

Editoriale

ARISTIDE POLICE, *Nuove idee per sfide inattese* V

ANNIVERSARI

MARCO D'ALBERTI, *La legge sulla concorrenza, trent'anni dopo* XI

Saggi

VINCENZO FERRARO, *L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria. La prospettiva del diritto europeo* 255

GIUSEPPE TROPEA E ANNALaura GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale* 309

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA, *Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale* 347

Articoli

FRANCESCO DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione* 367

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *I rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) tra obiettivi europei e modellistica* 389

VIRGINIA CAMPIGLI, *Riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico* 413

sommario

Commenti

SVEVA DEL GATTO, *Iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato: il caso degli impianti a fune con finalità turistico-ricreativa*.....455

NOTIZIE SUGLI AUTORI477

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 2/2020
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/2_2020

Editorial

ARISTIDE POLICE, *New ideas for unexpected challenges* v

ANNIVERSARIES

MARCO D'ALBERTI, *The Italian Competition Law: thirty years later*..... xi

Essays

VINCENZO FERRARO, *The administrative authorization for the exercise of the banking activity. The European Law perspective*..... 255

GIUSEPPE TROPEA AND ANNALaura GIANNELLI, *Pandemic emergency and Public Procurement: a “Simplification” in chiaroscuro, between temporary measures and perspectives of structural reforms* 309

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA, *Simplification and substitution from the “Madia” Law to the Law Decree no. 76/2020. The role of the administration in economic and social development policies* 347

Articles

FRANCESCO DE LEONARDIS, *Big data, administrative decisions and “lack” of resources for the Public Administration* 367

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Waste of electric and electronic equipment (WEEE) between European objectives and national management schemes*..... 389

VIRGINIA CAMPIGLI, *Considerations on the “planning grid” in the pharmaceutical service sector* 413

table of contents

Comments

SVEVA DEL GATTO, *Private economic initiative and public intervention in the market: the case of cableways for tourist-recreational use*.....455

LIST OF CONTRIBUTORS477

EDITORIALE

ARISTIDE POLICE

NUOVE IDEE PER SFIDE INATTESE

1. «Sono questi nel nostro Paese, giorni di impegno e di riflessione. Nuove idee sono richieste per rispondere a sfide inattese», così in un recente intervento il Presidente della Repubblica, sottolineando come vi sia «un’attesa esigente: ci si interroga su come il Paese possa imboccare, in questa fase di ricostruzione, strade più moderne e insieme più rispettose delle risorse naturali, per modelli di vita che vedano le persone, al centro degli sforzi di crescita della nostra società e di quella che disegneremo»¹. Questa attesa esigente di nuove idee per sfide inattese è un monito che *Munus* intende raccogliere per contribuire ad indicare nuove strade o rinnovate prospettive di sviluppo al servizio della Persona e delle Formazioni sociali.

In questo numero sono due le direttrici principali della riflessione che si propone ai lettori.

Da un lato, anche in occasione del trentennale della legge istitutiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), ci si interroga sul rapporto tra servizio pubblico e mercato, sull’attualità (e sui limiti) degli strumenti del *public enforcement* in relazione alle esigenze di fruizione collettiva di beni e servizi. La riflessione di Marco D’Alberti e il commento (ad una recente pronuncia della Consulta) di Sveva Del Gatto offrono due diverse ma concorrenti prospettive: quella di valorizzazione delle garanzie del mercato attraverso l’esercizio di poteri “neutrali” di regolazione e quella di segno, solo apparentemente contrapposto, di conservazione del margine di scelta “politica” nell’assunzione in titolarità di un pubblico servizio.

Altro ambito di riflessione è quello collegato con le opportunità che l’*hardware* e il *software* della moderna tecnologia elettronica possono offrire a servizio della Collettività. Nella sezione dei *Saggi*, figura infatti un lavoro di Francesco de Leonardis sull’esigenza di valorizzazione dei *Big Data* nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni, anche a fronte delle

¹ Il riferimento è all’*Intervento* del Presidente Sergio Mattarella in occasione della prima maratona digitale di *Visionary Days* intitolata «Quale Futuro» (Roma, palazzo del Quirinale, giugno 2020).

limitate risorse di queste ultime. E fra gli *Articoli* troviamo una riflessione di Giuseppe F. Ferrari sulle prospettive di recupero e restituzione di valore ai rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche.

Come si vede quindi la sollecitazione di nuove idee non resta delusa e continuerà a trovare risposte suggestive e stimolanti anche nei nuovi numeri della Rivista.

2. In queste pagine iniziali, però, più che soffermarci sulle linee portanti di questo numero, pare utile continuare la riflessione avviata nell'*Editoriale* apparso nel n. 1/2020, nel quale Aldo Sandulli, Giuseppe Piperata e Lorenzo Saltari hanno, con intelligenza e con passione, auspicato *Il ritorno del Servizio alla Comunità*. Un auspicio che, come ben è stato messo in luce, è del resto la stessa ragione di ispirazione di questa Rivista.

Proprio le sfide inattese di questi mesi, infatti, inducono a riprendere quella riflessione per leggere il suo rovescio e formulare il concorrente auspicio del *ritorno della Comunità al Servizio*. Non occorre certo ritornare con la nostra memoria ai *munera civilia*, quei doveri che il cittadino adempiva a vantaggio del *Municipium*² per segnalare come le sorti del servizio reso alla Comunità poggino le sue intere fondamenta sulla disponibilità al servizio della Comunità medesima. Questa relazione biunivoca dovrebbe apparire tanto ovvia da non giustificare una riflessione sul punto.

Ed invece la retorica populista dei tempi recenti³ accompagnata ad una più risalente e storica prassi di alimentazione del consenso democratico a mezzo dell'alimentazione non controllata della spesa pubblica per servizi e prestazioni sociali⁴, ha prodotto l'illusione collettiva di un diritto al servizio pubblico e più in generale al sussidio pubblico cui non corrisponde alcun obbligo o dovere. Questa illusione è frutto della responsabilità di molti, an-

² È sufficiente rileggere le pagine di F. Calasso, *Munera*, in *Enc. it.* Roma, Treccani, 1934, laddove ci ricorda come i *munera civilia* furono la specie più importante e vasta di *munera*; essi variavano però secondo i luoghi. Soleva farsene una *triplex divisio*, distinguendosi i *munera personalia*, i *munera patrimonii* e i *munera mixta*. Nella prima categoria rientra ogni attività del cittadino rivolta alla difesa della città, la *legatio* (ambasciate all'imperatore, al senato, ecc.), il *cursus publicus* (servizio postale), la *tironum et equorum productio*, le varie *curae*, cioè incarichi straordinari (ad esempio, la *cura annonae, ludorum, equorum, aquaeductus, operum publicorum, pecuniae publicae exigendae*, ecc.).

³ Sul punto si ricordano le recenti riflessioni di N. Urbinati, *Io, il popolo: come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna il Mulino, 2020 e quelle di Y. Meny, *Popolo ma non troppo*, Bologna, il Mulino, 2019 (ma già Y. Meny e Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004).

⁴ Sul punto, per una lettura anche solo giornalistica, F. Vecchi, *I figli del debito*, Segrate, Piemme, 2019.

nuove idee per sfide inattese

che degli studiosi del diritto pubblico nella seconda metà del Novecento, se è vero che perfino Bobbio, ripensando al suo importante studio *L'età dei diritti*⁵ rimpiangeva il non avere più le energie necessarie per scrivere una “età dei doveri”, rilevando come il costituzionalismo dei diritti dovesse riscoprire i doveri⁶.

Ce lo ricorda Sabino Cassese, nella recente raccolta di «dialoghi con se stesso» pubblicati su *Il Foglio* ed ora in un volume che significativamente ha come sottotitolo *L'età dei doveri*⁷. Nella quotidianità dell'oggi si sono anteposti i diritti ai doveri, i diritti sono stati concepiti come illimitati, si sono spesso dimenticati i doveri e solo in pochi casi essi sono divenuti responsabilità⁸.

«Se c'è un diritto alla salute, c'è anche un dovere di sottostare a limiti nell'interesse della collettività», quanto suonano attuali e sorprendenti queste affermazioni, altrimenti ovvie. E analoghe corrispondenze biunivoche potrebbero essere declinate con riguardo a molteplici diritti a prestazioni sociali e più in generale a prestazioni di pubblici servizi. Si tratta di un esercizio necessario? Non si corre il rischio che questo *Editoriale* possa esser preso per un modesto (ed inutile) sermone? Corriamo volentieri questo rischio.

3. In realtà è da tempo che negli studi di diritto amministrativo si pone in luce la rilevanza della «matrice della doverosità» e del «vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future»⁹, questa riflessione è spesso accompagnata agli studi sulla conservazione dell'ambiente e sull'esigenza di “sviluppo sostenibile”¹⁰, ma come si intuisce essa trova applicazioni non meno rilevanti con riguardo alla sostenibilità dei livelli delle prestazioni del servizio pubblico ed in particolare all'aspirazione utopistica di una sua universalità senza oneri.

⁵ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

⁶ Lo ricorda G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018, 110.

⁷ Il riferimento è a S. Cassese, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Milano, Mondadori, 2020.

⁸ Così proprio S. Cassese, *op. cit.*, 253, che ricorda anche il bel libro di A. Barbano, *Troppi diritti. L'Italia tradita dalla libertà*, Milano, Mondadori, 2018.

⁹ Si pensi, ad esempio, alle riflessioni che da un decennio svolge F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010. Più brevemente, *Id.*, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 433 ss., spec. 437 s.

¹⁰ Come è noto, gli *Obiettivi di Sviluppo Sostenibile* sono un appello universale all'azione per porre fine alla povertà, proteggere il pianeta e migliorare le vite e le prospettive di tutti, ovunque. I diciassette obiettivi sono stati adottati da tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite nel 2015, come parte dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile che prevedeva un piano quindicennale per raggiungere gli obiettivi.

Ed anche negli studi di diritto costituzionale, sia pure con difficoltà nell'affrancarsi dalla prospettiva dei (soli) diritti¹¹, non mancano riflessioni sulla dimensione della solidarietà e sulla ricostruzione di una responsabilità giuridica in senso proprio nei confronti della Comunità¹².

La difficile stagione che vive il nostro Paese e l'intero Consorzio umano ci induce a ricordare i nostri *Munera* a beneficio della Comunità. A cominciare dai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»¹³, così come al «dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»¹⁴. L'assunzione in titolarità di un pubblico Servizio da parte dello Stato o di un ente pubblico non ci solleva certo dai nostri doveri verso la Comunità.

Si pensi ad esempio all'istruzione "inferiore" obbligatoria e gratuita, questo Servizio sociale fra i più importanti garantiti dalla Carta costituzionale non esonera certo i genitori dal «dovere» di «istruire ed educare i figli»¹⁵. Eppure, proprio la cronaca quotidiana di questi difficili mesi ci rappresenta una opinione pubblica che dimentica questo fondamentale dovere e che con più o meno composte rivendicazioni lamenta il mancato soddisfacimento del corrispondente diritto alle istituzioni scolastiche ed al governo che ne ha la responsabilità politica ultima.

Ebbene, non si può non concordare con chi da tempo sottolinea come un «antropocentrismo dei diritti» finisca per sciogliere l'individuo dalle sue responsabilità¹⁶, dai suoi *Munera*, verso la Comunità cui appartiene. Proprio

¹¹ Il principio di solidarietà viene spesso letto «oltre l'ambito della doverosità (giuridica)» (così proprio E. Rossi, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, spec. 56. Si veda anche S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. Soc.*, 1996, n. 1, 1 ss. Ma si ricordi C. Carbone, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1968.

¹² Così R. Bifulco, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia dalla morale e diritto naturale laico*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, Giuffrè, 2003, 169 ss.; poi dello stesso Autore, *Diritto e generazioni future*, Milano, Franco Angeli, 2008.

¹³ Sull'art. 2 Cost., si vedano fra i tanti A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1975, 199 ss.; E. Rossi, *Commento all'art. 2*, cit., 38 ss.

¹⁴ Sull'art. 4 Cost., si vedano fra i tanti G.F. Mancini, *Commento all'art. 4*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 50 ss.; A. Cariola, *Commento all'art. 4*, in *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 114 ss.

¹⁵ Sull'art. 30 Cost., si vedano fra i tanti M. Bessone, *Commento all'art. 30*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 86 ss.; E. Lamarque, *Commento all'art. 30*, in *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 622 ss.

¹⁶ Così F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit., 438.

nuove idee per sfide inattese

per evitare la dissoluzione della Comunità è necessario che la prospettiva dei diritti si accompagni sempre a quella dei doveri e delle responsabilità. La vera difficoltà sta proprio nell'*enforcement* di questi doveri civici, nella "attivazione" della relazione di responsabilità.

4. Non v'è dubbio che questo sia il problema principale del diritto pubblico e che risulti assai difficile (se non a tratti impossibile) pretendere l'adempimento di tali doveri in modo coattivo o addirittura ricorrendo a misure di tipo sanzionatorio¹⁷. Garantire l'adempimento dei doveri civici a mezzo degli strumenti tipici del *legal enforcement* come possono essere gli ordini o le sanzioni risulta largamente inefficace ed in molti contesti anche impraticabile. Una difficoltà che ha giustificato, per molti decenni, la negazione di una valenza giuridica degli obblighi di solidarietà e la riconduzione di tali obblighi nella sfera delle "obbligazioni naturali" o del "diritto naturale".

In realtà, tuttavia, la difficoltà di assicurare l'effettività di un precetto, di affermare la doverosità di una condotta, di azionare la responsabilità individuale per l'inadempimento di obblighi di solidarietà, non equivale, né giustifica la rinuncia a riconoscere la stessa sussistenza del precetto, dell'obbligo o del dovere.

Le inefficienze o le difficoltà di una imposizione coattiva a mezzo di istituti giuridici, infatti, ben possono trovare significativi strumenti correttivi nelle scienze economiche e, in particolare, nella valorizzazione di incentivi connessi alla fruizione di un più vasto novero di prestazioni pubbliche, ovvero alla riduzione di alcuni fra i diversi obblighi di prestazione patrimoniale in favore dell'Erario¹⁸. Altre possibili forme di sollecitazione della Comunità verso il *Munus* sono gli strumenti della *sharing economy*¹⁹, volte a favorire ini-

¹⁷ Così proprio S. Cassese, *Il buon governo*, cit., 255, secondo cui «se infatti con la responsabilità si fanno gravare su un soggetto obblighi specifici alla cui violazione si ricollega il sorgere della responsabilità, il problema è il come far diventare l'accollo dei doveri anche una responsabilità, come collegare al mancato adempimento una conseguenza che agisca come una sanzione in senso lato. Il diritto pubblico, in questo, è molto meno stringente di quello privato».

¹⁸ Da molto tempo nella letteratura economica statunitense si evidenzia questa opportunità. Così ad esempio G.S. Becker e G.J. Stigler, *Law enforcement, malfeasance and compensation of enforces*, in 3 *Journal of legal studies* (1974), 1 ss. Più di recente, J.J. Laffont e J. Tirole, *A Theory of incentives, procurement and regulation*, Cambridge, MIT Press Books, 1993.

¹⁹ In materia sono fondamentali gli scritti di R. Botsman, *Who Can You Trust?: How Technology Brought Us Together – and Why It Could Drive Us Apart*, London, Penguin Books, 2018; R. Botsman e R. Rogers, *What's mine is yours*, London, Harper Collins, 2010. Il fenomeno in una prospettiva giuridica è stato indagato da V. Molaschi, *Economia collaborativa e beni*

ziative private e comunitarie sussidiarie rispetto alle più tradizionali forme di erogazione di servizi pubblici, soprattutto quando essi siano connessi al godimento o all'uso di determinati beni.

Anche accettando che i comportamenti sociali degli individui non rispondano perfettamente alla razionalità, è indubbio che almeno in via tendenziale gli individui e le imprese siano sensibili agli stimoli economici. E se «compito della teoria economica è individuare quei meccanismi che inducono gli agenti a realizzare gli obiettivi desiderati dalla società»²⁰, è compito degli studiosi delle istituzioni pubbliche proporre modelli incentivanti il ritorno della partecipazione della Comunità (attraverso i singoli e le loro formazioni) al Servizio pubblico.

In questa prospettiva l'auspicio è che, anche dalle pagine di questa Rivista, economisti e giuristi possano offrire nuove significative idee per far fronte a sfide inattese. Un auspicio si spera non "visionario" per un ritorno della Comunità al Servizio. In questo, è di significativa ispirazione l'insegnamento di Feliciano Benvenuti²¹; così come nei suoi studi sul finire del secolo passato si proponeva la lettura di un *Nuovo Cittadino*, che attraversava il guado della «libertà garantita» per far approdo sulla sponda della «libertà attiva», oggi il Cittadino nuovo dovrebbe trovare il coraggio di abbandonare la sempre più cedevole sponda della «solidarietà garantita», per guadagnare quella più sfidante della «solidarietà attiva».

comuni: analogie, differenze e intersezioni, nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile, in *Dir. econ.*, 2020, n. 2, 345 ss.

²⁰ Sul punto per tutti si veda, A. del Monte, *Incentivi economici*, in *Enc. scienze soc.*, Roma, Treccani, 1994.

²¹ Il riferimento è a F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.

EDITORIALE - ANNIVERSARI

MARCO D'ALBERTI

LA LEGGE SULLA CONCORRENZA, TRENT'ANNI DOPO

SOMMARIO: 1. La genesi. – 2. L'attuazione. 3. Gli esiti.

1. La genesi

La legge italiana sulla concorrenza fu approvata nel 1990 (l. 10 ottobre 1990, n. 287). Cento anni dopo lo *Sherman Act* statunitense e più di trent'anni dopo il Trattato di Roma e la legge antitrust tedesca. Lungo lo scorso secolo vi erano stati diversi studi di giuristi italiani sulla disciplina della concorrenza. Basti ricordare i contributi di Tullio Ascarelli, dagli anni Trenta al 1960. Ma la genesi della legge del 1990 si colloca nella seconda metà degli anni Ottanta del Novecento.

Nel 1987 venne varata al Senato una indagine conoscitiva sull'internazionalizzazione delle imprese e le concentrazioni industriali e nello stesso anno fu istituita una Commissione per la concorrenza da Valerio Zanone, Ministro dell'industria e studioso di storia economica e politica. A presiedere la Commissione fu chiamato Franco Romani, professore di scienza delle finanze nella facoltà di giurisprudenza della Sapienza e grande conoscitore dell'antitrust europeo e statunitense, più volte *visiting professor* alla *Law School* di Yale. Della commissione facevano parte – tra gli altri – Mario Monti, Federico Mancini, Tommaso Padoa Schioppa, Sabino Cassese, Giorgio Bernini. I lavori della Commissione si rivelarono essenziali per la costruzione della legge. Come determinante fu il contributo dato da Giuliano Amato che nel 1988, da Ministro del tesoro, fu tra coloro che presentarono in parlamento il disegno di legge governativo che conteneva il grosso delle norme poi versate nel testo definitivo. Tre furono i punti fermi della Commissione Romani.

In primo luogo, era necessario “portare in Italia” le norme comunitarie del Trattato e dei regolamenti in materia di intese restrittive della concorrenza, di abusi di posizione dominante e di concentrazioni limitative della concorrenza: quelle norme, dettate per i casi incidenti sul commercio interstatuale all'interno del mercato europeo, dovevano essere applicate ai casi nazionali.

In secondo luogo, l'applicazione delle norme doveva essere affidata ad un'autorità amministrativa indipendente dal governo e dagli operatori economici. Franco Romani era partito dal modello statunitense – a lui ben noto – secondo cui l'*enforcement* delle norme antitrust è essenzialmente affidato ai giudici, mentre l'amministrazione (l'*Antitrust Division* del *Department of Justice*) svolge il ruolo di *prosecutor*. Finì poi per aderire alla scelta di riprendere il modello comunitario, nel quale l'*enforcement* è attribuito alla Commissione europea e la Corte di giustizia interviene *ex post*, esercitando il sindacato giurisdizionale sulle decisioni antitrust adottate dalla Commissione. Modello peraltro seguito anche negli Stati Uniti per i casi affidati alla decisione della *Federal Trade Commission*.

In terzo luogo, la Commissione Romani sottolineò che non bastava la legge generale antitrust per promuovere e tutelare la concorrenza, ma era necessaria una “strategia complessiva” finalizzata ad eliminare dall'ordinamento le tante leggi settoriali che ostruivano i mercati. Questo profilo stava particolarmente a cuore a Franco Romani che, da liberale e liberista, era a favore di una forte deregolazione e di istituzioni pubbliche leggere.

La legge fu varata su queste basi. Portò in Italia le norme antitrust europee. Istituì, per attuarle, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), assicurandole indipendenza. Attribuì all'AGCM non solo i poteri decisionali idonei ad accertare e sanzionare le infrazioni alle regole di concorrenza, ma anche poteri di segnalazione al governo e al parlamento di leggi, regolamenti e misure amministrative che potessero distorcere l'equilibrio dei mercati.

Del primo collegio, insediatosi nel novembre 1990 e presieduto da Francesco Saja, già Presidente della Corte costituzionale, entrò a far parte Franco Romani. Dal 1994 quel collegio fu presieduto da Giuliano Amato. Dunque, due tra i principali ispiratori della legge – Romani e Amato – divennero anche protagonisti della sua attuazione. Un esempio raro e virtuoso di continuità tra costruzione normativa e applicazione delle regole che, naturalmente, giova al buon funzionamento delle istituzioni pubbliche.

2. L'attuazione

Dal 1990 ad oggi l'AGCM ha svolto un'azione efficace. Ci si può qui limitare solo ad alcuni esempi delle principali decisioni prese.

L'AGCM ha censurato intese restrittive della concorrenza in molteplici mercati. Va ricordata la decisione che nel 2000 sanzionò pesantemente, per 700 miliardi di lire, più di quaranta compagnie di assicurazioni per un car-

la legge sulla concorrenza, trent'anni dopo

tello di prezzo nel mercato della responsabilità civile auto. Passando a tempi recenti, è degna di segnalazione la sanzione inflitta nel 2014 a due colossi farmaceutici per un'intesa consistente nel promuovere un farmaco assai costoso per il trattamento di gravi patologie oftalmiche ai danni di un farmaco dal prezzo contenuto. In tal caso, la decisione dell'AGCM ha punito una grave infrazione alle norme antitrust che restringeva la concorrenza e, al tempo stesso, impediva a molti l'accesso a farmaci essenziali, sacrificando in modo inaccettabile il diritto alla salute. Dunque, una decisione che ha a che fare non solo con i mercati, ma anche con la tutela di diritti fondamentali non economici.

Possono anche ricordarsi le numerose decisioni che hanno sanzionato gli abusi di posizione dominante degli *incumbent* nei mercati delle comunicazioni elettroniche, dell'energia, delle poste. Di recente, l'attenzione si è concentrata sempre più sui mercati digitali, in cui i colossi che gestiscono le varie piattaforme mettono a rischio concorrenti, consumatori e diritti non economici, come quello alla riservatezza.

Diverse fusioni tra imprese o acquisizioni di controllo sono state vietate o consentite a condizioni severe: è il caso di una recente decisione su una rilevante operazione di concentrazione nel settore radiotelevisivo, autorizzata con prescrizioni stringenti nel 2016.

Il ruolo giocato dall'AGCM è stato rilevante anche per quel che riguarda le segnalazioni e i pareri. Si tratta dell'attività che, secondo la dizione inglese ormai entrata nell'uso comune, viene denominata *advocacy*, cioè promozione della concorrenza, per distinguerla dall'*enforcement*, che sta ad indicare l'accertamento degli illeciti e l'irrogazione delle sanzioni. Particolarmente importanti le segnalazioni relative non a singoli mercati, ma a problemi trasversali. Ad esempio, quelle in materia di concessioni, finalizzate ad evitare affidamenti senza gara, o durate eccessive, o proroghe facili: tutti fattori di grave distorsione dei mercati e di ingiustificato vantaggio per concessionari che divengono in tal modo titolari di esclusive inespugnabili. O anche le segnalazioni relative alla legge annuale per il mercato e la concorrenza, che dovrebbe rimuovere o modificare norme che chiudono i mercati: legge prevista nel nostro ordinamento fin dal 2009, ma varata solo nel 2017 anche grazie alle forti sollecitazioni contenute in quelle segnalazioni. Va detto, tuttavia, che la legge del 2017 è rimasta tutt'ora l'unica, non essendosi ancora rispettata la cadenza annuale prevista nel 2009, cadenza essenziale per procedere a una rimozione sistematica di leggi e regolamenti anticompetitivi.

Nel tempo l'AGCM ha assunto nuove funzioni. Importanti quelle in materia di tutela dei consumatori. Questi traggono già beneficio dall'applicazione delle norme sulla concorrenza, ma ricevono protezione diretta gra-

zie alle norme – contenute nel codice del consumo – che vietano pratiche commerciali scorrette. L'applicazione di queste norme è tanto più importante nell'attuale fase di pandemia da COVID-19, in cui si sono moltiplicate condotte sleali o pubblicità ingannevoli, come quelle che promettono rimedi sicuri contro il contagio.

Il raccordo con l'Unione europea è stato sempre solido. Particolarmente intenso negli anni in cui nella Commissione europea la politica della concorrenza era affidata a Mario Monti (1999-2004), un tempo in cui gli illeciti commessi da grandi imprese multinazionali furono puniti dalla Commissione in modo ben più rigoroso di quanto non avessero fatto i giudici statunitensi; e le sinergie con l'AGCM furono sistematiche.

I rapporti con l'Europa si consolidarono dopo l'approvazione del reg. Ce n. 1/2003, sulla base del quale venne istituita la *European Competition Network*, formata dalla Commissione europea e dalle autorità di concorrenza degli Stati membri dell'Unione per le decisioni relative a casi di intese restrittive o abusi di posizione dominante di rilievo comunitario. E continuano intensi anche oggi, soprattutto nell'impegno contro i *tech giants*, fortemente coltivato da Margrethe Vestager, commissario alla concorrenza.

Non è mancata l'azione sul piano internazionale. Fu determinante il contributo dell'AGCM alla creazione, nel 2001, dell'*International Competition Network*, una rete composta da numerose autorità nazionali di concorrenza di tutti i continenti, priva di poteri di *enforcement*, ma essenziale per il coordinamento fra quelle autorità e per aver messo in campo importanti strumenti di *advocacy*.

3. Gli esiti

Dunque, una buona legge e ben attuata.

Il diritto amministrativo dell'economia ne è stato modificato sotto diversi aspetti. Innanzitutto, la formula delle autorità indipendenti ne è stata rafforzata. L'AGCM è senza dubbio la più innovativa tra tali autorità. Essa è connotata non solo dall'indipendenza nei confronti del governo e delle imprese, ma anche dalla neutralità. Le decisioni dell'AGCM sono prese al termine di un procedimento assai complesso, basato sull'acquisizione di fatti e di prove, con audizioni delle parti dinanzi agli uffici istruttori, con una discussione finale dinanzi al collegio che somiglia a un contraddittorio processuale. Che l'AGCM fosse non solo indipendente ma anche neutrale fu detto in un'importante sentenza del Consiglio di Stato del 2002. Ciò non significa certo che l'Autorità abbia natura giurisdizionale: resta un'ammi-

la legge sulla concorrenza, trent'anni dopo

nistrazione, ma agisce in modo quasi-giudiziale. Non essendo un giudice, ad essa è precluso di poter domandare alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale, come ha sancito ultimamente la Corte costituzionale. Ma negare il suo ruolo neutrale significherebbe disconoscere il suo DNA di autorità amministrativa del tutto peculiare.

Inoltre, la legge del 1990 e la sua applicazione hanno contribuito a ridurre una discrezionalità amministrativa che poteva essere idonea ad ostacolare l'accesso di nuove imprese nel mercato o il gioco concorrenziale al suo interno. Alcune *entry barriers*, come le autorizzazioni amministrative, sono state ridimensionate, anche grazie all'azione dell'AGCM e delle altre autorità nazionali di concorrenza rivolta ai legislatori, e risultano ora essere uno strumento eccezionale per l'accesso al mercato, da giustificarsi appositamente. La regola è che le imprese possano avviare la loro attività economica con dichiarazioni o segnalazioni alle autorità pubbliche, le quali mantengono un potere di controllo *ex post* sulla sussistenza dei requisiti di legge e sulla regolarità dell'attività economica: il provvedimento amministrativo *ex ante* per consentire l'avvio dell'impresa è stato in più casi eliminato.

Rilevanti anche gli effetti sulle concessioni amministrative: si è già accennato al contributo dato dall'AGCM al contrasto degli affidamenti senza gara, alle durate eccessive e alle proroghe facili. E la progressiva attenuazione della discrezionalità politica e amministrativa nel conferimento degli incentivi alle imprese deve qualcosa all'impegno dell'AGCM. Gli incentivi semiautomatici in forma di sgravi fiscali, la priorità delle sovvenzioni alle *start-up* e all'innovazione imprenditoriale hanno in parte superato una prassi dell'incentivazione largamente basata su un mercato politico più che economico, in cui viene premiata l'impresa – o più spesso l'imprenditore – che si trova in rapporto più stretto con il decisore politico. Una prassi fra le peggiori della “mano visibile” dei pubblici poteri, che ha sempre vanificato ogni seria competizione economica.

Ma cosa ne è della concorrenza effettiva nei mercati? Certamente la buona legge – e ben attuata – del 1990 ha dato una scossa in senso pro-competitivo, grazie alle attività sia di *enforcement* che di *advocacy* poste in essere dall'AGCM nel contesto nazionale e sovranazionale.

Tuttavia, restano ancora seri limiti. Stentano ad avere adeguata diffusione gli effetti più significativi della concorrenza, come l'abbassamento dei prezzi, l'aumento della qualità dei prodotti e dei servizi, il potenziamento dell'innovazione e della ricerca. Tutto ciò incide negativamente sulla crescita del Paese. Nella letteratura economica sono emerse opinioni diverse sui nessi tra concorrenza e crescita, ma le evidenze empiriche mostrano che un aumento della concorrenzialità può agire da fattore favorevole allo sviluppo.

Se la concorrenza non si rafforza a sufficienza, l'economia ne può soffrire. Sta di fatto che questi ultimi trent'anni sono stati tra i peggiori della storia economica italiana dall'Unità ad oggi: lo ha sottolineato efficacemente – in scritti recenti – Pierluigi Ciocca. Non è che tutto dipenda da una concorrenza insufficiente. Vi sono numerose cause che concorrono al ristagno nella crescita e che in questa sede non possono neppure essere accennate. Quel che qui si può dire è che lo sviluppo carente della concorrenza, nonostante la legge buona e ben attuata, può trovare diverse spiegazioni.

Anzitutto, la legge del 1990 è venuta da fuori, dalle influenze statunitense, dell'Europa comunitaria, della Germania. Ed è precipitata su un tessuto istituzionale e costituzionale che a lungo ha ignorato le esigenze del mercato e della concorrenza. La Costituzione del 1948 non conosceva la concorrenza, forse per il prevalere nella Costituente delle ideologie cattoliche e socialiste rispetto alle impostazioni liberali. Le ideologie prevalenti, incentrate – giustamente – sui valori della solidarietà, portarono a considerare – erroneamente – la concorrenza come fattore trainante di un'economia che rischiava di dimenticare la solidarietà. Si è mostrato, invece, che la concorrenza ha contribuito a potenziare la tutela non solo del libero mercato, ma anche di diritti non-economici fondamentali, come il diritto alla salute: in questi casi, solidarietà e concorrenza possono convergere. Ma la Costituzione è rimasta pressoché inalterata sul punto: la tutela della concorrenza vi è entrata solo indirettamente con la riforma del Titolo V del 2001.

In secondo luogo, una legge generale sulla concorrenza non basta. Occorre liberare l'ordinamento dalle tante leggi settoriali che ostruiscono i mercati. Era il monito di Franco Romani, che è rimasto inascoltato. Le segnalazioni dell'AGCM al parlamento e al governo sono state più che utili, come si è visto. Ma occorre – come disse Romani – una “strategia complessiva” finalizzata ad abrogare o modificare sostanzialmente le leggi e i regolamenti anti-competitivi. La previsione nel 2009 di una legge annuale per il mercato e la concorrenza rispondeva – almeno in parte – all'idea di quella strategia. Ma ci sono voluti otto anni per avere la prima, che è rimasta per ora l'unica. Il che dimostra che la strategia, in realtà, non c'è. Basti pensare al settore dei servizi pubblici locali, ancora pieno di affidamenti diretti e di condizionamenti politici che sacrificano le esigenze dell'economia.

In terzo luogo, la cultura e l'opinione pubblica nel nostro Paese restano lontane dalla concorrenza. Per quelle radici ideologiche di cui s'è detto prima, ma per molte altre ragioni, spesso meno nobili: la logica del merito è assolutamente messa dietro le quinte, nell'economia e nella società; le imprese cercano mercati protetti; il neoliberismo è sovente neo-privatismo: si critica l'eccesso della mano pubblica, ma quando la mano privata ne ha necessità la

la legge sulla concorrenza, trent'anni dopo

invoca; la nostra imprenditoria sconta ritardi – pur con eccezioni di rilievo – nell'innovazione tecnologica e nel capitale umano, che sono essenziali per competere in Italia e all'estero.

