto di interessi nelle relazioni di agenzia comporta la violazione della "fiducia" caratterizzante il rapporto tra *principal* ed *agent* e concretizzantesi nell'impegno <<che il secondo assume nei confronti del primo di comportarsi lealmente nella realizzazione dell'operazione fiduciaria>>.

[19] Il problema di agenzia viene dalla teoria economica tradotto in quello dei c.d. *agency costs*, ovvero di quei costi transattivi che dovranno essere dalle parti sostenuti per allineare gli interessi di *principal* ed

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

ragionare su quali interventi normativi possano risultare adeguati rispetto allo scopo di tutelare la posizione del *principal* e, al tempo stesso, il corretto funzionamento del mercato di riferimento del medesimo, individuando le tecniche normative più efficacemente utilizzabili al fine di gestire i conflitti e prevenirne gli abusi da parte dell'*agent*.

3. Le tecniche normative di gestione dei conflitti. Considerazioni in punto di modalità operative e criticità

Si è sostenuto che gli interventi normativi configurabili ai fini della gestione dei conflitti di interesse caratterizzanti le relazioni di agenzia vadano in un duplice senso[20].

Per un verso vi sarebbe la possibilità di ricorrere a tecniche operanti *ex ante*, volte ad <<eliminare geneticamente il conflitto di interessi>> intervenendo prima che il comportamento opportunistico da parte dell'*agent* si realizzi, fondamentalmente rapportate alla previsione di divieti di agire in determinate circostanze, alla prescrizione di stringenti obblighi informativi in favore della parte debole del rapporto contrattuale o, ancora, alla previsione della necessità di preventive istruzioni o autorizzazioni da parte del *principal* per il compimento di determinate operazioni. Il tratto comune di questa prima tipologia di interventi sarebbe quello di muoversi nella direzione di limitare la discrezionalità nell'azione dell'*agent*, essendo insiti proprio in tale discrezionalità i rischi di condotte abusive da parte dello stesso e ritenendosi in tal modo di tutelare gli interessi di controparte e del mercato in generale[21].

Per altro verso si è evidenziata la prospettabilità e la ricorribilità a strumenti finalizzati a governare il conflitto di interessi *ex post*, ovvero ad abuso perpetrato, attraverso un sistema di norme che consenta una efficace valutazione del comportamento tenuto dall'*agent* ed una adeguata risposta allo stesso in virtù di un apparato rimediale di natura civile ed amministrativa in grado di internalizzare le esternalità negative derivanti dalle condotte abusive e di prevenire, attraverso la propria

agent e per monitorare l'esecuzione dell'incarico affidato al secondo, cfr., S.A. ROSS, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *The American Economic Review*, 1973, p. 134 e ss; F. CAVAZZUTI, *Conflitto di interessi ed informazioni asimmetriche nell'intermediazione finanziaria*, in *Banca impresa società*, 1989, p. 358 e ss.; U. MATTEI, *Il conflitto di interessi come categoria ordinante. Interesse di una ipotesi di lavoro*, in *Riv. dir. priv*., 2004, p. 247 e ss.

[20] F. SARTORI, *La teoria economica dell'*agency *e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001, p. 607 e ss.; ID., *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.; R RAZZANTE, *Servizi di investimento e conflitti di interesse tra* lex specialis *e norme civilistiche: un tentativo di ricostruzione della disciplina applicabile*, in *Riv. dir. comm*., 2004, p. 51 e ss.

[21] F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.

funzione deterrente, la commissione delle medesime[22]. Tale tipo di intervento normativo, diversamente dal precedente, consentirebbe di preservare l'autonomia decisionale dell'*agent*, non incidendo chiaramente in senso preventivo-limitativo sulla stessa e spostando il proprio campo di azione ad una verifica successiva della deviazione dalla regola della buona fede e correttezza[23].

Una analisi circa l'efficacia delle descritte tecniche normative orientata alla rilevazione di possibili problematicità riscontrabili nelle stesse – analisi che si mantenga su un piano prettamente giuridico[24] e che consenta eventualmente di esprimere una preferenza per l'una o per l'altra tecnica – non può non condurre a constatare come entrambe le prospettate modalità di intervento, per come descritte, presentino non trascurabili profili critici.

Le c.d. tecniche normative *ex ante*, incentrate sulla previsione di strumenti formali preventivi volti a limitare la discrezionalità dell'*agent* ed in tal modo ad intervenire "a monte" su quella che è considerata la stessa causa dell'insorgere di situazioni di conflitto, se senz'altro, attraverso un siffatto *modus operandi*, riescono a garantire una maggiore sicurezza delle transazioni[25], non per questo tuttavia assicurano necessariamente la tutela dell'interesse del *principal* e del mercato in cui lo stesso viene ad operare. Ciò soprattutto alla luce di quella riscontrata limitazione dell'autonomia decisionale dell'*agent* dalle medesime tecniche determinata, limitazione che, nel ridurre il rischio di abusi, al tempo stesso va anche a ridurre i benefici che il *principal* consegue da una gestione dei propri interessi autonoma e discrezionale da parte di un

[22] Cfr., F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 119 e ss.

[23] Il descritto intervento normativo *ex post*, secondo F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss., si baserebbe sulle regole della buona fede, consentendo a tale clausola generale di manifestare la propria rilevanza nell'ambito dell'azione giudiziale preordinata all'ottenimento del rimedio risarcitorio.

[24] In un'ottica prettamente economica la preferenza per l'una o per l'altra tecnica di gestione dovrebbe essere espressa in virtù di una valutazione volta a raffrontare i rispettivi costi e benefici marginali. Fondamentale risulterà, in tal senso, il concetto e la definizione degli *agency costs* quali costi connessi alla predisposizione dei vari strumenti legali e contrattuali finalizzati all'ottenimento del risultato più efficiente possibile e di cui i costi per il controllo ed il monitoraggio dell'attività dell'*agent* sono un rilevante esempio. Nel caso in cui i costi di agenzia risultino particolarmente elevati, a causa dell'importante livello di asimmetria informativa esistente tra le parti, ed in cui, quindi, il ricorso a strumenti formal-preventivi si appalesi come eccessivamente costoso rispetto ai benefici da essi derivanti, risulterà preferibile incentrare la disciplina di gestione del conflitto sulla valorizzazione della discrezionalità dell'*agent* e, in una prospettiva *ex post*, sulla predisposizione di un adeguato sistema di controllo e responsabilità. Viceversa, nel caso in cui il dislivello informativo fra le parti risulti meno rilevante e, conseguentemente, i costi transattivi più contenuti e, soprattutto, accettabili se rapportati ai benefici conseguenti, sarà economicamente preferibile incentivare un modello di gestione dei conflitti fondato su interventi *ex ante* volti a garantire in via preventiva una maggiore sicurezza delle transazioni.

[25] In tal senso con riguardo agli strumenti di intervento formal-preventivi, U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1999, p. 618; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 16.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

soggetto munito di particolare *expertice* e competenze specifiche[26]. In altri termini, l'andare ad intaccare la discrezionalità nell'operato dell'*agent* comporta non celabili difficoltà di conciliazione con le medesime caratteristiche del rapporto di agenzia, che è un rapporto che trae origine dalla necessità di affidare ad un soggetto più informato e più competente la gestione di un proprio interesse, munendo lo stesso, in virtù di tali competenze e a fini di efficienza della medesima gestione, di un potere decisionale ampio ed autonomo. Una discrezionalità, dunque, che, pur foriera del rischio di comportamenti opportunistici, risulta preordinata al soddisfacimento dell'interesse del *principal* e rispondente alla sua utilità[27].

Ulteriore aspetto critico da alcuni rinvenuto nelle c.d. tecniche normative *ex ante* di amministrazione dei conflitti riguarda i rischi di una possibile deresponsabilizzazione dell'*agent* derivanti da un eccessivo formalismo negoziale, in cui questo tipo di interventi può sconfinare, in grado di risolversi in danno dello stesso *principal* nel momento in cui l'*agent*, per il solo adempimento dei vincoli formali ad esso imposti, dovesse ritenersi esonerato da qualsiasi responsabilità[28]. Il riferimento, nell'ambito di tale ultimo rilievo, è in gran parte agli obblighi informativi imposti al gestore spesso per ovviare allo squilibrio informativo connotante le relazioni in discorso. Se, quanto a tale profilo, il prospettato rischio di deresponsabilizzazione dell'*agent* verrebbe chiaramente a ridursi riconoscendo al *principal* la possibilità di agire rispetto a condotte abusive commesse nonostante il rispetto delle prescrizioni formali imposte, seri dubbi permangono in merito alla reale efficacia ed adeguatezza dei suddetti obblighi informativi nella prevenzione dei conflitti caratterizzanti i rapporti fiduciari. Come opportunamente sottolineato, alla luce delle stesse caratteristiche delle relazioni di agenzia, nelle quali un soggetto si rivolge ad un altro soggetto con lo scopo precipuo di affidarsi alla particolare competenza di quest'ultimo, l'imposizione e l'adempimento di obblighi di trasparenza difficilmente riesce a minimizzare l'asimmetria informativa e cognitiva tra le parti e a consentire al titolare dell'interesse

[26] F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.

[27] La discrezionalità nell'operato dell'*agent* risulta rispondente e funzionalizzata all'interesse del *principal* e ad una gestione più efficiente delle sue risorse anche per la riduzione dei costi transattivi che evidentemente comporta, costi transattivi, all'opposto, notevolmente accresciuti nel caso di tecniche normative *ex ante* che incentrano la gestione dei conflitti di interesse sulla previsione di strumenti formal-preventivi.

[28] Per tale rilevo si veda F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss. Il prospettato rischio viene, tuttavia, a ridursi notevolmente nel momento in cui si riconosca al *principal* la possibilità di agire contro eventuali condotte abusive perpetrate dall'*agent* pur nel rispetto delle prescrizioni formali ad esso imposte, in tal senso cfr., D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, p. 212 e ss. e 479 e ss., che, adducendo l'esempio della prestazione dei servizi di investimento, evidenzia come il cliente, anche quando informato della situazione di conflitto, mantenga la possibilità di reagire a comportamenti opportunistici dell'intermediario attraverso i rimedi impugnatori e risarcitori. Sui rischi connessi all'affermarsi di un eccessivo formalismo si veda, più in generale, A.M. MUSY, *Il dovere di informazione*, Trento, 1999, p. 6 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

di valutare a pieno l'agire di controparte disincentivandone effettivamente comportamenti abusivi[29].

Quanto alla seconda tecnica normativa di gestione dei conflitti, occorre evidenziare come anche la forma di intervento *ex post*, che, come già sottolineato, tende di per sé a preservare la discrezionalità dell'*agent*, non vada esente dal rilievo di alcuni profili di criticità. L'attenzione è stata, in primo luogo, rivolta alle incertezze disciplinari potenzialmente derivanti dall'affidamento ad organi giudicanti o di controllo, deputati ad intervenire a seguito del compimento della supposta condotta abusiva, del compito di rispondere ai bisogni di tutela manifestati dalle parti attraverso l'applicazione di clausole generali[30]. Si è, in secondo luogo, evidenziata la possibilità che attraverso un intervento *ex post* non si riesca effettivamente a scoraggiare il compimento di comportamenti opportunistici, potendo risultare la funzione deterrente, a cui dovrebbe assolvere un efficace apparato rimediale, incerta nelle ipotesi in cui i vantaggi derivati all'*agent* dal suo inadempimento siano superiori al danno che il soggetto sarà chiamato a risarcire al *principal*[31]. I dubbi circa la reale capacità delle tecniche di gestione dei conflitti *ex post* di rispondere all'esigenza di disincentivare condotte abusive nei rapporti di agenzia appaiono ulteriormente suffragati dal fatto che

[29] Sui doveri informativi quale strumento di riequilibrio fra posizioni contrattuali asimmetriche cfr., fra gli altri, R. COSTI, *Informazione e mercato finanziario*, in *Banca, impresa e società*, 1989, p. 210 e ss.; C. D'ADDA, *Il governo dei mercati finanziari*, in *Economia e diritto del terziario*, 1991, p. 601; A.M. MUSY, *Il dovere di informazione*, cit., p. 6 e ss. Per la precisazione, tuttavia, della difficoltà con cui gli obblighi informativi riescano effettivamente a colmare nei rapporti professionali-fiduciari il gap informativo fra le parti a causa del tecnicismo connotante l'attività gestoria svolta, si veda F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1998, XVII, p. 158; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 109; F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss., secondo cui <<la *philosofy of disclosure* non dovrebbe essere considerata come uno strumento per trasformare il *principal* (…) in un soggetto in grado di gestire autonomamente le proprie risorse, e ciò poiché sono gli *agents* i soggetti capaci di gestire i rischi di mercato in modo ottimale>>.

[30] Il riferimento è chiaramente alle regole fiduciarie, *in primis* alla clausola di buona fede e correttezza, e alla loro rilevanza nell'ambito delle tecniche normative *ex post* di gestione dei conflitti di interesse, cfr., sul punto, F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss.

[31] Si tratterebbe di quella che nella letteratura anglosassone viene definita come *efficient breach of contract*, per cui cfr., R.L. BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency*, 24, *Rutgers L. Rev.*, 1970, p. 273; C.J. GOETZ e R.E. SCOTT, *liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77, *Colum. L. Rev.*, 1977, p. 554; A.M. POLINSKY, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, 12, *J. Legal Stud.*, 1983, p. 427; D.D. FRIEDMAN, *An Economic Analysis of Alternate Damage Rules for Breach of Contract*, 32, *J. L. & Econ.*, 1989, p. 281; F.S. MC CHESNEY, *Tortious Interference with Contract Versus Efficient Breach: Theory and Empirical Evidence*, 28, *J. Legal Stud.*, 1999, p. 131. Nella letteratura italiana la questione è stata affrontata, fra gli altri, da P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 531 e ss.; F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 484 e ss.; P. GALLO, *Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 656 e ss.; R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

nell'ambito di tali rapporti sovente risulta difficile quantificare il pregiudizio subito dal danneggiato, come può risultare difficile quantificare gli stessi vantaggi, spesso indiretti, ottenuti dall'*agent*[32]. Se ciò porta a ritenere necessaria la predisposizione, rispetto al rimedio risarcitorio rapportato al danno cagionato, di sanzioni ulteriori che consentano al complessivo apparato rimediale di rispondere efficacemente al problema del conflitto di interessi[33], è chiaro come in ordinamenti, come il nostro, fortemente ancorati al riconoscimento di una funzione compensativa del risarcimento[34], la risposta potrà rinvenirsi nella previsione di rimedi di altra natura, quali sanzioni penali ma, ancor di più, sanzioni amministrative pecuniarie, calibrati in modo tale da assicurare una effettiva deterrenza rispetto a condotte opportunistiche dell'*agent* ed una conseguente adeguata protezione del mercato di riferimento[35].

Il quadro appena descritto in punto di caratteristiche e criticità delle prospettate tecniche normative di gestione dei conflitti di interesse nei rapporti di agenzia si ritiene renda opportuno propendere, in un'ottica di complessiva amministrazione degli stessi, per una ponderata – e di fatto concretamente riscontrabile – combinazione dei due tipi di intervento che permetta, da un lato, di mitigare le rigidità legate agli strumenti formal-preventivi ritenuti propri delle tecniche *ex ante*, in virtù di un presumibile ed auspicabile allentamento degli stessi conseguente alla suddetta combinazione, e,

[32] Cfr., F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss., il quale evidenzia come la difficoltà di quantificare il danno subito dalla vittima è collegata al fatto che quelli di agenzia sono <<rapporti caratterizzati da vaghe promesse che creano incertezze nella prestazione e nella sua quantificazione>>.

[33] Tali rimedi negli ordinamenti di *common law* si mantengono su un piano civilistico e possono essere rinvenuti nel c.d. *disgorgement*, sanzione volta a spogliare il danneggiante in favore del danneggiato di tutto il guadagno derivato dall'azione dolosa (in merito cfr., R. COOTER e B.J. FREEDMAN, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66, *New York University Law Review*, 1991, p. 1051), nonché nei c.d. *punitive damages*, istituto cui spesso ricorrono le corti nordamericane per rispondere a casi di violazione intenzionale dell'elemento fiduciario, che consente una quantificazione del risarcimento in misura superiore anche rispetto al valore del beneficio conseguito con l'azione intenzionalmente pregiudizievole dal danneggiante (R. COOTER, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, 40, *Ala. L. Rev.*, 1989, p. 1143).