Infine, gli economisti e i giuristi che nel nostro Paese si occupano di concorrenza coltivano con grande efficacia – come è indispensabile – i profili tecnici della materia, ma rimangono spesso lontani dall'entusiasmo che mostrano oggi tanti loro colleghi oltreoceano nel riportare alla luce i significati più profondi dell'antitrust. Diversi studiosi delle Università di Yale e Columbia stanno riprendendo i valori dell'antitrust delle origini, in una fase in cui anche negli Stati Uniti vi è stato un indebolimento della concorrenza. Si parla di un *antitrust for values*, così come il senatore John Sherman, con altre parole, lo presentò al Congresso americano nel procedimento legislativo che condusse all'approvazione della legge antitrust del 1890 che porta il suo nome. Sherman disse che una legge antitrust contro i cartelli e i monopoli serviva non solo per tutelare la democrazia economica, ma anche per contribuire a salvaguardare i valori della democrazia politica. I grandi gruppi industriali annientavano i concorrenti, colpivano i consumatori con prezzi più alti di quelli che il mercato avrebbe ritenuto giusti e avevano spesso nelle loro mani i vertici della Casa Bianca. Gli americani, che non avevano accettato di sottomettersi a un Re, non potevano inchinarsi di fronte ad “autocrati” del mercato. Allora i gruppi imprenditoriali più temibili erano – tra gli altri – le compagnie ferroviarie e i colossi del petrolio, che furono poi colpiti dalla Corte Suprema, in applicazione dello Sherman Act.

Lungo la prima metà del Novecento l'impostazione di Sherman fu seguita e sviluppata in varie fasi. Un grande giurista come John Landis parlò di *curse of bigness*, la maledizione dei grandi gruppi industriali, che minacciavano non solo i mercati, ma l'intera società americana. Quell'espressione è divenuta oggi un motto in molti dei lavori, e dell'impegno, di quei diversi economisti e giuristi che operano negli Stati Uniti e che mostrano come i maggiori pericoli della *bigness* vengano nella realtà attuale dai *tech giants* e dai *big pharma*. Ed è significativo che l'entusiasmo nel ritorno all'antitrust delle origini si percepisca anche nell'Università di Chicago, sia nella *Law School* che nella *Business School*. Quell'Università, che una cinquantina di anni fa vide svilupparsi teorie secondo le quali le imprese dovevano essere lasciate il più possibile a se stesse e la disciplina della concorrenza potesse e dovesse rimanere piuttosto nell'ombra, sta assistendo all'avvio di una nuova stagione. È un'interessante inversione nella storia della cultura economica e giuridica.

In Europa, la Commissione europea e alcune autorità nazionali – anche la nostra – stanno mostrando grande impegno nel garantire la concorrenza nei mercati digitali e farmaceutici. Anche in tal caso, l'idea originaria

di una concorrenza al servizio non solo del mercato, ma anche di diritti fondamentali dei cittadini, è forte.

Se oltre a questo si potesse in Europa importare un po' di quell'entusiasmo per il ritorno ai valori di fondo dell'antitrust che caratterizza gli studi americani, si potrebbe sperare in un graduale mutamento nella considerazione della concorrenza nel mondo della cultura e nell'opinione pubblica. Forse in molti potrebbero cambiare idea se capissero meglio come le leggi della concorrenza sono nate e come potrebbero giovare non solo alla parità tra le imprese e al benessere dei consumatori, ma anche ai diritti dei cittadini.

Abstract

Law no. 287/1990 has proved to be particularly relevant as for its provisions and effective in its implementation in the last years, also considering the decisive contribution of the Italian Antitrust Authority (AGCM).

Nevertheless, due to several reasons, there are still important limitations that hinder the achievement of a truly competitive market. First of all, the concept of "competition" was unusual for the Italian Constitutional culture due to the prevalence of catholic and socialist ideologies in the Constituent Assembly over the Liberal ones. Secondly, a general law on competition is not sufficient, whereas an overall strategy is necessary in order to abolish the anti-competitive regulations. Moreover, the cultural background and the public opinion do not sufficiently appreciate the competition and the merit-based approach. In order to reverse the trend, a good starting could be that to promote the antitrust values in the public debate, explaining to citizens that the competition system is functional not only to protect the market but also their own rights.

SAGGI

VINCENZO FERRARO

L'AUTORIZZAZIONE AMMINISTRATIVA PER L'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ BANCARIA. LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Il diritto europeo ed il fondamento della disciplina della vigilanza bancaria. – 3. Le autorizzazioni amministrative nel diritto dell'Unione europea. – 4. Il primo “pilastro” dell’“unione bancaria” ed i provvedimenti autorizzatori per l'esercizio dell'attività creditizia. – 5. La conseguente fase procedimentale nella pubblica amministrazione nazionale, con un particolare riferimento al diritto italiano ed alle norme sullo svolgimento del procedimento amministrativo. – 6. La fase conclusiva e l'adozione del provvedimento finale nella descritta procedura disciplinata dal diritto italiano e diretta all'autorizzazione dell'esercizio dell'attività bancaria. – 7. La successiva parte condotta dalla Banca centrale europea (BCE). – 8. La natura del conseguente potere esercitato dalla BCE e l'*accountability* della vigilanza bancaria. – 9. Alcune considerazioni conclusive.

1. Una premessa

L’“unione bancaria” europea, definita dopo il 2010 e diretta ad introdurre un penetrante regime amministrativo per la regolazione dell'attività bancaria e degli “intermediari finanziari”, è un'avanzata fase dell'integrazione amministrativa tra gli ordinamenti statali, realizzata nella recente evoluzione dell'ordinamento dell'Unione Europea (UE)¹, anticipando un assetto “federale”, invocato in alcuni dibattiti e, invece, contraddittoriamente perseguito nei settori diversi dalla regolazione bancaria².

¹ Relativamente alle possibili forme dell'esecuzione amministrativa nel diritto europeo sarà più ampiamente detto nella successiva parte; intanto, sul tema, si rinvia introduttivamente a J. J. Ziller, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coordination et le fondaments du droit administratif européen*, in *Traité de Droit Administratif Européen*, a cura di J.B. Auby e J. Dutheil De La Rochere, Bruxelles, Bruylant, 2014, 327 ss.

² Sulla possibile evoluzione “federale” nell'UE, considerata rispetto all’“unione bancaria”, si può citare R.A. Lastra, *Multilevel Governance in Banking Regulation*, in M.P. Chiti e V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, London, Palgrave

La detta autorizzazione amministrativa, centrale nella vigilanza eser-

Macmillan, 2019, 3 ss.: «the more integrated a financial market is, there may be a greater need for binding or hard law instruments»; «this is demonstrated in the EU through the move from decentralised regulation based on national competence to a federalised system based on a single rule book founded on EU regulations, common standards for recovery and resolution (the BRRD) and, within the Eurozone, but potentially more widely, a banking union» (*op. loc. cit.*, 15). Il tema dell'evoluzione "federale" per le Istituzioni europee è anche trattato in F. Giglioni, *The Single Market and Synchronized Mechanisms for the Exercise of Administrative Functions: Converging Pathways or New Pathways for Integration? The Case of the European Banking Union*, in *Perspectives on Federalism* (2017), 156 ss., che, insistendo sulla funzione del "coordinamento" nella vigilanza bancaria, evidenzia come il relativo modello rappresenti un'avanzata fase dell'integrazione amministrativa europea, che diviene, così, un esempio di un federalismo, intanto, realizzato parzialmente. Più generalmente, sulla detta evoluzione, si possono vedere A. Tryfonidou, *The federal implications of the transformation of the market freedoms into sources of fundamental rights for the Union citizen*, in D. Kochenov (eds.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 316 ss. Tale evoluzione ha suscitato alcune perplessità legate sia all'originale natura dell'ordinamento europeo, sia alle asimmetrie ed ai rischi connessi alla stessa evoluzione, per i quali si può menzionare J.H.H. Weiler, *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, in *European Law Review* (1997), 150 ss., J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen – Eros and Civilization*, in *Journal of European Public Law* (1997), 495 ss. Del resto – come un'autorevole dottrina ha spiegato – l'ordinamento europeo apparterebbe ad un nuovo genere, diverso sia dalle esperienze statali sia dai modelli delle Organizzazioni internazionali: per tale aspetto, si può rinviare a S. Cassese, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 988 ss., M.P. Chiti, *Monismo e dualismo in Diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss., M.P. Chiti, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Clueb, 2003.

Per il modello delle Organizzazioni internazionali, si possono vedere G. Schiavone, *International Organizations: a Dictionary and Directory*, New York, Palgrave Macmillan, 1993 e J.M. Rochester, *The Rise and Fall of International Organization as a Field of Study*, in *40 International Organization* (1986), 777 ss.

Come si spiegherà, il sistema delineato con l'"unione bancaria", inoltre, appare volto nella direzione "federale", ma può essere spiegato con le particolari e forti ragioni legate alla tutela della stabilità dei mercati finanziari, che, per la propria fattuale forza, spinge verso un assetto normativo ed amministrativo. Tale "atipicità" è dimostrata anche da qualche asimmetria, sulla quale sarà detto più avanti e che differenzia il reg. Ue n. 1423/2013 ed il reg. Ue n. 806/2014. Per una descrizione della disciplina dei detti procedimenti per il diritto italiano, si rinvia a S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2017. Sulla risoluzione bancaria si citano O. Capolino, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in M.P. Chiti e V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 247 ss., M.P. Chiti *The new banking union. The passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss., S. Del Gatto, *Il Single Resolution Mechanism. Quadro d'insieme*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016, 267 ss., M. M. Haentjens, *What Happens when a Systemically Important Financial Institution Fails: Some Company Law Observations re. SNS Reaal*, in *European Company Law* (2013), 70 ss., M. Macchia, *Il Single Resolution Board*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, Pisa, Pacini, 321 ss., M. Rispoli Farina, G. Scipione, *Recovery and Resolution*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

citata dalla Banca Centrale Europea (BCE) e conformemente al reg. Ue n. 1024/2013, consente di studiare alcune caratteristiche della menzionata integrazione: la stessa autorizzazione è, infatti, importante per il diritto amministrativo, nell'ambito del quale la dottrina italiana l'ha, spesso, studiata rispetto alla più ampia disciplina del credito, considerata un settore determinato pervasivamente dal diritto pubblico e definita un ordinamento "sezionale", talvolta connesso ad un "servizio pubblico"³.

Nella descritta prospettiva, l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa bancaria è apparsa, infatti, un provvedimento peculiare, idoneo a permettere ed a condizionare lo svolgimento di un'attività tendenzialmente privata: in questo modo, quell'autorizzazione avrebbe costituito una particolare posizione nel mercato, rafforzata dal medesimo atto amministrativo, a cui sarebbero stati legati alcuni successivi strumenti di un controllo e di un indirizzo pubblico, spesso giunti al diretto intervento statale; infine, questo ordinamento peculiare sarebbe stato realizzato attraverso taluni parametri normativi e tecnici, sulla base dei quali la stessa autorizzazione diverrebbe un fondamentale aspetto della conseguente regolazione amministrativa⁴.

Planning, in M.P. Chiti e V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 271 ss., M. Schilling, 'Bank Resolution Regimes in Europe – Part II: Resolution Tools and Powers', in *European Business Law Review*, 2014, 67 ss., K.P. Wojcik, 'Bail-in in the Banking Union', in *Common Market Law Review* (2011), 91 ss. Per la natura "federale", connotante il "meccanismo unico di vigilanza", paragonato alla natura "più intergovernativa", attribuita al sistema della "risoluzione unica", si può vedere M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, 50.

³ Per una descrizione della tradizionale impostazione pubblicistica, relativa al governo del settore creditizio, si menzionano M. L. Antonioli, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 673 ss., L. Barca e G. Manghetti, *L'Italia delle banche*, Roma, Editori Riuniti, 1976, F. Campriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, Giuffrè, 1988, G. Caselli, *Difesa del risparmio e governo del credito*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1979, 257 ss., F. Colitto, *Il risparmio nella Costituzione*, in *Giust. cost.*, 1973, 80 ss., M. Dugato, *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa soc.*, 2018, 11 ss., M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, 707 ss., F. Merusi, *Le banche pubbliche fra privatizzazione e ricapitalizzazione. Alle origini delle «cadute» del sistema bancario italiano*, in *Dir. econ.*, 2017, 637 ss., F. Merusi, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1425 ss., M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1973, G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, P. Vitale, *Pubblico e Privato nell'ordinamento bancario*, Milano, Giuffrè, 1977: dall'idea della penetrazione pubblicistica, caratterizzante il settore creditizio, derivava anche la conformazione dell'attività bancaria, considerata alla stregua di un servizio pubblico, per la quale si possono vedere le riflessioni contenute in M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, cit., le quali sembrano acquisire una rinnovata attualità nel contesto della vigilanza bancaria, descritto più avanti.

⁴ Per il diritto europeo, all'uso del termine "autorizzazione" – come si dirà – è con-

Il tema indicato è, poi, oggi meritevole di una considerazione nuova, derivante dal differente approccio del diritto dell'UE e della relativa "unione bancaria", che ha mutato i generali principi della regolazione creditizia, per un verso mantenendo il citato approccio pubblicistico e mutandone i presupposti, come è dimostrato dai temi esaminati successivamente e relativi allo svolgimento di alcuni procedimenti rilevanti nella realizzazione della stessa attività regolatoria e si può comprendere con lo studio dei problemi legati alla tutela delle situazioni giuridiche interessate dalla medesima regolazione, considerate nella prospettiva procedimentale o giudiziale⁵.

Per un altro verso, l'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività bancaria mostra un procedimento peculiare, che induce a coordinare la normativa nazionale ed il diritto europeo sui requisiti per il rilascio di questo provvedimento autorizzatorio.

Tale procedura "composta", inoltre, consente di riflettere su alcuni problemi generali, concernenti anche l'*accountability* ed il controllo giurisdizionale sul regime introdotto con l'"unione bancaria"⁶.

nessa una consistente polisemia, discendente dal diverso significato attribuito conseguentemente dalla giurisprudenza e nei vari atti normativi, sui quali sarà svolta qualche esplicitazione relativa alla "Direttiva Bolkestein", alle regole sulle concessioni ed alle norme concernenti le comunicazioni elettroniche.

⁵ Come si vedrà, appunto, la tutela realizzata nel procedimento amministrativo apparirà la più adatta forma per assicurare il controllo dell'attività svolta con la citata regolazione e, particolarmente, con l'autorizzazione preliminare all'esercizio dell'attività bancaria.

⁶ L'"unione bancaria", nello stesso senso, rappresenta il compimento del particolare processo avviato con l'unione economica e monetaria: per le medesime osservazioni, si cita M.P. Chiti, *La formazione di un Diritto amministrativo europeo*, in Aa.Vv., *La professione del giurista. Scritti in onore di Luigi Manzi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 558 ss.; in un senso simile, si può vedere C.V. Gortsos, *European Banking Union Within the System of European Banking and Monetary Law*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 19 ss. Sull'*accountability* nel diritto amministrativo europeo, si dirà più avanti. In tale senso, lo svolgimento dei procedimenti amministrativi e la possibilità di una loro apertura partecipativa per i titolari dei diversi interessi coinvolti – come si spiegherà nel presente contributo – rappresentano un ulteriore completamento dei tradizionali sistemi legati alla legittimazione politica ed al controllo giurisdizionale – presente nella normativa dell'UE e nel diritto globale – conosciuti negli ordinamenti dei moderni Stati democratici: nella stessa prospettiva, perciò, la nozione del *due processo of law* – come sarà osservato più avanti – può diventare una sintesi di tale approccio nuovo alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa, più adatto alle caratteristiche dell'ordinamento europeo, nell'"unione bancaria" trovando un esempio interessante, nel quale la necessità della tutela della stabilità dei mercati finanziari – come avviene per la risoluzione della crisi bancarie, disciplinata dal reg. Ue n. 806/2014 e rappresentante il secondo "pilastro" della detta "unione bancaria" – può indurre a salvaguardare le decisioni adottate dalla pubblica amministrazione, sacrificando la completezza del controllo giurisdizionale; per l'idea del *due processo of law*, nel diritto sovrastatale, si può citare G. della Cananea, *Due Process*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Lo studio ha riguardato, tuttavia, la sola autorizzazione menzionata, disciplinata all'art. 14, reg. Ue n. 1024/2013, ma non ha considerato gli altri atti amministrativi disciplinati dallo stesso regolamento e volti a consentire le qualificate acquisizioni bancarie – previste al successivo art. 15 –; il medesimo studio non ha esaminato, poi, l'atto autorizzante lo svolgimento dell'attività degli intermediari finanziari, diversi dalle banche, indicato all'art. 107, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

Talune iniziali considerazioni saranno, precisamente, svolte sui presupposti della disciplina della vigilanza sul credito bancario e studieranno la definizione della nozione della relativa autorizzazione amministrativa.

In tale tentativo, si muoverà sia dalle norme europee sia da un riferimento al diritto italiano ed alla relativa dottrina, che, anche per l'originario sistema amministrativo derivante dalla riforma del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375 (convertito con il r.d. 7 marzo 1938, n. 141), ha, spesso, trattato i problemi riguardanti la medesima autorizzazione e può, quindi, dare un contributo utile per la sua definizione europea⁷.

of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure, Oxford, OUP Oxford, 2016: sulla nuova formulazione della “regola del diritto” e del principio della legalità nel diritto amministrativo, si rinvia a S. Cassese, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della Rivista diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 796 ss. L'importanza della partecipazione procedimentale nel diritto economico è stata individuata rispetto all'attività delle autorità amministrative indipendenti, per la quale si cita S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Cons. St.)*, Torino, Giappichelli, 1999, 37 ss. e E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; la teoria della partecipazione legata alla tesi della democrazia amministrativa, rilevante nel descritto contesto del diritto sovranazionale, era stata formulata anche in F. Benvenuti, *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.: per lo stesso aspetto, si menziona anche A. Travi, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.

Generalmente, invece, sull'“unione bancaria”, si possono leggere M.P. Chiti, *The new banking union. The passage from banking supervision to banking resolution*, cit., M.P. Chiti e V. Santoro, *L'unione bancaria europea*, cit., F. Campriglione, *L'unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Giappichelli, 2013, S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 79 ss., G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità e le nuove frontiere costituzionali dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 461 ss., A.E. Wymeersch, *The European Banking Union, a First Analysis*, in *Ghent University – Financial Law Institute – Financial Law Institute Working Paper Series WP 2012-07*, October 23, 2012; sugli stessi temi, sia consentito un rinvio a V. Ferraro, *Public Law Approaches Toward the European Banking Union: A Focus on the Italian Experience*, in *European Public Law Review* (2016), 2016, 227 ss.

⁷ L'“unione bancaria” europea, precisamente, ha introdotto un nuovo sistema per la regolazione del settore creditizio, retto sui tre “pilastri” della disciplina dei depositi, della risoluzione e della vigilanza bancaria. Il terzo settore è affidato all'ABE, che elabora le regole tecniche. Il detto sistema complessivo è stato creato successivamente alla crisi avviata nel

Si esaminerà, poi, lo svolgimento del procedimento diretto ad adottare

2007. Sullo stesso primo momento della riforma della disciplina della regolazione bancaria in Europa, si rinvia a N. Moloney, *EU Financial Market Regulation After the Global Financial Crisis: "More Europe" or More Risks?*, in *Common Market Law Review* (2010), 1383 ss., P. Shcammo, *The European Securities and Markets Authority: Lifting the veil on the allocation of powers*, in *Common Market Law Review* (2011), 1885 ss.; N. Moloney, *EU Financial Market Regulation After the Global Financial Crisis: "More Europe" or More Risks?*, cit., spiega che il primo momento detto è legato alla necessità di salvaguardare il rispetto delle norme europee sugli "aiuti di Stato", consentendo che le banche, colpite principalmente dalla ricordata crisi economica, possano mantenere una solidità ed una consistenza patrimoniale e finanziaria, sufficienti per assicurare la stabilità dei citati mercati; per il precedente periodo, si menziona, invece, intanto, G. A. Walker, *European Banking Law, Policy and Programme Construction*, London, British Inst of Intl & Comparative, 2007. Sul terzo settore detto, si citano A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 315 ss., S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., 1 ss., A. Gardella, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, cit., 115 ss., S. Maccarone, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, *ivi*, 573 ss.: per lo stesso tema, considerato nella prospettiva del diritto internazionale e globale e, quindi, con un riferimento anche al Comitato di Basilea, si possono leggere J. B. Hall, P. Turner e M. Yan, *A cost – benefit analysis of Basel III: Some evidence from the UK*, in *International Review of Financial Analysis* (2012), 73 ss., I. Lazarov, *Deposit insurance in the EU: Repetitive failures and lessons from across the Atlantic*, *Common Market Law Review* (2017), 1749 ss., S. Micossi, *Dalla crisi del debito sovrano all'unione bancaria*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, cit., 29 ss. Il secondo "pilastro" è stato, invece, introdotto con il reg. Ue n. 1024/2013, che, nella Banca Centrale Europea (BCE), ha accentrato le funzioni della vigilanza bancaria, affidate prima ad un'autorità nazionale, che, in Italia, è stata identificata con la Banca d'Italia: per tale complessa disciplina, diretta ad introdurre il nuovo Consiglio di vigilanza (definito anche il Supervisory Board), istituito presso la BCE ed affiancante il suo Consiglio direttivo, si menzionano P.D. Amri e B.M. Kocher, *The Political Economy of Financial Sector Supervision and Banking Crises: A Cross-Country Analysis*, in *European Law Journal* (2012), 24 ss., S. Antoniazzi, *Il Meccanismo di vigilanza prudenziale. Quadro d'insieme*, a in *L'unione bancaria europea*, cit., 175 ss., S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., M.P. Chiti, *The new banking union. The passage from banking supervision to banking resolution*, cit., 1 ss., M. Clarich, *I poteri di vigilanza della banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 975 ss., R. D'ambrosio, *Single Supervision Mechanism: Organs and Procedures*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, cit., 157 ss., G. Ferrarini e L. Chiarella, *Common Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, 223, *European Corporate Governance Institute Law, Working Paper*, 2013, A. Kern, *European Banking Union: a legal and institutional analysis of the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism*, in *European Law Review* (2015), 154 ss., M. D. Lamandini, D. Ramosmuñoz e J. Solanaálvarez, "Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of fundamental Rights' Protection", in *Banca d'Italia – Quaderni di Ricerca Giuridica*, 2015, in www.bancaditalia.it, Lo schiavo, *Il ruolo della BCE*, in *L'unione bancaria europea*, cit., 203 ss., M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 103 ss., L. Torchia, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 11 ss., E. Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism: Institutional Aspects*, in D. Busch e G. Ferrarini (eds.), *European Banking Union*, Oxford, OUP Oxford, 2015,

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

la detta autorizzazione, il quale – come si spiegherà – si sviluppa su un piano nazionale ed in una fase europea, distinti e caratterizzati, però, dal necessario coordinamento tra le norme sovranazionali ed il diritto statale, che, ancora, determina i requisiti per l'esercizio dell'attività bancaria: rispetto a tale procedura complessiva, soffermandosi sull'autonomia e sulla distinzione tra queste fasi, si analizzeranno i raccordi tra i due momenti descritti ed i problemi della stessa procedura, ancora riferendosi prevalentemente al diritto italiano, che, rendendo più facile lo studio di una complessa materia, risulta agevolmente reperibile e mostra alcuni esempi rilevanti.

Tra i citati problemi, un'importante attenzione sarà data alla circostanza diretta a determinare che la tutela degli interessi giuridicamente rilevanti, attribuiti ai soggetti coinvolti nei menzionati procedimenti, sia ampiamente portata al loro interno, realizzando una parziale *accountability* amministrativa, che potrà risolvere le lacune legate alle norme europee sulla tutela giurisdizionale nella medesima materia.

Il contributo si concluderà con talune osservazioni finali, concernenti alcune implicazioni dell'argomento studiato e relative sia alla regolazione bancaria sia al diritto pubblico europeo⁸.

93 ss. Per la disciplina della vigilanza bancaria precedente la descritta riforma introdotta nel 2013, si può vedere C. Zilioli, *Accountability and independence: Irreconcilable values or complementary instruments for democracy? The specific case of the European Central Bank*, in G. Vandersanden e A. De Walsche (eds.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Brussels, Univ Bruxelles, 2003, 401 ss.: sull'idea della natura “federale” connotante la vigilanza bancaria, si cita S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., dove la stessa idea è legata ai poteri della BCE, che, come nello svolgimento di un rapporto organico, gerarchico, può avocare l'esercizio dei poteri attribuiti alle autorità nazionali; sul “coordinamento”, presente nella detta disciplina, si dirà più avanti e, intanto, si rinvia a F. Giglioni, *The Single Market and Synchronized Mechanisms for the Exercise of Administrative Functions: Converging Pathways or New Pathways for Integration? The Case of the European Banking Union*, cit., M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 95 ss. e M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 367 ss.

⁸ Per il primo aspetto, la ricerca dimostrerà che tale “unione” rappresenta un innovativo sistema amministrativo ed ha un carattere regolatorio, poiché tende a conformare “finalisticamente” un'attività economica privata, indirizzandola verso la tutela della stabilità dei mercati finanziari. Sul significato del termine “regolazione”, riferito alla vigilanza bancaria, si citano S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaro e M. D'Alberty, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12 ss., M. D'Alberty, *Competition Law and Regulatory Reform*, in P. Pavlopoulos e S. Flogaitis, *Multilevel Governance and Administrative Reform in the 21st Century*, London, European Public Law Organization, 2008, 271 ss., M. D'Alberty, *La régulation économique en transition*, in *Revue de Droit Public*, 2006, 231 ss., M. D'Alberty, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607 ss., M. Libertini, *La regolazione amministrativa del mercato*, a cura di F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica*, Padova, Cedam, 1979, 469 ss., A. Meidinger, *The Administrative Law and the Global*

2. Il diritto europeo ed il fondamento della disciplina della vigilanza bancaria

Le principali questioni esaminate nel presente contributo non possono essere comprese, se non si svolgono alcune riflessioni generali sul fondamento della vigilanza disciplinata nel reg. Ue n. 1024/2013, della quale – come si è detto – la citata autorizzazione rappresenta un’estrinsecazione importante, completata con le regole della dir. 2013/36/Ue, che individuano alcune norme tecniche, demandate anche all’*European Banking Authority* (EBA), sulla cui base la competente amministrazione pubblica deve decidere rispetto ad una domanda diretta ad ottenere l’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria⁹.

Tale fondamento, provvisto di un carattere costituzionale, rivela il proprio rilievo sia per l’esame del procedimento adottato per la menzionata autorizzazione – compiutamente disciplinata dall’art. 14, reg. Ue n. 1024/2013 – sia per la parte riguardante la tutela giurisdizionale nei confronti di quella autorizzazione.

L’art. 127, c. 6, TFUE, contenuto in questo regolamento e da leggersi nel combinato disposto con l’art. 3 TUE, è, infatti, la norma fondante il ricordato sistema creditizio: il medesimo fondamento è, perciò, da ravvisarsi nella tutela della stabilità monetaria, che l’art. 127 persegue complessivamente, indicando un interesse oggettivo e superando il tradizionale approccio presente nel diritto italiano, per il quale – come si spiegherà – la vigilanza creditizia avrebbe protetto principalmente il risparmio ed i risparmiatori.

Le norme europee sembrano, invece, stabilire una connessione tra il

Public-Private Regulation: the Case of Forestry, in *European Journal of International Law* (2006), 47 ss., K. Purnhagen, *Mapping Private Regulation – Classification, Market Access and Market Closure Policy and Law’s Response*, in *Journal of World Trade* (2015), 309 ss., N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, 265 ss., N. Rangone, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 5057 ss., A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 805 ss.

Infine, sulla funzione regolatoria, svolta attraverso la vigilanza nei mercati finanziari, per la situazione precedente la riforma realizzata con l’“unione bancaria” europea si menziona R. Costi, *Libertà d’impresa e gestione dei mercati regolamentati*, in *Giur. comm.*, 2000, 104 ss.

⁹ Sullo stesso tema, si può vedere S. Cappiello, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, *Riv. dir. comm.*, 2017, 115 ss.; nel testo, il significato del termine “banca” è inteso conformemente alla normativa europea, per la quale un’impresa è definita così, se raccoglie il risparmio tra il pubblico e, quindi, presso un indeterminato numero dei soggetti idonei al medesimo deposito ed esercita la concessione del credito, ricorrendo alle tecniche ed ai criteri previsti dalla scienza bancaria: la medesima definizione deriva, infatti, dall’art. 4, c. 1, reg. Ue n. 575/2013.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

detto interesse oggettivo e la salvaguardia della stabilità dei mercati finanziari, come la giurisprudenza della Corte di giustizia dimostra¹⁰.

Di questo mutamento del fondamento della detta regolazione devono essere colte le due cause principali, derivanti dall'evoluzione dell'attività bancaria e determinate dall'attuale configurazione dei mercati finanziari¹¹.

In tale prospettiva, un primo elemento attiene al ruolo della banca, emerso negli ultimi due secoli e teorizzato dall'economia monetaria; rinviando agli studi economici per un puntuale esame della questione, si ricorda come gli stessi studi abbiano affermato che la banca partecipa alla determinazione della massa monetaria¹²: le medesime tesi sono, soprattutto, sostenute dall'impostazione monetarista, ma, discendendo dalla teoria quantitativa della moneta – teorizzata già da D. Hume – sono accolte dai prevalenti studi economici¹³ e rendono, perciò, evidente che, se la banca ha un tale ruolo rispetto ai fenomeni monetari, la regolazione dell'attività della stessa impresa incide anche sul complessivo sistema economico e finanziario, riguardando il centrale aspetto della circolazione monetaria e, dunque, una delle determinanti variabili dei mercati concorrenziali.

La regolazione dell'attività bancaria non può, quindi, tutelare unicamente il risparmio e l'attività creditizia, intesi staticamente, alla stregua dell'insieme delle dotazioni patrimoniali, accumulate nei depositi bancari, ma lo deve definire e proteggere in un senso ampio, che ne consideri anche l'impatto per la generale stabilità del mercato finanziario¹⁴.

La seconda ragione del particolare fondamento del diritto europeo per la regolazione creditizia è stata chiarita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha precisato i prevalenti principi del citato sistema amministrativo¹⁵: il giudice europeo, sulla base della normativa sull'unione bancaria, ha, infatti, affermato la prevalenza del principio della stabilità dei mercati finanziari e –

¹⁰ La citata giurisprudenza è richiamata e commentata più avanti.

¹¹ Sulle attuali caratteristiche dei mercati finanziari, determinate dalla crisi dell'ultimo decennio, si possono vedere F. Nugnes, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, cit., M. Onado, *Crisi dei mercati finanziari e intervento statale*, cit., M. Poto, *La CONSOB e la vigilanza sul mercato*, cit.

¹² Si può vedere, appunto, la dottrina economica, citata più avanti.

¹³ Per le principali teorie monetariste, si rinvia alle considerazioni formulate in M. Friedman, *Studies in the Quantity Theory of Money*, Chicago, University of Chicago Press, 1956; la teoria quantitativa della moneta era, invece, già formulata in D. Hume, *Political discourses*, Edinburgh, Sagwan Press, 1972.

¹⁴ Sulla definizione economica, attinente alla parte del reddito sottratta ai consumi e detenuta per un diverso uso, si rinvia a P. Krugman e R. Wells, *Economics*, 3rd Edition, New York, Worth Pub, 2012.

¹⁵ Un simile orientamento si desume anche dalla giurisprudenza citata più avanti.

come è stato dimostrato dalla sentenza ESMA, riferita alla stabilità finanziaria, intesa generalmente e riguardante, però, inevitabilmente, anche i mercati creditizi¹⁶ – ha ritenuto che esso debba avere una consistente preminenza sistemica nell'ordinamento europeo, la quale può derogare rispetto alla necessità dell'applicazione degli alti principi del medesimo ordinamento¹⁷.

Nella prospettiva indicata, è interessante, appunto, una menzione dell'esperienza italiana, che, anche rispetto al piano costituzionale¹⁸, dimostra l'evoluzione impressa dal diritto dell'UE per la stessa materia e consente di comprendere, più chiaramente, le novità legate al citato sistema europeo¹⁹.

Nell'esempio italiano, è, infatti, utile un riferimento all'orientamento della Corte costituzionale ed al dibattito dottrinale, che, sulla base dell'art. 47, Cost., ha riguardato il fondamento della disciplina del credito ed ha confermato come la citata giurisprudenza europea sia potenzialmente problematica per alcuni Stati membri e per la relativa regolazione del sistema creditizio.

Nella stessa dottrina, sia nel periodo precedente la vigente Costituzione sia per la successiva fase, caratterizzata dall'introduzione del detto art. 47 Cost.

¹⁶ C. giust. UE, 22 gennaio 2014, in C-270/12, in *eur-lex.europa.eu*; per il medesimo tema, si cita V.D. Adamski, *The ESMA doctrine: a Constitutional Revolution and the Economics of Delegation*, *The ESMA doctrine: a Constitutional Revolution and the Economics of Delegation*, in *European Law Review* (2014), 812 ss. Il nesso tra la stabilità finanziaria e monetaria e la stabilità dei mercati creditizi è dimostrato sia dalle osservazioni svolte nel presente studio e riguardanti il ruolo della banca nel mercato monetario e finanziario sia dalla sistematica impostazione desumibile dal reg. Ue n. 1024/2013, che, appunto, alla BCE – e, quindi, all'organo competente per la politica monetaria – affida le principali funzioni regolatorie rispetto alla vigilanza creditizia.

¹⁷ Per la stabilità finanziaria, definita il fondamento costituzionale per l'«unione bancaria», si cita C.V. Gortsos, *European Banking Union Within the System of European Banking and Monetary Law*, cit.: «the (...)objective is to ensure the stability of the European banking system, which may be disrupted due to the occurrence of contagious credit institutions' failures as part of the process of positive financial integration»; «for the achievement of the latter objective, EU banking law contains rules on the authorisation of credit institutions, the micro-prudential and macro-prudential regulation of credit institutions, the micro-prudential supervision of credit institutions, the macro-prudential oversight of the banking (and more generally the financial) system, the reorganisation, resolution and winding-up of credit institutions, and deposit guarantee» (*op. loc. cit.*, 19).

¹⁸ Le funzioni regolatorie, discendenti dall'art. 47 Cost., sembrano principalmente derivare dal suo secondo comma, per il quale la Repubblica «disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito», mentre, al connesso primo comma, è enunciato il principio della tutela del risparmio; sui medesimi aspetti, si rinvia a Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impr. soc.*, 2018, 393 ss.

¹⁹ Sul potenziale rapporto problematico tra l'art. 47, Cost. ed il nuovo fondamento europeo per la disciplina del credito e rispetto alla regolazione realizzata con l'«unione bancaria», si rinvia agli approfondimenti svolti più avanti.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

– dedicato, appunto, espressamente alla tutela del risparmio – la protezione del credito è stata intesa nella duplice dimensione descritta, soggettiva ed oggettiva.

Nel primo periodo, l'impostazione oggettiva è stata marcata, soprattutto, con il modello realizzato attraverso il r.d. n. 375/1936, fondato sulla centralità di un ispettorato, presieduto dal governatore della Banca d'Italia e controllato da un comitato di ministri, retto su un sistema speciale e pubblicistico, che, per risolvere la crisi finanziaria – del 1929 – aveva previsto un pervasivo regime regolatorio, connesso ad un intervento pubblico nell'economia, rispetto al quale la stabilizzazione del complessivo contesto economico e creditizio era centrale²⁰.

Nell'altro periodo, invece, rispetto all'art. 47 Cost. è stata data la detta interpretazione incentrata sulla tutela del risparmiatore e sulla protezione della stabilità dei prezzi, rispetto alla quale il profilo soggettivo, relativo a questo soggetto ed al suo patrimonio, accumulato nei depositi bancari, è divenuto fondamentale²¹. Nei due decenni ultimi, si assiste, invece, ad un

²⁰ Sui medesimi profili, si può vedere F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo M. Atripaldi*, Napoli, Jovene, 2010, 1469 ss., 1472, 1473 e 1474; il sistema pubblicistico realizzato dal 1936 era stato anticipato con il r.d. lg. 7 settembre 1936, n. 1511, che introduceva una nuova disciplina per la struttura dell'impresa creditizia, considerandola riferita al solo deposito bancario e non disciplinando l'ambito mobiliare o il settore assicurativo: sulla medesima materia, si rinvia a F. Zatti, *La dimensione costituzionale*, cit., 1472; per il modello introdotto con la ricordata riforma del 1936, si può citare anche R. Costi, *La legge bancaria del 1936*, *Banca impr. soc.*, 2012, 349 ss. La compattezza e l'impostazione pubblicistica, caratterizzanti questo sistema, sono, appunto, all'origine dell'idea del credito inteso come un ordinamento "sezionale", sul quale si dirà più avanti.

²¹ È stato evidenziato che, nella norma costituzionale, tuttavia, la maggiore attenzione era sull'aspetto della tutela del risparmiatore: per la stessa materia, si cita M. Sarcinelli, *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, 1999, 228 ss., che evidenzia che il rapporto tra la dimensione oggettiva e la prospettiva soggettiva, dopo le prime Direttive europee e successivamente al Trattato di Maastricht, è stato risolto con un maggiore favore verso il primo aspetto: per un simile approccio originario, si può leggere R. Costi, *L'ordinamento bancario italiano e le prime direttive comunitarie*, in *Banca impr. soc.*, 1986, 3 ss. Per la cornice delineata con le prime direttive europee sulle banche, si citano M. Capantini e T. Pontello, *Banche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. s., II, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 623 ss. e G. Gabassi e S. Langer, *Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento. Considerazioni diotopiche tra diritto nazionale italiano e austriaco e diacroniche tra PSD e PSD2*, in *Contr. e impr.*, 2018, 650 ss. Rispetto alla diversa idea, per la quale l'art. 47 Cost. avrebbe dato una prevalenza alla descritta dimensione oggettiva, legata, però, alla stabilità della moneta, si cita F. Merusi, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in *Comm. cost. Branca*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, 154 ss.; relativamente al rapporto tra le due dimensioni, considerate rispetto alla Costituzione, si può rinviare a A. Zito, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*.

radicale mutamento di quella concezione, trasfusa in una giurisprudenza nuova, che recepisce il diverso fondamento costituzionale relativo alla tutela della stabilità dei mercati finanziari ed affermato dal diritto europeo²².

tore, in *Dir. econ.*, 2008, 77 ss. La dottrina sull'interpretazione dell'art. 47 Cost. è molto ampia: al riguardo, possono essere citati, principalmente, M. Atripaldi, *Tutela del risparmio nell'ordinamento italiano*, in *Nomos*, 2017, 18 ss., M. Atripaldi, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, Cost.*, Napoli, 2014, S. Baroncelli, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Comm. cost. R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti*, Torino, Giappichelli, 2006, 947 ss., G. Cerrina Feroni *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1145 ss., G. Caselli, *Difesa del risparmio e governo del credito*, cit., F. Colitto, *Il risparmio della Costituzione*, cit., V. Correnti, *La tutela del risparmio: spunti critici sull'insufficienza di alcuni strumenti legislativi*, in *Foro amm. T.A.R.*, 1975, 2227 ss., R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, cit., V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 34 ss., M. Giampieretti, *Commento all'art. 47*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, Cedam, 2008, 479 ss., F. Merusi, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in *Comm. cost. Branca*, a cura di G. Branca, cit., F. Merusi, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1081 ss., R. Rordorf, *La tutela del risparmio*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, 447 ss.

La nuova formulazione europea per il presupposto della tutela del credito contrasta, effettivamente e parzialmente, con la citata nozione costituzionale, del risparmio, nella quale – come si è visto – la dimensione soggettiva, connessa alla protezione del risparmiatore, è ineludibile; sui medesimi profili, si rinvia, perciò, a G. L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *AGE*, 2016, 369 ss., D. Rossano, *Tutela del risparmio e regolazione delle crisi bancarie – Principle of protection of savings and regulation of the crisis of credit institutions*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 2018, 12 ss., F. Salmoni, *Crisi Bancarie e incostituzionalità del “bail-in” (Banking crises and unconstitutionality of “bail-in”)*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, 285 ss. La questione della legittimità costituzionale riguardante le norme europee sull'“unione bancaria” è, poi, stata affrontata in C. cost., 21 marzo 2018, n. 99, nella quale il medesimo giudice è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 1, d.lgs. 24 gennaio 2015, n. 3, diretto a prevedere alcune deroghe rispetto alla disciplina concernente il recesso dalle società cooperative, rispetto al quale la Corte costituzionale, riconoscendo il primato del diritto europeo, volto a tutelare la stabilità dei mercati finanziari, ha asserito che esso altera il criterio civilistico, concernente la determinazione del valore della partecipazione del socio recedente, permettendo che l'entità della quota data all'esito del medesimo recesso possa essere determinata sulla base delle esigenze del piano del risanamento approvato conformemente alla normativa europea ed idoneo a consentire che tale quota non corrisponda esattamente all'entità della stessa partecipazione.

²² Il nesso tra le regole e le procedure amministrative sulla stabilità finanziaria e la stabilità dei prezzi – del resto – rappresenta un noto sviluppo degli studi economici della seconda metà dello scorso secolo ed è presente nelle norme e nelle politiche adottate nelle *Comunità Europee* e nella successiva *Unione*; su tale aspetto, si rinvia a F. Nugnes, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, in *Forum Quaderni cost.*; invece, sull'evoluzione delle contemporanee costituzioni economiche nel senso dell'attribuzione delle funzioni monetarie e della vigilanza bancaria ad un'Istituzione indipendente dal circuito politico – costruita sul modello della BCE –, si può vedere F. Masciandaro, *Indipendenza della Banca Centrale, vigilanza bancaria e stabilità monetaria*, in *Credito e mon.*, 1993.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Lo stesso mutamento è importante, poiché mostra la pervasività dell'influenza dei principi europei sugli ordinamenti statali. Se un'iniziale giurisprudenza italiana aveva, infatti, affermato che l'interesse pubblico, protetto dall'ordinamento bancario, attiene, appunto, alla difesa dei risparmiatori ed all'ordinato funzionamento del sistema creditizio²³, le successive pronunce giurisdizionali ritengono che il descritto modello regolatorio, incentrato sulla vigilanza europea e della *Banca d'Italia*, debba essere diretto all'oggettiva protezione della stabilità del mercato creditizio, desunta dall'art. 5, d.lgs. n. 385/1993, che è interpretato nella prospettiva dell'art. 47 Cost., letto sulla base dei menzionati principi europei²⁴: tale orientamento, negando il rilievo delle regole sulla comunicazione dell'avvio del procedimento, disposte dagli artt. 7 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241, giunge anche ad affermare che le norme sulla partecipazione al procedimento non debbano essere necessariamente applicate interamente alle procedure della vigilanza bancaria²⁵.

Sullo sfondo dell'evoluzione colta nel dibattito della dottrina italiana e nelle sentenze considerate, si pone, appunto, la citata giurisprudenza europea: del resto, essa, affermando e precisando il primato del valore della stabilità dei mercati finanziari e completando il descritto fondamento dell'art. 127 TFUE, è giunta a mutare la tesi affermata nella nota sentenza *Meroni* ed ha, poi, originalmente caratterizzato la vigilanza nei confronti delle imprese creditizie e, quindi, l'autorizzazione studiata nella presente ricerca²⁶.

Il processo descritto è, principalmente, avvenuto nelle sentenze *Pringle*²⁷ ed *Esma*²⁸, nella prima delle quali il giudice europeo ha affermato che la tutela della stabilità dei mercati finanziari rappresenta un "interesse generale" per l'UE e legittima, perciò, i poteri attribuiti all'*European Stability Mechanism* (ESM), che, alla Commissione, conferisce alcune competenze amministrative, non previste dai Trattati europei²⁹.

²³ Cons. St., sez. IV, 16 maggio 1991, n.383.

²⁴ TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n.2725; nello stesso senso, è anche Cons. St., sez.VI, 5 settembre 2005, n. 452, nella quale l'esigenza della tutela della stabilità del mercato finanziario è collegata alla necessità di una rapida definizione del contenzioso amministrativo e giurisdizionale nella materia della vigilanza bancaria.

²⁵ In tale senso, si rinvia a Cons. St. sez.VI, 4 giugno 2007, n. 2945, Cons. St. sez. IV, 16 maggio 1991, n. 383.

²⁶ C. giust. CE, 13 giugno 1958, in C-10/56: la descritta evoluzione giurisprudenziale è spiegata e commentata in M.P. Chiti, *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 105 ss.

²⁷ C. giust. UE, 27 novembre 2012, in C-370/12.

²⁸ C. giust. UE, 22 gennaio 2014.

²⁹ C. giust. UE, 27 novembre 2012. Sugli stessi profili, si può rinviare a M.P. Chiti, *The European Banking Union*, cit., per cui l'ESM è un meccanismo per il finanziamento degli Stati

Nella sentenza ESMA, la diromponente portata del principio della tutela della stabilità dei mercati finanziari è evidente e giunge a sovvertire l'ordine delle competenze amministrative, delineate nella citata pronuncia *Meroni*, che non aveva consentito la delega delle funzioni costituzionali attribuite dai Trattati; con il tempo, questo principio era stato parzialmente eroso, soprattutto con un riferimento alle *agenzie* e si era consentita la detta delega, qualora essa non avesse permesso che il soggetto delegato avesse potuto esercitare alcune attività estrinsecate con lo svolgimento di un giudizio discrezionale³⁰: nella stessa sentenza, relativa alle vendite “allo scoperto”, con il ricorso alle *out right monetary transactions* – autorizzate da tale Agenzia e dirette a “riequilibrare” il sistema monetario ed indirettamente, quindi, anche il funzionamento e la solidità dei mercati finanziari – la Corte di Giustizia afferma che l'esigenza della protezione della stabilità monetaria consente alcune misure eccezionali, che possono anche comportare che, all'ESMA sia attribuita la facoltà di autorizzare la vendita “allo scoperto”.

Il medesimo orientamento è stato precisato nella sentenza *Berlusconi*³¹, che ha affermato che la tutela del “buon andamento” dei mercati finanziari legittima le funzioni accentrate, che, nella vigilanza bancaria, alla BCE sono attribuite dal reg. Ue n. 1024/2013.

In questo modo, è stata evidenziata l'innovativa ed originale natura del descritto sistema amministrativo, che sembra derogare alla consueta relazione tra gli apparati europei e statali, caratterizzata dalle forme dell'esecuzione diretta ed indiretta³², ed introduce una piena integrazione delle autorità nazionali nell'apparato amministrativo europeo.

europei, introdotto con alcune modifiche al Trattato di Lisbona, realizzate con un particolare Trattato internazionale, che, nel 2011, è stato ratificato dal *Consiglio europeo*: sull'origine e per le principali caratteristiche dell'ESM, si può rinviare a F. Nugnes, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, cit. Sul nesso tra la stabilità dei mercati finanziari e la solidità del settore creditizio, si menzionano le osservazioni formulate precedentemente nel presente contributo.

³⁰ Per tale sentenza, possono essere citati V. D. Adamski, *The ESMA doctrine: a Constitutional Revolution and the Economics of Delegation*, cit., De bellis, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 692 ss. Sulla progressiva evoluzione della dottrina *Meroni* e sulla necessità di una tutela procedimentale rispetto alla discrezionalità attribuita alle *agenzie*, anche nel settore bancario, con la progressiva erosione di quella dottrina, si menziona M. Simoncini, *Administrative regulation beyond the non-delegation doctrine: a study on EU agencies*, Oxford, Hart Pub LTD, 2018.

³¹ C. giust. UE, 19 dicembre 2018, in C-219/17.

³² Relativamente alle possibili forme dell'esecuzione amministrativa nel diritto europeo sarà, appunto, più ampiamente detto nella parte successiva, ma, al riguardo, si richiama, ancora, introduttivamente, J. Ziller, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

La stabilità dei mercati finanziari è, dunque, centrale anche nei controlli pubblicistici e per le procedure delineate nel primo “pilastro” della descritta “unione bancaria” e determina i presupposti ed i requisiti dell'autorizzazione preliminare all'esercizio dell'attività delle imprese del mercato dell'intermediazione finanziaria e della raccolta dei depositi presso il pubblico³³, confermando l'importanza di uno studio sulla medesima autorizzazione³⁴.

3. Le autorizzazioni amministrative nel diritto dell'Unione europea

Una riflessione ed un commento sui presupposti e rispetto ai caratteri dell'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività bancaria devono muovere, perciò, da una migliore comprensione sia del nesso tra l'autorizzazione amministrativa e la descritta vigilanza sia della definizione europea per il medesimo atto amministrativo.

Il detto nesso deriva, infatti, dagli artt. 4, c. 1, lett. a) e 14, reg. Ue n. 1024/2013, per i quali alla BCE spetta «rilasciare» o «revocare l'autorizzazione agli enti creditizi»: la scarna disciplina del conseguente procedimento è, poi, contenuta nel solo art. 14, mentre la dir. 2013/36/Ue prevede i parametri della decisione e specifica i presupposti indicati dallo stesso art. 14.

Nel connesso sistema, la menzionata autorizzazione rappresenta, quindi, un centrale atto amministrativo, che condiziona e determina l'intera regolazione europea per il settore bancario.

Queste riflessioni devono confrontarsi, però, con la constatazione che il *genus* dell'autorizzazione amministrativa non appare univocamente definito nel diritto europeo ed è elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sottesa alle prescrizioni del reg. Ue n. 1024/2013, relativo all'attività bancaria³⁵.

et de coordination et le fondaments du droit administratif européen, in *Traité de Droit Administratif Européen*, a cura di J.B. Auby e J. Dutheil De La Rochere, cit., 327 ss.

³³ Nel medesimo senso, la stabilità dei mercati finanziari legittima alcuni interventi preventivi, che tendono a ridurre i rischi delle sistemiche crisi economiche e finanziarie, intervenendo nell'iniziale momento della configurazione dello stesso rischio ed agendo in una prospettiva analoga alla “precauzione”, conosciuta nel diritto dell'ambiente ed idonea a determinare un'anticipazione del momento dell'intervento amministrativo; per un confronto con il medesimo meccanismo, si possono leggere M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 51 ss. e P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 ss.: sui riflessi sul piano giurisdizionale, legati a questa impostazione “precauzionale”, si rinvia ai paragrafi successivi.

³⁴ Nella medesima ricerca, il termine “ente creditizio” verrà intercambiabilmente usato rispetto alla parola “banca”, accogliendo la citata definizione europea.

³⁵ Sul nesso tra queste caratteristiche del tema delle autorizzazioni nel diritto europeo

Questa definizione supera, tuttavia, alcuni orientamenti diffusi nell'originaria definizione data dalla dottrina italiana per lo stesso atto amministrativo, le connesse riflessioni della quale risalgono alle origini della relativa scuola del diritto pubblico ed hanno considerato anche il settore creditizio, apparendo interessanti nella prospettiva indicata³⁶.

Alcune teorie originarie, infatti, sembrano definire l'autorizzazione amministrativa come un atto diretto a rimuovere un limite incidente sull'esercizio di un diritto³⁷, che sarebbe stato già esistente³⁸: in tale senso, l'autorizzazione si distinguerebbe dalla concessione, che costituirebbe una

ed il carattere "funzionalista" dell'ordinamento comunitario ed europeo, si dirà più ampiamente, appunto, nel successivo esame della particolare vigilanza studiata in questo contributo.

³⁶ Considerando il tema trattato nel presente contributo, non sembra, invece, opportuno approfondire il rapporto tra l'atto autorizzatorio ed alcuni principi costituzionali, come potrebbe avvenire rispetto all'art. 41 Cost.: sulle medesime questioni, si rinvia, perciò, alle generali riflessioni svolte nella precedente parte dello stesso contributo.

³⁷ Per il tema delle autorizzazioni, studiate per il diritto italiano, si menzionano F Benvenuti, *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*, cit., p. 118 ss., E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001, V. Cerulli Irelli, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 55 ss., D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, 42 ss., L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996, F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, P. Gasparri, *Autorizzazione* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 509 ss., P. Gasparri, *Considerazioni in tema di autorizzazione*, in *Giur. Cass. civ.*, 1947, 1121 ss., M.S. Giannini, *Attività Amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss., M.S. Giannini, *Atto Amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 157 ss., M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, II, 1993, 609 ss., G. Ortolani, *Autorizzazione e approvazione*, in *Studi Romani*, Padova, Cedam, 1940, II, 266 ss., O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni*, Torino, Giappichelli, 1894, O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, 7 ss., O. Ranelletti, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 315 ss., O. Ranelletti, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, 3 ss., N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss., M. Sandulli, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 1 ss., G. Vignocchi, *La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, Giuffrè, 1957 e R. Villata, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974. Per lo specifico tema dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, si citano S. Amorosino, *L'autorizzazione all'attività creditizia nel nuovo T. U. delle leggi bancarie*, in *Dir. banc.*, 1994, 158 ss., S. Amorosino, *Banca* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 2000, 151 ss., M. Nigro, *L'autorizzazione all'attività bancaria nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, 185 ss., T. Padoa Schioppa, *L'autorizzazione bancaria è ancora necessaria?*, in *Banca impr. soc.*, 2000, 11 ss., A. Rosa, *L'accesso all'attività bancaria in Italia: una lettura sistematica tra diritto dell'Unione, disciplina nazionale e vigilanza unica*, in *Giur. Comm.*, 830 ss.

³⁸ O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni*, cit., O. Ranelletti, *Con-*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

nuova situazione giuridica³⁹. L'evoluzione successiva, mantenendo la citata distinzione tra le autorizzazioni amministrative e le concessioni, tende ad arricchire l'insieme dei primi atti e vi include anche i provvedimenti dati per la programmazione di un'attività, non diretti, quindi, a controllare l'iniziativa privata, come, invece, era affermato nella citata definizione originaria⁴⁰.

Verosimilmente anche sulla base dell'evoluzione europea – descritta più avanti – una successiva dottrina italiana ha, dunque, affermato che la distinzione tra la medesima autorizzazione e la concessione non rilevarebbe⁴¹.

La descritta evoluzione è importante, principalmente nel settore creditizio, nel quale, nel passaggio al d.lgs. n. 385/1993 (“testo unico per il risparmio”), muovendo dal r.d. n. 375/1936, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, legata alla natura “sezionale” – caratterizzante l'ordinamento del credito – è divenuta uno strumento connotato dalla centralità del concetto della “sana e prudente” gestione – connessa ad una discrezionalità tecnica – da accertare sulla base di alcuni indici idonei potenzialmente a rendere vincolata la stessa autorizzazione⁴².

retto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative, cit., O. Ranalletti, Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative, cit.

³⁹ La descritta impostazione deriva dalla configurazione dello Stato liberale ottocentesco, per il quale il potere pubblico interviene per vietare eccezionalmente le attività private, altrimenti libere; la medesima teoria ha indotto la dottrina italiana a ritenere che la stessa autorizzazione configurerebbe l'atto idoneo a rimuovere tali divieti originari, qualora essa fosse ritenuta compatibile con l'interesse pubblico, seguendone la qualificazione – discrezionale – attribuita all'attività della pubblica amministrazione diretta ad adottare un atto autorizzatorio.

⁴⁰ Per quella distinzione, si rinvia a M.S. Giannini, *Attività Amministrativa*, cit., M.S. Giannini, *Atto Amministrativo*, cit. e M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit.

⁴¹ In questo senso, si cita R. Villata, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, cit.

⁴² Nel primo t.u. bancario, la detta decisione amministrativa o tecnica sembrava, però, avere configurato un atto discrezionale, in cui la tutela dell'interesse pubblico era collegata alle funzioni statali esercitate nella materia creditizia, svolte anche con un intervento pubblico e diretto nell'economia. Per i medesimi aspetti, si può vedere S. Amorosino, *L'autorizzazione all'attività creditizia nel nuovo T. U. delle leggi bancarie*, cit. La tesi dell'ordinamento “sezionale”, riferita al sistema del controllo amministrativo sul credito, definito dal r.d. n. 375/1936, – come è noto – è stata teorizzata da M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, cit., che, applicando la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici – per la quale si rinvia a S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1918 – ha ritenuto che l'ordinamento “sezionale” dipendesse dall'esistenza di una disciplina “speciale”, relativa al credito ed alla quale contribuissero anche gli atti programmatori o generali, adottati dagli organi amministrativi competenti per il governo del medesimo settore: per una teoria sull'ordinamento sezionale, si menziona anche F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, 17.

Sulla base della descritta evoluzione recente, la dottrina ha, perciò, talvolta, anche dubi-

Nel diritto comunitario e, poi, europeo, l'originaria definizione e la conseguente distinzione della dottrina italiana tendono, però, a sfumare e si afferma una più ampia definizione dell'autorizzazione amministrativa, considerata un atto idoneo a rimuovere un ostacolo normativo oppure a costituire una situazione giuridica (di vantaggio), così potendo delinearne anche una fattispecie simile alla concessione⁴³, confondendosi in una più ampia categoria dei provvedimenti diretti a consentire lo svolgimento di un'attività economica, che non potrebbe altrimenti essere svolta.

Nella stessa prospettiva è utile, quindi, comprendere il pertinente diritto europeo, ricostruito sia sulla base della giurisprudenza riguardante la medesima autorizzazione ed integrante la descritta "cornice" individuata dal reg. Ue n. 1024/2013 sia attraverso le norme vigenti.

Rispetto a questa impostazione, legata ad un approccio "funzionalista", fondato sul rilievo del principio dell'effettività, idoneo a stravolgere il contenuto dei tradizionali concetti della dogmatica del diritto pubblico nazionale⁴⁴, una preliminare distinzione deve essere fatta, considerando autonomamente le autorizzazioni dirette a consentire lo svolgimento di un'attività consistente nella prestazione di un servizio e le residuali autorizzazioni condizionanti la fornitura di un bene o la costruzione di un'opera, per le quali rilevano solamente i detti principi elaborati dalla Corte di giustizia.

Nella prima fattispecie, invece, anche se, considerando il periodo precedente l'adozione della dir. 2006/123/Ce – nota anche come la "direttiva Bolkestein" e riferita al settore dei "servizi" – l'autorizzazione è stata definita, principalmente, dalla menzionata giurisprudenza, la complessiva nozione deve essere individuata anche sulla base delle norme della stessa direttiva⁴⁵. Anche se, ai sensi del considerando n. 18, contenuto in questa direttiva,

tato che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria mantenesse un carattere discrezionale: nel medesimo senso, si può leggere anche T. Padoa Schioppa, *L'autorizzazione bancaria è ancora necessaria?*, cit.

⁴³ La stessa impostazione deriva dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per la quale si rinvia alle osservazioni svolte più avanti.

⁴⁴ Sul principio dell'effettività e "funzionalista" nel diritto europeo, influenzato, così, dalle sue origini comunitarie, si menziona M.P. Chiti, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Clueb, 2003.

⁴⁵ La "direttiva Bolkestein", infatti, introduce il principio dell'eccezionalità dell'atto condizionante l'esercizio di un'attività economica – pubblica o privata – come l'art. 9, contenuto in quella direttiva, dispone. Per le medesime questioni, si citano E. Grossman, *The French debate over the Bolkesteindirective*, in *Comparative European Politics*, 2011, 344 ss., Parisio, "Bolkestein" Directive, tacitconsent, D.I.A. (S.C.I.A.) in the administrative procedure, in M. Rossi (Hrsg.), *Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie und ihre Auswirkungen auf die Rechtsordnungen Italiens und Deutschlands*, Augsburg, Nomos, 57 ss., F.C. Pinacho, *La eventualproyección de la directiva*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

essa non si applica ai servizi finanziari – e quindi ai provvedimenti studiati nel presente contributo – la definizione dell'autorizzazione contenuta in quella direttiva può essere considerata quantomeno significativa rispetto all'orientamento europeo, che, anche in tale testo normativo, all'interno del detto *genus* delle autorizzazioni include i provvedimenti caratterizzati dalla descritta potenzialità condizionante e conformante rispetto ad un'attività economica, comprendendo anche le concessioni: per le autorizzazioni nel settore dei “servizi” finanziari e bancari, si applica, invece, la specifica normativa disposta dal reg. Ue n. 1024/2013, della quale, appunto, saranno colte le caratteristiche procedurali, anche sulla base della citata normativa italiana.

Tuttavia, la complessiva normativa ricordata deve essere coordinata con la menzionata giurisprudenza europea, che, con un orientamento consolidato, riferito prevalentemente alle autorizzazioni dei “giochi d'azzardo”, ha affermato che, per i principi dell’“imparzialità”, della “non discriminazione” e della “trasparenza”, derivanti dagli artt. 43 ss. e 56 ss. del TFUE, anche l'adozione di un provvedimento autorizzatorio, qualora esso sia diretto ad attribuire un vantaggio economico per un particolare soggetto, debba essere preceduta da una procedura idonea ad assicurare un'adeguata concorrenza, che non deve essere turbata dalla situazione giuridica soggettiva, “positiva”, costituita con l'adozione dell'atto autorizzatorio, conformemente al modello previsto per la stipula dei contratti delle pubbliche amministrazioni⁴⁶.

Le precedenti riflessioni consentono, dunque, di comprendere come la particolare autorizzazione disciplinata dal reg. Ue n. 1024/2013, relativa all'esercizio dell'attività bancaria, debba essere studiata come una *species* del *genus* delle autorizzazioni amministrative, disciplinate dal diritto europeo: una prima conseguenza di questa impostazione sarà individuata nella necessità di interpretare le disposizioni del citato regolamento e degli artt. 14 ss., d.lgs. n. 385/1993, consentendo che l'articolazione dei singoli procedimenti amministrativi, svolti presso la BCE e dalla competente autorità statale, sia im-

de servicios (bolkestein) en el urbanismo, en especial la nueva regulación del silencio administrativo, in Prácticaurbanística: Revistamensual de urbanismo, 2010, 16 ss., M. A. Sandulli e G. Terracciano, La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein, in Revista Aragonesa de Administración Pública, 2010, 47 ss.

⁴⁶ Una simile ipotesi si realizza difficilmente per il mercato creditizio, anche perché essa dovrebbe implicare una limitazione al relativo regime concorrenziale, la quale potrebbe porre alcuni problemi importanti rispetto alla compatibilità con i principi europei sulla tutela della concorrenza. Tra le sentenze principali, si ricordano C. giust. UE, 19 dicembre 2018, in C-357/17, C. giust. UE, 12 settembre 2013, in C-660/11 e C-8/12, C. giust. UE, 24 gennaio 2013, in C-186/11 e C-209/11.

La stessa giurisprudenza è, poi, completata e compendiata nell'art. 12, dir. 2006/123/Ce.

prontata alla centralità dei menzionati principi della “trasparenza”, dell’“imparzialità” e della “non discriminazione”.

Una concreta implicazione della stessa impostazione riguarderà, soprattutto, il primo principio, che dovrà consentire una sufficiente apertura – dei descritti procedimenti – alla partecipazione dei diversi soggetti (pubblici o privati, interessati o controinteressati), coinvolti dalla finale decisione adottata all’esito di quella procedura, anche così rimediando ad alcune lacune rilevanti, che, sul piano della tutela degli interessi attribuiti ai medesimi soggetti, possono derivare dalle limitazioni al sindacato giurisdizionale, connotate alla discrezionalità tecnica, esercitata dalla pubblica amministrazione responsabile per lo svolgimento di quei procedimenti.

Nel successivo esame, si andrà, perciò, ad analizzare lo svolgimento dello specifico procedimento amministrativo per l’autorizzazione dell’attività bancaria, considerato nella duplice dimensione detta, muovendo, però, dall’analisi dei principi procedurali, disposti dal reg. Ue n. 1024/2013.

4. Il primo “pilastro” dell’“unione bancaria” ed i provvedimenti autorizzatori per l’esercizio dell’attività creditizia

L’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria è disciplinata, dal diritto europeo, in una forma generale e con l’indicazione di alcuni criteri direttivi: la relativa disciplina è, infatti, dettata negli artt. 4, c. 1, lett. a), reg. Ue n. 1024/2013, integrati con i considerando n. 20 e n. 21, contenuti nel medesimo regolamento.

Per il primo considerando, l’autorizzazione «all’accesso all’attività di ente creditizio» è «un presidio prudenziale fondamentale per assicurare che tale attività sia svolta soltanto» dagli «operatori dotati di una base economica solida, di un’organizzazione atta a gestire i rischi specifici insiti nella raccolta di depositi e nell’erogazione di crediti e di idonei amministratori», inducendo ad «attribuire alla BCE il compito di autorizzare gli enti creditizi che devono stabilirsi in uno Stato membro partecipante nonché la competenza a revocare le autorizzazioni», salvaguardando il ruolo delle pubbliche amministrazioni nazionali.

In tale formulazione è indicato uno stretto nesso tra il citato meccanismo autorizzatorio e la ricordata tutela della stabilità dei mercati finanziari, tratteggiando un procedimento caratterizzato, tipicamente, dal coordinamento tra la pubblica amministrazione dell’UE e le competenti autorità statali⁴⁷.

⁴⁷ L’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria è perciò importante anche nella

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Ai sensi di quelle disposizioni, il procedimento amministrativo per l'autorizzazione dell'attività bancaria si articola, così, appunto, in due fasi: il primo momento è svolto al livello nazionale, mentre la seconda fase è sviluppata presso la pubblica amministrazione europea, individuata nella BCE, definendo il descritto procedimento come una procedura “composta”⁴⁸, apparentemente contraddittoria rispetto all'impostazione “federale”, riscontrata nella menzionata “unione bancaria”⁴⁹.