[34] Si ritiene di potersi parlare di una funzione compensativa del risarcimento nel nostro ordinamento anche a seguito dei più recenti sviluppi giurisprudenziali che, con riguardo alla questione internazionalprivatistica della esecutività di sentenze straniere comminanti risarcimenti punitivi, hanno portato ad affermazioni circa la finalità non solo riparatoria ma anche deterrente sanzionatoria della responsabilità civile (Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 e ss.). Come opportunamente sostenuto da alcuni in dottrina (cfr., G. PONZANELLI, *Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018, 10, p. 2275 e ss.) la decisione delle Sezioni unite non è in grado di spostare gli equilibri risarcitori del sistema italiano, non potendo il principio centrale dell'integrale riparazione, principio <<che non lascia spazio a punizioni del danneggiante o ad atecniche forme di ingiustificato arricchimento a favore del danneggiato>>, essere superato dal giudice in assenza di una intermediazione legislativa che, come riconosciuto dalle stesse Sezioni unite, sarà sempre richiesta per la presenza di figure punitive sanzionatorie nel nostro ordinamento.

[35] In tal senso, con particolare attenzione ai settori di mercato governati da una Autorità indipendente, F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, cit., p. 284 e ss. Per un esame dell'apparato rimediale di tipo amministrativo e penale, integrativo dei rimedi civilistici, predisposto dal nostro ordinamento per rispondere al problema dei conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento cfr., Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 138 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dall'altro lato, di assicurare che, pur in presenza del rispetto da parte dell'*agent* degli obblighi formali ad esso imposti, vi sia da parte del sistema la capacità di intervenire *ex post* colpendo le condotte abusive in ogni caso perpetrate dallo stesso.

Lo stesso descritto quadro, tuttavia, deve, ad avviso di chi scrive, condurre anche ad interrogarsi e a verificare la superabilità di alcune delle rilevate problematicità attraverso possibili affinamenti e rimodulazioni delle tecniche normative prese in considerazione. Avendo, in particolare, riguardo alle tecniche di gestione dei conflitti *ex ante* e all'evidenziato problematico rapporto fra prevenzione degli abusi del conflitto e limitazione dell'autonomia decisionale dell'*agent*, l'interrogativo che si vuole formulare attiene alla configurabilità di tale ultima correlazione come necessaria ovvero alla concepibilità di interventi preventivi in grado di conciliarsi maggiormente con quella discrezionalità che, nell'attività di gestione dell'interesse altrui, rappresenta, come rilevato, un tratto essenziale caratterizzante i rapporti di agenzia e, per quanto causa dell'originarsi di situazioni di conflitto di interessi, preordinato e rispondente alla stessa utilità del *principal*. Un importante riscontro sul punto, come si illustrerà nel prosieguo dello scritto, può, anzi, deve rinvenirsi proprio nella disciplina dei conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento, oggetto di studio del presente lavoro, la quale, nella sua evoluzione diacronica, fornisce rilevanti indicazioni in merito alla individuazione dei termini in cui la supposta conciliabilità tra tecniche normative *ex ante* e discrezionalità nell'operato dell'*agent* sia prospettabile.

4. L'intermediazione finanziaria nella prestazione dei servizi di investimento fra tratti tipici dei rapporti di agenzia e peculiari caratteristiche strutturali

Volendo addentrarsi nell'analisi dei tratti connotanti i rapporti di intermediazione finanziaria e nella conseguente indagine sul tema dei conflitti di interesse negli stessi, non può non constatarsi come le evidenziate caratteristiche dei rapporti di agenzia, che hanno portato nelle pagine precedenti a porre in luce una sorta di immanenza fisiologica delle situazioni di conflitto nell'ambito dei medesimi, si presentino in modo marcato nella prestazione dei servizi di investimento. Il carattere fiduciario della relazione tra cliente ed intermediario, chiamato ad esercitare un potere decisionale preordinato al perseguimento dell'interesse del primo, si evince e si lega ad una discrezionalità che, per quanto modulata in ragione del tipo di servizio prestato[36], indubbiamente

[36] Per una disamina sulla diversa ampiezza della discrezionalità dell'intermediario nella prestazione dei vari tipi di servizio da questo erogati cfr., Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 71 e ss. (ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici), in cui se, da un lato, si evidenzia come ampi siano i margini di autonomia decisionale della società di investimento nell'attività di gestione di portafogli e nella consulenza finanziaria, dall'altro lato, si sottolinea come non possa non ravvisarsi una componente discrezionale anche nei servizi di investimento c.d. esecutivi, quali l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, la ricezione e trasmissione

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

caratterizza l'attività degli intermediari finanziari, collegandosi tanto all'impossibilità di determinare, al momento dell'instaurazione del rapporto, il preciso contenuto delle obbligazioni di questi ultimi[37], quanto alla necessità per il cliente di affidarsi all'esperienza e alle competenze professionali degli stessi. Accanto all'elemento della discrezionalità, ed in stretta interconnessione con esso, chiaramente riscontrabile, soprattutto nei rapporti con gli investitori *retail*, è il ricorrere di asimmetrie informative e cognitive tra le parti, in tali relazioni acuite dalle peculiari caratteristiche dei beni che ne sono oggetto e dalla natura dei servizi prestati[38]. Il cliente, infatti, generalmente non è in possesso delle informazioni tecniche su titoli ed emittenti e, anche laddove all'uopo informato dall'intermediario, tendenzialmente non vanta quelle competenze che possano permettergli di valutare gli effettivi rischi legati all'investimento ed il conseguente valore del bene oggetto dello stesso[39].

Dalle evidenziate caratteristiche dei rapporti di intermediazione finanziaria deriva e si delinea una situazione in cui all'investitore risulterà estremamente difficile, se non impossibile, un controllo efficace dell'operato dell'intermediario nella sua rispondenza al contratto e al proprio interesse, con conseguente possibilità – tipica dei rapporti di agenzia – che insorgano conflitti di interesse legati alla prospettabilità da parte dell'agente dell'opportunità di perseguire un interesse confliggente con quello del cliente e di ricavare da ciò maggiori vantaggi senza essere scoperto.

Il descritto possibile profilarsi di situazioni di conflitto di interessi tende, tuttavia, ad assumere nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento, un carattere molto più ricorrente che non in altri rapporti collaborativo-fiduciari, tanto da aver spinto

---

di ordini o il servizio di collocamento, ove comunque all'intermediario sarà richiesto di effettuare delle scelte con riguardo, ad esempio, alla sede di negoziazione, all'individuazione della controparte, al tempo di esecuzione o al prezzo a cui dare esecuzione all'ordine.

[37] Sul punto si vedano le osservazioni di R. COOTER e B.J. FREEDMAN, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, cit., p. 1048. Sottolinea come l'iniziale indeterminatezza dell'obbligazione dell'intermediario dipenda sia dal fatto che il suo contenuto sia legato all'incertezza dell'andamento delle negoziazioni di mercato, sia dagli eccessivi costi che, in virtù di tale incertezza, comporterebbe una predeterminazione puntuale di tutti i possibili poteri conferiti alla società di investimento R. RESTUCCIA, *Il conflitto di interessi nei servizi di investimento tra categorie civilistiche e disciplina di settore*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 3, 2012, p. 20, nt. 29.

[38] Lo strumento finanziario ha in sé connaturato l'elemento del rischio, che potrà presentarsi in misura più o meno intensa, e, dunque, si atteggia quale bene intrinsecamente pericoloso ed "opaco" (cfr., Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 75, e sulle nozioni di "strumento finanziario" e "prodotto finanziario", fra gli altri, G. LA ROCCA, *Autonomia privata e mercato dei capitali. La nozione civilistica di <<strumento finanziario>>*, Torino, 2009, p. 52 e ss.; A. POMELLI, *I confini della fattispecie <<prodotto finanziario>> nel testo unico della finanza*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 106 e ss.). Ulteriore elemento di incertezza nella prestazione dei servizi di investimento è legato, poi, al fattore tempo, determinante tanto per poter procedere ad una verifica degli esiti dell'investimento effettuato, quanto per la possibilità che su tali esiti incidano variabili future ed imprevedibili (su tale ultimo aspetto cfr. A. DI GASPARE, *La* best execution, in E. Gabrielli e R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Padova, 2011, p. 1352).

[39] Su tali profili cfr., fra gli altri, A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, p. 2 e ss.; A. LUPOI, *I prodotti finanziari nella realtà del diritto: rilevanza del rischio finanziario quale oggetto dell'operazione di investimento*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1, 2017, p. 69 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

alcuni ad individuare in esso un tratto strutturale dell'attività di intermediazione finanziaria[40], e ciò in ragione di alcune peculiari caratteristiche di tale attività che, favorendo l'insorgenza di interessi contrapposti fra cliente ed intermediario, si pongono come origine della gran parte dei conflitti connotanti i rapporti in esame. Il riferimento è ai due elementi della natura polifunzionale e della c.d. *dual capacity* degli intermediari finanziari, che, a seguito delle misure di deregolamentazione dei mercati finanziari adottate nel corso degli anni '90, si sono affermati come caratteristiche strutturali dell'attività di prestazione dei servizi di investimento e dei soggetti ad essa abilitati[41].

Quanto al primo di tali elementi, è evidente come l'aver consentito agli intermediari finanziari di erogare tanto i diversi tipi di servizi di investimento quanto servizi di natura bancaria e assicurativa, abolendo la precedente separazione tra banche commerciali ed intermediari finanziari ed avviando un processo di despecializzazione funzionale degli stessi[42], se, da una parte, ha permesso di garantire un afflusso di liquidità nei mercati azionari[43] e di favorire le economie di scala nella produzione dei servizi finanziari[44], dall'altra parte ha portato all'affermarsi e al consolidarsi di conflitti

[40] G. STELLA, *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza: principi generali del codice civile e disciplina speciale dei servizi di investimento*, in C. Granelli e G. Stella (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, Milano, 2007, p. 4, secondo cui nella disciplina dei servizi di investimento il conflitto di interessi è <<un dato assolutamente normale, strutturale, fisiologico>>. Sulla incidenza del problema del conflitto di interessi quale rilevante aspetto critico della disciplina dell'ordinamento finanziario si vedano le osservazioni di F. CAPRIGLIONE, *Gestioni patrimoniali*, asset management, *tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, p. 461.

[41] Sulla liberalizzazione e deregolamentazione dei mercati finanziari che ha preso avvio nel corso degli anni '90 e sul nesso consequenziale della stessa con il precedente crollo di *Wall Street* del 1987 si vedano le approfondite riflessioni di G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, 2011, p. 119 e ss.

[42] Precursore rispetto a tale processo è stato il *Financial Service Act* inglese del 1986 (su cui approfonditamente cfr., G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 121 e ss.), con il quale, nell'ambito di una più ampia opera di deregolamentazione e destrutturazione del mercato azionario, si è permesso alle banche di operare allo *Stock Exchange*. Nell'ordinamento statunitense l'abrogazione del *Glass Steagall Act* del 1932, che sanciva la netta separazione tra banche commerciali ed intermediari finanziari, è formalizzata nel 1999 con il *Gramm Leach Bliley Act*, anche conosciuto come *Financial Modernization Act*, con cui si è riconosciuta la legittimità del gruppo bancario polifunzionale, consentendo a banche commerciali e compagnie assicurative l'operatività diretta nei mercati finanziari. In Europa, e, dunque, nel nostro ordinamento, la natura polifunzionale degli intermediari ha trovato un riscontro positivo nella disciplina dei conglomerati finanziari contenuta nella Direttiva 2002/87/CE, recepita con il d.lgs. n. 142 del 2005, e nella successiva Direttiva 2011/89/UE, recepita con il d.lgs. n. 53 del 2014.

[43] Che l'obiettivo dell'abolizione del divieto per le banche commerciali di operare sui mercati finanziari sia stato quello di rimuovere un ostacolo alla fluida circolazione della liquidità negli stessi è evidenziato da G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 120 e ss.

[44] In tal senso M.G. ORLANDO, *Il conflitto di interessi nell'intermediazione finanziaria*, in *www.dirittodelrisparmio.it*, Osservatorio del Diritto, p. 1, la quale sottolinea come la polifunzionalità degli intermediari abbia offerto il vantaggio di una accentuata diversificazione produttiva e del conseguente consolidarsi di posizioni di mercato che hanno consentito agli istituti di credito di fronteggiare una forte concorrenza internazionale.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

di interesse strutturali[45] che, in molti casi, hanno indotto gli intermediari a spostare sui clienti o sul mercato i rischi di insolvenza dei propri debitori o a preferire l'interesse di un cliente a discapito di quello di un altro[46].

Quanto alla seconda richiamata caratteristica strutturale rappresentata dalla c.d. *dual capacity* delle società di investimento, non può non constatarsi come l'aver consentito a queste ultime di svolgere attività di *proprietary trading*, rendendo loro possibile l'assunzione della duplice posizione di *dealer*, agente in conto proprio quale venditore/acquirente dello strumento finanziario negoziato, e, contestualmente, di *broker*, operante per conto di terzi nelle medesime negoziazioni[47], abbia notevolmente contribuito a rendere il conflitto di interessi un fenomeno intrinsecamente radicato nell'intermediazione finanziaria. L'abbandono della regola della *single capacity* degli intermediari, da una dottrina efficacemente collegato alla volontà di attribuire a tali soggetti un potere di intervento volto ad ammortizzare l'eventuale andamento negativo delle contrattazioni e ad evitare così rischi di eccessive oscillazioni dei corsi azionari[48], ha aperto la strada ad un inevitabile consolidamento delle situazioni di conflitto di

[45] Ciò è riconosciuto ed affermato nelle stesse fonti europee, laddove nel considerando n. 56 della Direttiva 2014/65/UE (c.d. Mifid II), che riprende il considerando n. 29 della precedente Direttiva 2004/39/CE (c.d. Mifid I), si collega esplicitamente l'aumento delle possibilità di insorgenza di conflitti di interesse nell'intermediazione finanziaria alla <<gamma sempre più ampia di attività che molte imprese di investimento esercitano simultaneamente>>.

[46] Tra i casi più ricorrenti di situazioni di conflitto di interessi degli intermediari finanziari originate dalla natura polifunzionale degli stessi si annoverano le ipotesi della società di investimento che, avendo fornito credito ad una emittente e svolgendo contestualmente attività di gestione del risparmio, possa essere indotta a favorire il collocamento dei titoli dell'emittente finanziata per assicurare il rimborso del proprio credito; le ipotesi della banca creditrice che svolge contemporaneamente attività di ricerca e che, per sostenere la società sua debitrice, possa essere spinta a rilasciare valutazioni eccessivamente favorevoli sugli strumenti finanziari di quest'ultima con danno dei risparmiatori e del mercato; ancora, le ipotesi della società di investimento che svolga contestualmente attività di gestione di portafoglio o di negoziazione e attività di consulenza o di altro tipo per una società emittente e che possa essere indotta a favorire il collocamento nei portafogli dei clienti dei titoli di quest'ultima al fine di mantenere le relazioni contrattuali con essa esistenti.

[47] La regola della *single capacity*, volta ad impedire all'intermediario di ricoprire al contempo il ruolo di *dealer* e di *broker*, viene superata con il *Financial Service Act* inglese del 1986, con cui si consente a tale soggetto di scegliere se agire in conto proprio o per conto di terzi nelle negoziazioni con la controparte. La stessa regola viene formalmente eliminata nell'ordinamento statunitense con l'abrogazione del *Glass Steagall Act*. Nel nostro ordinamento l'agire in contropartita diretta da parte dell'intermediario finanziario è ritenuto da una giurisprudenza ormai consolidata uno dei servizi di investimento al cui esercizio tale soggetto <<è autorizzato, al pari della negoziazione per conto terzi, come si evince dalle definizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 58 del 1998>>, per cui <<l'esecuzione dell'ordine in conto proprio non comporta, di per sé sola, l'annullabilità dell'atto ai sensi degli artt. 1394 o 1395 c.c.>>, in tali termini si esprime, fra le altre, Cass., 9 giugno 2016, n. 11876, in *Redazione Giuffrè*.