Per il citato art. 14, c. 1, «la domanda per l'autorizzazione all'accesso dell'attività dell'ente creditizio», avente la sede «in uno Stato partecipante», deve essere, infatti, presentata “alle autorità nazionali competenti” di tale Stato, «nel rispetto dei requisiti previsti dal pertinente diritto nazionale»⁵⁰: per il successivo art. 14, c. 2, poi, la menzionata autorità nazionale – sulla base di un'istruttoria adottata rispetto a quella domanda – adotta un “progetto” della decisione finale, che la BCE assumerà conformemente all'art. 14, c. 3.

5. La conseguente fase procedimentale nella pubblica amministrazione nazionale, con un particolare riferimento al diritto italiano ed alle norme sullo svolgimento del procedimento amministrativo

Il procedimento amministrativo per il rilascio dell'autorizzazione preliminare, prevista dal reg. Ue n. 1024/2013, – come si è detto – si apre, tuttavia, con una fase nazionale, che, nella detta prospettiva del procedimento “composto”, è attratta e svolta nell'ambito del diritto europeo⁵¹.

prospettiva del coordinamento amministrativo nella vigilanza bancaria. Sulla natura *multilevel*, conseguentemente connotante l'“unione bancaria” ed evidente anche nell'articolazione del procedimento amministrativo per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, si possono, invece, vedere R.A. Lastra, *Multilevel Governance in Banking Regulation*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., a cura di M.P. Chiti e V. Santoro (eds.) ed Türk, *European Banking Union and Its Relation with European Union Institutions*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., a cura di M.P. Chiti e V. Santoro (eds.) 41 ss.

⁴⁸ Esso, contravvenendo rispetto al modello dell'amministrazione indiretta, originariamente caratterizzante il diritto amministrativo europeo, è emerso negli ultimi anni e si è affermato in una maniera più ampia.

⁴⁹ Sui medesimi rilievi, si tornerà meglio più avanti.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 2, c. 1, reg. Ue n. 1024/2013, lo Stato “partecipante” al sistema della vigilanza bancaria è lo Stato adottante l'euro oppure un diverso Stato, che non ha adottato tale moneta, ma che, con il sistema della vigilanza del medesimo regolamento, ha instaurato la stretta cooperazione indicata al successivo art. 7.

⁵¹ L'apparente “aporia” segnalata sarà chiarita verosimilmente dalle successive considerazioni.

Per le ragioni spiegate nella premessa, l'esame della medesima fase sarà realizzato con un'analisi della pertinente normativa italiana, che appare significativa anche nella prospettiva dell'interpretazione giurisprudenziale.

Per la stessa fase, si deve, quindi, muovere dal d.lgs. n. 385/1993, che è il principale riferimento normativo per le questioni riguardanti il settore bancario in Italia⁵² e nella Banca d'Italia incardina la stessa fase svolta presso l'autorità statale⁵³. La detta disciplina procedimentale è completata anche dall'art. 24, l. 28 dicembre 2005, n. 262, che rinvia ulteriormente alla l. n. 241/1990, mentre, nel reg. Ue n. 1024/2013, è scarna la disciplina del medesimo procedimento.

In un primo senso, perciò, si cercherà di comprendere sia i generali principi della detta disciplina italiana sia i requisiti ed i criteri tecnici, previsti dal citato diritto statale, relativi alla valutazione ed all'esame delle istanze dirette ad ottenere un'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria⁵⁴; si tenterà, poi, di individuare in quale modo gli istituti previsti dalla l. n. 241/1990, possano essere attuati per il procedimento della medesima autorizzazione, considerando che l'art. 4, c. 3, d.lgs. n. 385/1993 statuisce che le norme della l. n. 241/1990, "in quanto compatibili", si applicano ai procedimenti svolti dalla Banca d'Italia, inducendo a ritenere che il conseguente giudizio sulla compatibilità tra queste discipline dipenda dalla ponderazione del descritto interesse alla tutela della stabilità dei mercati finanziari, considerato rispetto agli altri interessi rilevanti giuridicamente⁵⁵.

Nella stessa direzione, l'attenzione sarà posta sulle norme relative alla partecipazione, riferendosi alla disciplina dei pareri e delle valutazioni tecniche e concentrandosi, infine, sugli aspetti concernenti la decisione conclusiva.

Nell'esame degli stessi aspetti procedurali, l'attenzione sarà anche diretta a comprendere come la compiutezza dello svolgimento di quel procedimento consenta di realizzare l'*accountability* del descritto sistema amministrativo ed un *due process of law*, che, permettendo la piena acquisizione e

⁵² Lo stesso riferimento, tuttavia, – come si vedrà – andrà costantemente integrato con la l. n. 241/1990, che il t.u. bancario richiama, integrandola nella definizione della struttura della medesima procedura autorizzatoria.

⁵³ Sul ruolo e rispetto alle funzioni della Banca d'Italia, considerata anche nella prospettiva della sua storia, si dirà più ampiamente e più avanti.

⁵⁴ La duplicità dei piani normativi, implicati dal procedimento per l'autorizzazione bancaria, è spiegata in L. Torchia, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, cit., 11 ss.

⁵⁵ L'assetto del rapporto tra gli stessi interessi, appunto, sarà individuato anche sulla base dei principi e dei criteri individuati dalla giurisprudenza nazionale, ricordata nelle seguenti parti del contributo presente.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

l'adeguata valutazione dei detti interessi, li possa tutelare adeguatamente in un contesto caratterizzato da una sostanziale limitazione della tutela giurisdizionale e consenta di garantire la generale *accountability* del medesimo sistema⁵⁶.

⁵⁶ Se, sulle caratteristiche della tutela giurisdizionale, prevista per i menzionati procedimenti, sarà, appunto, spiegato più avanti, già deve essere osservato che l'*accountability* è centrale nel sistema realizzato nel diritto amministrativo europeo, che si colloca in un ordinamento di un "nuovo genere" ed è privo delle garanzie costituzionali esistenti nei diritti statali e dirette ad assicurare alcuni meccanismi per la legittimazione dei poteri pubblici esercitati sulla base di quegli ordinamenti: rispetto al modello delle reti amministrative è stato, infatti, osservato che «l'architettura plurale del potere esecutivo» rimane «sostanzialmente inalterata nel corso dei decenni, nonostante le profonde trasformazioni istituzionali dell'Unione e il principio di 'unità ed integrità della funzione esecutiva comunitaria talora evocato dalla Commissione», mentre, anche se esiste una «sua sostanziale stabilità nel corso del tempo», «il potere esecutivo dell'Unione stenta a operare come effettivo centro e vertice del sistema amministrativo europeo e delle reti amministrative nelle quali esso si articola»: M.P. Chiti, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 45 ss. Il tema dell'*accountability* è, perciò, particolarmente importante nell'"unione bancaria", caratterizzata da un'elevata integrazione amministrativa e rileva, così, nei propri aspetti politici, giurisdizionali ed amministrativi, come è spiegato in M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 173 ss., 174, dove si nota che «proprio l'esercizio di un potere e la contemporanea assenza di un controllo democratico dal basso» costituiscono «il nodo problematico da cui scaturisce la centralità del tema dell'*accountability*, con riferimento all'attività della vigilanza», poiché negli «ordinamenti liberal-democratici gli strumenti a disposizione degli amministrati ruotano attorno alla *rule of law* amministrativa e al controllo delle istituzioni politiche», mentre, nell'UE, quegli strumenti mancherebbero ed il tema del controllo e, perciò, dell'*accountability* della pubblica amministrazione europea dovrebbe essere cercato altrove: formalmente, esistono anche taluni meccanismi di un'*accountability* politica nell'"unione bancaria", legata al ruolo del *Parlamento europeo*; per lo stesso profilo, si cita P.G. Teixeira, *The Future of the European Banking Union: Risk-Sharing and Democratic Legitimacy*, in *The Palgrave Handbook of the European Banking Union Law*, cit., 135 ss.: «the accountability to the Parliament includes the appearance of the Chairs of the Supervisory Board and the SRB in hearings and in confidential discussions with the competent Parliament committee» (*op. ult. cit.*, 147). Relativamente al descritto tema, si possono leggere anche M. Bovens e D. Curtin (eds.), *The Real World of EU Accountability. What Deficit?*, Oxford, OUP Oxford, 2010, P. Craig, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e "accountability"*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2010, 57 ss., J. Tallberg, *Executive power and accountability in the European Union*, in S. Gustavsson, C. Karlsson e T. Persson (eds.), *The Illusion of Accountability in the European Union*, New York, Routledge, 2009, 111 ss.; nel diritto sovrastatale e globale, l'*accountability* giurisdizionale per i nuovi modelli amministrativi, afferenti non solamente al soggetto statale, è, comunque, centrale e si fonda sul "dialogo" tra le corti nazionali sovranazionali e globali, come è dimostrato in S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009 e P. Craig, UK, *EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; sul tema del "dialogo" tra le corti, principalmente statali, nella prospettiva del *judicial review*, ri-

Per un verso, rispetto al primo aspetto, l'intera disciplina è retta sui principi del regime autorizzatorio e del "mutuo riconoscimento".

Il primo principio è fondato sulla libera prestazione dei servizi, enunciata dall'art. 16, d.lgs. n. 385/1993 e degli artt. 56 ss. TFUE, dai quali derivano le descritte implicazioni legate all'orientamento della Corte di giustizia ed alle norme della "Direttiva Bolkestein", che impongono lo svolgimento di una procedura trasparente, aperta e concorrenziale, diretta ad autorizzare lo svolgimento dell'attività bancaria, inducendo ad una piena applicazione della l. n. 241/1990, considerata per gli aspetti commentati successivamente. Il "mutuo riconoscimento" è legato, invece, al criterio richiamato dal citato art. 16, per il quale le banche stabilite in uno Stato dell'UE possono esercitare le attività previste dal d.lgs. n. 385/1993, «nel territorio della Repubblica senza stabilirvi succursali dopo che la Banca d'Italia sia stata informata dall'autorità competente dello Stato di appartenenza». Anche il medesimo aspetto dimostra come la piena integrazione amministrativa, accentrata – realizzata con la vigilanza – si attenui, talvolta, nella specifica procedura della stessa autorizzazione, che è, infatti, un atto adottato dalla BCE, che, immediatamente nel territorio di uno Stato membro, corrispondente al luogo dello stabilimento della richiedente impresa, produce, tuttavia, i propri effetti e per la propria efficacia nel territorio europeo si avvale del "mutuo riconoscimento"⁵⁷.

Il menzionato "testo unico per il risparmio" prevede, così, sia il soggetto statale, competente a coordinare il procedimento volto all'adozione dell'autorizzazione ed a realizzare i detti principi, sia alcune condizioni, che, principalmente sul piano patrimoniale, devono integrare i generali parametri determinati dal reg. Ue n. 1024/2013, consentendo una puntuale valutazione delle istanze dirette all'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia.

Per il primo profilo, dal 2015, la ricordata legge italiana ha attribuito, appunto, alla Banca d'Italia, lo svolgimento della stessa vigilanza, sviluppando, dunque, una previsione del diritto europeo, che, all'art. 14, reg. Ue n. 1024/2013, dispone che la fase nazionale per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria sia coordinata dalla competente autorità statale, indivi-

ferito all'attività amministrativa e considerato per il problema del rapporto tra gli ordinamenti dell'Europa continentale ed il sistema inglese, si menzionano M. D'Alberti, *"Judicialreview of administrativepower"*. *Intensity of judicial review of administrative power: changes and prospects*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 891 ss.

⁵⁷ L'importanza del "mutuo riconoscimento" nel sistema delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività bancaria è spiegata in M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 104 e 105.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

duata ai sensi del medesimo art. 14⁵⁸: la Banca d'Italia è considerata, inoltre, un'autorità amministrativa indipendente, la discrezionalità delle cui decisioni è, perciò, caratterizzata dalla natura tecnica, tipica negli atti amministrativi assunti da tale autorità⁵⁹. Del resto, proprio per la peculiarità e sulla base della descritta prevalenza dell'interesse tutelato con l'integrata vigilanza creditizia, il ruolo di quell'autorità si è andato definendo con un'ampiezza diversa rispetto alle altre autorità indipendenti, come prova la giurisprudenza, che – tra le altre cose – chiarendo la posizione costituzionale, derivante anche dai Trattati europei, attribuita alla Banca d'Italia, ha ritenuto che la sua autonomia organizzatoria sia più ampia rispetto all'analogia autonomia data all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)⁶⁰.

⁵⁸ Sulla posizione della Banca d'Italia e sulla sua storia, possono essere citati S. Cassese, *La lunga durata delle istituzioni finanziarie degli anni Trenta*, in Aa.Vv., *Le istituzioni finanziarie degli anni trenta nell'Europa Continentale*, Bologna, il Mulino, 1982, 197 ss., M. Cera, *Il sistema dualistico e l'ordinamento bancario*, in *Riv. soc.*, 2008, 915 ss., R. Costi, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1270 ss., G. Ferri, *Banca d'Italia*, Enc. dir., Milano, Giuffrè, 1957, 7 ss., P. Ferro Luzzi, *Cosa è la Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2007, 364 ss., M. Fornasari, *La banca, la borsa, lo Stato. Una storia della finanza (secoli XIII-XXI)*, Torino, Giapichelli, 2017, N. Irti, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Riv. soc.*, 1996, 1081 ss., F. Merusi, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, cit., G. Minervini, *La Banca d'Italia, oggi*, in questa *Rivista*, 2006, 619 ss., A. Rosa, *L'accesso all'attività bancaria in Italia: una lettura sistematica tra diritto dell'Unione, disciplina nazionale e vigilanza unica*, cit.

⁵⁹ Per il rapporto tra la tradizionale vigilanza della Banca d'Italia e la vigilanza sugli altri settori finanziari, con un particolare riferimento ai mercati mobiliari ed alla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), si può vedere R. Costi, *Sul coordinamento fra autorità di vigilanza*, in *Banca impresa soc.*, 2001, 417 ss., R. Costi, *L'assetto della vigilanza sul mercato finanziario nei progetti di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, 1042 ss., M. Onado, *Crisi dei mercati finanziari e intervento statale*, in *Corr. giur.*, 2008, 1633 ss., M. Poto, *La CONSOB e la vigilanza sul mercato mobiliare*, in *Giur. it.*, 2006, 860 ss. Sul sistema della vigilanza svolto dalla Banca d'Italia, precedente l'"unione bancaria" europea, si può leggere M. Gola, *Vigilanza pubblica e controlli privati per la trasparenza del mercato creditizio*, in *Dir. econ.*, 2008, in 115 ss.

⁶⁰ In tale senso, si ricorda Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818, in www.giustizia-amministrativa.it, per la quale l'indipendenza dell'AGCM, istituita con la l. 10 ottobre 1999, n. 287, avrebbe una natura funzionale, ma non sarebbe direttamente radicata nei Trattati europei, come, invece, avverrebbe per la Banca d'Italia; l'ampiezza della conseguente autonomia organizzatoria, riconosciuta alla Banca d'Italia, può essere colta in Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1262, che non considera applicabile il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, per i dipendenti della Banca d'Italia. Anche se la Banca d'Italia è caratterizzata dai peculiari aspetti indicati, essa può, comunque, essere compresa tra le autorità amministrative indipendenti, delle quali possiede l'autonomia organizzatoria, anzi affermata in una maniera più ampia per la Banca d'Italia, al riguardo dovendosi aggiungere l'indipendenza funzionale rispetto agli organi dell'indirizzo politico: per il modello delle autorità amministrative indipendenti, nel diritto italiano, con una comparazione anche con alcune esperienze straniere, si rinvia a R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford, OUP

Il ruolo della Banca d'Italia è, poi, interessante nella prospettiva della detta comprensione del raccordo tra il diritto nazionale e le norme europee – nell'individuazione delle caratteristiche del procedimento e dell'atto preliminari all'esercizio dell'attività bancaria –, come dimostrano gli artt. 65, 66 e 67, d.lgs. n. 385/1993, che alla Banca d'Italia attribuiscono la vigilanza consolidata, informativa e regolamentare⁶¹.

Oxford, 2011, M. D'Alberti e A. Pajno, *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, M. D'Alberti, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *La riforma dell'amministrazione centrale*, a cura di G. Vesperini, Milano, Giuffrè, 2005, 95 ss., M. D'Alberti, *Libera Concorrenza e Diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss., M. De Benedetto, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, il Mulino, 2000, D. Halberstan, *The promise of comparative administrative law: a constitutional perspective of independent Agencies*, in S. Rose Ackermann e P. Linseth (eds), *Comparative Administrative Law*, Northampton, Edward Elgar Pub, 2010, 185 ss., F. Merusi e M. Passaro, *Le Autorità indipendenti-Italia*, Bologna, il Mulino, 2011, A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, OUP, 1994, F. Merusi, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in *L'indipendenza delle Autorità*, a cura di F.A. Grassini, Bologna, il Mulino, 2001, 26 ss., F. Merusi e A. Massera, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997. M. Shapiro, *A comparison of US and European independent agencies*, in S. Rose-Ackermann e P. Lindseth (eds), *Comparative Administrative Law*, cit., 293 ss.

Per le citate autorità amministrative, sulla base della loro peculiare collocazione sistemica, indipendente dal legame con l'indirizzo politico rappresentato dal governo e derivante dal Parlamento, la questione dell'*accountability* si pone particolarmente nel procedimento per l'adozione degli atti delle stesse autorità e nelle relative forme partecipative trova, appunto, uno strumento idoneo a risolvere i problemi della legittimazione delle funzioni svolte: per la stessa questione, ancora, si menziona S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, cit. e M.P. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit.

⁶¹ La prima vigilanza sembra consistere prevalentemente nella supervisione sugli enti meno "significativi", ai sensi del reg. Ue n. 1024/2013; la vigilanza informativa riguarda, invece, la diffusione delle informazioni creditizie, anche relative alle sofferenze nell'adempimento, utili a comprendere sia l'assetto complessivo del mercato bancario sia il merito di ogni potenziale soggetto finanziato o da finanziare nel medesimo sistema bancario, mentre, per l'art. 67, la Banca d'Italia adotta dei regolamenti concernenti «l'adeguatezza patrimoniale», «il contenimento del rischio», «le partecipazioni detenibili», «il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile», «i controlli interni», i sistemi remunerati ed incentivanti e «l'informativa da rendere al pubblico». I regolamenti adottati dalla Banca d'Italia hanno una sistemica collocazione analoga alla posizione dei simili atti – normativi – adottati dalle altre autorità amministrative indipendenti, rispetto alle quali è stato detto che la stessa potestà regolamentare trova una legittimazione prescindente da una previa previsione legislativa e discenderebbe dalla Costituzione e dalla teoria dei "poteri impliciti" o dal diritto europeo: nel primo senso, si cita M. Renna, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, in *AIDA*, 2014, 111 ss., mentre, per la seconda tesi, si menziona F. Merusi, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, cit.; sull'argomento, si rinvia anche a P. Bilancia, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, 251 ss., F. Gambardella, *La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti: il*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Rispetto ai presupposti per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, invece, il “testo unico per il risparmio”, agli artt. 13 ss., detta una disciplina articolata, prevedendo che la medesima autorizzazione possa essere data, se sussistono i criteri indicati all'art. 14, che – come si diceva – sono completati dalle regole tecniche, enunciate nella dir. 2013/36/UE e dai regolamenti della Banca d'Italia, richiamati al citato art. 68. I menzionati presupposti, legati dal citato parametro della gestione “sana e prudente” – indicato all'art. 5, d.lgs. n. 385/1993 –, specificato dalla giurisprudenza, riguardano la forma dell'impresa, il capitale, il programma dell'attività, l'idoneità misurata ai sensi dell'art. 26, riferita ai soggetti incaricati per l'amministrazione, per il controllo e per la direzione⁶²; inoltre, l'art. 14 prevede che tali requisiti debbano sussistere anche per i soggetti detentori di una partecipazione nel capitale della banca da autorizzare: i medesimi soggetti devono possedere, infatti, le condizioni previste dal successivo art. 19, che, riferendosi all'assentimento delle nuove acquisizioni nelle banche autorizzate, prescrive alcuni parametri simili ai criteri indicati all'art. 14, precisando i requisiti relativi alla solidità patrimoniale e finanziaria – propria dei nuovi partecipanti – ed esplicativi di taluni criteri generali immanenti al medesimo art. 14, fissando l'ulteriore profilo relativo al rispetto delle norme sul riciclaggio⁶³.

caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, in federalismi.it, 2017, 1 ss., P. Lazzara, La potestà regolamentare della Commissione nazionale Società e Borsa in materia di intermediazione finanziaria, in Foro amm., 2000, 703 ss., S. Foà, I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, Torino, Giappichelli, 2002.

La disciplina della Banca d'Italia è, poi, completata dall'art. 19, l. n. 262/2005, che riguarda l'organizzazione di questa autorità amministrativa indipendente, mentre la sua vigilanza è integrata con l'“alta vigilanza” svolta dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR), introdotto con la menzionata legge bancaria, adottata nel 1936. La medesima vigilanza era verosimilmente collegata alla citata supervisione “macro prudenziale”, esercitata dall'EBA, e non sembra, così, avere un consistente spazio in un sistema caratterizzato da una vigilanza creditizia, attribuita alla diretta competenza della pubblica amministrazione europea.

⁶² Rispetto al capitale iniziale, l'art. 12, dir. 2013/36/CE introduce una precisa disposizione, prevedendo che il medesimo capitale sia almeno pari ad euro 5.000.000, anche se il c. 4 contenuto nello stesso articolo ammette che possano essere autorizzate le banche provviste di un capitale pari ad almeno euro 1.000.000, qualora «gli Stati membri interessati» notifichino, «alla Commissione e all'ABE», «le ragioni per cui si avvalgono di detta facoltà»: rispetto al menzionato profilo dei soci, il successivo art. 14 prevede che «le autorità competenti» neghino «l'autorizzazione ad iniziare l'attività di ente creditizio», «salvo se un ente creditizio non abbia loro comunicato le identità dei suoi azionisti o soci, diretti o indiretti, persone fisiche o giuridiche, che vi detengono una partecipazione qualificata, nonché l'ammontare di tale partecipazione o, in mancanza di partecipazioni qualificate, dei venti maggiori azionisti o soci».

⁶³ Quella disposizione prevede, poi, una particolare relazione tra le imprese interne

Per un altro verso, nel d.lgs. n. 385/1993, sono, perciò, centrali i menzionati criteri tecnici, che individuano il contenuto dei particolari provvedimenti adottati in questa fase del descritto procedimento “composto” e che sviluppano i requisiti individuati nell’ambito europeo. Si ricorda, infatti, che la dir. 2013/36/UE attribuisce all’EBA la funzione di precisare quei criteri, incaricandola di «elaborare progetti di norme tecniche nonché orientamenti e raccomandazioni per assicurare la convergenza nella vigilanza» e la «coerenza dei relativi risultati nell’ambito dell’Unione», come il considerando n. 10, contenuto in tale direttiva, precisa, mentre, ai sensi del successivo art. 8, c. 2, le stesse norme prudenziali – adottate, poi, dalla Commissione – stabiliscono sia «le informazioni da fornire alle autorità competenti nella domanda di autorizzazione degli enti creditizi, compreso il programma di attività di cui all’articolo 10» sia «i requisiti applicabili agli azionisti e ai soci con partecipazione qualificata di cui all’articolo 14»⁶⁴.

Nella medesima prospettiva dei criteri tecnici e della discrezionalità della connessa autorizzazione, è importante il riferimento dell’art. 5, d.lgs. n. 385/1993 all’idoneità dell’impresa autorizzata rispetto ad una «sana e prudente» gestione, delineando un requisito, poi, elaborato dalla giurisprudenza, che lo ha ricondotto alle valutazioni tecniche complesse, «ossia a quei giudizi» implicanti «l’apprrezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole», che «non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico»⁶⁵.

È già, perciò, possibile osservare che l’insieme dei presupposti indicati,

ad un gruppo bancario, la quale deve essere razionale e trasparente, così non ostacolando la vigilanza svolta dalle autorità amministrative incaricate per tale funzione.

⁶⁴ Per lo stesso art. 8, c. 2, inoltre, l’EBA dovrebbe definire le norme tecniche, idonee ad indicare «quali ostacoli» possano «impedire l’efficace esercizio delle funzioni di vigilanza dell’autorità competente di cui all’articolo 14»: la funzione svolta dall’EBA e diretta ad implementare i criteri indicati deve essere considerata un’esplicazione delle attività regolatorie, svolte nell’ambito del terzo “pilastro” dell’“unione bancaria”, relativo all’uniforme disciplina del settore del credito, rispetto alla quale – come si è visto – sono centrali le funzioni di quell’autorità europea e sono comprese anche le citate attività consistenti nella precisazione dei criteri per la valutazione delle richieste delle autorizzazioni all’esercizio dell’attività bancaria: su tali aspetti, si cita C. Brescia Morra, *The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 393 ss. Rispetto al citato progetto dell’attività, infine, il successivo art. 10 prevede che esso indichi «il tipo di operazioni previste», «la struttura dell’organizzazione dell’ente creditizio» e, quindi, la forma societaria o giuridica, che l’impresa bancaria da autorizzare andrà ad assumere.

⁶⁵ Sulla particolare natura tecnica, connotante quella discrezionalità, sarà detto suc-

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

valutati dalla Banca d'Italia, determina i parametri di una decisione originale, fondata su alcuni criteri tecnici e, però, sostanzialmente discrezionale, integrata dalle limitazioni previste dal reg. Ue n. 1024/2013: il descritto primato della tutela della stabilità dei mercati finanziari introduce, infatti, un elemento idoneo a completare quei parametri prudenziali – caratterizzati, comunque, da un'“opinabilità” –, inducendo ad una ponderazione tra i vari interessi coinvolti, rispetto ai quali il citato principio europeo ha un rilievo preminente e produce le particolari conseguenze esaminate successivamente.

Le imprese autorizzate ai sensi delle precedenti disposizioni sono, dunque, iscritte all'albo previsto all'art. 13⁶⁶.

Esaminando il secondo aspetto citato inizialmente e relativo alle norme statali sullo svolgimento del procedimento esaminato, si deve considerare il d.lgs. n. 385/1993 – richiamato anche dalla l. n. 262/2005 –, in un coordinato disposto con la l. n. 241/1990, che, per la menzionata previsione normativa e per il pacifico orientamento giurisprudenziale, si applica a quel procedimento⁶⁷.

L'esame della detta portata della l. n. 241/1990 è importante, poiché permette di verificare che il citato procedimento nazionale consenta una significativa apertura ed un'adeguata partecipazione per i diversi interessi coinvolti, che – come si è spiegato – discende anche dagli artt. 13 ss., reg. Ue n. 1024/2013, e dai ricordati principi europei sulle autorizzazioni amministrative.

Il connesso esame si deve, quindi, soffermare sia sulle disposizioni dell'istruttoria sia sulle norme relative alla conclusione del procedimento amministrativo.

Il primo profilo è importante nella prospettiva indicata: al riguardo, la verifica dei termini dell'applicazione degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, appare centrale, rilevando in una dimensione soggettiva ed oggettiva.

Le stesse disposizioni consentono la difesa degli interessi coinvolti dal procedimento per l'adozione del descritto provvedimento, realizzata con la

cessivamente, precisando, però, anche la peculiarità dell'assetto degli interessi e dei criteri valutativi, coinvolti conseguentemente.

⁶⁶ La citata normativa europea e nazionale sembra connettere, tuttavia, prevalentemente e direttamente al perfezionamento del procedimento descritto, l'effetto della costituzione dell'abilitazione allo svolgimento dell'attività creditizia, dovendosi ritenere che la detta iscrizione all'albo abbia un'efficacia meramente pubblicitaria, ipotizzando che, qualora tra il momento della positiva conclusione della descritta procedura e l'iscrizione al medesimo registro fosse intervenuto un atto amministrativo idoneo a ledere illecitamente gli interessi connessi a quell'abilitazione, gli stessi interessi avrebbero, comunque, già una piena tutela.

⁶⁷ Si può vedere la giurisprudenza citata sul problema dei termini.

produzione delle “memorie” o con il ricorso all’accesso, ammessi dagli artt. 7 e 8 e disciplinati anche dai connessi artt. 24 ss., favorendo, così, un’adeguata efficacia delle decisioni assunte con quelle procedure autorizzatorie, considerate rispetto al loro impatto sui mercati finanziari e sulla loro stabilità⁶⁸.

Per un verso, l’art. 7, l. n. 241/1990, riguardante la comunicazione – dell’avvio del procedimento – diretta ai soggetti interessati e “controinteressati”, è rilevante, però, parzialmente, poiché, come si desume sia dal suo riferimento alle procedure aperte “d’ufficio” sia dall’insieme del reg. Ue n. 1024/2013 e della dir. 2013/36/UE, la medesima disposizione si applica solamente per la menzionata revoca del provvedimento disposta “d’ufficio”, alla quale, per le spiegate ragioni “garantiste” e partecipative, si ritiene riferibile la descritta norma sulla comunicazione dell’avvio, contraddicendo la citata giurisprudenza italiana, che, per la necessità della primaria tutela della stabilità finanziaria, ha escluso la generale obbligatorietà di quella comunicazione per i citati procedimenti autorizzatori⁶⁹.

Per un altro verso, nella prospettiva indicata appaiono rilevanti le altre disposizioni dell’art. 8, che consente l’apertura delle procedure dirette all’autorizzazione dell’attività creditizia, permettendo una completa partecipazione al connesso procedimento, con un particolare riferimento alla presentazione delle memorie ed all’accesso: in tale senso, sul piano soggettivo, si ritiene che, per garantire la detta *accountability* amministrativa – idonea a colmare le menzionate lacune nel controllo giurisdizionale –, la stessa partecipazione debba essere ampiamente riconosciuta ai diversi soggetti, pubblici o privati, che possano avere un interesse giuridicamente rilevante, inciso dalla decisione amministrativa da assumere.

I medesimi soggetti non sono unicamente individuati negli “interessati”, indicati dall’art. 7, l. n. 241/1990, ed identificati con i destinatari del provvedimento finale, ma possono coincidere anche con alcune associazioni settoriali, che rappresentano le istanze comuni e le relative situazioni giuridiche, coinvolte dalle decisioni pubbliche nel settore creditizio, le quali delineano, quindi, un interesse “diffuso” alla tutela del risparmio e dell’ordinato sviluppo del mercato bancario⁷⁰, protetto anche dall’art. 47 Cost.: la descritta

⁶⁸ La scansione del procedimento amministrativo, adottata nel presente contributo e diretta a distinguere almeno le fasi dell’istruttoria e dell’adozione del finale provvedimento, risale a M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, ai cui studi è fatto un rinvio per l’approfondimento dei problemi teorici, connessi allo svolgimento di quelle fasi.

⁶⁹ Per la giurisprudenza diretta ad escludere l’obbligo della comunicazione di avvio dei procedimenti amministrativi sulle procedure nella materia della vigilanza svolta dalla Banca d’Italia, si ricorda TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 agosto 2018, n. 8868, cit.

⁷⁰ Relativamente alle funzioni dell’ABI, considerate anche rispetto alla tutela dell’inte-

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

circostanza può essere esemplificativamente configurata per l'Associazione bancaria italiana (ABI) o per le associazioni create per la protezione degli interessi degli utenti del servizio bancario, idonee a contribuire a fornire alcuni elementi utili a comprendere le conseguenze legate alla creazione di una particolare posizione nel mercato creditizio – costituita con la stessa autorizzazione –, che possono rilevare soprattutto per la ricordata tutela della stabilità dei mercati finanziari⁷¹.

resse diffuso per la protezione della stabilità dei depositi e dei mercati finanziari, si rinvia a T. Padoa Schioppa, *Il contributo delle banche alla crescita e il ruolo dell'ABI per una moderna «corporazione dei banchieri»*, in *Bancaria*, 2006, n. 7-8, 2 ss.

⁷¹ In tale senso, la partecipazione si svolge nella propria – doppia – valenza “difensiva” ed apportatrice di alcuni elementi importanti sia per il completamento dell'istruttoria procedimentale sia rispetto alla conseguente decisione amministrativa, interpretando i principi dell'imparzialità e del buon andamento, previsti dall'art. 97, Cost. ed intesi nella duplice prospettiva della “trasparenza” e della “ragionevolezza”, funzionale all'economicità, all'efficienza ed all'efficacia dello svolgimento dei procedimenti amministrativi, come l'art. 1, l. n. 241/1990, prescrive. Nel testo si muove dall'interpretazione dei principi dell'imparzialità e del buon andamento, definiti come le parti di un'endiadi, nella quale – come è osservato in F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1989, 1 – «in un regime statale, retto dalla sovranità popolare, è addirittura impensabile che l'apparato, in cui la comunità esprime la propria organizzazione, possa agire a favore di uno, piuttosto che di un altro soggetto, o contro uno, piuttosto che contro un altro»: da tale principio discenderebbe la possibilità della trasparenza dell'attività amministrativa, nella forma delineata, poi, nella l. n. 241/1990, nella quale i connessi istituti partecipativi, legati agli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, avrebbero una valenza sia difensiva per il privato sia collaborativa rispetto ad una più compiuta istruzione dei procedimenti amministrativi, contribuendo ad un pieno perseguimento del buon andamento della stessa attività amministrativa – per tali aspetti, si rinvia a F.G. Scoca, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss.; l'idea dell'endiadi indicata è presente in C. cost. 11 ottobre 1985, n. 234, in www.cortecostituzionale.it e C. cost., 11 giugno 1993, n. 333, in www.cortecostituzionale.it. Il nesso tra l'imparzialità ed il buon andamento è, comunque, presente nella maggiore parte delle opere dedicate al principio dell'imparzialità, per le quali si rinvia a U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1993, 131 ss., Id., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, P. Barile, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Aa.Vv.*, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, 25 ss., R. Caranta, *Art. 97 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Milano, Giuffrè, 2006, 1892 ss., S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, 63 ss., A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, G. Gardini, *Imparzialità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, IV, 2939 ss., G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 85 ss., C. Pinelli, *Art. 97 1° comma, parte II Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1994, 31 ss.

L'idea dell'imparzialità intesa in tale accezione ampia e complessa è, inoltre, sviluppa-

Per un altro verso, ancora, la partecipazione al descritto procedimento amministrativo, principalmente riferita a taluni soggetti pubblici – qualificati – è importante per l'applicazione dei principi e delle regole europee sulla tutela della concorrenza, previste agli artt. 3 TUE e 101 ss. TFUE, interpretati anche con il Protocollo n. 27, TFUE, che, comunque, informano anche il settore bancario in Europa e nell'ambito creditizio rilevano rispetto ai principi definiti agli artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE, riguardanti rispettivamente la libera prestazione dei servizi e la libertà dello stabilimento delle imprese bancarie.

Per l'ultimo profilo indicato, si deve considerare il rapporto tra quella procedura autorizzatoria e le attività dell'AGCM, della CONSOB, della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP) e dell'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private (IVASS), che il d.lgs. n. 395/1993, in alcune disposizioni sulla vigilanza – non riguardanti la ricordata autorizzazione bancaria e applicabili, però, sistematicamente a tale provvedimento ed al connesso procedimento –, richiama, prescrivendo che un'informazione di tali autorità sia chiesta dalla Banca d'Italia ovvero che essa acquisisca un parere dalle medesime autorità, applicando un principio generale, previsto dall'art. 7, c. 5, l. n. 241/1990, e relativo all'obbligo della collaborazione amministrativa tra la CONSOB, la COVIP e l'IVASS, conformemente all'art. 20, c. 1, l. n. 262/2005, per il quale il medesimo obbligo è esteso anche all'AGCM, prevedendo che le menzionate amministrazioni pubbliche, «nel rispetto della reciproca indipendenza», individuino «forme di coordinamento», per l'esercizio delle loro competenze, «anche attraverso protocolli d'intesa o l'istituzione» di alcuni «comitati di coordinamento»⁷².

ta anche sul piano sovranazionale e può essere considerata immanente alla nuova versione del tradizionale principio della *rule of law*, declinata nella detta forma del *due process of law*. Le implicazioni del medesimo principio saranno colte nel rapporto tra l'*accountability* amministrativa, procedimentale e l'*accountability* giurisdizionale nell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; per una declinazione di tale problema, considerata per il diritto globale, si rinvia alle riflessioni di S. Sassen, *The Participation of States and Citizens in Global Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, 8 ss., M. Shapiro, *Symposium: Globalization, Accountability, and the Future of Administrative Law: Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, 8 ss., M. Shaw, *Theory of the Global State. Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

⁷² Del resto, si deve osservare che la Banca d'Italia, comunque, nella fase rimessa alla sua competenza e relativa a quella autorizzazione, ha un onere collaborativo nei confronti dell'AGCM, il quale deriva dal principio europeo sulla cooperazione amministrativa, che è immanente al sistema delle reti nel settore della tutela della concorrenza; ne discende, appunto, che, nell'autorizzare preliminarmente una banca, si devono considerare anche le conseguenze concorrenziali ed è necessario segnalare, all'AGCM, i connessi effetti contrari ai citati principi

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

È, dunque, evidente che le stesse forme collaborative completano la descritta istruttoria procedimentale, consentendo che la Banca d'Italia possa valutare le implicazioni dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, considerandone le conseguenze per l'assetto del mercato dell'inter-

europei sulla concorrenza: per tale questione, considerata nel settore delle autorità costituite con il modello della "rete" amministrativa, si rinvia a M.P. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit. I menzionati "Comitati di coordinamento" realizzano, inoltre, una collaborazione simile alla "conferenza di servizi", disciplinata agli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, anche se gli stessi Comitati costituiscono una forma stabile e riferita ad una vasta e potenzialmente indeterminata quantità di alcuni procedimenti amministrativi, rilevanti, mentre il citato istituto disciplinato nella l. n. 241/1990 è uno strumento da usare occasionalmente e discrezionalmente in ogni singola procedura caratterizzata dai presupposti legittimanti al ricorso al medesimo istituto; il problema del rapporto tra l'autorità amministrativa indipendente, settoriale, e l'AGCM si è posto anche in altri ambiti, come è avvenuto per la materia delle comunicazioni: sul tema, si cita M. Conticelli e A. Tonoletti, *La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 71 ss.

Le collaborazioni tra le dette autorità sono, poi, menzionate dal t.u. bancario, avendo un principale riferimento alla CONSOB, per la quale tali disposizioni prevedono un coordinamento soprattutto istruttorio con la Banca d'Italia, diretto a realizzare una comunicazione informativa, volta all'integrazione dell'istruttoria dei procedimenti regolatori, svolti da tali autorità, come è previsto dal relativo art. 15, c. 5, per il quale «la Banca d'Italia, nei casi in cui sia previsto l'esercizio di attività di intermediazione mobiliare, dà notizia alla CONSOB delle comunicazioni ricevute ai sensi dei commi 1° e 3° e dell'apertura di succursali all'estero da parte di banche italiane»; analogamente, l'art. 16, c. 5, rispetto alla libera prestazione dei servizi delle imprese creditizie, stabilite ed autorizzate in uno Stato dell'UE, prevede che «la Banca d'Italia, nei casi in cui sia previsto l'esercizio di attività di intermediazione mobiliare, dà notizia alla CONSOB delle comunicazioni ricevute ai sensi del comma 3° e della prestazione all'estero di servizi da parte di banche italiane»: alle norme sulla libera prestazione dei servizi, si lega, perciò, una scissione tra le regole sullo svolgimento dell'attività bancaria, connesse ai principi europei, applicabili a tutti gli Stati, e la disciplina dell'"unione bancaria" e della relativa autorizzazione, che si riferiscono ai soli Stati aderenti a tale sistema normativo ed amministrativo.

Un coordinamento per l'adozione di un atto amministrativo è, invece, previsto dall'art. 15, per il quale la «Banca d'Italia e la CONSOB, nell'ambito delle rispettive competenze, indicano, se del caso, all'autorità competente dello Stato comunitario non partecipante al MVU e alla banca le condizioni alle quali, per motivi di interesse generale, è subordinato l'esercizio dell'attività della succursale».

Si ricorda che la COVIP è stata istituita con il d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 ed ha la funzione regolatoria, generale, diretta a garantire la correttezza e la trasparenza nella gestione dei "fondi pensione", autorizzandone anche la costituzione, mentre l'IVASS è stato creato con il d.lgs. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135, che ha soppresso il precedente Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private (ISVAP), istituito con l. 12 agosto 1982, n. 576; sulla CONSOB, istituita con l. il 7 giugno 1974, n. 216, si rinvia ad una descrizione generale sulle procedure amministrative, contenuta in M. Poto, *La CONSOB e la vigilanza sul mercato mobiliare*, cit.

mediazione mobiliare o del settore assicurativo, sui quali essa può produrre i propri effetti, qualora la menzionata impresa da autorizzare svolga anche un'attività nella collocazione dei titoli nei mercati borsistici o proponga alcuni prodotti assicurativi: la citata cooperazione è rilevante particolarmente rispetto alle funzioni svolte dall'AGCM, se la stessa autorizzazione può incidere sull'assetto concorrenziale per il mercato bancario interessato da quel provvedimento, considerato nella prospettiva delle ricordate norme europee sulla tutela della concorrenza.

Sul rapporto tra i diversi aspetti indicati, si deve citare l'art. 19, l. n. 262/2005, che all'AGCM ha parzialmente affidato la tutela della concorrenza per la materia creditizia e, quindi, la decisione sull'incidenza dell'attività bancaria rispetto agli artt. 101 ss. TFUE, anche se, per l'art. 19, c. 12, l'autorizzazione alle particolari acquisizioni disciplinate dall'art. 19, d.lgs. n. 385/1993, e l'atto concernente le concentrazioni regolate dall'art. 6, l. n. 2/1990 sono affidati ad un doppio provvedimento, adottato dalla Banca d'Italia e dall'AGCM, rispettivamente per i profili della "sana e prudente" gestione e per la salvaguardia della concorrenza⁷³.

L'esame del rilievo delle norme italiane sull'istruttoria del procedimento riguardante l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia deve, così, concludersi con un'analisi delle specifiche disposizioni relative ai pareri, che, nella descritta prospettiva dell'*accountability* del complessivo sistema, possono completare l'individuazione dei fatti e degli interessi rilevanti, operata dalla competente amministrazione pubblica.

Nello stesso senso possono essere esaminate, infine, sia le norme sui pareri e sulle valutazioni tecniche, disciplinate rispettivamente dagli artt. 16 e 17, l. n. 241/1990, sia la "conferenza di servizi", regolata ai precedenti artt. 14 ss. ed idonea a comprendere i "comitati di coordinamento", indicati all'art. 20, c. 1, l. n. 262/2005.

Lo strumento del parere, per la vigilanza bancaria, è, infatti, richiamato frequentemente nelle norme del d.lgs. n. 385/1993 – attuative del princi-

⁷³ Tale elenco degli atti, tuttavia, rileva marginalmente per il tema studiato nel presente contributo, che – come si è detto – riguarda le autorizzazioni preliminari all'esercizio dell'attività bancaria, ma non concerne le altre autorizzazioni disciplinate dal reg. Ue n. 1024/2013 e dal d.lgs. n. 385/1993; per alcune decisioni adottate dalla Banca d'Italia, precedenti la generale competenza dell'AGCM, riferita anche alla concorrenza nel settore bancario, si citano Banca d'Italia, decisione 10 ottobre 1994, n. 11, Banca d'Italia, decisione 4 maggio 1995, n. 14, Banca d'Italia, decisione 19 gennaio 2001, n. 35, Banca d'Italia, decisione 9 agosto 2001, n. 37, Banca d'Italia, decisione 31 gennaio 2003, n. 46. Quelle decisioni hanno principalmente riguardato alcune concentrazioni realizzate dall'ABI, dalla Banca di Roma e dall'UniCredito Italiano. In un caso, le stesse decisioni sono state relative ad un accordo nella materia dei pagamenti interbancari.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

pio della cooperazione tra le autorità amministrative indipendenti coinvolte nelle procedure sulla stessa vigilanza, determinato dal menzionato art. 7, c. 5, e dal citato art. 20 – e può analogicamente essere applicato alla particolare ipotesi dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: analogamente è possibile dire per le valutazioni tecniche, indicate all'art. 17, l. n. 241/1990, la cui applicazione discende dal richiamo alla stessa legge, operato dall'art. 4, c. 3, d.lgs. n. 385/1993.

Il medesimo aspetto consente, così, anche una migliore comprensione del rapporto tra le citate funzioni della Banca d'Italia e le attività delle menzionate autorità regolatorie per gli altri mercati finanziari: qualora, infatti, una decisione su un'istanza diretta ad ottenere la stessa autorizzazione riguardi un'impresa compresa tra i soggetti operanti nel mercato dell'intermediazione mobiliare e tenuti al rispetto della l. 2 gennaio 1991, n. 1, può essere opportuno che la connessa decisione della Banca d'Italia ritenga che, ai fini di quella decisione, rilevino i requisiti idonei a consentire che quella banca dovrà operare anche rispetto ai mercati sottoposti alla vigilanza della CONSOB, comunque, integrati nel complessivo mercato finanziario⁷⁴. Un conseguente coordinamento tra la medesima autorizzazione e la relativa valutazione di quell'autorità indipendente diviene utile ed opportuno per il descritto procedimento e può essere esplicito, appunto, con un parere diretto a portare una più ampia valutazione discrezionale, caratterizzata dalla ponderazione degli interessi pubblici, coinvolti rispetto alla tutela della stabilità dei mercati finanziari⁷⁵.

Relativamente al rapporto tra il detto procedimento svolto dalla Banca d'Italia e l'AGCM, invece, anche se – come si è detto – le principali competenze per la valutazione degli effetti – della citata autorizzazione amministrativa – sull'assetto della concorrenza, considerata sulla base delle ricordate norme europee, sono attribuite complessivamente a questa autorità, si deve dire che, per il citato principio della cooperazione, previsto all'art. 5, d.lgs. n. 385/1993, tali effetti dovrebbero essere valutati e ponderati, anche preventivamente, dalla Banca d'Italia, qualora essi possano incidere sulla struttura

⁷⁴ Per un simile aspetto, si rinvia alle iniziali osservazioni sull'“architettura” integrata per la vigilanza nei mercati finanziari, europei.

⁷⁵ È logico, infatti, che la Banca d'Italia, nel decidere su un'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, debba considerare gli effetti per il mercato bancario, connessi al possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività sottoposta alla citata vigilanza della CONSOB: una società quotata nella “borsa”, infatti, ha un impatto diverso e più rilevante nel detto mercato e la medesima circostanza, nella prospettiva della salvaguardia della stabilità dell'intero settore finanziario, deve, così, essere considerata nella conseguente autorizzazione adottata anche con il concorso della Banca d'Italia.

e sulla stabilità dei mercati finanziari: nella medesima circostanza, la conseguente decisione dovrebbe avere consentito l'acquisizione di un parere o di una valutazione dell'AGCM, che è, infatti, la pubblica amministrazione incaricata per la tutela della concorrenza intesa nel senso spiegato sopra.

La descritta collaborazione istruttoria può, infine, conseguentemente avvalersi delle forme della “conferenza di servizi”, ai sensi degli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, se i pareri o le valutazioni, da ottenere alternativamente o congiuntamente, appaiono complessi o articolati tecnicamente ovvero se è necessario riunire alcune tra le autorità amministrative indipendenti cooperanti sulla base del menzionato art. 5: la “conferenza di servizi”, avendo un inevitabile carattere residuale, deve, però, essere compatibile con la comprensibile esigenza della conclusione del procedimento amministrativo negli indicati termini celeri, congruente rispetto alla descritta importanza degli interessi tutelati nelle decisioni amministrative, assunte nella vigilanza bancaria, come ha osservato la giurisprudenza italiana, per la quale la necessità di una rapida definizione delle decisioni sulla vigilanza bancaria, idonee ad evitare un'incertezza incidente negativamente sui mercati finanziari, impongono un rapido svolgimento delle relative procedure⁷⁶.

Anche con i temperamenti indicati – legati alla peculiare natura dell'interesse posto, dal diritto europeo, al fondamento del sistema dell'“unione bancaria” –, l'esame svolto consente, perciò, di affermare che, anche sulla base delle considerazioni svolte sul complessivo sistema sotteso, la l. n. 241/1990 rappresenta un adeguato ed integrale completamento della scarna cornice, che il reg. Ue n. 1024/2013 delinea per il provvedimento volto ad assentire l'esercizio dell'attività creditizia.

Sulla base di questo esame iniziale, il complessivo sistema esaminato sembra, inoltre, garantire una generale *accountability* del citato settore della vigilanza bancaria, anche nella prospettiva dei detti principi europei della “trasparenza” e sulla “non discriminazione”.

6. La fase conclusiva e l'adozione del provvedimento finale nella descritta procedura disciplinata dal diritto italiano e diretta all'autorizzazione dell'esercizio dell'attività bancaria

Rispetto alla conclusione del descritto procedimento amministrativo, la l. n. 241/1990 analogamente integra e completa la generale disciplina prevista dal reg. Ue n. 1024/2013, dalla dir. 2013/36/Ue e dal d.lgs. n. 385/1993.

⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4521, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Al riguardo, l'attenzione deve essere posta, principalmente, sia sui termini per la conclusione del procedimento sia sulla forma del provvedimento conseguente.

Per il primo aspetto, si devono applicare le previsioni della l. n. 241/1990, poiché né il diritto europeo né la specifica normativa nazionale danno un'indicazione pertinente sul tempo per la conclusione dei procedimenti per l'esercizio dell'attività bancaria, se si esclude il citato art. 14, c. 2, che, al diritto statale, rimette la determinazione degli stessi termini, richiedendo che la durata massima non superi i dodici mesi.

Coordinando, però, gli artt. 14, reg. Ue n. 1024/2013 e 15, dir. 2013/36/ Ue, si deduce che il medesimo termine massimo si applica alle sole procedure concluse con l'accoglimento dell'istanza presentata per l'autorizzazione. Infatti, il citato art. 15, c. 1, prevede che, qualora essa sia negata, il relativo provvedimento debba giungere entro i sei mesi dalla connessa istanza o dal suo completamento necessario: anche su questo aspetto, si segnala il particolare orientamento della giurisprudenza italiana, che, contraddicendo rispetto alla descritta impostazione, asserisce che la particolarità dell'interesse all'ordinato svolgimento delle attività del mercato bancario impone una celerità delle procedure connesse alla vigilanza creditizia, che non sembrerebbero potere essere comprese negli ordinari termini discendenti dalla l. n. 241/1990⁷⁷.

Rispetto alla forma del conseguente provvedimento finale – avente una natura “infraprocedimentale” nella complessiva procedura “composta”, disciplinata dall'art. 14, reg. Ue n. 1023/2013 –, il principale problema riguarda la possibilità del ricorso al “silenzio assenso”, previsto dall'art. 20, l. n. 241/1990⁷⁸.

La giurisprudenza italiana sembra avere ammesso la stessa modalità della conclusione del procedimento indicato; si deve osservare che, però, la ricordata interpretazione delle norme fondanti il sistema della vigilanza bancaria – sulla base delle sentenze della Corte di giustizia – dovrebbe indurre a ritenere che il principio della tutela della stabilità dei mercati finanziari spinge verso la necessità di una piena ed espressa ponderazione degli interessi rilevanti, inducendo a considerare la solidità patrimoniale e finanziaria della banca autorizzata, rendendo difficilmente ammissibile che gli effetti della

⁷⁷ Si richiama, ancora, Cons. St., VI, n. 4521/2005, cit.

⁷⁸ Sul generale istituto del “silenzio assenso”, rilevante incidentalmente nel presente studio, si rinvia a M.A. Sandulli, *Gli effetti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2017 ed A. Travi, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 6 ss.

medesima autorizzazione possano prodursi con un atto silente, che possa prescindere da quella ponderazione, il quale, per alcune ragioni attinenti al celere svolgimento della procedura autorizzatoria, può essere ammesso astrattamente per la fase finale – svolta presso la BCE –, ma contrasterebbe con il descritto sistema, qualora essa consentisse una doppia adozione di un atto silente per la medesima procedura, impedendo qualunque ponderazione tra gli interessi detti: dal citato principio europeo sembra, perciò, discendere la disapplicazione della norma statale, individuata nell’art. 20, l. n. 241/1990, e riferita al procedimento per l’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria.

L’analisi svolta, finora, sul raccordo tra la generale cornice normativa, disposta dal d.lgs. n. 385/1993, e la l. n. 241/1990, consente, perciò, una prima riflessione sul rilievo e sulla portata delle dette regole relative all’istruttoria ed alla partecipazione nello stesso procedimento ed alla connessa fase decisoria.

Si può, anzitutto, osservare che, confermando le “aporie” già rilevate nel sistema dell’“unione bancaria”, quella fase rimane ampiamente disciplinata dal diritto nazionale: essa risulta, infatti, priva di alcune regole fondamentali ed armonizzate, confermando un’“asimmetria” nell’integrata vigilanza creditizia, europea nella procedura e nazionale nella disciplina degli aspetti procedurali, dimostrando che la sua natura “federale” non è necessariamente connessa ad una simile evoluzione complessiva per l’UE, ma sembra derivare dalle particolari forzature indotte dall’urgenza della crisi mondiale, economica e finanziaria⁷⁹.

Da una parte, però, le medesime norme nazionali permettono di verificare una “adeguata” apertura del citato procedimento, che, nella stessa procedura, conformemente all’idea del *due process of law* – spesso presente nel diritto amministrativo sovranazionale –, può anticipare la tutela dei diversi interessi coinvolti nella decisione sull’autorizzazione all’esercizio dell’attività creditizia, configurando gli specifici aspetti *dell’accountability* amministrativa, che, appunto, rappresenta un tipico profilo dell’“unione bancaria” europea⁸⁰.

D’altra parte, la stessa ampiezza della detta fase partecipativa, comples-

⁷⁹ Sullo stesso punto, si menziona, ancora, L. Torchia, *L’Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, cit., 11 ss. Per G. Lo Schiavo, *The European Banking Union and the Role of Law*, Frankfurt, Edward Elgar Pub, 2019, invece, il sistema dell’“unione bancaria”, inteso nelle diverse articolazioni, rappresenta un contesto unitario e coerente, come sarebbe dimostrato soprattutto dalla disciplina della vigilanza e della risoluzione.

⁸⁰ Le riflessioni svolte confermerebbero, appunto, che, nel diritto sovranazionale, la legittimazione dei poteri pubblici e delle relative procedure amministrative sia per alcune ragioni pratiche, derivanti dalla maggiore celerità del “contraddittorio” procedimentale, sia

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

sivamente, individua una soddisfacente attuazione dei principi della libertà della prestazione dei servizi e dello stabilimento delle imprese bancarie, i quali, per gli atti autorizzatori, rilevanti nella vigilanza bancaria – come accade con la medesima autorizzazione preliminare –, sono soggetti al particolare regime esaminato, individuato dalla giurisprudenza europea e compendiato nella “Direttiva Bolkestein”⁸¹, che principalmente tutelano l’“imparzialità”, la “non discriminazione”, la “pubblicità” e l’“apertura” dei procedimenti diretti ad assentire la citata autorizzazione.

7. La successiva parte condotta dalla Banca centrale europea (BCE)

Il complesso procedimento descritto, riguardante l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, culmina con la citata fase svolta dalla BCE: le norme relative al connesso procedimento sono, tuttavia, scarse, come dimostra la parte del reg. Ue n. 1024/2013, concernente la disciplina dettata dall'art. 14, c. 3 e 4.

Le medesime disposizioni, infatti, ammettono il regime del “silenzio assenso” per la conclusione della stessa procedura, disponendo che, se, entro i dieci giorni, la competente pubblica amministrazione non si pronuncia sulla proposta data dalla detta autorità nazionale, l'autorizzazione dovrà essere rilasciata sulla base di quella proposta e sarà notificata all'impresa richiedente⁸².

L'esigua disciplina descritta pone tre problemi importanti per la presente ricerca. Una prima questione attiene al caso del divergente giudizio espresso dalla BCE e riguardante la citata proposta; il secondo aspetto concerne lo svolgimento del procedimento direttamente coordinato dalla BCE, con un particolare riferimento alla partecipazione; il terzo problema riguarda la discrezionalità attribuita conseguentemente all'amministrazione europea.

per la prevalente natura tecnica delle medesime procedure, avverrebbe, spesso, attraverso la connessa “difesa” e con la “partecipazione” nella stessa procedura.

⁸¹ Sul punto, si rinvia alle riflessioni già svolte.

⁸² Per un'ampia e puntuale analisi delle precedenti norme europee sull'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, si menziona M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 104 e 105, in cui si osserva che «l'autorizzazione era rilasciata dall'autorità nazionale dello Stato in cui l'istituto intendeva stabilire la propria sede legale»; «tale atto, in base al principio dell'equivalenza e del mutuo riconoscimento assumeva efficacia transnazionale in tutto il territorio europeo»; «il sistema autorizzatorio seguiva, quindi, la logica dell'armonizzazione minima e delle regole dell'amministrazione indiretta o decentrata delle regole europee».

Il primo profilo è disciplinato dal citato art. 14, c. 3, ai sensi del quale la BCE deve, appunto, sollevare le proprie «obiezioni entro un termine massimo di dieci giorni lavorativi, prorogabile una sola volta per lo stesso periodo in casi debitamente giustificati».

Tale normativa dimostra, perciò, la natura accentrata, che, comunque, caratterizza la disciplina della vigilanza e della connessa autorizzazione preliminare, rispetto alla quale l'autorità europea ha una fondamentale funzione diretta a raccordare il descritto sistema amministrativo, complesso, risolvendo e definendo ogni possibile contrasto tra i pubblici soggetti chiamati ad intervenire nel conseguente procedimento "composto"⁸³.

Una questione collegata concerne, così, il rilievo della partecipazione procedimentale anche in questa fase, nella quale la BCE, sulla base del considerando n. 86, contenuto nel reg. Ue n. 1024/2013, è tenuta alla salvaguardia delle esigenze della trasparenza delle conseguenti procedure: poiché, per le ragioni spiegate, la stessa regola risulta centrale nel descritto sistema, anche la citata fase europea deve garantire la pienezza di quella partecipazione procedimentale, inducendo a ritenere che, qualora, dopo l'invio della detta proposta della decisione adottata ai sensi dell'art. 14, c. 2, i soggetti interessati chiedano di partecipare alla medesima procedura e quella partecipazione sia diretta a soddisfare le esigenze della trasparenza ed un'adeguata difesa degli interessi del soggetto richiedente – compresi, invece, nell'eventuale e successiva tutela giurisdizionale –, la BCE debba assicurare la pienezza del connesso contraddittorio e non possa adottare un provvedimento "silente", ammesso generalmente dal descritto meccanismo previsto dall'art. 14, c. 2.

⁸³ Sui procedimenti amministrativi, "composti" nell'applicazione del diritto europeo, si rinvia a M.P. Chiti, G. della Cananea e G. Mastrodonato, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2007; sullo stesso problema, affrontato anche in una prospettiva giurisprudenziale, si rinvia alle autorevoli riflessioni contenute in M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 187 ss. Per i modelli dell'amministrazione diretta e del sistema amministrativo indiretto, rispettivamente realizzati con l'esclusivo intervento di un organo europeo o di un'autorità statale, si citano G. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1993 e J. Ziller, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coordination et le fondaments du droit administratif européen*, a cura di J.B. Auby e J. Dutheil De La Rochere, cit.

La maggiore parte dei procedimenti realizzati nell'"unione bancaria" è l'esplicazione di un'amministrazione diretta: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia è, perciò, un'eccezione, che, rinviandosi alle successive riflessioni – come abbiamo accennato –, è significativa rispetto alla complessità ed alla peculiarità degli strumenti amministrativi, individuati per rispondere alle recenti crisi economica, menzionate.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

È interessante, infine, soffermarsi sulla natura del provvedimento adottato dalla BCE.

Lo stesso provvedimento, precisamente, delinea un particolare atto configurante l'esito dell'esercizio di una valutazione tecnica, avente, però, una natura discrezionale, legata a taluni criteri indicati dal diritto nazionale e diretta anche ad assumere, talvolta, una natura "vincolata" ed a superare, perciò, alcune impostazioni dottrinali, che, invece, hanno tradizionalmente rappresentato l'autorizzazione bancaria alla stregua di un discrezionale provvedimento amministrativo⁸⁴: infatti, già per la fase statale, si può osservare che, per l'art. 14, c. 2, «se il richiedente soddisfa tutte le condizioni di autorizzazione previste dal pertinente diritto nazionale», la competente autorità «adotta, entro il termine previsto» dal medesimo «diritto nazionale, un progetto di decisione», «con cui propone alla BCE il rilascio dell'autorizzazione»⁸⁵.

Inoltre, il medesimo provvedimento finale ed il precedente procedimento connesso, anche nella ricordata fase statale, devono essere imputati unicamente all'amministrazione europea, rappresentando il risultato di una complessa procedura "composta", che, per l'evoluzione giurisprudenziale recente, ha un carattere unitario, che induce a ritenere che anche la detta fase nazionale sia svolta decentratamente da un'autorità statale, che viene, così, attratta ed incardinata nell'apparato europeo⁸⁶.

8. La natura del conseguente potere esercitato dalla BCE e l'*accountability* della vigilanza bancaria

La peculiarità del giudizio attribuito alle competenti amministrazioni pubbliche nella procedura studiata è, così, nella duplicità della descritta natura dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia.

La medesima peculiarità può essere colta con due osservazioni ulteriori. Da una parte, i criteri tecnici, pertinenti per l'autorizzazione preliminare all'esercizio dell'attività bancaria, sono indicati sia nelle delibere dell'EBA, dirette ad individuare gli *standards* rilevanti per le funzioni amministrative sulla

⁸⁴ Sull'argomento, si possono vedere le osservazioni svolte precedentemente.

⁸⁵ Sul punto, si rinvia alle riflessioni svolte per la dottrina italiana, relative al tema delle autorizzazioni, con un particolare riferimento al settore bancario.

⁸⁶ Al riguardo, si rinvia, ancora, a M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., che ricorda l'evoluzione impressa dalle pronunce di C. giust. CE, 3 dicembre 1992, in C - 97/91, in *eur-lex.europa.eu*, di C. giust. CE, 18 dicembre 2007, in C - 64/05, in *eur-lex.europa.eu* e di C. giust. UE, 19 dicembre 2018, cit.

vigilanza e sulla risoluzione delle crisi ed adottate anche ai sensi della dir. 2013/36/Ue, sia in alcuni documenti del *soft law*, tra i quali si ricorda l'atto adottato dalla BCE e denominato *Guide to assessments of licence applications*⁸⁷.

Dall'altra parte, però, si deve ricordare che, nell'"unione bancaria" – e, dunque, anche nella connessa vigilanza –, il ricordato principio della tutela della stabilità dei mercati finanziari, definito dalla giurisprudenza commentata, ha un rilievo primario, che, se può sovvertire l'ordine delle competenze delineato sulla base della dottrina *Meroni* ed è idoneo a limitare il sindacato giurisdizionale⁸⁸, riveste un'importanza fondamentale nella valutazione del rapporto tra quella stabilità e l'assentimento della facoltà dell'esercizio di una specifica attività creditizia, il quale può essere valutato nel singolo caso concreto, inevitabilmente demandando, alla competente autorità amministrativa, l'apprezzamento dello stesso rapporto e della specifica idoneità dell'impresa,

⁸⁷ European Central Bank, Banking Supervision, *Guide to assessments of licence applications Licence applications in general*, Frankfurt, 2019: sulla dir. 2013/36/Ue e sul connesso rilievo delle decisioni assunte dall'EBA si dirà, più ampiamente, più avanti. I detti criteri tecnici sono legati all'applicazione dei principi delle scienze economiche e sono, appunto, diretti a selezionare il numero delle imprese ammesse all'interno di un mercato concorrenziale.

Sul concetto della discrezionalità amministrativa, intesa generalmente, nei propri problemi teorici e fondamentali, la letteratura è amplissima ed articolata; poiché, nella presente ricerca destinata ai più specifici temi relativi ai procedimenti autorizzatori nella materia bancaria ed ai connessi problemi della discrezionalità tecnica, si è ritenuto opportuno presupporre i risultati raggiunti da tali studi ed accettati prevalentemente – per i quali si rinvia all'autorevole definizione formulata in M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, dove quella discrezionalità è intesa come la ponderazione degli interessi rilevanti nella decisione amministrativa, considerati sulla base dell'interesse primario, identificato con l'interesse pubblico, attribuito alla cura dell'amministrazione pubblica –, si ritiene opportuno menzionare la classica dottrina prevalente nella materia, compendiata in U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit., M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, cit., F. Ledda, *L'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1987, C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e dir.*, 1941, 136 ss., C. Mortati, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, III, 997 ss., A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 65 ss., F.G. Scoca, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, *Dir. amm.*, 2014, 437 ss. Per una prospettiva della discrezionalità, studiata in un diverso sistema giuridico, fondato sui principi del *common law*, si rinvia, invece, a A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, mentre, infine, relativamente ai problemi posti dal concetto della discrezionalità considerato in una prospettiva europea e, quindi, esaminato rispetto alla nozione della proporzionalità, rilevante nel modo detto per il diritto europeo, si citano D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel Dir. amm.*, cit., M. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.

⁸⁸ Per la questione del sindacato giurisdizionale, si rinvia alle riflessioni successive.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

valutata nella descritta prospettiva, rendendo il conseguente provvedimento irriducibilmente discrezionale nei termini spiegati nel presente contributo⁸⁹.

Si può, quindi, osservare che la stessa discrezionalità, nelle scelte operate per la vigilanza e, generalmente, nell'“unione bancaria” – allorché emerga la necessità della tutela del particolare interesse alla stabilità dei detti mercati –, assume un carattere “misto”, nel quale la necessità della tutela di tale interesse obbliga, appunto, alla sua ponderazione con gli altri beni giuridici, incisi dal conseguente provvedimento amministrativo, la quale, per il costituzionale rilievo attribuito al medesimo interesse, dà un carattere ampio e, talvolta, politico alle finalità della descritta regolazione svolta dalla BCE e dalle competenti autorità nazionali⁹⁰.