[48] Pone bene in luce il collegamento tra il superamento della regola della *single capacity* e la riflessione sul crollo della borsa di New York del 1987, in occasione del quale il divieto imposto agli intermediari <<di agire in proprio anche come *dealer* aveva impedito che potessero far ricorso a titoli in cassa per contrastare la tendenza ribassista alla caduta dei prezzi>>, G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 120 e ss., il quale evidenzia come l'opzione per la *dual capacity* degli intermediari finanziari abbia segnato il passaggio ad un mercato fuori borsa di *market maker* in grado di stabilire regole e modalità di formazione dei prezzi, imponendo prezzi, non negoziati, di rivendita al dettaglio tarati su prezzi all'ingrosso formati tra gli stessi *broker/dealer* in modo opaco ed artefatto.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

interesse tra intermediari finanziari e clienti, situazioni di conflitto chiaramente più rilevanti in quei mercati e per quei titoli sganciati dal riferimento a listini ufficiali di borsa, come nell'ipotesi del mercato *over the counter* dei derivati[49].

L'evoluzione del nostro ordinamento in tema di disciplina dei conflitti di interesse nella prestazione dei servizi di investimento, di cui ci si occuperà nelle pagine seguenti, può, ad avviso di chi scrive, considerarsi il riflesso di una opportuna considerazione ad opera del legislatore europeo e di quello nazionale delle evidenziate ed affermate caratteristiche di tale attività, dovendosi nutrire pochi dubbi sul fatto che alla base dei più recenti approdi normativi vi sia la presa d'atto della difficoltà, se non dell'impossibilità, di eliminare in radice delle situazioni di conflitto che hanno in definitiva assunto i tratti di un connotato fisiologico-strutturale dei rapporti di intermediazione finanziaria[50].

5. La disciplina dei conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento. Un'evoluzione verso la valorizzazione della componente discrezionale e fiduciaria del rapporto

Il primo provvedimento normativo con cui il nostro legislatore si è preoccupato di disciplinare i conflitti di interesse degli intermediari finanziari è rappresentato dalla legge n. 1 del 2 gennaio 1991, contenente la prima regolamentazione organica dell'attività di intermediazione finanziaria, nel cui art. 6, lett. g), si prevedeva il divieto per i soggetti autorizzati all'esercizio di tale attività di <<effettuare operazioni con o

[49] L'agire in contropartita diretta può, ad esempio, indurre l'intermediario finanziario, specialmente nel caso di strumenti finanziari per cui non sono facilmente verificabili le condizioni di mercato, a vendere ai propri clienti titoli illiquidi o particolarmente rischiosi, tenuti in cassa, cercando, fra l'altro, di ottenere il prezzo più alto possibile.

[50] La tematica, nell'evoluzione diacronica della relativa disciplina e nei diversi suoi ambiti applicativi, è stata sempre più ampiamente indagata in dottrina. Si vedano, all'uopo, fra gli altri, i contributi di F. SARTORI, *Il conflitto di interessi tra intermediari finanziari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 208 e ss.; G. VISENTINI, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 456 e ss.; R. RAZZANTE, *Servizi di investimento e conflitti di interesse tra* lex specialis *e norme civilistiche: un tentativo di ricostruzione della disciplina applicabile*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 59 e ss.; D. MAFFEIS, *Forme organizzative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 585 e ss.; ID., *Contro l'interpretazione abrogante della disciplina preventiva del conflitto di interessi (e di altri pericoli) nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 71 e ss.; A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 739 e ss.; R. LENER, *Il conflitto di interessi nella gestione di patrimoni, individuali e collettivi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, p. 429 e ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MIFID*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, p. 121 e ss.; A. ANTONUCCI, *Regole di condotta e conflitti di interesse*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p. 12 e ss.; F. DENOZZA, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"*, in *I servizi del mercato finanziario*, in ricordo di Gerardo Santini, Milano, 2009, p. 148 e ss.; M. FORTE, *La disciplina dei conflitti di interesse*, in L. Gaffuri e S. Belleggia (a cura di), *I servizi di investimento dopo la Mifid II*, Milano, 2018, p. 126 e ss.; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 79 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

per conto della propria clientela>> in presenza di un proprio interesse conflittuale nelle stesse, a meno che il cliente, informato per iscritto della natura e dell'estensione dell'interesse dell'intermediario, non avesse <<preventivamente ed espressamente acconsentito per iscritto>> al compimento dell'operazione[51]. Si inaugurava, in tal modo, una tecnica di gestione dei conflitti volta a prevenire il compimento di condotte abusive da parte degli intermediari attraverso la sequenza divieti di azione – obblighi informativi – necessità di autorizzazioni preventive del cliente. Una soluzione normativa che, per quanto ben presto rivelatasi particolarmente rigida ed ingessante l'attività di prestazione dei servizi di investimento[52], trovò successivamente continuità nella vigenza della disciplina ante Mifid del t.u.f.[53].

Quest'ultima normativa, che all'art. 21, comma 1, lett. c), prevedeva l'obbligo per le imprese di intermediazione finanziaria di organizzarsi in modo da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in caso di conflitto, di agire assicurando comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento, era completata da una disciplina secondaria, di cui al Regolamento Consob n. 11522 del 1998, che attribuiva ancora un ruolo centrale agli obblighi informativi, ponendo in capo agli intermediari un divieto di effettuare operazioni in cui avessero un interesse in conflitto con quello del cliente, salvo che quest'ultimo, edotto per iscritto della situazione conflittuale, avesse autorizzato sempre per iscritto l'operazione[54].

---

[51] Alcune specificazioni su tale divieto e sulle modalità della comunicazione scritta al cliente erano contenute nella disciplina secondaria, in cui si prevedeva anche un preliminare obbligo per gli intermediari di vigilare <<per l'individuazione dei potenziali conflitti di interesse>> (art. 4 della Delibera Consob del 2 luglio 1991, n. 5387 e successivamente art. 4 del Regolamento Consob del 19 dicembre 1994, n. 8850).

[52] Sulla rigidità di tale sistema, imperniato sulla necessità per il cliente di fornire di volta in volta l'autorizzazione per consentire il compimento dell'operazione, al cospetto di una <<dinamicità insita nel rapporto contrattuale>>, cfr., R. RESTUCCIA, *Il conflitto di interessi nei servizi di investimento tra categorie civilistiche e disciplina di settore*, cit., p. 6, il quale sottolinea anche come la regola dell'art. 6, lett. g, della l. n. 1 del 1991 non ponesse al riparo l'investitore dalle conseguenze negative di un investimento compiuto dall'intermediario in conflitto di interessi <<seppur con il consenso preventivo rilasciato dal cliente>>, riconducendosi a tale consenso un effetto deresponsabilizzante per l'intermediario.

[53] Va menzionata anche la breve parentesi del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, il c.d. decreto Eurosim, il quale, in recepimento della Direttiva 93/22/CEE, all'art, 17, comma 1, lett. c), stabiliva l'obbligo per gli intermediari di organizzarsi <<in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento>>. Sulla falsariga di tale disposizione si porrà successivamente la disciplina ante Mifid del T.U.F. Sulla normativa di cui al d.lgs. n. 415 del 1996 cfr., F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari. Commento al Decreto Legislativo 23 luglio 1996, n. 415 di recepimento della direttiva EUROSIM*, Padova, 1997.

[54] L'art. 27, comma 2 del Regolamento Consob n. 11522/1998 disponeva testualmente che <<gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione>>.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il descritto modello di regolamentazione, che, oltre ad aver mostrato, come accennato, tutta la propria rigidità nell'ingessare notevolmente l'attività degli intermediari, ha dimostrato evidentemente, alla luce dei diversi scandali finanziari nazionali ed internazionali verificatisi agli inizi del nuovo millennio, anche la propria inadeguatezza nel prevenire efficacemente condotte abusive legate a situazioni conflittuali, ha subìto significative modifiche con il recepimento nel nostro ordinamento delle due direttive Mifid[55].

Da tale recepimento è derivata una disciplina in base alla quale attualmente i soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria sono chiamati ad adottare idonee misure organizzative al fine di identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con o tra i loro clienti e al fine di prevenire o gestire tali conflitti in modo da evitare che i medesimi incidano negativamente sugli interessi di questi ultimi (art. 21, comma 1 *bis*, lett. a) e b), t.u.f.)[56]. Solo nel caso in cui le disposizioni organizzative ed amministrative all'uopo adottate non siano sufficienti <<ad assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato>>, agli intermediari è fatto obbligo di informare in modo chiaro questi ultimi dell'esistenza del conflitto e delle misure adottate per mitigarne i rischi connessi (art. 21, comma 1 *bis*, lett. c), t.u.f.) prima di dar corso all'operazione[57].

Le riferite norme del t.u.f., che hanno riprodotto quanto previsto nei commi 1 e 2 dell'art. 23 della direttiva Mifid II, trovano specificazione nella normativa secondaria europea e nazionale ed, in particolare negli artt. 33 e ss. del Regolamento delegato (UE) n. 565 del 2017 e negli artt. 92 e 93 del Regolamento Intermediari adottato dalla Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018. È nella disciplina secondaria che sono, fra l'altro, indicate procedure e misure organizzative minime che l'intermediario dovrà

[55] Si tratta della Direttiva 2004/39/CE (c.d. Mifid I), successivamente modificata ed implementata dalla Direttiva 2006/31/CE e dalla Direttiva 2006/76/CE, e della Direttiva 2014/65/UE (c.d. Mifid II), adottata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 15 maggio 2014. Per un ampio e generale approfondimento sul recepimento delle direttive Mifid nel nostro ordinamento si veda il lavoro di F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova, 2008, nonché ID., *Prime riflessioni sulla MiFID II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2015, 2, p. 72 e ss.

[56] È bene sottolineare come gli interventi operati sulla base delle due richiamate direttive, la Mifid I e la Mifid II, si pongano in una sostanziale linea di continuità, dovendosi rilevare come, in tema di conflitti di interesse degli intermediari finanziari, la seconda direttiva abbia innovato il quadro normativo esplicitando che le situazioni di conflitto devono essere non solo identificate e gestite, bensì anche, per quanto possibile, evitate, laddove nel vigore della disciplina precedente il riferimento era solo alla gestione di tali situazioni e non alla loro prevenzione. Sul punto cfr., F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Riv. soc.*, 4, 2018, p. 1100 e ss.

[57] Diverse le opinioni in dottrina circa la necessità per l'intermediario di ottenere in tal caso l'autorizzazione del cliente prima di porre in essere l'operazione in conflitto di interessi. Per la non necessità di autorizzazione cfr., A. ANTONUCCI, *Regole di condotta e conflitti di interesse*, cit., p. 12. Per la tesi che, invece, ritiene che l'intermediario debba ottenere il consenso del cliente prima di poter agire cfr., D. MAFFEIS, *Sostanza e rigore nella disciplina Mifid del conflitto di interessi*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2008, I, p. 592; S. SCOTTI CAMUZZI, *La normativa sul conflitto di interessi fra intermediari e clienti nella prestazione dei servizi di investimento (prima e dopo il 'decreto Eurosim' e prima e dopo la recezione della MIFID)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, p. 301.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

adottare per evitare abusi di conflitti nello svolgimento della sua attività, pur rimanendo lo stesso libero di implementare le medesime, tenendo conto della natura e delle dimensioni della sua impresa, per addivenire alle soluzioni più efficienti. Tra tali misure possono richiamarsi i sistemi delle c.d. "muraglie cinesi" (*chinese walls*), procedure volte ad impedire lo scambio di informazioni tra i soggetti rilevanti dell'azienda impegnati in attività che comportano un rischio di conflitto, ancora la predisposizione di *wacht* e *restricted list* per il monitoraggio continuativo sulle operazioni e sui soggetti rilevanti preposti all'esercizio di attività o alla prestazione di servizi in potenziale conflitto, o ancora l'adozione di procedure interne volte a regolare le politiche retributive in modo da evitare il formarsi di conflitti[58].

Risulta, ad avviso di chi scrive, fondamentale focalizzare l'attenzione sul cambio di impostazione derivato in materia dalle modifiche conseguenti alle direttive Mifid. Il quadro normativo precedente al recepimento della Mifid I era chiaramente incentrato sull'utilizzo di quegli strumenti formal-preventivi che in precedenza abbiamo avuto modo di annoverare fra le tecniche *ex ante* volte a gestire i conflitti attraverso una limitazione dell'autonomia decisionale dell'*agent*[59]. Si poneva, infatti, in capo all'intermediario un divieto generalizzato di effettuare operazioni in cui vi fosse un interesse in conflitto con quello del cliente a meno che quest'ultimo non fosse stato preventivamente informato per iscritto della situazione e non avesse acconsentito espressamente all'investimento. Ne risultava un modello di gestione dei conflitti fondato su divieti ed obblighi di astensione, in cui un ruolo centrale venivano ad assumere obblighi informativi preordinati all'ottenimento di autorizzazioni da parte del cliente necessarie per il compimento dell'operazione[60].

[58] Per tali ed altre misure, riferite a tutti i servizi di investimento, si vedano le lett. a), b), c), d) ed e) del par. 3 dell'art. 34 del Regolamento delegato (UE) n. 565 del 2017. Con riferimento, invece, solo ad alcune tipologie di attività svolte dall'intermediario si richiamano le regole di organizzazione dettate dagli artt. 36, 37, 38, 39, 40, 41 e 42 del Regolamento delegato (UE) n. 565 del 2017, nonché dall'art. 65 del Regolamento Intermediari. Si segnala, inoltre, il recente riferimento, ad opera dell'art. 8 del Regolamento della Banca d'Italia 5 dicembre 2019 e del richiamo in esso contenuto agli Orientamenti EBA 2018 sulla *governance* interna, all'adozione, nell'ambito delle politiche aziendali di gestione dei conflitti di interesse degli intermediari, di procedure e misure volte ad evitare il c.d. *interlocking*, ovvero l'assunzione da parte dei membri degli organi di amministrazione di <<incarichi amministrativi in enti concorrenti>> (linea guida n. 113, sezione 12, titolo IV, EBA/GL/2017/11). Previsione che va evidentemente nella direzione di raccordare la definizione delle politiche di gestione dei conflitti da parte degli intermediari con il divieto di cumulo di cariche introdotto per il settore finanziario dall'art. 36 del c.d. decreto "Salva Italia" e letto dalle autorità di regolazione competenti all'insegna di un'interpretazione volta ad attribuire rilievo al profilo della tutela della concorrenza in concreto, anche attraverso l'individuazione di soglie quantitative di salvaguardia (cfr. Banca d'Italia, Consob, Ivass, Linee Guida, Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del d.l. "Salva Italia" (c.d. "divieto di *interlocking*"), pubblicate il 20 aprile 2012 ed il successivo Aggiornamento dei Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del d.l. "Salva Italia", pubblicato il 21 dicembre 2018. In argomento in dottrina, fra gli altri, V. FALCE, <<Faro Antitrust sui manager con più incarichi>>, in *Il Sole24 Ore*, 4 marzo 2012; F. GHEZZI, <<La nuova disciplina dei legami personali in Italia>>, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 2, p. 197 e ss.)

[59] Cfr., *supra*, il par. 3 del presente lavoro.

[60] G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, 2011, p. 122, evidenzia un declassamento della soluzione dei conflitti di interesse nell'intermediazione finanziaria <<da problema macro-strutturale del funzionamento del mercato>>, connesso alla generale capacità operativa

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Con le direttive Mifid il legislatore europeo, prendendo molto probabilmente atto dell'inevitabilità di situazioni di conflitto di interessi insite nelle stesse caratteristiche strutturali dell'attività di intermediazione finanziaria[61], si è orientato verso un'opzione normativa in cui è venuta a cadere la centralità degli obblighi informativi, che sono stati degradati a meramente eventuali, ed in cui ad assumere un ruolo preminente sono obblighi di tipo organizzativo con cui si impone all'intermediario di prevenire o gestire le situazioni di conflitto in modo da evitare che le stesse pregiudichino gli interessi del cliente[62].

È fondamentale cogliere a pieno nella sua essenza il descritto passaggio nella disciplina dei conflitti di interessi degli intermediari finanziari. In essa si è abbandonata un'impostazione incentrata su divieti, obblighi informativi e necessità di autorizzazioni volta ad impedire all'*agent* di agire in una situazione di conflitto di interessi – escludendo così in radice la possibilità di approfittare di tale situazione – salva autorizzazione da parte del cliente, per rivolgersi ad un modello di regolamentazione propenso a consentire all'intermediario di compiere l'operazione pur in presenza di conflitto e senza bisogno di comunicazione al cliente, imponendo tuttavia a tale soggetto l'adozione di misure organizzative idonee ad evitare che il suddetto conflitto sfoci in abuso e prevedendo solo come eventuale l'adempimento di obblighi informativi da ottemperare nel caso in cui il prestatore dei servizi di investimento valuti che le

riconosciuta agli intermediari (*dual capacity*), <<a problema micro-comportamentale bilaterale >> risolto attraverso la tecnicità giuridica contrattuale.

[61] Nel senso di rinvenire un collegamento tra le modifiche introdotte con le direttive Mifid e la presa d'atto della inevitabilità dei conflitti di interesse nell'intermediazione finanziaria, cfr. B. INZITARI, *Violazione del divieto di agire in conflitto di interessi nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2009, 7, p. 976 e ss., il quale evidenzia come l'evoluzione della normativa di settore sia stata influenzata dalla valutazione del conflitto di interessi nell'intermediazione finanziaria <<alla stregua di una situazione fisiologicamente inevitabile>>. In direzione analoga, A. ANTONUCCI, *Regole di condotta e conflitti di interesse*, cit., p. 9, la quale sottolinea come il cambio di disciplina nel senso della valorizzazione delle regole di organizzazione sia da ricollegarsi ad un aperto apprezzamento del conflitto di interessi quale <<sostrato strutturale delle attività degli intermediari e dei mercati>>.

[62] In merito all'impostazione adottata con le direttive Mifid si vedano S. SCOTTI CAMUZZI, *I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MIFID*, cit., p. 121 e ss.; L. ZITIELLO (a cura di), *La MiFID in Italia. La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, Torino, 2007; V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 499; A. ANTONUCCI, *Regole di condotta e conflitti di interesse*, cit., p. 12 e ss.; F. DENOZZA, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"*, in *I servizi del mercato finanziario*, cit., p. 148 e ss.; S. FORTUNATO, *Conflitto di interessi e disciplina degli inducements*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, p. 136 e ss.; M. PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di* investimento, in F. Capriglione (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, II, Padova, 2010, p. 809 e ss.; ID., *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, cit., p. 187 e ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulle regole di condotta degli intermediari (regole di condotta e regole di organizzazione; clausole generali e disposizioni particolari)*, in Aa.Vv. (a cura di), in *I servizi del mercato finanziario*, cit., p. 138 e ss.; F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, cit., p. 1100 e ss.; M. FORTE, *La disciplina dei conflitti di interesse*, in L. Gaffuri e S. Belleggia (a cura di), *I servizi di investimento dopo la Mifid II*, cit., p. 126 e ss.; Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 79 e ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

misure adottate non siano in grado di scongiurare il rischio di comportamenti opportunistici[63].

Per quanto le modifiche apportate alla disciplina dei conflitti degli intermediari a seguito dell'adozione delle direttive Mifid abbiano suscitato reazioni da parte della dottrina non sempre favorevoli al nuovo approccio accolto[64], si ritiene di dover sottolineare come il percorso più recentemente intrapreso dal legislatore europeo e da quello nazionale presenti due rilevanti aspetti di apprezzabilità fra loro intrinsecamente connessi e strettamente legati al discorso in precedenza svolto in punto di tecniche di gestione dei conflitti di interesse nei rapporti di agenzia.

La attuale normativa sui conflitti di interesse dei prestatori di servizi di investimento è, innanzitutto, la dimostrazione della possibilità di ricorrere nei rapporti di agenzia ad interventi preventivi di condotte opportunistiche incidenti in minor misura sull'autonomia decisionale dell'*agent* nello svolgimento dell'incarico ad esso conferito.

---

[63] Rimangono nella disciplina attuale limitati a pochi casi particolari i divieti di operare in conflitto di interessi, tra i quali si segnalano quelli individuati negli artt. 24, comma 1 *bis* e 24 *bis*, comma 2, lett. b) del t.u.f., che vietano agli intermediari che prestano rispettivamente i servizi di gestione e i servizi di consulenza su base indipendente di ricevere benefici monetari e non, volti a promuovere la conclusione di operazioni di investimento riguardanti determinati titoli.

[64] Diverse le voci critiche rispetto all'impostazione inaugurata con la Mifid I, in merito cfr., S. FORTUNATO, *Conflitto di interessi e disciplina degli inducements*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p. 136 e ss., secondo cui le regole organizzative potrebbero comportare una deresponsabilizzazione degli intermediari, ove fosse ritenuto sufficiente il rispetto delle procedure per esonerare gli stessi da responsabilità in caso di danno al cliente. Il pericolo di una deresponsabilizzazione dell'intermediario finanziario ad opera del nuovo approccio adottato è evidenziato anche da F. DENOZZA, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari*, cit., p. 166, da F. LUCARELLI, *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di), *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, Napoli, 2010, p. 21, che ritiene che il legislatore comunitario abbia voluto tutelare gli intermediari per evitare di bloccarli eccessivamente nelle loro attività e da L. INCORVATI, *Banche e risparmio: le rigidità della MiFID ingabbiano i clienti*, in *ilsole24ore.com*, secondo cui l'investitore in sede di giudizio non potrà agevolmente dimostrare che il danno subito è connesso all'agire dell'intermediario se effettivamente questi risulta aver agito secondo le regole previste dalla disciplina di derivazione comunitaria. Altri profili di contestabilità sono stati rilevati da R. RAZZANTE, *Servizi di investimento e conflitti di interesse tra* lex specialis *e norme civilistiche: un tentativo di ricostruzione della disciplina applicabile*, cit., p. 63, che sottolinea come sia impossibile ritenere, vista l'indefinibile mole di potenziali conflitti tra intermediari e clienti, che il legislatore o che l'intermediario possano individuare le situazioni dalle quali proteggere il cliente. Rileva come la nuova disciplina non garantisca il massimo grado di terzietà e indipendenza nella tutela dell'investitore, avendo delegato le attività di individuazione delle ipotesi di conflitto e di valutazione di adeguatezza delle misure organizzative adottate allo stesso intermediario M.G. ORLANDO, *Il conflitto di interessi nell'intermediazione finanziaria*, cit., p. 10. Un problema di arretramento della tutela dell'investitore viene evidenziato anche da G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Il conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento: diagnosi e terapie*, in *assbb.it*. Critica l'opinione di A ANTONUCCI, *Regole di condotta e conflitti di interesse*, cit., p. 20, la quale ritiene che il risparmiatore sia stato <<traghettato dall'incompiuto mito illuminista della trasparenza al mito efficientista della *compliance*, rischiando di far rimpiangere l'antico e spregiato 'paternalismo burocratico'>>. Diversa l'opinione di Al. DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 82, secondo cui il nuovo sistema ha dato prova di una buona riuscita, in quanto <<per un verso, ha portato ad un innalzamento del livello di attenzione degli intermediari verso le aree aziendali a rischio (…) e, per altro verso, ha continuato ad individuare nelle *rules of conduct* il criterio normativo per risolvere la disputa giudiziale tra l'intermediario ed il cliente danneggiato>>.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Risulta, ad avviso di chi scrive, chiaro, infatti, come le due modalità di intervento succedutesi nella disciplina in discorso si differenzino sostanzialmente proprio per il diverso approccio nel rapporto con l'elemento della discrezionalità riconosciuta a tale soggetto. A tecniche formal-preventive che, al fine di limitare il rischio di condotte abusive, erano indirizzate ad ingessare l'attività degli intermediari, limitandone con evidenza l'autonomia decisionale e la capacità operativa, si sono preferite tecniche incentrate sull'adozione di misure preventivo-organizzative volte a favorire e valorizzare il corretto e responsabile esercizio da parte di tali soggetti dei loro poteri discrezionali. Da un punto di vista delle modalità operative delle tecniche normative di gestione dei conflitti il cambio di passo ha un particolare rilievo, mostrando come all'interno delle c.d. tecniche *ex ante*, volte ad intervenire prima del compimento dell'abuso al fine di prevenirlo, sia configurabile una differenziazione e gradazione quanto ad incidenza delle stesse sull'elemento della discrezionalità dell'*agent*. Tale differenziazione si sostanzia nella contrapposizione tra la situazione del non poter agire in conflitto, salva autorizzazione, e la situazione del poter agire nonostante il conflitto assumendosi la responsabilità di una gestione che ne eviti l'abuso, laddove il declassamento dei divieti di azione e degli obblighi informativi in favore di una valorizzazione degli obblighi organizzativi va chiaramente nella direzione di preservare maggiormente l'autonomia decisionale dei soggetti abilitati cercando al tempo stesso di assicurarne l'indipendenza[65].

Queste considerazioni consentono di dare una risposta all'interrogativo posto in precedenza, con riguardo ai rapporti di agenzia in generale, circa la possibilità di prefigurare interventi normativi di amministrazione dei conflitti di interesse meno impattanti in termini limitativi sul tratto essenziale della discrezionalità dell'*agent*. La apprezzabilità della attuale regolamentazione in materia di intermediazione finanziaria si ricollega, dunque, alla messa in campo di una modalità di intervento *ex ante* sui conflitti che, attenuando la compressione della capacità operativa del gestore, tende a preservare i vantaggi per il cliente insiti nella discrezionalità riconosciuta a tale soggetto e a favorire una conciliazione fra prevenzione degli abusi e salvaguardia dell'autonomia decisionale dell'intermediario, che si pone in linea con le medesime enunciazioni di principio accolte nel t.u.f. a seguito del recepimento della Mifid I[66].

[65] La tendenza ad incidere in minor misura sulla discrezionalità caratterizzante le relazioni di agenzia è, ad esempio, riscontrabile anche nella disciplina dei conflitti di interesse nei fondi pensione, con riferimento ai quali si è ugualmente passati da un sistema incentrato su obblighi di informazione e di trasparenza ad una nuova impostazione, inaugurata con il D.M. n. 166 del 2014, fondata su processi e regole organizzative di prevenzione e gestione dei conflitti ed orientata a garantire una maggiore flessibilità, autonomia decisionale e responsabilizzazione dei fondi. Per una approfondita illustrazione di tale disciplina si rinvia a E. NAPOLI, *La nuova disciplina dei conflitti di interesse nei fondi pensione alla luce del D.M. 166/2014: aspetti sostanziali e profili applicativi*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, 1, p. 64 e ss.

[66] Con il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, di recepimento della Direttiva 2004/39/CE e della normativa secondaria allegata, tra i principi contenuti nel t.u.f. è stato introdotto quello della <<valorizzazione dell'autonomia decisionale dei soggetti abilitati>> (art. 6, comma 1, lett. a).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La seconda correlata ragione per cui il cambio di impostazione avutosi con le Mifid nella disciplina dei conflitti degli intermediari si ritiene debba essere positivamente valutato è riconducibile alla riduzione del rilievo dell'informazione e dell'interazione fra prestatore dei servizi di investimento e cliente sulle scelte relative alle operazioni in conflitto in favore della valorizzazione dell'elemento fiduciario caratterizzante le relazioni in discorso. Il passaggio da un sistema imperniato su regole di trasparenza ad un sistema in cui, rese queste ultime residuali, centrali divengono regole di organizzazione è indice della presa d'atto da parte del legislatore della scarsa efficacia degli obblighi informativi nella soluzione dei conflitti di interesse caratterizzanti i rapporti fiduciari. Viene abbandonata, in altri termini, l'idea che attraverso l'informazione si riesca a garantire la tutela del risparmiatore e l'adozione da parte dello stesso di scelte di investimento consapevoli[67] e si attribuisce la dovuta rilevanza alla natura fiduciaria di rapporti in cui un soggetto, il cliente (soprattutto quello *retail*), si rivolge ad un altro soggetto, incaricandolo della gestione di un proprio interesse, con lo scopo di affidarsi alla competenza e capacità decisionale di quest'ultimo e non di ricevere da esso informazioni preordinate ad una scelta razionale[68]. La marginalizzazione degli obblighi di trasparenza, evidente nel nuovo impianto della disciplina dei conflitti di interesse degli intermediari[69], si muove chiaramente in questa direzione, rispondendo all'apprezzabile intento di rinvenire strumenti più adeguati – in quanto maggiormente confacenti alle caratteristiche del rapporto – nella prevenzione delle possibili condotte abusive delle imprese di

[67] Idea, invece, anche recentemente abbracciata dalla giurisprudenza. In diverse pronunce si continua a sostenere, infatti, che gli obblighi informativi imposti all'intermediario sono finalizzati non solo a consentire di individuare e proporre le forme di investimento più appropriate al profilo dell'investitore, ma anche ad assicurare che quest'ultimo sia posto nelle condizioni migliori per valutare autonomamente le soluzioni proposte ed effettuare così una scelta consapevole, cfr., fra le altre, Cass., 17 novembre 2016, n. 23417, in *De Jure*; Cass., 16 novembre 2018, n. 29607, in *De Jure*.

[68] La dottrina ha ben evidenziato come difficilmente il risparmiatore, per quanto informato anche in modo dettagliato dall'intermediario, sia realmente consapevole dello strumento finanziario in cui sta investendo, dei rischi connessi all'operazione di investimento e della reale natura del conflitto di interessi denunciato. Sul punto si vedano, fra gli altri, C.A. RUSSO, *Il caso Parmalat: tra conflitto di interesse del lead manager e tutela risarcitoria*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1252 e ss.; A. PERRONE, *Servizi d'investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 31 e ss.; An. DALMARTELLO, *Prospettive dell'affidamento fiduciario nei servizi d'investimento: i rimedi*, in E. Ginevra (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Milano, 2012, p. 387; L. PURPURA, *L'evoluzione 'fiduciaria' dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi d'investimento alla clientela al dettaglio*, in E. Ginevra (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, cit., p. 372.

[69] La marginalizzazione delle regole di trasparenza nella disciplina dei conflitti di interesse degli intermediari e la volontà legislativa di incentrare tale disciplina principalmente su regole di organizzazione, risultante dalla predisposizione di regole volte ad imporre la comunicazione della situazione del conflitto solo allorché l'intermediario ritenga che le misure organizzative adottate non siano sufficienti ad evitare il rischio di nocumento agli interessi del cliente, trova conferma anche nella normativa secondaria ove è previsto che l'eccessivo ricorso all'informazione nei confronti di quest'ultimo integra una carenza della politica sui conflitti di interesse dell'impresa di investimento (art. 34, comma 5, Regolamento delegato (UE) n. 565/2017) sanzionabile in via amministrativa ai sensi degli artt. 190 e 191 *bis* del t.u.f.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

investimento, volti principalmente a responsabilizzare il fiduciario nella gestione dell'interesse a lui affidato e nell'esercizio della sua autonomia decisionale in merito alle scelte di investimento da effettuare per conto del cliente.

Il riscontro positivo che in queste pagine si è espresso nei confronti dell'attuale normativa sui conflitti di agenzia nell'intermediazione finanziaria, motivato dalle modalità operative delle tecniche di gestione *ex ante* del conflitto per cui con essa si è optato e dalla considerazione delle peculiari caratteristiche della medesima attività di prestazione dei servizi di investimento, se, da un lato, porta a guardare con favore ad una linea di tendenza volta ad eliminare eccessivi formalismi e rigidità nell'azione dei fiduciari e a lasciare agli stessi maggiori margini di operatività, dall'altra parte, si ritiene si associ ancor di più alla necessità della predisposizione di un adeguato apparato rimediale, che sia in grado di intervenire efficacemente *ex post* rispetto a comportamenti opportunistici posti in essere dagli intermediari. Alla valorizzazione dell'autonomia decisionale di questi ultimi dovrà, in altri termini, accompagnarsi un sistema di controllo sulle condotte da essi perpetrate che, interagendo con le regole di organizzazione dettate in chiave preventiva degli abusi, assicuri che dal nuovo quadro normativo derivi una effettiva responsabilizzazione delle imprese di investimento e non l'effetto inverso di una loro deresponsabilizzazione derivante dal formale rispetto degli obblighi organizzativi imposti. Il dibattuto tema della responsabilità degli intermediari per il compimento di condotte abusive, in tal modo solo accennato e che per la sua complessità non potrà essere approfondito nel presente lavoro, dovendosene rinviare lo sviluppo ad altra sede, comporterà nel suo svolgimento un'indagine, per un verso, chiaramente veicolata dagli strumenti civilistici generali, anche alla luce della carenza di specifiche indicazioni nella disciplina di settore sul punto dei rimedi, e, per altro verso, condotta facendo applicazione di principi e criteri generali (che lo stesso t.u.f. richiama nell'art. 21)[70], che consentano una valutazione del comportamento dell'intermediario non limitata alla sola verifica circa l'ottemperanza da parte dello stesso alle previste prescrizioni organizzative e formali.