Questa impostazione esplica la propria portata sia sull'interpretazione delle singole norme sia sul piano sistematico e si raccorda con le precedenti osservazioni sull'importanza della partecipazione nella procedura per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia.

Per un verso, infatti, la medesima impostazione induce ad interpretare il citato art. 14, portando a ritenere che il mancato provvedimento espresso della BCE non configura un meccanismo automatico per la produzione degli effetti autorizzatori, ma è comunque il risultato di una valutazione discrezionale: argomentando diversamente, infatti, e se la pubblica amministrazione europea non potesse svolgere un autonomo giudizio sulla proposta dell'autorità nazionale, non si capirebbe la ragione idonea a consentire che il citato provvedimento possa discostarsi da quel progetto dell'autorizzazione.

Per un altro verso, la natura amministrativa e discrezionale, propria di questo provvedimento, pone, ancora, il ricordato problema dell'*accountability* e della tutela verso il connesso potere amministrativo, le quali sono problematiche per alcune disposizioni contenute nel sistema dell'“unione bancaria” europea.

Sulla base del ricordato principio della tutela della stabilità dei mercati finanziari, il diritto europeo sembra, spesso, limitare il sindacato verso il citato potere discrezionale, anche se la giurisprudenza ammette sempre una verifica giudiziale con il criterio della proporzionalità, rispetto alle scelte

⁸⁹ L'idea della natura discrezionale, caratterizzante la decisione della BCE, relativa al rilascio dell'autorizzazione bancaria, è sviluppata in M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 104 ss., in cui si osserva che la valutazione svolta da quell'amministrazione europea rappresenta un particolare giudizio, dal quale discende l'effetto del rilascio della stessa autorizzazione.

⁹⁰ Rispetto a tale aspetto, si può vedere G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.

caratterizzate dalla particolare “forza” – discrezionale – descritta, come è ammesso nella sentenza *Gauweiler*⁹¹.

In questo senso, è interessante soffermarsi su questa giurisprudenza.

Precisamente, la citata sentenza *Gauweiler* ha riguardato la «compatibilità con l’articolo 123, paragrafo 1, TFUE di un programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari»⁹²; ai sensi di questa disposizione, infatti, alla BCE e alle banche centrali nazionali è vietato «concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia alle autorità e agli organismi pubblici dell’Unione e degli Stati membri, nonché di acquistare direttamente, presso di essi, titoli del loro debito», come era stato detto anche nella sentenza *Pringle*⁹³. Il caso ha riguardato, precisamente, alcune decisioni del Consiglio direttivo della BCE, adottate nel 2012 e concernenti le *Outright Monetary Transactions* (OMT) sui mercati secondari dei debiti statali: nella stessa pronuncia, il giudice europeo ammette, appunto, un sindacato sulle scelte della BCE, che, sul piano della politica monetaria, possono essere valutate rispetto all’efficacia delle connesse decisioni amministrative nei confronti del perseguimento della stabilità dei prezzi: tuttavia, nel caso specifico, questo sindacato sembra arrestarsi al cospetto dell’ampia discrezionalità data a questa autorità europea nella materia finanziaria, che legittima che essa eluda il divieto posto dal detto art. 123, qualora l’acquisto in quei mercati secondari sia diretto a garantire la stessa stabilità dei prezzi e finanziaria.

Del resto, la possibilità di un sindacato giurisdizionale sui provvedimenti rilevanti per l’“unione bancaria” è stata affrontata nella sentenza del Tribunale dell’UE, relativa al caso *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank*⁹⁴, nel quale lo stesso Tribunale, pronunciandosi sulla qualificazione della “significatività” di una banca, considerata ai fini della citata vigilanza della BCE, ha ritenuto che fosse possibile che il giudice valutasse e sindacasse la detta valutazione tecnica – realizzata con il ricorso alle scienze economiche –, la quale era stata data nelle decisioni adottate dalla

⁹¹ C. giust. UE, 16 giugno 2015, in C – 62/14, in *eur-lex.europa.eu.*: per la medesima questione, si menziona M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l’effettività della tutela giurisdizionale*, cit.

⁹² C. giust. UE, 16 giugno 2015, cit.

⁹³ C. giust. UE, 16 giugno 2015, cit.

⁹⁴ Trib. UE, 16 maggio 2017, in T 122/15, in *eur-lex.europa.eu.* Per la stessa pronuncia, si chiede che un rinvio possa essere consentito a V. Ferraro, *I procedimenti amministrativi per la vigilanza prudenziale nei confronti delle imprese bancarie “significative”. La natura del potere discrezionale esercitato dalle autorità coinvolte in tali procedimenti e la partecipazione dei soggetti interessati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1235 ss.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Commissione e dalla BCE, che si pronunciavano tra il 20 novembre 2014 ed il 5 gennaio 2015⁹⁵.

La giurisprudenza europea ammette, perciò, un sindacato nei confronti delle dette scelte discrezionali nella materia della regolazione finanziaria, anche se questo sindacato – come mostra la sentenza *Gauweiler* – sembra riconoscere un ampio spazio alla discrezionalità della competente amministrazione pubblica⁹⁶.

Nel reg. Ue n. 1024/2013, non troviamo, tuttavia, alcuna indicazione scritta e significativa al riguardo, se si esclude il considerando n. 86, ai sensi del quale tutti i soggetti interessati dalle decisioni assunte con la ricordata vigilanza devono contare sul rispetto dei diritti fondamentali e del criterio del *fair trial* (che, nella versione italiana, è tradotto con il riferimento all'imparzialità del giudizio).

La citata prescrizione è completata, però, da alcuni principi generali, presenti nelle altre disposizioni – fondamentali –, adottate per l'“unione bancaria”, le quali, legandosi ad alcune caratteristiche comuni a quel sistema ed avendo una portata generale nel suo ambito, possono essere sistematicamente applicate anche alla vigilanza e quindi anche all'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria.

Nel medesimo senso, si rinvia ai considerando n. 89 e n. 90, contenuti nella dir. 2014/59/Ue. Per il primo considerando, precisamente, «le misure di gestione della crisi intraprese da autorità nazionali di risoluzione possono richiedere complesse valutazioni economiche e un ampio margine di discrezionalità» ed è «quindi importante assicurare che le complesse valutazioni», «effettuate dalle autorità nazionali di risoluzione in tale contesto», «servano da base ai giudici nazionali che riesaminano le misure di gestione delle crisi interessate», anche se «la complessa natura di tali valutazioni non dovrebbe impedire ai giudici nazionali di esaminare se le prove sulle quali l'autorità di risoluzione si è basata sono accurate, affidabili e coerenti, se contengono tutte le informazioni pertinenti di cui occorre tenere conto per valutare una situazione complessa e se possono confermare le conclusioni che ne sono state tratte»⁹⁷.

⁹⁵ Sul caso, si può leggere J. Shotter, *EU court strikes down German challenge to ECB banking oversight*, *Financial Times*, Monday, May 16, 2017, in www.ft.com/content/68a99f46-c752-303c-808c-64e8753510ff.

⁹⁶ La stessa è generalmente relativa alla materia finanziaria, ma, per le considerazioni svolte sopra, può avere anche un rilievo per la regolazione bancaria e, quindi, rispetto all'affermazione dell'importanza del principio della tutela della stabilità dei mercati creditizi.

⁹⁷ Per la norma indicata è possibile anche un rinvio a V. Ferraro, *Il rapporto con le amministrazioni nazionali*, cit.

Il medesimo principio si connette, poi, ad altri criteri generali, formulati nel diritto europeo ed idonei a consentire una piena tutela giurisdizionale, che possa estendersi anche alle decisioni discrezionali o tecniche, realizzate con la vigilanza bancaria: è il caso dell'art. 47 contenuto nella Carta di Nizza, che ha sancito un diritto ad un'effettiva tutela giudiziale ed ad un giudice imparziale; inoltre, invocando il diritto sovranazionale, anche la Corte di Giustizia dell'UE ha, spesso, affermato gli stessi principi, propendendo verso il descritto sindacato nei confronti dei provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione competente ad applicare il diritto europeo⁹⁸.

L'altro considerando indicato introduce, invece, un limite, che è l'espressione del ricordato carattere "misto", discrezionale e tecnico, caratterizzante le decisioni assunte nella vigilanza bancaria: per il menzionato considerando n. 90 è «necessario prevedere che l'impugnazione non dia luogo a una sospensione automatica degli effetti della decisione contestata e che la decisione dell'autorità di risoluzione sia immediatamente esecutiva, presupponendo che la sospensione sia contraria al pubblico interesse»; è evidente che tale prescrizione, avente la descritta portata generale, stabilisce il principio del generale bilanciamento tra l'esigenza della tutela della citata stabilità finanziaria e la garanzia di alcune situazioni giuridiche, tra le quali il diritto alla pienezza della tutela giurisdizionale può subire qualche limitazione connessa alla forza delle regole dirette a tutelare la stessa stabilità finanziaria, protetta attraverso le ricordate regole tecniche⁹⁹.

Un'impostazione simile sembra, comunque, porre alcuni problemi rispetto al principio della tutela del processo "equo", individuata nell'art. 6, Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU), per il quale la medesima tutela deve essere realizzata anche con la pienezza e con l'effettività dei rimedi giurisdizionali nei confronti delle decisioni amministrative¹⁰⁰.

⁹⁸ Sullo stesso aspetto, si rinvia a C. giust. UE, 24 ottobre 2013, in C-510/11, in *eur-lex.europa.eu*, e C. giust. UE, 14 novembre 2013, in C-60/12, *Marián Baláž*, in *eur-lex.europa.eu*.

⁹⁹ Su quel profilo, si ricorda ancora C. giust. UE, 22 gennaio 2014, cit., 41 ss.

¹⁰⁰ Lo stesso principio è stato affermato nelle sentenze adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, pronunciandosi su due casi relativi alla vigilanza bancaria, svolta nella Repubblica Ceca ed in Bulgaria, hanno affermato che, quando il provvedimento amministrativo impugnato decide una questione avente un carattere tecnico, il giudice adito per il sindacato su tale provvedimento deve avere un pieno accesso ai fatti ed alle regole implicati nel caso e nei confronti della connessa decisione amministrativa può, così, sostituire la propria valutazione tecnica, derivante dagli elementi acquisiti nel procedimento giurisdizionale sulla stessa questione. Per tale materia è possibile leggere M. Allena, *Art. 6 ECHR: New Horizons for Domestic Administrative Law*, in *Jus-Publicum Network Review*, 2015, 1-32, L. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo*

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Sul piano del tipo della tutela, le conseguenze dell'impostazione descritta sono state illustrate dalla giurisprudenza italiana, che – come si diceva – ha colto ed ha applicato le implicazioni dei menzionati principi europei.

Rispetto al controllo giudiziale sui provvedimenti della vigilanza bancaria e con un particolare riferimento agli atti autorizzanti l'attività creditizia, la stessa giurisprudenza, infatti – presumibilmente sulla base dei medesimi principi –, propende verso una progressiva riduzione dell'area della sindacabilità di quei provvedimenti.

Nelle pronunce adottate tra la fine dello scorso secolo e la metà del primo decennio del presente secolo, i giudici ammettevano, infatti, un ampio sindacato sulle decisioni relative all'autorizzazione dell'esercizio dell'attività creditizia, giungendo ad affermare che l'interesse sotteso al medesimo atto configura un diritto soggettivo: nello stesso periodo, frequentemente, si affermava che quell'autorizzazione avrebbe dovuto essere data, qualora fosse esistito un fabbisogno concreto nel mercato e si fosse riusciti, così, a salvaguardarne la “liberalizzazione”, imposta dalla dir. 1977/780/Cee, ammettendo un accertamento giudiziale sui fatti e sul contenuto della decisione adottata dalla pubblica amministrazione, i quali avrebbero potuto essere individuati anche sulla base degli esiti di un controllo ispettivo svolto dalle autorità competenti per la vigilanza¹⁰¹.

Successivamente, invece, un diverso orientamento giurisprudenziale è emerso ed è stato diretto ad affermare che la necessità della tutela della stabilità del sistema creditizio, inteso oggettivamente, imponga che le valutazioni condizionanti l'esercizio dell'attività bancaria o dirette ad esplicitare una più ampia vigilanza sul relativo settore debbano essere attribuite ad un'amministrazione qualificata tecnicamente ed idonea a proteggere l'interesse alla

sulla giustizia amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss. Le sentenze menzionate sono C. eur. dir. uomo, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03 e C. eur. dir. uomo, 1 febbraio 2005, caso n. 61821/00. Le stesse sentenze sono commentate in M. Allena, *Art. 6 ECHR: New Horizons for Domestic Administrative Law*, cit. L'irriducibile contenuto discrezionale, implicato dalla descritta decisione tecnica sull'autorizzazione bancaria, non può essere superato nemmeno con lo strumento della consulenza tecnica, che, in Italia, è stata introdotta con la l. 21 luglio 2000, n. 205 e – come un'autorevole dottrina ha osservato – nel processo amministrativo può consentire di riprodurre un contraddittorio analogo al complesso processo valutativo, realizzato nello stesso giudizio tecnico.

Per la dottrina menzionata, si può vedere F. Merusi, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, in 973 ss.; sul tema, si rinvia anche a T. Nicolazzi, *Consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, Tar, 2003, 3412 ss.

¹⁰¹ Per lo stesso orientamento, è possibile vedere Cons. St., sez. IV, 16 maggio 1991, n. 383 e Cons. St., sez. VI, 6 marzo 1992, n. 161: entrambe le pronunce possono essere consultate in www.giustizia-amministrativa.it.

stabilità finanziaria, configurando un giudizio riservato alla pubblica autorità competente e sottratto al sindacato giurisdizionale¹⁰². In alcuni casi, il giudice amministrativo, nel verificare gli atti adottati dalla Banca d'Italia e riferiti alla vigilanza e, talvolta, alla medesima autorizzazione, si conforma alla ricordata tesi del giudizio "misto", connotato anche dagli aspetti della discrezionalità pura, insindacabile nel merito, inducendo ad affermare che «l'ampia discrezionalità di cui dispone» quell'autorità amministrativa, «nella valutazione dei presupposti legittimanti il commissariamento degli istituti di credito», porta «ad escludere ogni sindacato giurisdizionale sulle valutazioni di merito», «compiute in ordine ad essi, con esclusione dei soli casi di manifesta erroneità o irragionevolezza»¹⁰³.

L'esame del provvedimento autorizzatorio adottato all'esito della descritta procedura conferma, perciò, che la complessiva *accountability* del sistema esaminato non può essere garantita con la tutela giurisdizionale e può essere assicurata adeguatamente nel procedimento e nelle sue diverse estrinsecazioni normative, esaminate.

Nella stessa prospettiva, nell'applicazione delle menzionate disposizioni del reg. Ue n. 1024/2013, il pieno dispiegamento dei principi diretti ad assicurare la "trasparenza", la complessiva "imparzialità" e l'apertura delle connesse procedure è, dunque, centrale e dovrà essere valorizzato nella concreta applicazione di quella disciplina.

¹⁰² Per il medesimo tema, ancora, si rinvia a Cons. St., sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113, cit. e Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328, cit. Si citano analogamente anche TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 giugno 2002, n. 3684, Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1307, TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 agosto 2005, n. 6157, TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185: tutte le sentenze ricordate nella presente nota possono essere lette in www.giustizia-amministrativa.it. La parte maggiore tra le dette pronunce si colloca, perciò, nel periodo successivo all'insorgenza dell'ultima crisi economica, globale; significativa appare già TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 agosto 2005, n. 6157, cit., nella quale era affermato che «allorché la p.a. od un'Autorità di vigilanza eserciti una scelta discrezionale tecnica (come nel caso della Banca d'Italia per l'autorizzazione di una banca alla acquisizione del capitale di altra società), il g.a., fermo restando il potere di conoscere i fatti in modo pieno», «può verificare la logicità, la congruità, ragionevolezza ed adeguatezza, del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto», «ma non può spingersi oltre», esprimendo le «proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe», appunto, «la titolarità del potere» (*ult. cit.*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2421).

¹⁰³ Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, cit. La massima è tratta da www.iusexplorer.it.

9. Alcune considerazioni conclusive

L'esame svolto nella ricerca permette di muovere dalla circoscritta questione dei descritti atti autorizzatori e consente quattro osservazioni conclusive sui problemi posti dall'"unione bancaria", considerata rispetto al diritto pubblico europeo.

La prima riflessione e la seconda hanno un carattere specifico, riguardando sia il rapporto tra le due fasi della descritta procedura "composta" sia la regolazione dell'impresa bancaria e dei mercati finanziari; la terza considerazione concerne il rapporto tra le pubbliche amministrazioni nazionali ed europee, nel decentramento o nell'accertamento "federale"; la quarta osservazione tratta il rilievo dell'"unione bancaria", considerata come il contesto per l'elaborazione di un problematico nucleo di alcuni principi generali e costituzionali.

La prima riflessione concerne il rilievo del diritto nazionale nella medesima decisione adottata dalla BCE, considerato nella prospettiva della detta tutela limitata nei confronti degli atti riguardanti la descritta autorizzazione, ed è significativa rispetto allo scarso coordinamento di alcune parti della disciplina della vigilanza bancaria.

Al riguardo, si deve rammentare che un importante aspetto della detta discrezionalità "mista" della BCE è legato alla stessa necessità della ricostruzione della normativa nazionale, che è un importante parametro per la decisione della competente autorità statale: infatti, tra i fatti rilevanti nella citata autorizzazione europea emergono gli elementi del detto diritto nazionale – determinante i requisiti per lo svolgimento dell'attività di una particolare impresa bancaria –, rispetto ai quali l'autorità europea, anche con alcune richieste informative, rivolte alla competente amministrazione statale, dovrebbe potere accedere alle informazioni utili, che possano consentire di comprendere come la medesima autorità nazionale abbia compiutamente individuato e valutato la pertinente normativa statale. Sembra, perciò, ulteriormente opportuno che i casi del ricorso all'implicito accoglimento della proposta dell'autorità nazionale, relativa all'autorizzazione, ammesso dal citato art. 14, siano residuali e sostanzialmente virtuali, poiché la considerazione della menzionata normativa interna appare, appunto, decisiva nell'assicurare l'efficacia e l'adeguatezza del descritto provvedimento autorizzatorio, inducendo a pensare che anche la BCE debba ampiamente soffermarsi sulla corretta e completa ricostruzione dei descritti requisiti nazionali, svolgendo, dunque, un'istruttoria ampia ed articolata ed evitando il ricorso all'implicito accoglimento della proposta statale.

La seconda osservazione è riferita alla contraddizione tra l'unitarietà

del descritto sistema ed una perdurante disomogeneità caratterizzante alcuni concetti centrali e presupposti al riguardo; la medesima circostanza può essere, infatti, verificata per la disciplina dei requisiti dell'accesso all'esercizio dell'attività creditizia, che sono diversi negli Stati europei, giustificando il ricorso alla ricordata procedura "composta", che, nella sola fase svolta presso la BCE, trova una propria sintesi: è, perciò, evidente che la connessa asimmetria rallenta il funzionamento dello stesso sistema autorizzatorio, costringendo a coordinare le varie norme nazionali e rendendo più difficile l'eventuale accertamento giudiziale, svolto dal giudice europeo e diretto a verificare che la menzionata procedura sia stata conforme al diritto nazionale o europeo¹⁰⁴.

La terza osservazione attiene al possibile assetto "federale" o accentrato, realizzato con l'"unione bancaria" e conferma una complessiva incoerenza sistemica, rilevata con le precedenti osservazioni: con la descrizione del rapporto tra le pubbliche amministrazioni italiane ed europee, instaurato con l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, il modello dell'"unione bancaria" non si esaurisce, infatti, nel pieno accentramento realizzato con la ricordata vigilanza sugli enti "significativi" o con le decisioni dirette ad aprire il procedimento per la risoluzione delle crisi bancarie, ai sensi del reg. Ue n. 806/2014¹⁰⁵: il modello per l'adozione di quell'autorizzazione è, infatti, la procedura "composta", che "decentra" l'iniziale parte della stessa procedura.

L'accentramento delineato con la prevalente parte delle norme disposte nell'ambito dell'"unione bancaria" è, dunque, solamente parziale e non è

¹⁰⁴ Su un simile aspetto, potrebbe essere consentito un rinvio a V. Ferraro, *Il rapporto con le banche centrali nazionali*, in M. P. Chiti e V. Santoro, *L'unione bancaria europea*, cit., 335 ss.; il tema dell'armonizzazione dei diritti bancari, europei è legato alle funzioni attribuite all'EBA, che – come si è spiegato – è istituzionalmente incaricata per l'elaborazione di un sistema di alcune regole comuni nell'ambito dell'Ue, definite come il *single rulebook*. Per la descritta armonizzazione – che muove dal minimo livello realizzato con le prime direttive europee per il settore creditizio ed arriva alla più ampia ed ancora parziale normativa armonizzante, adottata nell'ultimo decennio – si citano V. Babis, *Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks: Mission Accomplished*, in *European Business Law Review*, 2015, 779 ss., S. Capiello, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, cit., A. Tizzano, *La "seconda direttiva banche" e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro it.*, 1990, 423 ss.

S. Capiello, *Le nuove fonti del Diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, cit., evidenzia che l'insieme di quelle regole armonizzanti è composto da alcuni atti normativi e da talune regole diverse, che possono essere meglio definite come l'elaborazione e la "standardizzazione" delle prassi vigenti nel settore bancario.

¹⁰⁵ Per la stessa questione, si menzionano ancora S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., e M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 50; sulla giurisprudenza, si rinvia nuovamente alla citata *Berlusconi*.

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

il risultato di una sottostante opzione coerente ed unitaria; questo accentramento discende, invece, dalle necessarie misure contro la crisi economica – del 2007 –, che ha richiesto alcune “risposte” innovative e forti, che possono difficilmente essere collegate ad un modello “accentrato” o “decentrato”, ma, rispondendo al principio dell’effettività, variano nelle forme estrinseche e nell’intensità dello stesso “accentramento”¹⁰⁶.

Un’ulteriore riflessione attiene, infine, al ruolo assunto dalla tutela della stabilità dei mercati creditizi e finanziari, che sembra permeare il descritto sistema amministrativo e, quindi, anche le procedure per l’adozione del detto provvedimento autorizzatorio.

Tale centralità conferisce, infatti, a quel principio, una valenza costituzionale, realizzata, però, sul piano del diritto derivato, che ha, appunto, introdotto l’“unione bancaria”; la portata costituzionale – legata al medesimo principio – ha, perciò, una natura sostanziale e non formale – o collocata nell’ambito del diritto primario o elaborato nei Trattati fondanti il sistema normativo ed amministrativo, realizzato nell’UE¹⁰⁷: inoltre, dalla conseguente centralità deriva una “pubblicizzazione” del settore creditizio, che consiste sia nel descritto sistema regolatorio sia nella “funzionalizzazione” degli interessi e delle attività concretizzate con l’attività bancaria¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Rispetto al principio dell’effettività, inteso come uno dei fondanti aspetti del carattere “funzionalista”, connotante l’ordinamento europeo, si rinvia nuovamente a M. P. Chiti, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, cit.

¹⁰⁷ È vero, infatti, che, se il contenuto del detto principio è elaborato prevalentemente nella giurisprudenza europea, essa si fonda, però, sulle previsioni del citato diritto derivato, con il quale la stessa “unione bancaria” è stata istituita: sulla dinamica tra i principi – anche giurisprudenziali – e le regole nel diritto europeo sulle banche, si rinvia, ancora, a M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, cit.

¹⁰⁸ In un analogo senso, il diritto europeo, già con l’atto autorizzatorio vincolando l’attività bancaria al perseguimento di un rilevante interesse pubblico – connesso, appunto, alla tutela della stabilità dei mercati finanziari –, sembra propendere verso una qualificazione di quell’attività nei termini del servizio pubblico, tornando ad un’impostazione pubblicistica, presente negli originari studi italiani sulla materia, svolti in M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, cit. Come si è già proposto di osservare in V. Ferraro, *Il rapporto con le amministrazioni nazionali*, cit., ed analogamente alle riflessioni presenti in R. Cavallo-Perin e G. M. Racca, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss. e M. P. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico*, Bologna, Clueb, 2003, anche per le banche sembra realizzato un particolare processo normativo, rinvenuto nel settore dei contratti della pubblica amministrazione e per la nozione dell’“organismo di diritto pubblico”, allorché la tutela di alcuni principi europei, attinenti a taluni interessi economici, rilevanti per la protezione della concorrenza o per l’assetto di un determinato mercato, induce ad attrarre, all’area del diritto pubblico, le attività rilevanti per la tutela di quei principi, conformemente ad un meccanismo spiegato anche in N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2003. Gli stessi principi – come

Anche nel modo descritto, la medesima unione dimostra di essere, quindi, un sistema “composito”, caratterizzato, ancora, da alcune incoerenze, nato per la risposta alle concrete esigenze poste dalla crisi economica ed adattato alle necessità di tale momento, apparendo privo di una complessiva razionalità¹⁰⁹.

Le disomogeneità e le varie asimmetrie mostrate anche dall’analisi della normativa sulla citata autorizzazione inducono, conclusivamente, a ritenere che lo stesso modello potrà pienamente dispiegare le proprie potenzialità per la regolazione delle attività economiche nei mercati creditizi e sarà idoneo a prefigurare, così, anche un esempio di un’ampia integrazione “federale” per i diritti amministrativi europei, quando quelle contraddizioni e le relative incoerenze saranno risolte con un’armonizzazione delle legislazioni nazionali nella materia creditizia, determinando la piena unione della relativa disciplina europea e fornendo l’attesa risposta efficace alle conseguenze delle crisi economiche e finanziarie, passate, presenti o future, che, nei mercati finanziari, ormai globali e caratterizzati da un’ineliminabile instabilità, rendono inevitabilmente disfunzionale ed insoddisfacente un modello non accompagnato da un’armonizzata cornice normativa ed apparentemente “federale”¹¹⁰.

avviene anche per le menzionate norme costituzionali, riguardanti il settore bancario ed afferenti alla protezione della sua stabilità -, hanno un ruolo costituzionale: per la particolare natura delle Costituzioni sovranazionali e, precisamente, della Costituzione europea, si rinvia all’ampio dibattito sulla possibilità di individuare una Costituzione negli ordinamenti sovranazionali, priva, perciò, di uno Stato; rispetto al dibattito sui principi costituzionali nell’ordinamento globale, si menzionano, invece, A. Von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, *Harvard International Law Review*, 2006, 47, 223 ss., Habermass, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimacy Problems of a Constitution for a World Society*, in *Constellations*, 2008, 445 ss. J. Klabbers, A. Peters e G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2010, G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, in 905 ss.: per l’analogo dibattito nel diritto europeo, si rinvia, infatti, a A. Carrino, *Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, 1998, C. Shore, *Government Without Statehood? Anthropological Perspectives on Governance and Sovereignty in the European Union*, in *European Law Journal*, 2006, 709 ss.

¹⁰⁹ Per la natura “composita”, appartenente all’ordinamento europeo, si ricordano le osservazioni contenute in M.P. Chiti, *L’organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. g., I, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 415 ss.

¹¹⁰ Attualmente, le conseguenze della recente pandemia sull’assetto della regolazione bancaria non sono chiare, anche se esse sembrano prevedibili, considerando come questa epidemia abbia influito sull’economia europea. Lo stesso tema, perciò, non è stato ritenuto rilevante per la presente ricerca: per l’attuale approccio della Commissione europea sui temi

L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria

Abstract

The European Banking Union has deeply changed the content and the policy objectives of the sectoral regulation within the European legal system. The connected administrative system creates some new problems in the sector, concerning both the access to justice and the coordination between the relevant National and European rules. First of all, the paper proposes an assessment of these issues, starting from the current European and National legal frameworks on the authorization system to the banking activity's exercise. Secondly, the paper aims to provide evidences in favor of the evolution of the European Law towards a new public approach for the banking sector, changing logical base and goals of the regulatory system. In this framework, administrative procedures play a key role. The Italian case shows that the adoption of the abovementioned authorization act provides an adequate protection for subjects whose interests are involved in the administrative procedure. Consequently, the latter, together with the adoption of the national decision, may indeed help to overcome some of the limits in judicial review generated by the new regulatory system and the case-law of the Court of Justice itself.

connessi alle conseguenze economiche del coronavirus, si può vedere la relativa comunicazione adottata il 13 marzo 2020 e pubblicata in ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_459?fbclid=IwAR2aeik5XTvR9BthtxCTm2L2kTApIbM7ai2Ej0J8coUUQYdGhUJ3A-SiQWxY.



SAGGI

GIUSEPPE TROPEA E ANNALaura GIANNELLI

L'EMERGENZA PANDEMICA E I CONTRATTI PUBBLICI: UNA "SEMPLIFICAZIONE" IN CHIAROSCURO, TRA MISURE TEMPORANEE E PROSPETTIVE DI RIFORMA STRUTTURALE*

SOMMARIO: 1. Le molteplici anime della riforma, tra gestione dell'emergenza e tentativi di rivisitazione degli elementi fondamentali del sistema. – 2. L'obiettivo dell'accelerazione: riflessioni sulla proporzionalità delle nuove regole, intesa sia come adeguatezza delle stesse che come bilanciamento tra risultati attesi e sacrifici imposti. – 3. (*Segue*) Le c.d. procedure derogatorie, e il rapporto con la disciplina "ordinaria", anche di rango sub-legislativo. – 4. Gli appalti "a codice sospeso": conseguenze, meditate e non, del temporaneo abbandono del codice dei contratti pubblici. – 5. Il contenzioso: in cerca di un equilibrio tra stabilità del regolamento negoziale ed effettività della tutela. – 6. Brevi cenni all'istituto del collegio consultivo tecnico. – 7. Conclusioni.

1. Le molteplici anime della riforma, tra gestione dell'emergenza e tentativi di rivisitazione degli elementi fondamentali del sistema

L'attributo della emergenzialità ricorre sempre più spesso nei commenti dedicati agli interventi legislativi che hanno visto la luce nel corso della crisi epidemica tuttora in corso¹. La connotazione che ad esso si accompagna è per lo più di tipo negativo: l'intervento emergenziale è inteso come sostanzialmente "estemporaneo", tendenzialmente "asistematico" e per lo più destinato ad un rapido, almeno si spera, accantonamento. Lo stesso sta avvenendo con riguardo al cosiddetto d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito, con modificazioni, nella l. 11 settembre 2020, n. 120), il cui titolo – non

* Nell'ambito di una riflessione comune, i parr. 1, 2, 3, 4 sono di Annalaura Giannelli, i parr. 5, 6, 7 di Giuseppe Tropea.

¹ Si v., senza pretesa di completezza, gli osservatori sull'emergenza Covid-19 contenuti nei seguenti siti: www.federalismi.it; www.lacostituzione.info.it; www.ceridap.eu; www.irpa.eu; www.ridiam.it; www.dirittiregionali.it; www.dirittodelleconomia.it.

immune da una certa enfasi – si colloca sulla stessa lunghezza d’onda del suo antecedente (ideo)logico: il ben noto decreto “sblocca cantieri”².

Non giova in questa sede interrogarsi in termini generali sulle caratteristiche proprie della legislazione dell’emergenza, sulla scarsa qualità redazionale che spesso la contraddistingue, né sui paventati rischi di inquinamento delle categorie che da tali iniziative potrebbero scaturire³. Questo tipo di osservazioni, pur non prive di fondamento, sembrano il frutto di un atteggiamento culturale concentrato sulla coltivazione della costante critica alle scelte di diritto positivo e, di contro, non altrettanto sensibile alle esigenze di un fattivo e celere contributo alla elaborazione di un assetto di regole in grado di perseguire obiettivi imprescindibili ma al contempo tendenzialmente contrastanti. A costo, dunque, di assumere il ruolo di una isolata voce fuori dal coro, di seguito si proverà ad abbinare all’analisi critica delle più recenti scelte legislative la coltivazione di una riflessione in positivo sulle opportunità che la crisi in atto può offrire, in termini di laica rivalutazione dei valori e degli obiettivi in gioco, nel sempre più delicato settore del mercato delle commesse pubbliche.

Il d.l. n. 76/2020 (da ora, anche, d.l. semplificazioni) presenta quantomeno una duplice anima: quella orientata a fornire regole di portata dichiaratamente transitoria e quella, invece, ispirata dalla volontà di formulare regole destinate a inserirsi stabilmente nel tessuto normativo del codice dei contratti pubblici. Anche questo secondo gruppo di norme, invero, sconta una intima matrice sperimentale: non è improbabile, infatti, che su di esso il legislatore possa a breve tornare, dopo averne valutato gli effettivi risultati.

Il dato che, tuttavia, si intende rimarcare è la differenza tra un gruppo di norme “a scadenza” e un secondo gruppo di norme che invece sono destinate a funzionare “a regime”, non essendo la loro efficacia subordinata ad alcuno specifico orizzonte temporale.