6. Efficienza del mercato finanziario e regolazione dei conflitti di interesse

Si ritiene opportuno svolgere, a conclusione del lavoro, delle riflessioni più generali sulla tematica indagata che, prendendo le mosse da alcuni elementi evidenziati nello scritto e da una lettura attenta alla loro concatenazione storica e logica, offrano una visione in grado di contemplare e raccordare gli aspetti "micro" e "macro" involti nella medesima tematica.

[70] Il comma 1, lett. a) dell'art. 21 del t.u.f. prevede, in particolare, che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati debbano <<comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati>>.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Si è avuto modo di constatare, nelle pagine precedenti, come, in conseguenza delle misure di deregolamentazione dei mercati finanziari adottate nel corso degli anni '90, si sia assistito, a livello internazionale, ad un allentamento del rigore in merito ad alcune preesistenti limitazioni generali della capacità operativa degli intermediari finanziari, propendendosi, a partire da un certo momento storico, per il riconoscimento di una natura polifunzionale di tali soggetti e per l'attribuzione agli stessi della c.d. *dual capacity*, volta a consentire un loro possibile duplice posizionamento nelle contrattazioni in qualità di *dealer* e di *broker*[71].

La direzione così intrapresa se, da una parte, è stata giustificata, come visto, dalla ritenuta possibilità di ricavare da una siffatta estensione della capacità operativa degli intermediari alcuni effetti positivi sulla gestione dei mercati finanziari, in particolare in termini di potenziamento dell'afflusso di liquidità negli stessi, di agevolazione delle economie di scala nella produzione dei servizi finanziari e di possibilità di interventi con effetto di ammortizzatore sull'andamento dei corsi azionari ad opera dei medesimi intermediari[72], dall'altra parte, ha portato ad un consolidamento e ad una accettazione del conflitto di interessi quale elemento fisiologico-strutturale nell'attività di intermediazione finanziaria. Le situazioni di conflitto connotanti i rapporti fra società di investimento e clienti, perlopiù riconducibili, come in precedenza evidenziato, alle due richiamate caratteristiche strutturali affermatesi nella prestazione dei relativi servizi da parte delle prime, sono in tal modo divenute insite nell'attività degli intermediari finanziari, profondamente radicate in essa quali elementi "naturali" della stessa[73].

Si è opportunamente ed efficacemente rilevato come la scelta di una siffatta opzione normativa e l'evidenziato quadro derivatone abbiano determinato come conseguenza, si potrebbe dire necessaria, il declassamento della soluzione dei conflitti tra intermediari e clienti <<da problema macro-strutturale del funzionamento del mercato a problema micro-comportamentale, da risolversi contrattualmente>>[74]. In una situazione in cui la risposta al conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento non è stata più ricercata sul piano "macro" di <<una regolazione generale e astratta (…) dei rischi sistemici indotti dalla confusione dei ruoli>>[75] e di una limitazione generale della capacità operativa degli agenti, tale risposta si è necessariamente spostata ed incentrata sul piano "micro" della gestione dei singoli rapporti intermediario-cliente, attraverso l'imposizione al primo di obblighi

[71] Su tali profili si veda *supra*, il paragrafo 4 del presente lavoro.
[72] Si rinvia in merito all'approfondito lavoro di G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 120 e ss.
[73] Rileva come nella prestazione dei servizi di investimento possa dirsi <<normale>> che l'intermediario agisca in conflitto di interessi, in quanto è proprio nell'ambito delle potenziali fonti di conflitto che si prospettano le migliori opportunità di investimento R. LENER, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni, individuali e collettive*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, p. 431; ID., *Conflitti di interesse fra intermediario e cliente*, in E. Gabrielli e R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 313.
[74] In tali termini G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 122.
[75] G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 122.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

comportamentali, quali ad esempio gli obblighi di informativa, esplicanti rilievo nell'ambito della relazione negoziale bilaterale. La centralità che, come visto, nella disciplina *ante* Mifid sui conflitti di interessi degli intermediari finanziari rivestiva la sequenza divieti di azione-obblighi di trasparenza-necessità di autorizzazione fornisce un evidente riscontro di come effettivamente, in quegli anni, l'attenzione si sia principalmente rivolta alle singole transazioni concluse e al loro governo, e ciò necessariamente in un'ottica di garanzia dell'efficienza complessiva dei mercati finanziari, oltre che di tutela del cliente delle società di investimento. Di fronte alla consapevole rinuncia ad una regolazione preventiva e generale di contrasto dei conflitti di agenzia nell'intermediazione finanziaria, ci si è rivolti ad una gestione di tali conflitti che, quasi per forza di cose, ha affidato la realizzazione dell'obiettivo macroeconomico del corretto ed efficiente funzionamento del sistema generale ad interventi esplicantisi su un piano micro-contrattuale, aventi immediatamente di mira l'efficienza dei singoli rapporti negoziali[76]. Convergenti con tale prospettiva si mostrano le opinioni di quanti, da più parti, hanno sottolineato il collegamento tra la disciplina contrattuale europea in materia di intermediazione finanziaria e la tutela dell'interesse generale all'integrità del mercato[77], riconducendo, alcuni di costoro, espressamente la figura dell'intermediario finanziario a quella del titolare di un ufficio di diritto privato cui è affidato il compito

[76] Seppur nell'ambito di un discorso riferito ai problemi della società per azioni, in termini senz'altro più generali, F. DENOZZA e A. STABILINI, *Due visioni della responsabilità sociale dell'impresa, con una applicazione alla società benefit*, Intervento presentato all'8° Convegno "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti, i grandi cantieri aperti", tenutosi a Roma il 17 e 18 febbraio 2017, p. 3 e ss., evidenziano come il passaggio dall'attenzione per il funzionamento del mercato complessivo alla centralità della transazione sia proprio di tutto lo stile giuridico neoliberale, per il quale <<essenziale>> è <<governare le singole transazioni>>, in quanto <<se si riesce ad indirizzare i soggetti verso la stipulazione delle transazioni più efficienti, la somma di tali transazioni genererà complessivamente efficienza, senza necessità di alcun intervento sulla configurazione generale del mercato>>. La principale critica che tali A. muovono ad una siffatta impostazione è riferita al fatto che <<una cattiva astrazione delle singole transazioni>> rispetto alla totalità di cui sono parte può indurre, come a loro parere rivelatosi nella crisi del 2007-2008, <<a sottovalutazione e addirittura a ignoranza dei problemi generali di funzionamento del sistema>>.

[77] Tale collegamento è rilevato, fra gli altri, da R. LENER e P. LUCANTONI, *Art. 21. Criteri generali*, in M. Fratini e G. Gasparri (a cura di), *Il Testo Unico della Finanza*, Torino, 2012, t. 1, p. 376, ove si legge che <<l'istanza di tutela del contraente c.d. debole mira, sul piano negoziale, a riequilibrare la posizione di asimmetria informativa tra le parti e a contenere i costi di agenzia connessi all'attività di investimento e, nella prospettiva macroeconomica, a garantire la corretta allocazione del risparmio e l'efficienza dei mercati finanziari>>; C. RABITTI BEDOGNI, *art. 21, comma 1, lett. a e b*, in C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Il Testo Unico della Intermediazione Finanziaria*, Milano, 1998, p. 170; A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 760; G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Il conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 14; con più generale riferimento a tutta la disciplina contrattuale europea, cfr., N. LIPARI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, p. 14, secondo cui <<la comunità utilizza strumentalmente le regole contrattuali allo scopo di conformare l'attività d'impresa a comuni regole del gioco, creando la disciplina giuridica del mercato>>. Il nesso tra la protezione dell'interesse del singolo contraente ed il perseguimento dell'interesse generale all'integrità dei mercati è stato ben evidenziato anche in giurisprudenza, cfr., fra le altre, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giur. comm.*, 2008, II, 3, p. 604; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giust. civ.*, 2008, 12, p. 2775; Cass., 19 febbraio 2018, n. 3962, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

di perseguire, oltre che l'interesse del cliente, quello del sistema ad una gestione efficiente delle risorse finanziarie immesse nello stesso[78].

Data una siffatta ricostruzione dei profili "micro" e "macro" involti ed interconnessi nella tematica del conflitto di interessi nell'intermediazione finanziaria, si ritiene, ad avviso di chi scrive, di dover constatare come il cambio di impostazione operato con le direttive Mifid nella gestione del suddetto conflitto acquisti un particolare rilievo anche rispetto alle osservazioni svolte in queste ultime pagine.

Il punto all'uopo non trascurabile attiene alla modifica, rispetto alla disciplina *ante* Mifid, delle modalità con cui nell'attuale normativa si cerca di giungere all'efficiente governo delle transazioni tra cliente ed intermediario e di perseguire il corretto funzionamento del sistema complessivo. Come evidenziato in precedenza, da una impostazione volta ad amministrare i conflitti di interesse attraverso una preminenza di regole ed obblighi comportamentali aventi rilievo ed esplicazione nell'ambito del rapporto negoziale bilaterale risparmiatore-società di investimento si è passati ad un sistema che, rendendo tali regole residuali, si affida ad una gestione del conflitto imperniata principalmente su obblighi organizzativi, imposti agli intermediari finanziari "a monte" rispetto alle singole negoziazioni. Obblighi che, dunque, non si collocano più su un piano contrattuale bilaterale, inserendosi in una fase, precedente all'instaurazione e allo svolgimento del rapporto con il cliente, attinente alla più generale individuazione e predisposizione della struttura organizzativa ed operativa dell'intermediario[79].

Il descritto cambio di impostazione deve, ad avviso di chi scrive, segnalarsi per i riflessi che da esso derivano nel quadro di una visione attenta all'interazione fra le prospettive "micro" e "macro" nella disciplina della prestazione dei servizi di investimento ed apprezzarsi, entro una siffatta visione, per l'adozione di un livello di intervento rispetto al problema dei conflitti di interesse degli intermediari finanziari più adeguato e rispondente alle caratteristiche e alle cause di tali situazioni di conflitto. Alla base della più recente opzione normativa si vuole, in particolare, intravedere l'opportuna considerazione ad opera del legislatore europeo e nazionale del fatto che il formarsi di situazioni di conflitto nell'intermediazione finanziaria derivi principalmente da condizioni di tipo sistemico connesse a variabili macrostrutturali, considerazioni da cui è scaturito un approccio al problema teso a prediligere un livello

[78] Si veda R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato, natura del "potere" dispositivo e fondamento variabile dell'iniziativa negoziale*, in AA.VV. (a cura di), *I Maestri italiani del diritto civile. Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 472; D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato* over the counter *come scommessa razionale*, in ID. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 3 e ss.; ID., *La natura e la struttura dei contratti d'investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 67 e ss.

[79] Cfr. G. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli e R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 217, il quale sottolinea come il trattamento dei conflitti di interesse sia stato posto su un piano procedimentalizzato nel quadro dell'attività dell'intermediario sulla base di uno schema di gestione organizzativa e a monte dei conflitti di interesse.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

di intervento che potremmo definire "intermedio" tra le dimensioni "micro" e "macro" richiamate. È ciò che si riscontra nella scelta di affrontare il tema dei conflitti di agenzia allontanandosi dalla prospettiva particolare dell'imposizione di regole comportamentali nello svolgimento del singolo rapporto negoziale ed orientandosi verso un'azione volta ad incidere sul più ampio piano della definizione degli assetti organizzativo strutturali delle società di investimento. In tale scelta si rinviene, in definitiva, l'apprezzabile tentativo di fare ricorso ad un tipo di approccio che, per il livello di intervento a cui tende a collocarsi, mostri una maggiore efficacia di risposta rispetto ad un problema, quello dei conflitti degli intermediari, inscindibilmente connesso a profili generali di struttura e di funzionamento del mercato finanziario.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A., due rimessioni all'Adunanza Plenaria.

(Consiglio di Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021 n.2013; Consiglio di Stato, Sez. II, ord. 6 aprile 2021, n.2753)

di Attilio Simonelli*

18 giugno 2021

Sommario: 1. Introduzione, certe conferme e talune novità. – 2. La questione sulla giurisdizione. – 3. La colpa del richiedente. Il concetto di affidamento. – 4. Conclusioni, il peso dell'autorevolezza.

1. Introduzione, certe conferme e talune novità

A meno di un mese di distanza l'una dall'altra, la sezione Seconda del Consiglio di Stato, rimette la medesima questione all'Adunanza Plenaria attraverso le ragioni di due ordinanze a firma del medesimo estensore. I giudizi hanno ad oggetto: a) il primo una domanda di risarcimento danni da lesione del legittimo affidamento formulata da un soggetto a suo tempo destinatario di una concessione edilizia poi annullata in via giurisdizionale; b) il secondo il risarcimento danni da affidamento ingenerato da un'aggiudicazione poi annullata in sede giurisdizionale.

Ad una rapida lettura delle questioni introduttive, al lettore pare di trovarsi dinanzi all'ormai classico caso del danno c.d. da comportamento della P.A. derivante dal provvedimento favorevole poi annullato ed al conseguente diritto al risarcimento ormai definitivamente sdoganato da una consistente tendenza giurisprudenziale. Ebbene, il Consiglio di Stato nelle decisioni in commento, così non ritiene che sia.

In primo luogo, ma solo nella prima delle due ordinanze, i Giudici di Palazzo Spada si domandano, di nuovo, quale sia la giurisdizione nel caso di provvedimento favorevole poi annullato, revocando in dubbio l'orientamento prevalente che pareva ormai assestato sulla giurisdizione ordinaria. Inoltre, emerge, ma sarebbe più opportuno dire

* Abilitato all'esercizio della professione forense.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

riemerge, la tematica dell'abuso del processo e del *venire contra factum proprium* di chi adisca un giudice e poi ne contesti la giurisdizione.

In secondo luogo, il dubbio che alla Plenaria è demandato di risolvere, ha ad oggetto la possibilità che un interessato possa, in astratto, vantare un legittimo affidamento derivante da un provvedimento annullato, idoneo a fondare l'azione risarcitoria contro la P.A. e, se riconosciuta esistente tale possibilità, entro quali limiti ed in presenza di quali condizioni. E' evidente che questa è la questione di più rilevante impatto sistematico che attiene alle decisioni da cui origina il presente scritto.

Dalle motivazioni dell'ordinanza emergono sia conferme che novità, le quali però dimostrano la recentissima tendenza della giurisprudenza amministrativa a ridurre il più possibile il campo di azione delle tutele riconosciute al privato. Da un lato si conferma, infatti, la micidiale emersione di un tentativo di sottrarre all'ambito della tutela risarcitoria tutte quelle ipotesi che più si allontanano dalla spettanza del bene vita cui il privato anela[1], obliterando così tutto quello che a lungo si è sostenuto, in termini evolutivi ed ampliativi delle garanzie del singolo, quanto all'emersione di differenti beni della vita anche e soprattutto in assenza della spettanza del bene domandato. Su tutti si veda la prorompente e paradigmatica affermazione del bene tempo o, secondo altri, dell'autodeterminazione personale, portato dell'art. 2 Cost., quanto al riconoscimento del danno da ritardo c.d. mero.[2]

Dall'altro, la novità è rappresentata dalle modalità con cui ciò avviene. Se normalmente tale revoca in discussione degli approdi cui comunque la stessa

[1] Si veda A. SIMONELLI, *Risarcimento del danno da ritardo tra equilibrio di bilancio e solidarietà, una singolare visione del C.G.A.*, in Cammino Diritto, 3/2021. Vi è una giurisprudenza, a dire il vero di qualche anno addietro, che dà conto di un indirizzo per cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo «ha accertato l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo», Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 183; nello stesso senso cfr. anche Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346, così come evidenza la stessa ordinanza Cons. St., Sez. II, del 6 aprile 2021, n.2753 in commento.

[2]Tra le altre, Cons. Stato, sez. III, sent. 2 novembre 2020, n. 6755 cit.; Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2020, n. 4669; id. 27 febbraio 2020, n. 1437; id. 2 dicembre 2019, n. 8235; id. 15 luglio 2019, n. 4951; Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210 cit.; n. 2210; id. 9 luglio 2019, n. 4790; id., sez. VI, 22 giugno 2018, n. 3838. Si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. IV 20 ottobre 2020, n. 6351 cit. la quale così si esprime: "10.5. Più in generale, il danno da ritardo, previsto dall'art. 2-bis della legge n. 241/1990, si articola in due distinte ipotesi, diverse da quella del mero ritardo: il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento (comma 1) e il danno derivante di per sé dal fatto stesso di non avere l'Amministrazione provveduto entro il termine prescritto, forfettariamente ristorato con un indennizzo (comma 1 bis). 10.6. Come ha avuto modo di evidenziare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il citato art. 2-bis, comma 1, prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'Amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo. Il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'an che sul quantum, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'Amministrazione, e ciò sempre che, nell'ipotesi ora considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un'ipotesi di silenzio significativo (cfr. Cons Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210)".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

giurisprudenza era pervenuta nel tempo, avviene per il tramite della continua valorizzazione della concreta impossibilità del privato di ottenere il bene della vita richiesto alla P.A., ripercorrendo a ritroso i sentieri dell'evoluzione del diritto amministrativo, questa volta si giunge al medesimo risultato attraverso il sindacato sull'esistenza dell'affidamento legittimo. In virtù di un'anomala riperimetrazione delle caratteristiche e della definizione dello stesso, il Consiglio di Stato pare pervenire ad una - non lo si nasconde – inaspettata, perchè recidivante, inversione di rotta. A maggior ragione dopo il lungo tempo in cui la stessa giurisprudenza si è affaticata nell'individuare saldi appigli al riconoscimento del risarcimento del danno da comportamento illegittimo della P.A. .

2. La questione sulla giurisdizione

Sul passaggio motivazionale inerente alla giurisdizione c'è evidentemente poco da dire: si tratta di una questione per la quale potenzialmente entrambe le tesi contrapposte sembrano, in astratto, sostenibili. Ebbene, l'orientamento stabilizzatosi riteneva, del tutto ragionevolmente, che nel caso di provvedimento favorevole poi annullato, l'eventuale controversia risarcitoria fosse di giurisdizione del G.O. in quanto la vicenda prescindeva dalla contestazione sulla legittimità dell'esercizio del potere, che anzi si riconosceva, spesso, frutto di scelte irreprensibili e valutazioni giuridicamente sostenibili.

Viceversa, la decisione in commento propende per la giurisdizione amministrativa sottolineando, con richiamo pedissequo alla sentenza Tar impugnata, che «*il ricorso non si fonda su un mero comportamento dell'amministrazione comunale, ma sulla circostanza che essa aveva rilasciato un permesso a costruire sulla base di un'interpretazione poi rivelatasi errata di una sua norma regolamentare. Non di mero comportamento trattasi, ma di una vera e propria attività amministrativa procedimentalizzata.*». Il che non sembra lontano dalla realtà. In effetti, l'esercizio del potere è coinvolto nella vicenda. C'è il potere ed è stato esercitato, seppur in maniera confliggente con i canoni di legge.

Tuttavia esiste almeno un criterio capace di fare chiarezza sul punto e consiste nella vera *causa petendi* del privato che si rivolge all'autorità giudiziaria.

Conosciamo l'importanza della *causa petendi* nel giudizio amministrativo e quanto essa sia centrale nella sua storia[3] e in quella del riparto di giurisdizione, pertanto è forse opportuno riferirsi a questa per chiarirsi le idee.

Il *petitum sostanziale*, l'oggetto della tutela che il privato invoca innanzi al giudice,

[3] Si veda anche la rilevanza della *causa petendi* nella sollevazione della questione di costituzionalità nel giudizio amministrativo. E' opinione salda che perché la norma tacciata di incostituzionalità abbia la necessaria caratteristica di rilevanza ai fini del giudizio di costituzionalità, essa deve essere richiamata e partecipare della *causa petendi*.

riguarda di certo non il potere, che pure c'è ed è stato esercitato. La pretesa non ha punti di tangenza con lo stesso se non in quanto fatto storico che descrive il susseguirsi degli eventi e l'origine nella catena causale degli accadimenti. Una volta ammesso in generale - e pare sia da ritenersi principio più che consolidato - che la P.A. agisce nel mondo del diritto sia con atti che con comportamenti che possono essere o meno legati da un nesso con il potere pubblico, si può compiere la seguente inferenza: è evidente che, nel caso specifico, il privato si duole di qualcosa che non riguarda il provvedimento, quindi il potere, bensì di qualcosa di profondamente diverso, attinente a tutto ciò che quel potere circonda ed a come la P.A. abbia manifestato e prospettato, attraverso moduli comportamentali, la stabilità del risultato di tale esercizio di potere, provocando, quindi, affidamenti in capo ai privati.
Non sembra cogliere nel segno quanto sostiene l'ordinanza quando a tal proposito prospetta una gemmazione di diversi giudizi attinenti alla stessa questione ma rivolti verso due giurisdizioni diverse. Evidenzia il Consiglio di Stato che nel caso in cui un controinteressato dovesse sindacare il provvedimento illegittimo sfavorevole, egli sarebbe obbligato a sindacare l'esercizio del potere della P.A. dinanzi al G.A., peraltro vigendo, nel caso *de quo*, la giurisdizione esclusiva. Viceversa, il destinatario del provvedimento favorevole poi caducato, stando alla tesi contestata nella decisione, dovrebbe adire il G.O. per sindacare quei comportamenti neppure mediatamente connessi all'esercizio del potere e che hanno leso il suo asserito affidamento legittimo. Sembra potersi certamente confermare tale opinione la quale non sembra capace di sorprendere se solo si evidenzia che i due soggetti, destinatario del provvedimento caducato e controinteressato, agiscono per una *causa petendi* del tutto diversa. Il primo per sindacare il comportamento della P.A. che avrebbe dovuto sapere quanto il proprio provvedimento fosse illegittimo e non ingenerare le false convinzioni di legittimità su cui ragionevolmente il privato basa il proprio agire; il secondo per sindacare proprio l'*an* e il *quomodo* di quel potere. Non si tratta di materie "a giurisdizione frazionata" ma di diverse materie. Esse vengono originate od occasionate dal medesimo evento provvedimentale solo sotto un punto di vista storico e fattuale, ma risultano avere differenti oggetti perché differenti sono le ragioni causali della lesione.

3. La colpa del richiedente. Il concetto di affidamento

Interessandosi della seguente questione centrale ai fini della presente trattazione, il Collegio in entrambe le pronunce pare protendere per una visione quantomeno singolare del concetto di affidamento legittimo.[4]

[4] F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in Dir. Proc. Amm. 2018, 3, pp. 823-854; C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in Dir. proc. amm., 2016, 564 ss; M. MAZZOLA,

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Con ordine, in un primo momento la prima ordinanza riconosce la "colpa" nella presentazione del progetto assentibile solo *contra legem* ed una efficienza causale di tale evento con la verificazione del danno, cioè la rimozione giurisdizionale del provvedimento. In secondo luogo, passa alla definizione, stringata ma efficace, del concetto trasversale di legittimo affidamento, cogliendone i tratti essenziali, definizione che si coglie comunque anche nella seconda ordinanza. In terzo luogo, viene operata una distinzione sugli eventi capaci di ingenerare affidamento, o meglio di reciderlo *ex post*: nella specie la rimozione attraverso gli strumenti di autotutela può essere ritenuto in astratto capace di fondare quegli affidamenti legittimi cui è collegato il diritto al risarcimento del danno, viceversa è opinione comune alle due decisioni che l'intervento dell'autorità giudiziaria non può fondare, in quanto soggetto terzo, nessuna aspettativa qualificata all'accoglimento delle ragioni del privato.

Partendo dalla qualificazione dell'affidamento, il Collegio individua i suoi classici capisaldi, nella specie la colpa del soggetto che provoca l'affidamento e la buona fede del soggetto affidato[5]. Tale buona fede è idonea, prescrive la prima pronuncia, *«a far sorgere nell'interessato (...) un'aspettativa al conseguimento del bene della vita e (...) che la fiducia riposta da quest'ultimo in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata»*[6]. Con precisione il Collegio individua nell'esito del procedimento il nucleo dell'affidamento: il privato non deve essere in stato di colposa ignoranza, e a maggior ragione nemmeno nella piena conoscenza, del fatto che sta domandando qualcosa che non può avere e che il provvedimento non possa riconoscergli ciò che domanda. Quindi, valorizzando il *focus* sulla fase finale e quindi sull'esito del procedimento, l'evenienza dell'esclusione dell'affidamento risarcibile dovrebbe essere individuata non nella circostanza di presentare un progetto non assentibile o nella richiesta di un bene che alla fine risulta non spettante, salvo che ciò sia stato fatto col dolo di ingannare la P.A., ma nella consapevolezza della certa illegittimità del provvedimento favorevole ricevuto

Ingiustizia del danno e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole, in Danno e resp., 2014, 10, pp. 943-949.

[5] V. ROPPO, *Il Contratto, in Trattato di diritto privato*, Iudica e Zatti, Milano, 2001, pag. 493; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, 2008; M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011; L.GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in Dir. pubbl., 2018, 138; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in Foro it., 2011, 2398; M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, in Giorn. di dir. amm., 2014, 7, pp. 704-721; , in Danno e resp., 2014, 10, pp. 943-949.

[6] Così espressamente Cons. St., Sez. II, ord. 9 marzo 2021 n.2013.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

perché *ictu oculi* privo dei presupposti di legge[7] o nella sua irragionevole, perché cieca ed acritica, presunzione di legittimità.

Ciò a dire che prima dell'esito del procedimento l'affidamento si sostanzia sul suo esito ragionevolmente favorevole, ma successivamente all'emanazione favorevole dello stesso, l'affidamento ha ad oggetto la sua ragionevole stabilità, affidamento peraltro rafforzato non solo dalle proprie – ragionevoli - convinzioni sulla spettanza, ma anche e soprattutto dall'intervento della P.A. che autorevolmente le rinviene esistenti.

E' evidente che precedentemente all'emanazione del provvedimento, non può esserci un'aspettativa solo lì dove si conosca la assoluta assenza di spettanza del bene della vita richiesto e l'istanza si qualifichi come pretestuosa o faziosa, per non dire dolosa. Ma quando il provvedimento c'è, e fuori dalle ipotesi patologiche anzidette, l'affidamento non può che basarsi sull'attendibilità ragionevole della legittimità dell'agire della P.A., legittimità che è

da ritenersi presunta.

La pretesa legittima su cui deve basarsi l'aspettativa del privato, cioè, non può essere parametrata rispetto alla sicura spettanza del bene della vita riconoscibile dal provvedimento favorevole, salvo doversi viceversa intendere che il privato perda *ab origine* ogni aspettativa legittima nei confronti della stabilità e validità dei provvedimenti della P.A. con cui ha contatti, per il solo fatto di non essere totalmente certo dell'esito favorevole della propria istanza o magari anche della legittimità del provvedimento. Ci sarebbe sempre colpa quando il privato presenta un'istanza non accoglibile, assioma di cui non si può certamente assicurare la non confutabilità.

Infatti quest'ultimo atto giunge spesso al termine di procedimenti che prevedono fasi di valutazione rispetto alle quali ampi margini di discrezionalità rendono difficoltoso addirittura in sede di sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere, e nonostante i poteri istruttori del giudice, giungere ad un sindacato pieno ed effettivo sul fatto. Addossare al privato ed in una fase preliminare una tale valutazione e magari farne discendere una colpa, appare una forzatura.

Allora probabilmente una più precisa individuazione dei contorni della questione passa necessariamente attraverso l'individuazione dei limiti tra ragionevole convinzione sulla fondatezza della richiesta e quindi sulla legittimità del provvedimento ampliativo che la riconosca e colpa del privato. Probabilmente la Plenaria, se sceglierà di andare definitivamente a fondo sui dubbi sollevati dalle ordinanze, dovrà farsi carico di questa non semplice delimitazione di confini. Tale *actio finium regundorum* coinvolgerà con alta probabilità gli obblighi di conoscenza da rinvenire a carico del privato e la pervasività affidante dei pronunciamenti della P.A..

[7] Si veda Ad. Plen., 4 maggio 2018, n.5, la quale, tra le circostanze che il soggetto affidato deve provare, individua «la propria buona fede soggettiva, intesa come affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere attività economicamente onerose».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

A ben vedere, però, proprio la previsione del requisito della pretesa legittima, richiamato dalle ordinanze ma che non trova riscontro nella manualistica classica, potrebbe essere primo destinatario di critica. Infatti, l'affidamento di cui si domanda il riconoscimento in questi casi, nasce sempre da una pretesa illegittima. Essa promana dalla mancata spettanza di un bene che pur si richiede in buona fede, cui comunque è seguita l'emanazione di un provvedimento favorevole, della cui illegittimità il privato forse nemmeno dubita, e soprattutto a cui è succeduto l'agire quantomeno colposo della P.A. che non è intervenuta per rimuoverlo ed anzi ha ingenerato, con i suoi comportamenti confermativi, l'aspettativa sulla legittimità e la stabilità dello stesso. La pretesa pare essere quella alla legittimità dell'agire della P.A. che, sebbene non possa supportare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva "forte" come l'interesse legittimo, può ben essere tutelata con il riconoscimento dell'aspettativa o del legittimo affidamento, situazioni da ritenersi a tutela secondaria e residuale nel contesto processuale impugnatorio tipico del diritto amministrativo. La pretesa, di nuovo, è sempre la stessa che si tramanda da tempo nei repertori giurisprudenziali ma che pare non aver ancora definitivamente attecchito: ricevere un provvedimento legittimo e favorevole, e se ciò non è possibile, quantomeno legittimo e stabile, seppur negativo. Ad una più accorta riflessione, quindi, l'aspettativa non ha ad oggetto la legalità in quanto tale ma in quanto foriera di stabilità.

Come si può vedere, il ragionamento appare inquinato, anche nella individuazione nei casi *de quo* (o *de quibus* come vorrebbe qualcuno) di definizioni sull'affidamento, dall'importanza riservata anche in questo campo alla spettanza del bene della vita. Il che è, di certo, il nucleo di quella critica che qui ci si sente di muovere alla decisione in commento ed al filone giurisprudenziale di cui essa rappresenta la continuazione.

Quanto, infine, alla distinzione operata dalla prima pronuncia tra caducazione in autotutela[8] e giurisdizionale del provvedimento favorevole e alle riflessioni, presenti in entrambe le decisioni, sull'impatto dell'esercizio del potere giurisdizionale sull'affidamento, pare non persuadere quanto si legge in ambedue le motivazioni. Secondo le decisioni non sarebbe rinvenibile una lesione all' affidamento per via dell'origine giurisdizionale dell'atto che rimuove il provvedimento ampliativo. Sembra, così, doversi intendere che l'affidamento che prima ed in astratto poteva ritenersi esistente, venga meno solo per il fatto che non sia stata la P.A. a svilirlo, bensì il Giudice. La legittima aspettativa cessa di essere riconosciuta, quindi, perché interviene un soggetto terzo a negare quello che si era in precedenza concesso. In realtà, si può certamente affermare che l'aspettativa o l'affidamento, termini peraltro utilizzati indifferentemente dal Collegio, nascono in ragione dell'agire della P.A., della

[8] Sull'affidamento ingenerato dai poteri di autotutela in capo al privato si veda S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 36; G. C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi e i principi della funzione*, La Rosa Torino, 2014, p. 140 ss..

ragionevole presunzione di legittimità dei suoi atti, e della violazione dei basilari principi di buona fede e correttezza, e non subiscono l'intervento modificativo o estintivo di un potere terzo. Questo si sostanzia solo come evento che rimuove l'atto favorevole e manifesta l'inesistenza della pretesa spettanza di quel bene rispetto al quale il privato ha riposto il suo legittimo affidamento. Si tratta di una mera cesura, che ha le stesse capacità incisive dell'autotutela, e che è foriera solo della effettiva emersione di un affidamento che preesiste e che viene inciso dalla sottrazione, pur legittima, del bene concesso.

L'aspettativa, se c'è, è quella al mancato intervento dell'autorità giudiziaria (o della P.A. in autotutela), quindi sulla stabilità che deriva dalla validità dell'agire della P.A. e, inoltre, sulla coerenza del comportamento della stessa. Quest'ultima subisce gli effetti negativi della sua negligenza o imperizia quanto al non rendersi conto di aver concesso un provvedimento ampliativo illegittimo ed a non attivarsi nei termini più rapidi possibili prima che il privato, basandosi sul legittimo affidamento alla legittimità del provvedimento ricevuto, adotti scelte economiche poi svilite dalla rimozione del provvedimento ampliativo.