Il primo interrogativo da porsi, dunque, concerne il rapporto tra questi due poli attorno ai quali gravita il d.l. semplificazioni. Adottando un brutale approccio quantitativo si sarebbe indotti a ritenere che le norme transitorie, e dunque quelle a carattere più spiccatamente emergenziale, manifestino una

² Cfr., ad es., M.P. Chiti, *Il decreto “sblocca cantieri”: ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 719 ss.; C. Guccione, *I requisiti degli operatori economici*, *ivi*, 724 ss.; A. Massera, *Le procedure sotto soglia*, *ivi*, 730 ss.; M. Dugato, *Il subappalto*, *ivi*, 737 ss.; L. Fiorentino, *I criteri di aggiudicazione*, *ivi*, 741 ss.; D. Galli, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, *ivi*, 746 ss.; R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*, in *Urb. app.*, 2019, 443 ss.

³ Si v., ad es., Aa.Vv., *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, a cura di R. Zaccaria, Brescia, 2011, spec. il cap.V, dedicato alle ordinanze di protezione civile.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

sorta di peso specifico superiore. Si tratterebbe, tuttavia, di un'impressione non del tutto corretta, o quantomeno assai riduttiva. Ciò quantomeno per due ordini di ragioni.

La prima concerne il fatto che le norme a regime toccano istituti di intrinseco e cruciale rilievo, basti pensare alla innovativa previsione del corredo sanzionatorio operante, tanto sul fronte della stazione appaltante quanto su quello dell'operatore economico, in caso di superamento del termine di stipula corrispondente a sessanta giorni dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione.

La seconda concerne il fatto che le principali modifiche transitorie interessano quelle che potremmo definire come "zone bianche" ai fini della legislazione europea. In concreto: tra le novità più rilevanti vi è la disciplina delle procedure sotto soglia che, come noto, sono prive di rilievo sul fronte europeo. Il che, a sua volta, lascia presagire la possibilità che laddove le norme transitorie diano buona prova di sé, il legislatore nazionale potrebbe provvedere ad una loro stabilizzazione, senza incorrere in conseguenze di sorta sul piano dei rapporti con le istituzioni UE. In estrema sintesi: tra norme transitorie e norme a regime potrebbero attivarsi nel prossimo futuro dinamiche di transizione delle prime verso le seconde.

Non è, tuttavia, quello dei "rapporti di forza" l'unico interrogativo suscitato dalla compresenza di norme transitorie e norme a regime. Altrettanto interessante, infatti, risulta il profilo della coerenza tra i due suddetti poli della disciplina in analisi. Sotto questo aspetto la risposta non può essere di segno nettamente positivo. Al di là delle zone d'ombra delle singole previsioni normative introdotte dal d.l. n. 76, occorre registrare il fatto che nell'ambito delle cosiddette norme a regime si riscontrano previsioni che non condividono la matrice acceleratoria che invece contraddistingue le norme transitorie. L'esempio più efficace in tal senso è rappresentato dalla nuova causa di esclusione oggi prevista dal comma quattro dell'art. 80, codice dei contratti pubblici, in forza del quale le stazioni appaltanti possono escludere un operatore economico se esse possono adeguatamente dimostrare che lo stesso non abbia ottemperato agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche non definitivamente accertati. Le criticità della norma sono molteplici, sia sul fronte della grandissima discrezionalità rimessa alla stazione appaltante che sul piano dei possibili conflitti con le risultanze degli eventuali contenziosi presso le commissioni tributarie⁴. Non

⁴ Si tratta di una problematica risalente, anche nella vigenza del codice del 2006. Cfr., ad es., F Manganaro, *Esclusione dalle gare per violazioni tributarie definitivamente accertate*, nota a Cons. St., ad. plen., 20 agosto 2013, n. 20, in *Urb. app.*, 2013, 1049 ss.

è questo tuttavia l'elemento su cui in questa sede preme indirizzare l'attenzione, quanto piuttosto il fatto che tale norma è del tutto estranea alle logiche di speditezza e, per l'appunto, *semplificazione* che il d.l. dichiaratamente punta a concretizzare. L'obiettivo della norma appena richiamata è piuttosto quello di superare la procedura di infrazione che ad oggi investe lo Stato italiano⁵. In questo senso, dunque, la logica di gestione dell'emergenza economica determinata dalla pandemia cede il passo ad una altrettanto urgente (se non addirittura anch'essa emergenziale) necessità di rapida soluzione di un conflitto tra ordinamenti, soluzione raggiunta pagando il prezzo di una norma dagli effetti pratici destabilizzanti per gli operatori e dalle implicazioni teoriche molto gravi sul fronte del rispetto delle più elementari garanzie procedimentali e processuali.

All'interno della categoria delle norme transitorie, peraltro, occorre isolare un sottogruppo di previsioni: quelle che mirano a prolungare nel tempo il periodo di sospensione, o di sperimentazione, già a suo tempo previsti dal d.l. sblocca-cantieri. Si tratta, dunque, di norme transitorie ma non innovative, il che rende evidente la difficoltà del legislatore di valutare con lucidità la riuscita "dell'esperimento" e, sulla scorta di tale valutazione, decidere sulla stabilizzazione definitiva, o meno, della regola sperimentata.

Gli esempi, in tal senso, sono molteplici, e in questa sede possono essere solo rapidamente ricordati.

Il divieto di appalto integrato, che grande sconcerto aveva destato sia presso gli operatori economici che presso le stazioni appaltanti (non sempre attrezzate per curare tutte le fasi della progettazione), era – almeno in apparenza – stato sospeso dal d.l. sblocca-cantieri, e su questa scia si è mosso anche il d.l. semplificazioni, disponendo il prolungamento della moratoria fino al 31 dicembre 2021. Questa scelta non è priva di intrinseca razionalità, ma rischia di essere priva di effetti. Anche il d.l. n. 76, così come il d.l. sblocca-cantieri, non scalfisce l'efficacia del terzo periodo del c. 1 dell'art. 59 del codice dei contratti pubblici, che impone di affidare lavori solo ponendo a base d'asta il progetto esecutivo. È davvero arduo credere che, per la seconda

⁵ L'art. 8 del decreto semplificazioni è nato nel tentativo di recepire i precetti comunitari ritraibili dalle direttive n. 2014/23/UE e n. 2014/24/UE e di rispondere alla procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia con lettera del 24 gennaio 2019. Quest'ultima, in particolare, nasceva dalla constatazione che l'Italia non avesse completamente recepito le predette direttive comunitarie le quali prevedono, accanto all'ipotesi di esclusione obbligatoria per irregolarità fiscali definitivamente accertate (ipotesi, questa, correttamente e prontamente recepita dall'Italia), anche una "facoltà" di esclusione in tutti quei casi la stazione appaltante fosse stata comunque a conoscenza della situazione di irregolarità fiscale dell'operatore economico.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

volta e a distanza di un solo anno, il legislatore sia incorso nella stessa svista: più probabile che la crisi in atto, e gli annessi rischi corruttivi, abbiano suggerito di far sopravvivere, sia pure surrettiziamente, il divieto, auspicando la maturazione, presso le stazioni appaltanti, di professionalità in grado di assumere le responsabilità della progettazione. Ciò, ovviamente, fatta salva la limitata ipotesi in cui il codice stesso espressamente tuttora ammette l'appalto integrato, ossia quella in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.

Ad essere procrastinata, sempre ad opera del d.l. n. 76, è anche la moratoria a suo tempo disposta dal d.l. sblocca-cantieri con riguardo all'operatività del controverso istituto della commissione esterna. Quest'ultima non ha mai trovato attuazione: in molte occasioni, infatti, ne è stata rinviata l'entrata in vigore, da ultimo, per l'appunto, con il d.l. sbocca-cantieri, in ragione della riscontrata assenza, negli albi disciplinati dalle linee guida n. 5 di Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), di un adeguato numero di soggetti in grado di svolgere tale delicata funzione. Da un punto di vista sistematico, invero, l'istituto presenta più di un elemento di debolezza, sia di tipo pratico che teorico. Sotto il primo profilo, è difficile negare che la speditezza delle procedure rischi di risentire della ricorrente "sottrazione" di risorse di personale interno "stornate" su gare condotte da diverse amministrazioni, dei cui effettivi fabbisogni potrebbero non essere adeguatamente edotte. Lo stesso dicasi per la presenza, nel novero dei commissari, di soggetti estranei all'area del pubblico, rispetto ai quali con ancora maggiore evidenza si profila il rischio di una scarsa consapevolezza delle esigenze sottese all'attivazione della procedura di acquisto. Anche su questo aspetto il d.l. semplificazioni si accontenta di una scelta "ad impatto zero": l'istituto della commissione esterna non viene né attivato né rimosso, benché rispetto ad esso non sussistano vincoli di sorta nella legislazione europea.

Infine, la politica della dilatazione del regime transitorio sancito dal d.l. sblocca-cantieri riguarda anche il controverso istituto della c.d. inversione procedimentale, attraverso la quale si consente alle stazioni appaltanti di invertire l'ordine cronologico che solitamente vede la valutazione delle offerte come successiva alla verifica sui presupposti di ammissione alla procedura. L'inversione è possibile, a regime, per le sole procedure aperte nei settori speciali. Il d.l. sblocca-cantieri aveva esteso ai settori ordinari tale possibilità, fissando il limite cronologico di tale esperimento al 31 dicembre 2020. Questo termine è stato postergato esattamente di un altro anno dal d.l. n. 76/2020.

Il segnale, ancora una volta, è quello di uno scarso coraggio: a fronte di

un ambito di non ingerenza delle direttive europee, il legislatore nazionale si dimostra prigioniero di un persistente immobilismo, che non gli consente per l'appunto di affidare (come avviene nei settori speciali) alle stazioni appaltanti la responsabilità di bilanciare i potenziali vantaggi in termini di celerità di tale inversione con gli annessi rischi di inquinamento nella valutazione sulla sussistenza delle cause di esclusione di carattere più spiccatamente discrezionale (una per tutte il “grave illecito professionale” di cui al c. 5 dell'art. 80⁶, ma anche la già richiamata innovativa versione del c. 4 del medesimo articolo).

La logica dilatoria che sinora si è descritto e criticato non si è esprime, tuttavia, proprio nell'unico caso in cui sarebbe stata opportuna, ossia con riguardo all'istituto del subappalto. Come noto, la procedura di infrazione intrapresa nei confronti dello Stato italiano ha interessato l'obbligatoria indicazione in sede di offerta della terna dei subappaltatori (per le procedure sopra-soglia) e, al contempo, la Corte di Giustizia ha riscontrato la contrarietà al diritto europeo del limite del trenta per cento (del valore complessivo del contratto) relativo ovviamente alla quota subappaltabile⁷. Il d.l. sblocca-cantieri ha fronteggiato questa situazione di duplice criticità da un lato sospendendo fino al 31 dicembre 2020 l'obbligo di indicazione della terna, dall'altro, sostituendo temporaneamente (ossia sempre fino al 31 dicembre 2020) il limite del trenta per cento con quello leggermente più ampio del quaranta per cento. Nel 2019, dunque, si è optato per un temporaneo compromesso tra le istanze di piena liberalizzazione dell'istituto, promosse in sede europea, e i timori sia dei committenti pubblici che, sul fronte istituzionale, di ANAC.

Con il d.l. semplificazioni si è compiuta, senza dubbio, una scelta al ribasso. L'obbligo della terna, al quale le stesse amministrazioni non riconoscono alcun effettivo pregio in termini di trasparenza del processo di selezione (stante la presenza del successivo filtro dell'autorizzazione al subappalto), è destinato a “risorgere”, con l'annessa conflittualità già sperimentata nei rapporti con la Commissione europea. Per converso, anche il limite del quaranta per cento, da più parti considerato troppo prossimo a quello censurato dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo⁸, è destinato a

⁶ Sul tema v.A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 209 ss.; S. Caldarelli, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per grave illecito professionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 149 ss.

⁷ Su tali aspetti v.A. Giusti, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giur. it.*, 2020, 157 ss.

⁸ Tuttavia, secondo TAR Lazio, Roma, sez. I, 24 aprile 2020, n. 4183, appare conforme alla normativa europea la previsione dello sblocca-cantieri, con il limite del 40 per cento delle prestazioni subappaltabili. Secondo i giudici capitolini, la pronuncia della C. giust. UE, sez. V,

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

“retrocedere” a favore del già praticato trenta per cento, con prevedibili ed onerose conseguenze per lo Stato italiano. Proprio laddove, dunque, sarebbe stata maggiormente necessaria la razionalizzazione del sistema di regole temporaneamente previste nel 2019 per il subappalto, il legislatore del 2020 sceglie una linea di sconcertante attendismo, che rischia di riaprire un fronte conflittuale con l'Europa in un frangente già pesantemente inciso da una inedita crisi economica⁹.

2. L'obiettivo dell'accelerazione: riflessioni sulla proporzionalità delle nuove regole, intesa sia come adeguatezza delle stesse che come bilanciamento tra risultati attesi e sacrifici imposti

Nonostante il d.l. n. 76/2020 abbia, nel gergo, assunto il *nomen* di d.l. semplificazioni, il più marcato obiettivo in esso perseguito è quello della contrazione dei tempi di perfezionamento non solo delle procedure, ma della “vicenda contrattuale” nel suo complesso.

In particolare, ad essere interessati da questa spinta acceleratoria sono due distinti profili: quello della durata della procedura di gara e quello relativo ai tempi di stipula. I due aspetti sono da tenere distinti non solo perché

26 settembre 2019 – C-63/2018, pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del trenta per cento dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori al quaranta per cento.

⁹ In una segnalazione al Parlamento del 4 novembre 2020 (reperibile sul sito www.agcm.it), formulata ex art. 21 l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'AGCM ha rilevato l'opportunità di: «(i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori». Singolare coincidenza di approccio si registra nell'audizione del presidente dell'ANAC in Commissione congiunta in data 10 novembre 2020 (reperibile sul sito www.anticorruzione.it), che si chiude segnalando al Governo, fra l'altro, l'opportunità di estendere al cento per cento il subappalto; l'introduzione di una deroga che permetterebbe, in specifiche circostanze, di limitare il subappalto; l'individuazione di una serie predefinita di fattispecie contrattuali le quali, per la loro natura, dovrebbero essere effettuate in modo maggioritario dall'aggiudicatario. Nelle more della pubblicazione del presente scritto, il d.l. “milleproroghe” (31 dicembre 2020, n. 183) ha prolungato al 30 giugno 2021 la vigenza del limite del quaranta per cento della quota subappaltabile, e ha sospeso fino al 31 dicembre 2021 l'obbligo di indicazione della terna.

afferiscono a fasi cronologicamente diverse, ma anche perché solo rispetto ai tempi di stipula il d.l. n. 76 introduce regole a regime: per quanto concerne, invece, la riduzione dei termini di conclusione delle procedure, essa riguarda le sole ipotesi in cui la determina a contrarre sia anteriore al 31 dicembre 2021. Ecco, dunque, ancora una volta ripresentarsi il doppio binario delle previsioni a regime e di quelle dichiaratamente transitorie.

La presenza di un termine di sessanta giorni per la stipula, decorrente dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione, di per sé non ha nulla di innovativo. In tal senso già disponeva il c. 8 dell'art. 32 del codice dei contratti pubblici. Ben diversa, tuttavia, risulta l'incisività di tale previsione, intesa come gravità delle conseguenze del suo ipotetico mancato rispetto. Al di là di alcune sfumature lessicali orientate a suggerire l'idea di una peculiare cogenza del termine¹⁰, gli aspetti che destano maggiore interesse riguardano proprio i margini di deroga o violazione del termine stesso. Sotto il primo profilo – ossia quello delle possibili deroghe – resta invariata la possibilità di esercizio del potere di autotutela, così come quella di previsione nel bando (o nell'invito a offrire) di un diverso termine di stipula, mentre innovativamente si prevede che il differimento concordato con l'aggiudicatario (opzione anch'essa già prevista in epoca *ante* 2020) possa legittimamente aver luogo solo se giustificato «dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto». Questa condizione appare contraddittoria e, in definitiva, di difficile comprensione: non risulta, infatti, possibile immaginare che un differimento possa trovare la propria ragion d'essere nella volontà di concretizzare l'obiettivo della celere esecuzione del contratto (del contratto di cui, per l'appunto, si procrastina la stipula). Né, ai fini della comprensione di quanto precede, può in alcun modo giovare la previsione – anch'essa contenuta nel d.l. n. 76¹¹ – che consente per gli appalti di importo superiore alla soglia UE l'esecuzione in via d'urgenza senza puntuali obblighi motivazionali, stante la crisi epidemica in atto. La norma, oltre ad operare solo con riguardo agli appalti soprastipula ed in via transitoria, non è strutturalmente idonea ad interferire con il diverso tema dei tempi di stipula: l'esecuzione in via d'urgenza, infatti, non ha funzione dilatoria rispetto alla stipula, ma si limita a consentire l'avvio dell'esecuzione prima che la stipula abbia luogo, e dunque in costanza di svolgimento della fase di prova dei requisiti. In altri termini, la possibilità di dare avvio all'esecuzione in fase pre-stipula non implica alcuna dilata-

¹⁰ Per effetto del d.l. n. 76 ad oggi il c. 8 dell'art. 32 recita che la stipula «deve aver luogo» entro sessanta giorni, e non che «ha luogo» entro il suddetto termine. Questa formulazione più stringente del c. 8 dell'art. 32 non implica, tuttavia, che il termine sia perentorio.

¹¹ Art. 8, c. 1.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

zione dei tempi di stipula. Più semplice, allora, ritenere che il testo riformato del c. 8 dell'art. 32, allorché parla di differimento concordato con l'aggiudicatario purché *giustificato* dall'interesse alla celere esecuzione intenda riferirsi alla necessità di un *bilanciamento* tra le esigenze sottese all'accordo sul differimento e quelle alla rapida conclusione del contratto aggiudicato. In quest'ottica, quindi, sembra doversi collocare anche lo sforzo motivazionale che dovrà essere profuso a corredo delle decisioni bilaterali volte ad ampliare il termine di sessanta giorni previsto per la stipula.

Proprio sul tema della motivazione la versione riformata del c. 8 ribadisce che la mancata stipula nel termine previsto «deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto». È evidente che questo tipo di corredo motivazionale non interferisce con l'autotutela, espressamente fatta salva dall'art. 32 come ipotesi di mancata stipula nei termini di legge. Resta dunque da chiedersi se questa “motivazione vincolata” riguardi le due ulteriori ipotesi di differimento previste dal c. 8 (differimento prefigurato nel bando e differimento concordato con l'aggiudicatario, su cui peraltro già il c. 8 prevede un puntuale onere motivazionale) oppure se essa si riferisca ad ipotetici atti che dispongono il differimento al di fuori delle ipotesi legislativamente individuate. L'esegesi sistematica depone per questa seconda lettura. La *ratio* di questo ulteriore riferimento alla motivazione sembra, infatti, quella di indicare ai funzionari la strada per scongiurare i rischi di responsabilità erariale e disciplinare che lo stesso c. 8 innovativamente menziona.

Ricapitolando: da un lato vi sono le ipotesi tipizzate di superamento del termine di sessanta giorni previste dal primo periodo del c. 8 (esercizio dell'autotutela, previsione nel bando e accordo motivato con l'aggiudicatario), dall'altro vi è un'area di rischio di responsabilità fronteggiabile, per l'appunto, mediante una motivazione incentrata sui profili indicati dal secondo periodo del c. 8. Così ricostruito lo scenario presenta tratti di novità non trascurabili, non solo sul fronte delle potenziali responsabilità, ma anche sul piano della necessaria “formalizzazione” – e dunque giustificazione – del superamento del termine, il quale fino ad oggi ha rappresentato uno scenario ricorrente “in via di fatto”, con tutto ciò che ne consegue in termini di mancata esplicitazione (e dunque trasparenza e annesso controllo) delle ragioni che in concreto abbiano impedito di osservare le tempistiche dettate dal codice.

Il regime di motivazione vincolata del superamento del termine di stipula non contempla, tra le possibili “giustificazioni”, la volontà di attendere prudenzialmente la decisione nel merito di un giudizio nel quale non sia stata disposta, in sede cautelare, la sospensiva. Invero, anche prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76 non vi erano spunti di diritto positivo che legittimas-

sero il superamento del termine di stipula in ragione della pendenza di un giudizio in cui non fosse stata disposta la misura cautelare.

Tuttavia, le stazioni appaltanti hanno spesso seguito una strada attendista, che oggi però risulta non più praticabile. Del resto, la scelta di stipulare nelle more della decisione nel merito risulta in molti casi meno allarmante di un tempo sul piano della stabilità degli effetti prodotti dalla stipula: il riferimento è alla disposizione¹² che per gli appalti urgenti di importo superiore alla soglia (affidati con procedura negoziata senza bando, ai sensi del c. 3 dell'art. 2, d.l. n. 76/2020) sancisce la fruibilità, per il ricorrente vittorioso, della sola tutela risarcitoria.

Il fenomeno della stipula intempestiva, peraltro, non è sempre da addebitarsi alla condotta delle stazioni appaltanti. Anche in capo agli operatori economici spesso si riscontra una scarsa diligenza, ad esempio nel mettere a disposizione – rigorosamente mediante AVCPASS, giacché in tal senso il codice inequivocabilmente dispone – i documenti necessari per la comprova dei requisiti in fase post-aggiudicazione. Sul punto la giurisprudenza ormai ha chiarito che i termini assegnati dalla stazione appaltante per la messa a disposizione dei documenti in questione non possano intendersi come perentori¹³, il che implica che i tempi per il compimento delle operazioni di comprova possano estendersi per un periodo non predeterminabile, a discapito della tempestività della stipula.

Il d.l. n. 76 per la prima volta prende in considerazione il caso in cui a dilatare i tempi di stipula sia per l'appunto l'aggiudicatario¹⁴. In particolare, per effetto del d.l. semplificazioni, l'art. 32 del codice oggi dispone che il ritardo nella stipula imputabile all'operatore economico, costituisce causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento¹⁵.

¹² Sulla quale v. *infra*, § 5.

¹³ Con l'avvento del codice dei contratti pubblici del 2016, che all'art. 85 non prevede più alcun termine per la produzione della documentazione necessaria alla comprova dei requisiti, la giurisprudenza si limita ormai a ritenere possibile l'espressa indicazione di un termine nel bando di gara, in assenza della quale non sussiste alcun termine predeterminato, a monte, né alcun carattere di perentorietà nell'eventuale termine assegnato a valle dalla stazione appaltante. Cfr., ad es., Cons. St., sez.V, 27 luglio 2018, n. 4525. L'autorevole precedente di segno contrario, ma adottato in costanza del vecchio codice, è Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 10.

¹⁴ L'art. 32 del codice dei contratti pubblici, finora, si era limitato a prevedere che, in caso di ritardo nella stipula addebitabile alla stazione appaltante, l'aggiudicatario potesse «recedere» da un contratto invero non ancora stipulato.

¹⁵ La presentazione di un ricorso, per banali ragioni di pienezza ed effettività della tutela, non si può considerare atteggiamento dilatorio. Si consideri, peraltro, che lo standstill

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

Questa previsione sconta molti elementi di criticità, sia con riguardo allo scenario dell'esclusione che a quello della risoluzione.

Quanto alla seconda, si pone innanzitutto un problema di opportunità, rispetto al dichiarato intento acceleratorio delle previsioni del d.l. n. 76: la norma in questione, infatti, sanziona la tardiva stipula con lo scioglimento anticipato del rapporto negoziale faticosamente intrapreso. Non si comprende, tuttavia, a quale fra le due sottocategorie di risoluzione previste dall'art. 108 del codice possa ascrivarsi, ossia se si tratti di una risoluzione doverosa o facoltativa¹⁶. Il primo caso, per quanto irrazionale rispetto alla logica acceleratoria che ispira il d.l., sembra l'unico concretamente praticabile: la facoltatività lascerebbe spazio ad ambiti di discrezionalità sconfinati e a concreti rischi di responsabilità erariale (connessa ai possibili danni derivanti dalla dilatazione dei tempi di riassegnazione della commessa). Il superamento dei termini dovuto alla condotta dell'aggiudicatario, in buona sostanza, viene inquadrato alla stregua di un inadempimento, che – secondo quanto disposto dall'art. 108 – è per l'appunto causa di risoluzione doverosa. Resta dunque da apprezzare, sempre in base a quanto prescritto dal suddetto articolo, la gravità di tale peculiare inadempimento (non riferito alle prestazioni, ma alla condotta procedimentale *ante* stipula), tentando un bilanciamento tra istanze di conservazione del contratto e di deterrenza/sanzione delle condotte non collaborative degli operatori economici.

Il quadro, peraltro, assume ulteriori tratti di problematicità laddove si rifletta sulle conseguenze della risoluzione previste dal codice. Quest'ultimo, al già richiamato art. 108, stabilisce che a seguito della risoluzione il committente pubblico debba interpellare l'operatore che segue in graduatoria l'aggiudicatario valutando la sua disponibilità a stipulare un nuovo contratto «alle medesime condizioni [non solo economiche, ma anche tecniche, *n.d.r.*] già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta»¹⁷. Ciò implica che, a fronte di una stipulazione tardiva, la stazione appaltante debba – previo apprezzamento della gravità del ritardo – risolvere un contratto ed esporsi al serio rischio dell'infruttuoso scorrimento della graduatoria (stante il vincolo del rispetto delle condizioni previste dall'aggiudicatario sede di offerta) e, dunque, alla necessità di procedere ad una riedizione della gara. Niente di più lontano, dunque, dagli auspicati scenari di velocizzazione delle procedure.

processuale non ferma (non sospende né interrompe) il decorso del termine di sessanta giorni previsto oggi per la stipula.

¹⁶ Sul tema, in generale, sia consentito il rinvio ad A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 126 ss.

¹⁷ Cfr. art. 110 c. 1 e 2, richiamati dall'art. 108.

Oltre alla risoluzione, come si è anticipato, il novellato c. 8 dell'art. 32 prevede anche, come sanzione per la scarsa sollecitudine dell'aggiudicatario, l'esclusione dalla procedura. Anche in questo caso le perplessità sono numerose. In primo luogo non si può trascurare il fatto che il concetto di «causa di esclusione» sia impropriamente utilizzato per sanzionare condotte che si consumano in una fase successiva all'aggiudicazione e dunque, *a fortiori*, alla conclusione della gara cui l'esclusione dovrebbe riferirsi. In altre parole, le cause di esclusione dovrebbero rappresentare il filtro di accesso alla competizione, mentre l'inedita esclusione per intempestiva stipula rappresenta (non già uno strutturale difetto dei requisiti di ammissione alla procedura, bensì) il classico esemplare di norma ad ispirazione “pedagogica”, a discapito del principio, spesso più professato che praticato, del *favor participationis*.

Inoltre, occorre seriamente prendere in considerazione l'idea che questa innovativa previsione rappresenti un'ipotesi di *gold plating*: nessuna previsione europea, infatti, stabilisce l'esclusione dalla procedura (peraltro già completata) di un operatore in ragione della sua scarsa sollecitudine negli adempimenti preliminari alla stipula. Lo stesso, peraltro, può dirsi con riguardo alla sanzione della risoluzione¹⁸.

Rispetto alle norme in esame potrebbe, peraltro, tentarsi un'interpretazione alternativa, la quale tuttavia non sembra in grado di scongiurare il sopra evocato spettro della “gabbia dorata”, ma solo di mitigare l'effetto di “rallentamento” che sulla singola gara può derivare dalla esclusione per tardiva stipula. Tale interpretazione fa leva sulla possibile valenza esclusivamente “esterna” della causa di esclusione di nuovo conio. Si potrebbe, cioè, provare a sostenere che la scarsa sollecitudine negli adempimenti funzionali alla stipula non debba intendersi come causa di esclusione dalla procedura (peraltro già conclusa) anteriore alla stipula, ma come condotta annotabile nel casellario delle imprese e qualificabile come grave illecito professionale idoneo a determinare, in ulteriori e successive procedure di gara, l'esclusione ai sensi del c. 5 dell'art. 80 del codice. Questa chiave di lettura consente di superare l'irrazionalità di una causa di esclusione che opera a gara conclusa, ma – come si è riferito – non elide problemi di non trascurabile rilievo: il pericolo del *gold plating*, il rischio di riedizione dell'intera gara (nel caso in cui l'aggiudicatario non solerte fosse l'unico ammesso in gara), e più in generale il possibile *vulnus* al principio di massima concorrenzialità, in nome del quale ad essere esclusi dalle competizioni dovrebbero essere solo

¹⁸ Che si è tentato di ricondurre nell'alveo della nozione di inadempimento, pur senza negare il fatto che tale nozione sia genuinamente riferibile soltanto al tema della adeguata o inadeguata esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

i soggetti che non presentano requisiti (moralì o economico/professionali) idonei a testimoniare la capacità di eseguire a regola d'arte le commesse assegnate.

In apertura di paragrafo si è precisato che, ad essere oggetto di previsioni acceleratorie, non è solo il termine di stipula, ma anche i termini previsti per la conclusione delle procedure di gara. A questo proposito, le scelte del legislatore hanno carattere temporaneo, a differenza di quanto si è riferito circa la novella relativa ai tempi (*rectius* allo sfioramento dei tempi) di stipula del contratto.

Le novità, relative ai contratti la cui determina a contrarre sia anteriore al 31 dicembre 2021, possono essere riassunte nei termini che seguono. Nell'area del sottosoglia per gli affidamenti diretti le procedure dovranno concludersi entro 2 mesi, mentre per le procedure negoziate *ex art.* 63 il suddetto termine sale a quattro mesi. Per le procedure sopra soglia il termine è, invece, pari a sei mesi, e si prevede altresì che la riduzione dei termini procedurali – già praticabile per le procedure ordinarie in presenza di peculiari ragioni di urgenza – operi *ex lege*, senza necessità dunque di «dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti».

La riduzione dei termini di conclusione delle procedure di per sé non sembra particolarmente problematica, quantomeno dal punto di vista delle implicazioni teoriche. Il principale dubbio riguarda il rapporto tra i rinnovati termini e il ricorso alle procedure derogatorie che, come si avrà modo di riferire nel paragrafo che segue, vengono indicate nel d.l. n. 76 come percorsi in grado di introdurre temporaneamente modalità di aggiudicazione delle commesse più semplici.

3. (Segue) Le c.d. procedure derogatorie, e il rapporto con la disciplina “ordinaria”, anche di rango sub-legislativo

La disciplina del d.l. n. 76 dedicata alle procedure sottosoglia contempla delle modalità di affidamento semplificate, rispetto – ovviamente – a quelle previste dall'art. 36 del codice, a loro volta più snelle di quelle relative agli appalti di importo superiore alla soglia di rilevanza UE.

L'introduzione in via temporanea¹⁹ di procedure derogatorie pone inevitabilmente il problema del rapporto tra queste e le procedure a regime.

¹⁹ In base al c. 1 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020 le procedure in questione si applicano solo qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia stato adottato entro il 31 dicembre 2021.

L'interrogativo principale che sorge dalla analisi complessiva del d.l. semplificazioni riguarda *in primis* la possibilità di continuare ad optare, pur nel periodo di transitoria vigenza delle procedure derogatorie, per le modalità ordinarie di gestione delle gare e, in caso affermativo, la doverosità del rispetto delle suddette tempistiche contratte anche laddove si svolgano procedure ordinarie. Per proporre una soluzione a tale quesito, di indubbio rilievo concreto, occorre quindi smarcare il primo polo del problema, ossia quello della obbligatorietà o meno del ricorso alle procedure derogatorie.

La posizione negativa al riguardo può far leva su un argomento di tipo assiologico e su uno di tipo letterale²⁰. Il primo consiste nell'idea per cui l'ispirazione e l'obiettivo generale del d.l. n. 76 sarebbe quello di assicurare (sia pure temporaneamente) una primazia assoluta al valore dell'efficienza (declinato in termini di celerità delle procedure) anche a discapito dei principi generali di massima contendibilità delle commesse pubbliche. In quest'ottica le procedure derogatorie rappresenterebbero, temporaneamente, l'unica strada percorribile, pena il disconoscimento dell'obiettivo ispiratore della riforma. A corredo di questo argomento di carattere teleologico si può poi sfruttare anche un argomento di natura letterale, secondo il quale l'art. 1, c. 1, d.l. n. 76, nel disporre la deroga all'art. 36, c. 2, del codice dei contratti pubblici, non fa salvo l'inciso che, al c. 2 del suddetto articolo recita «fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie». In altri termini: mentre la disciplina codicistica dedicata agli appalti sottosoglia, pur prevedendo procedure più snelle rispetto a quelle relative all'area del soprasoglia, consentiva espressamente – in ossequio ai principi generali di concorrenzialità e accessibilità al mercato delle commesse – di optare per le procedure ordinarie, il fatto che il d.l. n. 76 deroghi all'intero c. 2 dell'art. 36 lascerebbe intendere, secondo una chiave di lettura connotata forse da un eccesso di formalismo, che ad essere derogata sia anche la clausola di “apertura” verso lo svolgimento delle procedure ordinarie anche in area sottosoglia.