La colpa, quindi, se c'è, è quella relativa al comportamento della P.A. che in primo luogo adotta il provvedimento illegittimo e poi perpetra e rafforza, con l'inerzia, l'affidamento in capo al privato, venendo meno a quei fondamentali obblighi di correttezza e buona fede che riguardano, ormai certamente, anche l'agire della P.A.. Contrariamente a quanto pare sostenere il Collegio, sarebbe meno scevra da colpa e quindi capace di elidere, in astratto, l'affidamento, solo la rapida rimozione in autotutela da parte della P.A. dell'atto illegittimo. Essa deve considerarsi espressione della correttezza del soggetto pubblico che si attiva per controllare il proprio operato con diligenza e, ove riscontri illegittimità, adotti rimedi rapidi per evitare al privato l'assunzione di scelte che saranno svilite da una prevedibile o necessaria caducazione futura.

4. Conclusioni, il peso dell'autorevolezza

A questo punto bisogna domandarsi quale direzione abbia voluto prendere la legislazione che nei tempi più recenti ha interessato la materia del diritto amministrativo. Ebbene, è evidente che la tutela del singolo, l'aumento degli strumenti a disposizione del privato per sindacare le scelte della P.A. nei vari settori del diritto amministrativo può essere indicata come il maggiore filone o formante che ha interessato norme e decisioni degli ultimi trenta anni almeno. A partire dalla risarcibilità dell'interesse legittimo, passando per le più recenti scelte in tema di azione contro il silenzio, atipicità dell'azione *ex* art. 34 c.p.a., atipicità dell'azione cautelare, per giungere poi alle conquiste di un potere della P.A. limitato nel tempo e di un procedimento da concludere in un termine prescritto, fino a considerare gli approdi sul

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

danno da ritardo e alla recentissima tendenza a veder allungati i tempi del ricorso in considerazione dell'accesso agli atti[9]. E così per una infinità di altri strumenti più o meno settoriali, è evidente come si vada sempre, salvo qualche eccezione che conferma la regola, verso un tendenziale ampliamento delle tutele del singolo. Basti, viceversa, rammentare a se stessi le eterne discussioni sullo strumento della SCIA e sulle ormai più che note prese di posizione giurisprudenziali e dottrinali sulla sua natura probabilmente necessaria, ma comunque da stigmatizzare perché produttiva di uno svilimento delle tutele del singolo controinteressato.[10] Egli, infatti, è costretto a passare attraverso il sindacato del silenzio della P.A. sulla sua richiesta di esercizio dei poteri caducatori, piuttosto che poter impugnare direttamente un provvedimento di concessione o autorizzazione. E poi, ancora, il riconoscimento forte dell'affidamento a seguito della c.d. riforma Madia, intervenuto soprattutto quanto alla disciplina dell'autotutela.

Non vi è chi non veda che ridurre la tutela sia una scelta in controtendenza rispetto alla direzione del diritto amministrativo italiano, nonché europeo od eurounitario, e che, d'altra parte, ridurre gli affidamenti evochi allo stesso modo un senso di profonda contraddizione rispetto alle esigenze dei singoli e alle crescenti tutele necessarie per dare coerenza ad un sistema che può continuare ad esistere in alternativa a quello di diritto civile, solo ove accolga certe imprescindibili istanze.

Inoltre, è da segnalare la tendenza a descrivere la Pubblica Amministrazione come soggetto da un lato *super partes*, dotato di caratteristiche di superiorità, il quale non è responsabile degli affidamenti se le proprie scelte errate vengono messe in discussione dall'autorità giudiziaria, e dall'altro *"Umano, troppo umano"*[11] lì dove la giurisprudenza più recente tende a obliterare quella ontologica caratteristica, tipica della P.A., di soggetto qualificato cui i singoli guardano, e debbono guardare, pena la dissoluzione di ogni equilibrio. Essa non può permettersi di perdere o di dimenticare di avere - e la giurisprudenza non può avallare tali amnesie – quelle peculiarità che la rendono soggetto per così dire "professionale" del diritto amministrativo, idoneo con le sue strutture articolate e con le capacità di cui sono dotate i propri organi, di potersi stagliare come il referente più qualificato cui il singolo può rivolgersi. Quando perciò la P.A. emette il provvedimento, dando luogo alla risposta formale e tipizzata al contatto che il singolo stabilisce con la propria istanza, è ben capace di produrre affidamenti nei confronti di chi legittimamente e senza alcun vizio della volontà, si sia rivolto ad essa per domandare il riconoscimento di un bene della vita di cui ritiene probabile od anche solo possibile la spettanza.

Al privato, viceversa, non possono addossarsi i costi derivanti dai requisiti che la P.A.,

[9] Ad. Plen., 2 luglio 2020., n. 12.
[10] In particolare si veda Tar Toscana, ord. 11 maggio 2017, n. 667 e sent. Corte Cost. n. 45 del 2019 che ha rigettato la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 6 ter L. 241/90.
[11] F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano. Un libro per spiriti liberi (Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister),* 1878-1879.

solo in alcune situazioni più gravose, vorrebbe non avere. Per dirla in altro modo, non può gravare sul privato l'onere di presentare soltanto domande del cui accoglimento sia certo oltre ogni ragionevole dubbio. Non è quindi né può essere il singolo quel soggetto a cui sono demandati i costi, economici e no, necessari alla verifica della spettanza preventiva del bene vita, utile a sottoporre all'Amministrazione solo le istanze di certo e sicuro accoglimento. Ciò comunque non potrebbe ontologicamente essere concepibile perché il riconoscimento o meno del bene della vita passa, quasi sempre, attraverso l'esercizio di scelte di discrezionalità della P.A. i cui scenari non possono essere previsti dall'istante e che, viceversa, possono fondare un sindacato ovviamente solo a posteriori sulla ragionevolezza.

Quindi, stando alla ricostruzione operata dall'ordinanza in commento, ed esasperandone i limiti i quali non vi trovano una precisa individuazione, lì dove ci sia una qualsiasi percentuale di probabilità del rigetto della richiesta, sarebbe precluso *ab origine* il riconoscimento di qualsiasi affidamento legittimo in capo al privato. Sarebbe quindi da ritenersi illegittimo ogni affidamento compiuto nei confronti di un provvedimento rispetto al quale le scelte della P.A., seppur imprevedibili, siano comunque potenzialmente foriere di un affidamento in buona fede ed *ex ante* sulla sostenibilità in fatto ed in diritto delle stesse.

Per concludere, non si ritiene che sia il singolo a dover cercare a priori l'autorevolezza in altro luogo, presso professionisti privati magari, che diano crismi di certezza alle proprie istanze. E' al contrario la P.A. che deve accettare che le proprie scelte, seppur illegittime, siano capaci di ingenerare affidamenti. Basti pensare, a conferma di ciò, alle tendenze giurisprudenziali anche europee relative ai settori dell'urbanistica inclini a riconoscere affidamenti anche in capo a soggetti consci della violazione compiuta, rispetto alla quale per lungo tempo l'attività della P.A., a conoscenza della situazione, non si sia attivata per la rimozione dell'abuso[12].

La presenza e la persistenza del ruolo differente che l'ordinamento riconosce in capo all'Amministrazione in quanto soggetto per antonomasia autorevole sulle materie di propria competenza, è confermata, del resto, dalla ciclica riemersione di tentativi di ricondurre la responsabilità della P.A. alla teoria del contatto sociale che proprio negli affidamenti derivanti dall'agire di un soggetto particolarmente qualificato, rinviene il suo nucleo centrale.[13] Delle due l'una: o anche solo in astratto il contatto sociale non può ritenersi concepibile, oppure se ancora vi è chi trova ragioni per sostenerlo con forza, si deve dedurre che la P.A. non è un operatore come un altro del mondo del

[12] S. BERETTA, *I confini tra abuso edilizio, incolpevole affidamento e motivazione della PA,* in 4clegal.com, 2018; I. TOMAT, *Legittimo affidamento del privato negli abusi edilizi: la giurisprudenza*, in giuricivile.it, 2019; M. C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*, in Riv. Giur. Ed., 2015; in giurisprudenza Cass., Sez. 3, n. 17398 del 19 marzo 2019; Cedu, sentenza Ivanova, Cherkezov c. Bugaria del 21/04/2016 n. 46577/15.

[13] Si veda recentemente, Sentenza C.G.A. Regione Sicilia n.1136 del 2020, la quale ha rimesso alla Plenaria la questione sulla natura della responsabilità della P.A..

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

diritto, anche quando mette in atto meri comportamenti, e rispetto a tale inferenza è necessario determinarsi di conseguenza.

Si ritiene forse più interessante e probante l'indagine su una serie di limiti molto labili cui probabilmente il ragionamento della Plenaria dovrà tener conto: cosa può fare la P.A. per non far sorgere l'affidamento dinanzi ad un atto illegittimo? E quali sono, se esistono, tempi utili ad evitare il radicamento dell'affidamento legittimo del privato dinanzi al provvedimento ampliativo poi dichiarato illegittimo? E ancora, è possibile in radice escludere l'affidamento legittimo del privato dinanzi ad un tale provvedimento ampliativo poi rimosso, oppure la P.A. è condannata a subire sempre gli effetti dell'affidamento comunque ingenerato a causa del peso della sua autorevolezza?
Le risposte passano attraverso la parametrazione di quali siano i canoni di correttezza e buona fede cui deve rifarsi il soggetto pubblico, a quale modello deve ispirarsi per andare esente da responsabilità.

Rispetto a chi vorrebbe una P.A. sempre più privata o privatistica e quindi deresponsabilizzata rispetto alle sue peculiarità basilari, deve qui certamente proporsi un sistema che individui una responsabilità rafforzata del soggetto pubblico. E se, da una parte, è stato necessario l'intervento del legislatore utile al superamento della c.d. paura della firma e della c.d. amministrazione difensiva del dipendente pubblico[14], dall'altra è chiaro che queste riforme hanno una loro logica lì dove tentino di attenuare gli effetti che derivano dalle caratteristiche necessarie dell'Amministrazione. Esse esistono proprio perché la P.A. deve mantenere, senza farne ricadere i costi sul dipendente pubblico, le sue peculiarità di soggetto che crea di per sé affidamenti col proprio agire, perché unico punto di riferimento in materia, e che pertanto è obbligato a rispettare degli obblighi di buona fede di certo più gravosi rispetto ad un qualsiasi altro operatore del diritto o del mondo economico. L'Amministrazione deve perseguire il pubblico interesse e non il suo interesse personale che le consentirebbe di considerare solo ciò che di dannoso si può ragionevolmente evitare al prossimo con il proprio corretto agire. All'interno del grande contenitore dell'interesse pubblico vi è anche la correttezza, non solo delle scelte provvedimentali ma anche di quelle comportamentali, coerenti con il ruolo di *dominus* paternalistico delle vicende amministrative, al fine di gestire con la migliore efficienza il ruolo istituzionale. La ragionevolezza e la effettiva richiedibilità di determinate cautele ed attenzioni è necessariamente tarata su un livello di maggiore cura naturalmente demandata al soggetto pubblico, tanto da individuare un coefficiente di buona fede molto alto e gravoso che non ci si sorprenderebbe di individuare al confine con la responsabilità oggettiva o senza colpa.
Se nella responsabilità provvedimentale la colpa della P.A. è presunta in ragione dell'illegittimità del provvedimento, allo stesso modo potrebbe sommessamente inferirsi che anche nella responsabilità comportamentale la colpa è presunta in

[14] Si veda la recente riforma dell'abuso d'ufficio, nonché il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 sulla temporanea esclusione della responsabilità erariale per attività commissiva del pubblico dipendente estesa fino al 31 luglio 2021.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

conseguenza dell'illegittimità del provvedimento, o forse della mancata rimozione, in tempi tanto rapidi quante sono le strutture e i mezzi a disposizione dell'Amministrazione, del provvedimento medesimo.

Quindi, se il privato è in buona fede, l'affidamento sembra sussistere praticamente sempre, salvo la prova contraria della P.A. di una inconoscibilità dell'illegittimità del proprio agire magari per vaghezza e poca chiarezza della norma di riferimento o dell'impossibilità non imputabile del suo mancato agire per il congestionamento delle proprie articolazioni, e sarà soltanto una questione di individuazione del *quantum* risarcitorio correlato alla gravità delle conseguenze ed al tempo trascorso.

Accettando, e di buon grado, la teoria che vede queste forme di responsabilità quali espressioni del tipo contrattuale[15], la P.A. dovrà giustificare il proprio agire tramite la prova della scusabilità del proprio inadempimento all'obbligo di buona fede.

La partita, in un eventuale giudizio, si giocherà più che altro sulla prova che il privato deve fornire sulla propria buona fede. Rileveranno in tal caso le caratteristiche del privato, se *quisque de populo* oppure professionista esperto in materia, rispetto al quale l'ignoranza dell'illegittimità del provvedimento sarà più difficilmente dimostrabile. Di certo, e di nuovo, deve escludersi la possibilità che al privato sia demandato l'onere di rivolgersi ad esperti della materia per controllare se il provvedimento favorevole ricevuto sia effettivamente legittimo e per sottrarsi alla colpa, instillando una sorta di dubbio persistente sulla illegittimità potenziale di ogni singola scelta della P.A.. Ciò contraddice ogni ragionevole logica la quale, affinché il sistema funzioni e sia appetibile economicamente dagli investitori italiani ed esteri, deve volere e pretendere una Amministrazione capace di dare certezze e non di inoculare dubbi. Proprio verso questi obiettivi era rivolta la critica di Massimo Severo Giannini che nel lontano 1978 già metteva in guardia contro una P.A. che manifestava ancora i soliti problemi endemici e si presentava come «una creatura ambigua, irragionevole, lontana» e non piuttosto come un «amico sicuro ed autorevole»[16].

La questione, viceversa, potrebbe complicarsi aprendo il campo alla rilevanza del dubbio del singolo che riceva un provvedimento che potrebbe sembrare illegittimo. In questo caso bisognerà, di nuovo, riferirsi a concetti e clausole elastiche, le quali hanno

[15] In questo caso è certo che il "contatto" si è instaurato con la P.A. attraverso il provvedimento che rende soggetto pubblico e soggetto privato non più solo due estranei soggetti alle regole del *neminem laedere*, ma legati da un vincolo relazionale rilevante. Si veda *ex multis* Cass., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236 su cui si segnala G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in giustiziainsieme.it, la quale tuttavia sostiene la giurisdizione del giudice ordinario; nonchè Cass. Civ. Sez Un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6596, tutte in Il Foro it., 2011, 9/1, pp. 2398-2400; F.FERRETTI, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione*, in www.judicium.it , Judicium, Pacini Giuridica, gennaio 2020.

[16] M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato, Roma*, Tipografia del Senato, 1979; S. SEPE, *Storia dell'amministrazione italiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 167.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

ad oggetto il limite di richiedibilità del dubbio in capo al privato. E' in ogni caso difficoltoso individuare, in astratto, quando al privato non possa non addossarsi l'onere del dubbio, e ove tale sospetto non sorga, rinvenire nel suo comportamento la colpa che sta nel fraintendere con la cieca fiducia quello che dovrebbe essere *soltanto* - si fa per dire - affidamento legittimo. Salvo i casi in cui *ictu oculi* il provvedimento rechi delle incongruenze palesi e difficilmente non riconoscibili, sarà necessario un approccio casistico che tenga conto anche delle caratteristiche personali del privato.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La casa di Rosario Livatino ha valore culturale

Nota a Cons. giust. Reg. sic., 15 febbraio 2021, n. 107

di Gabriele Trombetta*

23 giugno 2021

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il concetto di "bene culturale" accolto dalla sentenza. – 3. La decisione come provvedimento antimafia. – 4. Mafia e religione cattolica. – 5. L'esempio del giudice Livatino.

1. Premessa

Il giudice Rosario Angelo Livatino fu assassinato barbaramente dalla "*Stidda*", la mafia agrigentina, il 21 settembre 1990. Non aveva ancora compiuto 38 anni, è stato «il più giovane dei 27 magistrati uccisi in ragione del loro servizio»[1].

Il palazzo di famiglia del *giudice-ragazzino*[2] è pervenuto all'attuale proprietaria «in seguito ad eredità dal dottor Vincenzo Livatino, deceduto il 5 maggio 2010, ed in assenza di ulteriori eredi che della famiglia Livatino conservassero il nome»[3].

Alla luce dell'importanza storica rivestita dalla casa del giudice Livatino, nel 2015 l'Assessorato regionale dei beni culturali e dell'identità siciliana ha emesso un

* Dottore di ricerca nella Seconda Università di Napoli.

[1] Lo ricorda Cons. giust. Reg. sic., 15 febbraio 2021, n. 107.

[2] Il neologismo è riconducibile al Presidente della Repubblica Cossiga, il quale comunque lo coniò un anno dopo l'assassinio di Rosario Livatino e ha sempre negato che fosse riferito a lui (anche in un articolo pubblicato sul *Giornale di Sicilia* l'11 luglio 2002. Questo il passo: «Possiamo continuare con questo tabù, che poi significa che ogni ragazzino che ha vinto il concorso ritiene di dover esercitare l'azione penale a diritto e a rovescio, come gli pare e gli piace, senza rispondere a nessuno...? Non è possibile che si creda che un ragazzino, solo perché ha fatto il concorso di diritto romano, sia in grado di condurre indagini complesse contro la mafia e il traffico di droga. Questa è un'autentica sciocchezza! A questo ragazzino io non gli affiderei nemmeno l'amministrazione di una casa terrena, come si dice in Sardegna, una casa a un piano con una sola finestra, che è anche la porta».

[3] Così ancora la sentenza in commento.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

decreto che vincola il bene immobile, dichiarandone il valore culturale ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. a) e lett. d) del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Avverso il provvedimento ricorreva la proprietaria, deducendo la mancanza nella *res* dei caratteri del bene culturale e chiedendo l'annullamento del provvedimento.

Già in prime cure il TAR siciliano respingeva il ricorso; pertanto, la parte privata appellava la decisione, insistendo per l'accoglimento della domanda di annullamento.

Si tratta – com'è stato rilevato – di un caso apparentemente semplice, ma denso, invece, di significati.

Parrebbe la *routinaria* controversia sul rilievo culturale di un immobile: ma vengono in rilievo delicati profili giuridici e storiografici[4].

Ai fini del decidere deve tematizzarsi il concetto stesso di bene culturale, l'accezione che si debba riservare alla nozione.

Ma – collegati a questo – sono decisivi il ruolo giocato dalla storia e la sua incidenza nell'azione dei pubblici poteri e nel *sentire* della comunità.

2. Il concetto di "bene culturale" accolto dalla sentenza

La decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 15 febbraio 2021, n. 107 assume particolare importanza perché declina il concetto di bene culturale in senso "storicistico", abbandonando l'impostazione estetizzante delle «cose d'arte», propria del paradigma della legge Bottai del 1939[5].

La casa del giudice Livatino assurge a bene culturale in quanto, ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. d), d.lgs. 22 gennaio 2004 riveste «un interesse particolarmente importante a causa del [suo] riferimento con la storia politica».

Atteso il tendenziale abbandono nella motivazione della sentenza al riferimento alla lett. a) dell'art. 10 appena evocato, parrebbe non essere l'edificio *in sé* a contraddistinguersi per il proprio pregio, per un intrinseco valore artistico, ma essere piuttosto il suo collegamento con un frammento della storia nazionale, e, segnatamente, con un uomo che – ad onta della sua riservatezza – è assurto a modello di lotta alla mafia, a renderlo un "bene culturale"[6].

La compenetrazione tra Rosario Livatino e la sua casa fa sì che il patrimonio assiologico del primo si rifletta sulla seconda: il luogo conserva, appunto, la memoria

[4] Così si esprime, nell'esordio di una raffinata analisi letteraria della sentenza, C.V. GIABARDO, *L'arte del giudizio. A proposito del valore sociale della sentenza sul vincolo storico alla casa di Rosario Livatino. Nota a Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale 15 febbraio 2021*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2021.

[5] Per un'evoluzione del concetto, A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2013, pp. 93-131.

[6] In tal senso, v. P. L. PORTALURI, *Amara Sicilia e bella. Iudicis ad memoriam Livatini*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2021.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

del magistrato, del suo senso di giustizia, delle sue idealità. Consegue che l'abitazione è «testimonianza materiale avente valore di civiltà».

Hanno concorso a questa trasformazione dell'edificio da semplice dimora a simbolo pubblico i genitori, che hanno «amorevolmente» coltivato il suo ricordo, conservandone gli effetti personali, dai quali emerge il profilo di Rosario Livatino: un giovane di alte virtù, studioso del diritto, dall'elevato senso morale, frugale[7].

Imprimere sull'abitazione un vincolo pubblicistico vuol dire rammentare il sacrificio di Rosario Livatino a quanti ne conoscono la storia, ma anche presentarlo come modello di vita a quanti non abbiano ancora avuto modo di "incontrarlo".

Il giudice amministrativo, consapevolmente, non motiva invocando i limiti del sindacato di legittimità sulle valutazioni tecnico-discrezionali, ma decide – anche con qualche forzatura – sostanzialmente penetrando, sia pure in senso confermativo, la sfera riservata all'amministrazione procedente. I limiti del sindacato di legittimità vengono citati quasi a sostegno e ratifica di una piena condivisione dell'operato dell'Amministrazione.

Questo a sottolineare l'indubbio afflato etico che ispira la motivazione, che condiziona anche le tecnicalità del giudizio amministrativo.

3. La decisione come "provvedimento antimafia"

La conservazione della casa in una terra ancora infestata dalla mafia costituisce anche un messaggio molto chiaro delle istituzioni circa la volontà di presidiare il territorio, senza dimenticare i propri caduti.

E questo messaggio, in sé, è testimonianza di civiltà.

In questa logica, la lotta antimafia assurge a patrimonio culturale della nazione. È in questo che si disvela una scelta di campo nella decisione del Consiglio di giustizia per la Regione siciliana, che aderisce a una visione anche sociale della cultura, declinata come azione.

D'altronde, i giudici amministrativi da tempo si confrontano con il fenomeno mafioso, dimostrando un approccio fortemente orientato alla salvaguardia della legalità.

Si possono richiamare, in proposito, gli orientamenti in tema di interdittive antimafia e di scioglimento degli enti locali per infiltrazione mafiosa, laddove viene riconosciuta l'esigenza di apprestare una tutela avanzata contro la criminalità organizzata, letta in termini di «antistato».

[7] La trasformazione della privata dimora in potente simbolo sociale è felicemente intravista e descritta da G. V. GIABARDO, *op. cit.*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Dalla decisione emerge anche una notazione critica verso l'antimafia di professione, allorquando i giudici esaltano «l'impegno morale ed etico coltivato esclusivamente nel lavoro e nella riservatezza», che «assumeva valenze ulteriori a confronto delle deviazioni cui era andato incontro un certo modo di intendere e praticare l'iniziativa contro la mafia nella regione siciliana»[8].

Questa sentenza, dunque, si colloca consapevolmente nel solco dell'antimafia, sebbene nella logica della *sicurezza secondaria,* piuttosto che di quella *primaria*.

4. Mafia e religione cattolica

La sentenza non omette di osservare come fosse in corso anche il procedimento di beatificazione per il *giudice-ragazzino*, effettivamente conclusosi l'11 maggio 2021.

Anche questo profilo religioso corrobora la decisione dei giudici amministrativi, giacché – tra l'altro – gli scritti di un beato assumono in sé valore culturale[9].

La beatificazione del magistrato corrobora la rigorosa dissociazione dell'istituzione religiosa dalla mafia, che pure ha sempre manifestato un accentuato lato devozionale, per il passato contraccambiato – o almeno non sufficientemente stigmatizzato – dalla Chiesa.

Le ragioni di questa contiguità spiazzante sono almeno due.

È possibile evocare, soprattutto prima della caduta dell'URSS, il collante dell'anticomunismo, che ha fatto ritenere la mafia un movimento d'ordine e, in ultima istanza, il male minore.

V'è poi l'esigenza della criminalità organizzata di avvalersi dei vincoli più stringenti, quali quelli etico-religiosi, per tenere legati a sé i propri adepti e motivarli nei momenti di maggior difficoltà.

Non sfugge che i riti iniziatici si servano di una legittimazione sacrale, con il bruciamento di un santino; né che la 'ndrangheta, per esempio, trovi nella Madonna di Polsi la propria protettrice; né, ancora, che i mafiosi tendano a voler gestire le cerimonie e le processioni religiose, come fattore di accreditamento sociale nel territorio.

D'altronde, l'adesione a una visione formalistica e individuale del credo ha spesso indotto la Chiesa ad atteggiamenti ambigui o tolleranti verso la mafia.

La Chiesa offriva al peccatore la «liberazione dalla colpa, prospettando come superflua l'esigenza di sottoporsi al giudizio terreno, all'autorità dello Stato: ponendo in contrasto giustizia divina e giustizia terrena, pentimento e collaborazione con la giustizia. Favorendo, come ha scritto Enrico Chiavacci, una tendenza alla

[8] V. ancora, autorevolmente, P. L. PORTALURI, *op. cit.*

[9] «I manoscritti del giudice, anche in seguito alle scelte operate dalla Chiesa (la beatificazione), hanno certamente i requisiti richiesti dal comma 4 dell'articolo 10 del Codice: lo scritto autografo di un martire della giustizia e di un beato è certamente raro e di pregio».

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

privatizzazione della salvezza, fondata su una netta opposizione tra leggi dello Stato e leggi morali»[10].

È proprio per questa ragione che l'esempio di Rosario Livatino è particolarmente luminoso: rimarca indubitabilmente che un buon cristiano non può essere mafioso; e che anzi il fedele che per il suo impegno professionale cade sotto i colpi della mafia è un martire, perché l'assassinio si consuma *in odium fidei*.

Questa beatificazione, insomma, pare implicare che la giustizia dello Stato operi contro la mafia in conformità alla *lex divina*; che quest'ultima esiga che la mafia venga debellata in quanto sistema *anticristiano*[11], senza che possa invocarsi una relazione fideistica individuale tra peccatore e Chiesa né tantomeno, da parte dei mafiosi, una distinzione tra giustizia terrena e giustizia divina, alla quale sola soggiacerebbero.

Rosario Livatino non è, dunque, considerato semplicemente un magistrato trucidato per il suo impegno antimafioso; è, ancor prima, un cristiano che viene assassinato per aver praticato la sua fede anche nella vita professionale[12].

Fu la sua stessa deontologia cristiana a imporgli la rettitudine nell'esercizio delle funzioni giudiziarie: ciò che lo rese per la mafia un nemico, il temuto "*santocchio*"[13], da eliminare[14].

È questa un'altra tappa di un percorso di contrasto a tutte le mafie che la Chiesa cattolica ha intrapreso da tempo, sin dal monito di Giovanni Paolo II, lanciato proprio dopo aver parlato con i genitori del giudice Livatino[15] e che ha condotto, nel 2014, alla scomunica dei mafiosi da parte di Papa Francesco.

Un solco nel quale l'autorevole esempio del giudice Livatino si inscrive nella direzione della riaffermazione della libertà, interiore e civile, davanti all'intimidazione criminale.

---

[10] A. DINO, *Religione, mafie, Chiese: un rapporto controverso tra devozione e secolarizzazione*, in T. CALIO'-L. CECI, *L'immaginario devoto tra mafie e antimafia*, Roma, 2017, p. 149, cui si rinvia per anche il tema più generale.

[11] Non va sottaciuto come, dentro le istituzioni ecclesiastiche, non manchino posizioni che negano che la Chiesa possa essere *anti*, contro qualcosa: dovendo invece portare la fede a chi non ce l'ha. In questo senso, è ampio il dibattito su una pastorale antimafiosa: cfr. A. DINO, *op. cit.*

[12] Non sfugge che, secondo Max Weber, professione non è solo mestiere, per quanto qualificato, ma *professione* – appunto – quasi di *fede*.

[13] https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/livatino-sara-beato-riconosciuto-il-martirio. Tale era l'odio nei suoi confronti che ne fu anche profanata la tomba, nella notte tra il 22 e il 23 aprile 1991.

[14] Argomenta in questo senso le ragioni della beatificazione del giudice B. REINA, *Rosario Livatino "martire della giustizia e indirettamente della fede"*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2021.

[15] Era il 9 maggio 1993 e il Santo Padre ammonì i mafiosi a convertirsi, in vista del giorno del giudizio. Al riguardo, v. anche A. BALSAMO, *Rosario Livatino: il "giudice ragazzino" e la lotta alla mafia tra giustizia e fede*, in www.unicost.eu. Non è dunque casuale il giorno della beatificazione del giudice, che si riannoda chiaramente al monito papale del 1993.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

5. L'esempio del giudice Livatino

Rosario Livatino fu assassinato da quattro sicari, mentre si recava al lavoro. Quando fu raggiunto dai suoi assassini chiese loro: «Picciotti, che cosa vi ho fatto?».

La sua figura di magistrato e di cattolico si caratterizza rispetto agli altri eroi antimafia per la postura religiosa, la sua profonda fede, che gli imponeva elevatissimi *standard* di rettitudine[16], ferma restando l'esigenza di dare a Cesare quel ch'è di Cesare[17].

Ed è importante ricordare che Papa Francesco lo addita come esempio non solo per i giudici, «ma per tutti coloro che operano nel campo del diritto»: questi valori, insomma, devono appartenere a chiunque si occupi, a qualunque titolo, di *giustizia*.

L'esempio del beato assume vieppiù valore in un momento di profonda crisi del giudiziario nel nostro Paese[18]. E riecheggiano, al riguardo, le sue parole a difesa dell'indipendenza del giudice, pronunciate nell'aprile del 1984 al Rotary club di Canicattì, in una conferenza intitolata «Il ruolo del giudice nella società che cambia»[19].

La storia della morte del *giudice-ragazzino* incrocia altre alte parabole umane, quasi a testimonianza della grandezza dell'evento, che avvince chiunque vi sia coinvolto.

A partire dal testimone, Pietro Ivano Nava, agente di commercio del lecchese, che casualmente assistette al delitto e ritenne proprio dovere raccontare la verità, quando tacere sarebbe stata, egoisticamente, l'opzione più vantaggiosa[20].

Ma anche due degli assassini hanno conosciuto un pentimento, in senso morale, per il male inferto, chiedendo perdono per l'atroce delitto, a conferma dell'eccezionalità di una tragica vicenda in cui la luce del magistrato ucciso pare proiettarsi persino sul cammino dei suoi sicari[21].

---

[16] Quando entrò in magistratura, appuntò: «Oggi ho prestato giuramento: da oggi sono in magistratura. Che Iddio mi accompagni e mi aiuti a rispettare il giuramento e a comportarmi nel modo che l'educazione, che i miei genitori mi hanno impartito, esige». Sulle agende del giudice era apposta la sigla S.T.D.: *sub tutela Dei*. Egli affidava la sua vita e la sua opera alle mani di Dio, affinché lo guardasse e guidasse le sue azioni.

[17] Tra fede e diritto ebbe modo di affermare che corresse «non quindi indifferenza, non quindi assoluta separazione, ma giusto rapporto»: R. LIVATINO, *Fede e diritto*, 30 aprile 1986. Riguardo la distinzione dei due fori nel pensiero di Livatino v. anche G. RUTA, *Rosario Livatino: identità, martirio, magistero*, in *Questione giustizia*, 21 settembre 2020.

[18] Al riguardo, afferma che «la Provvidenza con la beatificazione di Rosario Livatino in un momento come questo lancia segnali inequivocabili. Si pensi alla crisi di credibilità che vive la magistratura […]» Domenico Airoma, vice presidente del Centro Studi Livatino, intervistato da A. PICARIELLO, *Amante e servitore della verità*, in *Avvenire*, 9 maggio 2021.

[19] Sul punto, A. BALSAMO, *op. cit.*

[20] Eloquente l'audizione di Nava presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere del 21 settembre 2016, in cui viene definito testimone di giustizia «puro» dalla Presidente Rosy Bindi. Nava, nello spiegare le ragioni della propria scelta, emblematicamente afferma: «Perché ho fatto questa scelta? È semplice: io ho avuto una famiglia che mi ha insegnato che devi avere senso di responsabilità, che quando tocca a te tocca a te, che non puoi alzarti la mattina, andarti a fare la barba e dirti le bugie».

[21] *Ex multis*, v. M. DELLA MONICA, *Livatino, si pente uno dei killer*, in *Avvenire*, 30 giugno 2016.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

È questa "eccezionalità nella normalità" il lascito più prezioso del giudice Livatino, che rappresenta insostituibile guida per i giuristi di buona volontà, cui pare indirizzata una sua intima riflessione: «alla fine della vita non ci sarà chiesto se siamo stati credenti, ma credibili»