A questa prospettiva se ne contrappone un'altra, meno ancorata al dato letterale (e alle possibili imperfezioni del *drafting* normativo) e orientata ad una logica di tipo sistematico. In questo ordine di idee non viene messa in discussione, nel periodo di vigenza delle procedure derogatorie, la possibilità di ricorrere a modalità ordinarie.

Di questi problemi interpretativi è stato recentemente investito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT), che ha fornito sul punto

²⁰ Cfr. F. Fracchia e P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *federalismi.it*, 30 dicembre 2020, 54.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

un parere non privo di ambiguità²¹. In esso, infatti, il Ministero esordisce affermando, con riferimento alla disciplina derogatoria, che «non si tratta di una disciplina facoltativa». A questo *incipit*, tuttavia, fa seguito uno sviluppo argomentativo di segno contrario, in cui si sostiene che «non sia comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi di cui all'art. 30, d.lgs. 18 aprile 2016, 50, a condizione che tale possibilità non sia utilizzata per finalità dilatorie».

Al di là della tangibile contraddizione, la posizione del Ministero sembra favorevole al ricorso a quelle che vengono denominate «procedure ordinarie». Non è, tuttavia, agevole comprendere – in questo contesto – a cosa esattamente ci si intenda riferire parlando di procedure ordinarie. Questa locuzione, come si è detto, compare anche nell'art. 36 del codice dedicato al sottosoglia: in quella sede è evidente che il legislatore stia consentendo il ricorso alle procedure ordinarie in senso proprio, ossia alle procedure aperte, ristrette, negoziate, ecc. Di contro, il richiamo del MIT alle procedure ordinarie sembra avere un senso diverso: il parere ministeriale, infatti, precisa che «Gli affidamenti dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo decreto» ossia, sempre in base al c.1 dell'art. 1 del d.l. n. 76, 2 mesi per gli affidamenti diretti e 4 mesi per le procedure negoziate. Ebbene, è evidente che il rispetto di questi termini estremamente contratti non è compatibile con lo svolgimento di procedure ordinarie in senso stretto: la disciplina sulle procedure aperte e ristrette, ad esempio, contempla una articolata tempistica interna che automaticamente costringe la stazione appaltante ad “esondare” dagli argini dei 2 o 4 mesi. È più probabile, allora, che il Ministero intendesse dire che resta ferma la possibilità di sfruttare, in alternativa alle procedure derogatorie *ex art. 1, d.l. n. 76* e in un'ottica di rispetto dei nuovi termini “contratti”, le procedure previste per il sottosoglia dall'art. 36 del codice²².

Anche accogliendo questa prospettazione, non tutti i dubbi sono fuggiti. Resta, in particolare, da comprendere se sia possibile il superamento dei termini ristretti sanciti dal d.l. n. 76/2020, motivato dalla scelta di ricorrere alle procedure ordinarie in senso stretto. Questa possibilità, come si è appena visto, sembra esclusa dal parere del MIT, che ribadisce la necessità assoluta di osservare le nuove tempistiche²³. Anche su questo profilo,

²¹ Si tratta del parere n. 735 del 24 settembre 2020.

²² Che dunque possono considerarsi “ordinarie in senso spurio” ossia facenti parti della disciplina del codice “a regime”, ma confinate nell'area del sottosoglia.

²³ Il che, secondo l'interpretazione qui proposta, impedisce di fatto di attuare la procedura aperta o ristretta.

tuttavia, la posizione del Ministero non è del tutto convincente. Non pare possibile, in altre parole, escludere che il ricorso ad una procedura ordinaria (e l'annesso inevitabile superamento dei nuovi termini di 2 o 4 mesi) possa essere adeguatamente motivato in funzione delle caratteristiche della merceologia da acquistare o del relativo mercato di riferimento. Pur nella complessiva e marcata contraddittorietà del parere sopra richiamato, da esso sembra comunque possibile trarre conforto per questa conclusione, laddove si afferma che «in tal caso²⁴ si consiglia di dar conto di tale scelta mediante motivazione».

Il discorso è analogo per quanto concerne il soprasoglia, di cui si occupa l'art. 2 del decreto. Anche qui l'intervento del legislatore si è dispiegato lungo una duplice direttrice: da un lato è stato previsto un generale termine di sei mesi per la conclusione delle procedure, dall'altro sono state previste (ai c. 3 e 4) procedure semplificate, essenzialmente consistenti nel ricorso generalizzato all'affidamento con procedura negoziata senza bando (c. 3) e nel ricorso a procedure da svolgersi "a codice sospeso" (c. 4).

Anche in questo caso a dover prevalere, ad avviso di chi scrive, è l'approccio sistematico, che rende inverosimile l'idea di una preclusione (sia pur temporanea) della possibilità di esperire le procedure ordinarie, cui gioco-forza si abbina un *surplus* di competitività e apertura del mercato delle commesse pubbliche. A ciò, tuttavia, deve conseguire una coerente riflessione sul rispetto dei termini. In questo caso il termine imposto è pari a sei mesi, il che – da un punto di vista operativo – non appare così "sfidante", quantomeno con riguardo a determinate merceologie, quanto i termini previsti per gli acquisti sottosoglia. Ad ogni modo, al di là dei possibili pronostici in tema di sostenibilità del termine, resta da scandagliare il profilo di "sistema", ossia il problema della eventuale violazione dei termini in questione derivante dal ricorso alle procedure ordinarie.

È certamente da escludersi l'ipotesi che il termine in questione abbia carattere perentorio²⁵, per ragioni sia di ordine pratico che di natura strettamente giuridica. Sotto quest'ultimo profilo il punto cruciale risiede nel fatto che la natura perentoria dei termini è soggetta ad un regime che potremmo dire di riserva di legge, in base al principio generale derivante dall'art. 152 c.p.c., mentre nel caso di specie spunti in tal senso di diritto positivo non si rinvencono. Sul piano pratico, peraltro, è difficile ipotizzare che un decreto

²⁴ Il parere non chiarisce a quale caso si riferisca, presumibilmente a quello di mancata osservanza dei termini ridotti.

²⁵ Ad identica conclusione si addiène rispetto al termine di conclusione delle procedure sottosoglia, o in generale al termine di stipula, v. *supra* § 2.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

che si ispira a finalità acceleratorie preveda meccanismi in cui il mancato rispetto di determinati termini (peraltro non nuovi, nel caso dei termini di stipula) privi la stazione appaltante del potere necessario per il perfezionamento del vincolo contrattuale, e dunque per il raggiungimento del risultato concreto cui tutto l'*iter* procedurale tende.

Il problema delle conseguenze del mancato rispetto dei termini in questione (di stipula e di conclusione delle procedure) deve piuttosto essere affrontato in funzione della congruità della motivazione addotta a giustificazione dello sforamento. Come già evidenziato, tanto l'art. 1 c. 1 quanto l'art. 2 c. 2 individuano le conseguenze del mancato rispetto delle tempistiche dettate dai medesimi articoli sia con riferimento al termine di stipula che ai termini di conclusioni delle procedure.

Per quanto concerne il termine di stipula si rinvia alle riflessioni esplicitate nei paragrafi che precedono, mentre qualche riflessione ulteriore merita il tema della violazione dei termini di conclusione delle procedure. Sul punto gli artt. 1 e 2 del d.l. n. 76 prefigurano per il RUP il rischio della responsabilità erariale, mentre prescrivono che i ritardi «imputabili all'operatore economico costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto».

Il richiamo alla responsabilità erariale, ispirato ad evidenti finalità di deterrenza, pare incongruo: da un lato, infatti, è evidente che ogni condotta idonea a cagionare danno sia di per sé idonea (se supportata dagli ulteriori elementi costitutivi di tale fattispecie di responsabilità) a dischiudere ipotesi di responsabilità erariale, dall'altro – e da un punto di vista più pratico – è fin troppo evidente il fatto che il mero ritardo non necessariamente determini un danno per il committente pubblico. Al contrario non pare azzardato affermare che, specie con riguardo ad acquisti complessi, il protrarsi delle operazioni di gara (specie quelle di carattere strettamente valutativo) possa essere funzionale all'efficienza dell'acquisto. Pertanto, con riguardo agli appalti "Covid" (ossia assoggettati al d.l. n. 76) il rischio della responsabilità erariale quale conseguenza del superamento dei termini di stipula o di conclusione delle procedure non presenta connotati di concretezza più spiccati di quanto non avvenga nell'attività negoziale posta in essere in tempi ordinari.

Per quanto, invece, concerne l'ipotesi in cui il mancato rispetto dei termini sia addebitabile all'operatore economico, valgono le perplessità già evidenziate con riguardo all'ipotesi di ipotesi della tardiva stipula. L'unica precisazione che pare utile aggiungere, rispetto a quanto si è detto trattando per l'appunto della stipula post-sessanta giorni, riguarda il soccorso istruttorio, rispetto al quale è importante puntualizzare che la sua necessità non possa

considerarsi sintomo di una condotta dilatoria del concorrente, eventualmente idonea (in caso di superamento dei termini di procedura della gara) a determinare le sopracitate conseguenze in termini di esclusione dalla gara o addirittura di risoluzione (nel caso, invero poco realistico, in cui ci si avveda del superamento del termine di conclusione della procedura all'indomani della stipula).

Il soccorso istruttorio, infatti, è un istituto generale, che informa di sé l'attività amministrativa non riconducibile al settore degli appalti e che rappresenta il risolto concreto di principi generali come quello del buon andamento²⁶. Pertanto, la necessità di attivare il soccorso istruttorio (con l'annessa apertura del subprocedimento di durata pari ad un massimo di 10 giorni) è un'eventualità che la stazione appaltante deve prevedere e gestire in modo compatibile anche con i nuovi termini, abbreviati e transitori, di conclusione delle procedure. Diverso, ovviamente, sarebbe il caso in cui il concorrente non rispetti il termine assegnato dalla stazione appaltante per le integrazioni documentali, termine che la giurisprudenza non a caso qualifica come perentorio, sulla base del chiarissimo spunto in tal senso fornito dal c. 9 dell'art. 83 del codice.

Le considerazioni che precedono devono essere completate con una ulteriore precisazione, che tocca la realtà degli atti interni di regolamentazione di cui le stazioni appaltanti si sono dotate negli ultimi anni, a partire dal 2016, per soppiantare quelli che un tempo erano i regolamenti dedicati ai c.d. acquisti in economia. Scegliendo, come sembra doveroso in una materia come quella degli acquisti pubblici, di coinvolgere nell'analisi anche le c.d. fonti interne, ci si accorge di come il problema del grado di prescrittività delle norme previste dal d.l. n. 76 presenti inediti livelli di complessità. È noto come con l'entrata in vigore del codice del 2016 sia tramontato il mondo degli acquisti in economia, la cui regolamentazione era espressamente demandata dal previgente codice ai regolamenti predisposti dalle singole amministrazioni. Questi regolamenti sono stati per lo più rimpiazzati da altri atti interni a contenuto generale dedicati alla procedimentalizzazione degli acquisti sottosoglia. Questa procedimentalizzazione si è per lo più concretizzata nella previsione di una serie di autovincoli rispetto agli standard piuttosto blandi fissati dall'art. 36 del codice dedicato, appunto,

²⁶ Anche alla luce dell'art. 6, l. 7 agosto 1990, n. 241, si ritiene che il soccorso istruttorio abbia portata generale, fermo il necessario rispetto del principio della *par condicio* per cui l'intervento dell'amministrazione diretto a consentire al concorrente di regolarizzare o integrare la documentazione presentata non può produrre un effetto vantaggioso a danno degli altri candidati. Cfr. Cons. St., sez.V, 22 novembre 2019, n. 7975.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

alle procedure sottosoglia. Questo articolo, nella versione riformata dal d.l. sblocca-cantieri (18 aprile 2019, n. 32), ad esempio prevede che al di sotto dei quarantamila euro si possano affidare contratti «anche senza previa consultazione di due o più operatori economici». Questo scenario, di completo sacrificio di ogni principio di competizione, è stato avvertito da ANAC nelle linee guida n. 4, ma soprattutto privato di effettività dagli atti interni con cui le amministrazioni hanno per lo più scelto di autovincolarsi a procedure connotate da un minimo di contendibilità, ad esempio all'effettuazione di un'indagine di mercato con successiva trasmissione di richieste di offerta. Lo stesso discorso, sempre per il sottosoglia, vale per le procedure diverse dall'affidamento diretto, per le quali i regolamenti interni spesso impongono di consultare, in vista dell'affidamento del contratto, un numero di soggetti superiore a quelli menzionati dall'art. 36, ad esempio tutti i soggetti iscritti negli albi dei fornitori.

In questo contesto la domanda che sorge riguarda, ancora una volta, il carattere obbligatorio o meno della semplificazione impressa al sistema dal d.l. n. 76: detto in altri termini, il problema della attualità o meno di questi autovincoli. La soluzione non può essere netta, ossia dipende dall'oggetto dell'autovincolo.

È vero che l'autovincolo di per sé non è sempre e comunque incompatibile con un assetto normativo ispirato ad obiettivi di efficienza e celerità degli affidamenti. Cionondimeno, per evidenti ragioni di gerarchia delle fonti e successioni cronologica delle norme, non sembra possibile ritenere, ad esempio, che l'affidamento diretto previsto dal d.l. n. 76 per acquisti di importo fino a 75.000 euro non sia praticabile al di sopra della soglia dei quarantamila euro perché il regolamento interno per l'appunto prevede, in coerenza con l'art. 36 del codice derogato dal d.l. semplificazioni, che l'affidamento diretto sia possibile solo al di sotto della soglia dei quarantamila.

Diverso è il discorso che concerne gli autovincoli di matrice esclusivamente procedimentale. Se, ad esempio, un determinato regolamento interno avesse disposto che l'affidamento diretto debba essere preceduto da un'indagine di mercato e dall'invio di un congruo numero di richieste di offerte – così ponendo un autovincolo rispetto alla nozione “basilare” di affidamento diretto desumibile dall'art. 36 del codice – questa regola sarebbe destinata a sopravvivere anche nel periodo di vigenza del d.l. n. 76, con l'unica condizione del rispetto dei termini abbreviati previsti dal predetto d.l. in materia di affidamenti sottosoglia.

4. Gli appalti “a codice sospeso”: conseguenze, meditate e non, del temporaneo abbandono del codice dei contratti pubblici

La novità più dibattuta, tra le varie introdotte dal d.l. n. 76, è senza dubbio la previsione di un’area nell’ambito della quale le commesse potrebbero essere, temporaneamente, affidate disapplicando il codice dei contratti pubblici. Gli interrogativi che si addensano attorno a questa innovativa possibilità, prevista solo gli affidamenti soprassoglia, sono numerosi. Quello preliminare attiene all’esatto perimetro di questa peculiare zona di disapplicazione della normativa codicistica.

È il c. 4 dell’art. 2 a precisare che a poter essere affidati disapplicando il codice dei contratti pubblici sono da un lato i contratti di cui al precedente c. 3 (i contratti soprassoglia che, per ragioni di urgenza connessi alla crisi pandemica, sono affidati con procedura negoziata *ex art. 63* del codice dei contratti pubblici) nonché ulteriori contratti attinenti a specifici settori (ad esempio: edilizia scolastica, sanitaria, ecc.), con i contratti relativi o collegati ad essi. Si tratta, dunque, di un ambito non circoscritto di fattispecie, soprattutto per effetto del richiamo ai contratti «relativi o dipendenti» rispetto a quelli facenti parte del novero dei settori direttamente richiamati dal c. 4.

Ma soprattutto, a destare perplessità, è l’ambiguo rapporto tra il c. 3 e il c. 4 (che ad esso rinvia). La disapplicazione, prevista dal c. 4 dell’art. 2 del d.l. n. 76, contiene e rende priva di utilità la possibilità, riconosciuta dal c. 3 del medesimo d.l., di affidare i contratti soprassoglia con procedura negoziata (possibilità peraltro già assicurata dal c. 2 lett. *c*) dell’art. 63 del codice).

Non è solo l’ambito di applicazione del regime di disapplicazione del codice a destare gravi perplessità e incertezze. Il problema della obbligatorietà o facoltatività del ricorso a questo peculiarissimo regime di sospensione sembra doversi risolvere a favore della seconda chiave di lettura, in coerenza con quanto si è già argomentato con riferimento alle procedure derogatorie previste dal d.l. per l’area del sottosoglia. L’intento acceleratorio del legislatore del d.l. n. 76 si esprime, in primo luogo, nella contrazione dei tempi di conclusione delle gare (pari a 6 mesi per il soprassoglia) e in secondo luogo nella “messa a disposizione” di modalità eccezionali e transitorie (ad esempio la disapplicazione del codice) funzionali a consentire il rispetto di questa impegnativa tempistica. Questa “messa a disposizione”, tuttavia, per ragioni di coerenza sistematica non può trasfigurarsi in un obbligo.

Ma, pur ribadita questa doverosa puntualizzazione, le questioni aperte restano più di una, e attengono sia il fronte dei rapporti con le istituzioni UE, sia quello interno della ricostruzione di un compiuto (sebbene transitorio) assetto di regole di riferimento.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

Sotto il primo profilo, non può essere trascurato il fatto che le direttive recano impresso un preciso periodo per il loro recepimento²⁷. Una volta che quest'ultimo si sia compiuto, nel caso nostrano con l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, non è convincente l'idea di una "retromarcia" che comporti la reviviscenza delle direttive senza che si profili il rischio (potremmo dire "ora per allora") di un inadempimento a carico dello Stato per mancato recepimento delle direttive in tema di contratti pubblici (alle quali, preme puntualizzarlo, non compete l'attributo dell'autoapplicatività).

Questo dubbio non è fugato neppure dalla comunicazione della Commissione «Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19 2020/C 108 I/01», che, nell'indicare le possibili modalità di gestione della crisi in corso, precisa che «Gli acquirenti pubblici possono fare affidamento sul quadro dell'UE in materia di appalti pubblici, che stabilisce modalità e mezzi per affrontare emergenze gravi come la pandemia di Covid-19. Il quadro consente agli acquirenti pubblici di perseguire una strategia articolata in più fasi, e li incoraggia a farlo. In primo luogo, per soddisfare le esigenze immediate e previste a breve termine, gli acquirenti pubblici dovrebbero avvalersi pienamente della flessibilità offerta dal quadro». Il linguaggio utilizzato, invero, non è particolarmente stringente: il riferimento alla possibilità di avvalersi del «quadro dell'UE» non pare sinonimo della possibilità di ricorrere alla applicazione, "senza intermediazioni nazionali", delle direttive 2014. L'ambiguità del ricorso al lemma «quadro» non si supera neanche sfruttando le versioni inglesi e francesi della comunicazione della Commissione, che rispettivamente parlano di «framework» e di «cadre». Non è plausibile, dunque, ritenere che la Commissione abbia caldeggiato, o comunque autorizzato, la disapplicazione degli atti normativi nazionali di recepimento. Così come, tuttavia, occorre realisticamente riconoscere come non siano plausibili, per ragioni di opportunità politica, iniziative della stessa Commissione volte a sanzionare, in questo gravissimo e inedito momento storico, la scelta del legislatore nazionale di "ricollocare" artificiosamente e "fuori tempo massimo" l'ordinamento nazionale in una condizione di mancato recepimento delle direttive del 2014. Ciò non impedisce, tuttavia, di sviluppare una lettura fortemente critica della soluzione della disapplicazione proposta dal d.l. n. 76²⁸.

²⁷ Sul punto si v. anche, se si vuole, A. Giannelli e G. Tropea, *Abolire il codice degli appalti ... e poi?*, in www.lacostituzione.info, 2 maggio 2020.

²⁸ Bisogna dar conto di altra dottrina che, al contrario, si è schierata decisamente a favore di tale approccio. Cfr. ad es. M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in www.ildiritto.it

Al di là degli appena evidenziati problemi di compatibilità europea della scelta nazionale, i dubbi maggiori concernono le conseguenze di questo (possibile, nel senso di “volontario” per le stazioni appaltanti) regime di temporanea emancipazione dal codice. Il dato certo è che questo peculiare regime non equivale ad un, sia pur temporaneo, transito verso una sorta di anarchia procedimentale. Non solo e non tanto perché, come rammenta ANAC in un commento critico formulato poco dopo l’entrata in vigore del d.l.²⁹, proprio il c. 4 dell’art. 2, nel prevedere la possibile sospensione, fa salva l’applicazione di quanto previsto nel medesimo art. 2, che al secondo comma menziona il novero delle procedure ordinarie, ritenute dunque ancora in ogni caso vigenti. Ma soprattutto, ad arginare i timori di una incontrollabile creatività delle stazioni appaltanti nel dettare le regole di affidamento delle commesse, vi sono comunque le direttive del 2014, cui il controverso c. 4 impone di riconoscere diretta applicabilità.

Anche alla luce di questa puntualizzazione residuano, in ogni caso, alcuni profili da scandagliare, che possono riassumersi nei termini che seguono:

1) le direttive spesso lasciano al legislatore nazionale ambiti di discrezionalità che, in assenza del diaframma rappresentato dal codice, si riversano sulla stazione appaltante (interferendo, presumibilmente, con gli obiettivi di semplificazione perseguiti dal d.l.);

2) le direttive si disinteressano (o comunque si interessano scarsamente) di intere fasi della “vicenda negoziale”, per lo più di quelle non strettamente riconducibili al concetto di gara, ad esempio la programmazione, la progettazione e, almeno in parte, l’esecuzione, il che rischia – in un regime di codice sospeso – di determinare pericolose zone di *deregulation*.

Alcuni esempi concreti possono contribuire ad evidenziare la portata dei rischi appena evocati.

Tra questi vi è quello relativo alle cause di esclusione dalle gare, previste dall’art. 57 della dir. 2014/24/UE. Ai parr. 3 e 4 dell’articolo in questione si prevede che gli Stati membri possano prevedere deroghe alle cause di esclusione dettate dal par. 1 per esigenze di salute pubblica, di tutela dell’ambiente o di rispetto del principio di proporzionalità (con riguardo alle esclusioni derivanti da violazioni di natura fiscale e tributaria). È chiaro che l’intento espresso della direttiva è stato quello di sollecitare il discernimento del le-

leconomia.it, 2020, n. 2; prima dell’emanazione delle disposizioni commentate in questa sede, F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2019.

²⁹ *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, reperibile in www.anticorruzione.it.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

gislatore nazionale, che dunque non può essere pretermesso dal processo di attuazione del diritto UE. Oppure si pensi, restando in materia di cause di esclusione, a quanto previsto sempre dal par. 4 dell'art. 57, laddove si dispone che il legislatore nazionale, in deroga alla prima parte dello stesso par. 4, possa stabilire che non venga escluso l'operatore sottoposto a fallimento (o soggetto a concordato preventivo), laddove quest'ultimo possa eseguire il contratto in base alla disciplina nazionale sulle procedure concorsuali. O ancora si veda, in tema di subappalto, quanto disposto dal par. 7 dell'art. 72, ai sensi del quale gli Stati membri *possono* prevedere pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi ne facciano richiesta. Infine, con riguardo alla fase di esecuzione, merita di essere richiamato l'art. 73, in cui si prevede che gli Stati membri assicurino alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di risolvere il contratto «almeno» in presenza di una delle tre circostanze indicate dall'articolo medesimo, lasciando così chiaramente intendere che in ambito nazionale le cause di risoluzione possano essere ulteriori.

Si potrebbe obiettare che norme del genere si limitino a riconoscere una possibilità al legislatore nazionale, e che dunque tale possibilità debba ritenersi in qualche modo semplicemente non sfruttata e dunque non praticabile laddove il recepimento non ci fosse o, come avvenuto per effetto del c. 4 dell'art. 2 del d.l. n. 76, l'atto di recepimento fosse disapplicato.

La situazione, tuttavia, non pare così semplice: la scelta del legislatore UE risulta, infatti, ispirata dalla volontà di sollecitare una consapevole presa di posizione in sede nazionale. La disapplicazione del codice, quale sede in cui tale presa di posizione si è concretizzata (sia pure talvolta “in negativo”, ossia mediante il mancato sfruttamento degli ambiti di autonomia riconosciuti dalle direttive), trasfigura il ruolo delle stazioni appaltanti, rimettendo a queste ultime un compito inedito in costanza di codice: quello di valutare caso per caso (e di esplicitare con modalità compatibili con la *par condicio competitorum*) la scelta di declinare in termini più o meno stringenti alcuni degli istituti disciplinati “a maglie larghe” dalle direttive.

Peraltro, lo scetticismo finora manifestato verso le prospettive di semplificazione promesse dalla temporanea sospensione del codice trova un ulteriore spunto nel “linguaggio” delle direttive, che talvolta rifugge connotati di estremo tecnicismo proprio in ragione degli obiettivi di armonizzazione perseguiti in sede europea. Un caso per tutti: il già citato art. 57, al par. 1 include tra le cause di esclusione la condanna passata in giudicato relativa a fattispecie di reato che non trovano diretta corrispondenza nel novero di quelle che popolano la disciplina penalistica. La stessa vaghezza, sempre nel par. 1 dell'articolo in questione, riguarda poi l'individuazione dei soggetti – intesi come persone fisiche – rispetto ai quali si debba verificare, ai fini

della partecipazione alla gara dell'impresa di "appartenenza", l'assenza delle sentenze di condanna. Sospendere il codice, per "tornare temporaneamente alla direttiva" significherebbe, dunque, rinunciare ad una considerevole dose di certezza che, per l'appunto, è stata impressa al sistema dalla normativa nazionale di recepimento, che ha puntualmente elencato i reati rispetto ai quali l'eventuale condanna possa esprimere effetti preclusivi sul fronte dell'ammissione in gara. Questa rinuncia in termini di certezza³⁰, oltre a non agevolare le auspiccate dinamiche di semplificazione, non risulta compatibile con i principi di concorrenza e *favor participationis*, ma, a ben vedere, anche con il basilare principio di legalità, inteso come predeterminazione delle condotte la cui violazione possa determinare una risposta sanzionatoria³¹, nel caso di specie l'esclusione dalla procedura di gara. Sembra quasi, per questa via, di tornare – sia pur transitoriamente – al discutibile scenario che caratterizzava il codice del 2006, in cui le fattispecie penali idonee a determinare conseguenze espulsive dalla gara non erano puntualmente elencate, a detrimento del sopracitato principio di legalità nonché, più nel dettaglio, del principio di tassatività delle cause di esclusione, inteso nella sua versione "forte"³².

Un ultimo cenno, infine, deve essere riservato al già accennato problema dei "segmenti" della vicenda negoziale sconosciuti, o comunque poco positivizzati, dal legislatore europeo. Si tratta di ambiti in cui l'interesse europeo è scarso o inesistente in ragione dei valori coinvolti, che non hanno immediato impatto sulla celerità delle dinamiche concorrenziali, quanto piuttosto con la qualità della spesa pubblica (intesa anche come qualità delle prestazioni acquisite mediante l'affidamento degli appalti). In questo caso la sospensione del codice rischia di creare una "perdita" (sebbene su base volontaria) di regole che di per sé non rallentano i tempi degli affidamenti, collocandosi in una fase anteriore (si pensi alla programmazione e alla progettazione, stante il – pur sospeso – divieto di appalto integrato) o posteriore rispetto alla competizione (il riferimento è alla fase di esecuzione). Al contrario, l'efficiente programmazione (oltre a determinare effetti positivi sul controllo dei flussi di spesa) impatta virtuosamente sui tempi di attivazione e conduzione delle procedure di acquisto, senza rischi di eccessivo irrigidi-

³⁰ Cfr., ad es., Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo – Annuario 2014, *L'incertezza delle regole*, Atti del convegno annuale – Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

³¹ Cfr. F. Goisis, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 1228 ss.; M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par 1 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.

³² Cfr., da ultimo, Cons. St., ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

mento delle iniziative negoziali, rispetto alle quali la disciplina nazionale già prevedeva significativi casi di acquisiti perfezionabili fuori programmazione.

L'illustrazione delle ipotesi in cui la sospensione del codice si traduce in incertezza e impoverimento del quadro delle regole potrebbe continuare, ma ciò non gioverebbe all'economia della presente trattazione. L'unico aspetto su cui ci si riserva un'ultima notazione concerne l'ipotesi di una disapplicazione "parziale e discrezionale". Si intende per questa via prospettare l'ipotesi che, nell'area degli appalti "a codice sospeso" delineata dal c. 4 dell'art. 2 del d.l., le stazioni appaltanti possano scegliere di disapplicare singole norme del codice (a vantaggio della diretta applicazione della "retrostante" norma europea) e di applicare, invece, altre norme cui si riconoscono pregi in termini di semplicità di applicazione. Questo scenario non è da escludersi, quantomeno se si aderisce alle premesse sinora esplicitate in tema di facoltatività di tutto l'apparato di deroghe predisposto dal d.l. n. 76. Tuttavia tale approccio in qualche modo prefigura proprio il possibile fallimento della logica della sospensione. Non è difficile, infatti, pronosticare che le amministrazioni – incalzate da termini di conclusione delle procedure particolarmente brevi – non si avventurino nella disapplicazione di norme senza le quali le scelte da compiere in sede di gara sconterebbero un *surplus* di discrezionalità cui è davvero arduo abbinare un effetto di generale semplificazione.

Niente a che vedere, dunque, con gli scenari, spesso evocati in chiavi sottilmente denigratoria, di "burocrazia difensiva" o di "indecisione amministrativa" (cui il d.l. n. 76 guarda soprattutto nella nota sospensione della colpa grave per la responsabilità amministrativa), quanto piuttosto la legittima e lodevole volontà di scegliere il sistema di regole che, a dispetto di una visione riduttiva del concetto di semplificazione, possa assicurare un tragitto "senza ostacoli" verso l'affidamento e l'esecuzione a regola d'arte della commessa. In ogni caso, pur restando negli schemi dell'analisi economica, resta sempre vero che il numero delle decisioni richieste da una procedura più meticolosamente regolata, se nel complesso è generalmente più alto, vedrà un numero di decisioni critiche, derivanti dai vari nodi dei processi decisionali, ragionevolmente inferiore³³.

³³ Così, pur nel contesto di un approccio favorevole alla flessibilità delle regole, M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in www.ildirittoeconomie.it, 2018, n. 3, 639. Resta comunque inteso che il diritto europeo, specie per la materia delle procedure di gara, richiede in capo alle stazioni appaltanti una «buona discrezionalità», unita a meccanismi di *accountability*. Cfr. sul punto M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss.

5. Il contenzioso: in cerca di un equilibrio tra stabilità del regolamento negoziale ed effettività della tutela

Le finalità acceleratorie perseguite dalle norme sostanziali sinora rapidamente evidenziate trovano un riscontro, sebbene nel merito discutibile, anche in alcune previsioni di carattere processuale.

Quella più significativa consiste nel c. 3 dell'art. 4 del d.l. n. 76, in cui si prevede che per gli «appalti soprasoglia Covid»³⁴ la tutela fruibile da un eventuale ricorrente vittorioso sia solo di tipo risarcitorio, analogamente a quanto già previsto dall'art. 125, c. 3, c.p.a. a tutela della celere esecuzione degli appalti nel settore delle infrastrutture strategiche.

Questa previsione, per quanto circoscritta sul piano oggettivo e cronologico (per effetto al richiamo al c. 3 dell'art. 2 del d.l.), ha suscitato in buona parte della dottrina una levata di scudi³⁵.

Prima di riferire sugli argomenti di teoria generale spesi dai detrattori della riforma occorre puntualizzare un dato banale che tuttavia, proprio per la sua semplicità, rischia non affiorare nel dibattito. Il regime di non annullabilità in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione (e conseguente non caducabilità del contratto) presuppone, ovviamente, che un contratto vi sia, il che però non è affatto scontato, basti pensare in proposito all'ipotesi di una sospensiva disposta in sede cautelare.

Non solo: non pare difficile immaginare che presso i giudici amministrativi maturi una maggiore propensione all'accoglimento delle domande cautelari³⁶ in ragione di un duplice elemento: la consapevolezza della successiva intangibilità del contratto (in caso di diniego di sospensiva); e l'impossibilità per le stazioni appaltanti (sancita dalla novellata versione del c. 8 dell'art. 32 del codice) di astenersi dalla stipula “nell’attesa” della pronuncia di merito pur non preceduta dal provvedimento di sospensiva.

Semmai, in un’ottica di sistema, merita di essere avanzato qualche

³⁴ Il riferimento concerne, più precisamente, gli appalti di cui al c. 3 dell'art. 2 del d.l., ossia quelli affidati con procedura ex art. 63 del codice dei contratti pubblici.

³⁵ G. Corso, F. Francario, G. Greco, M.A. Sandulli e A. Travi, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il Foglio*, 8 aprile 2020. L'opinione favorevole a tale tipo di riforma era stata invece espressa, in precedenza, da G. Della Cananea, M. Dugato, A. Police e M. Renna, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 2 aprile 2020.

³⁶ La fondatezza di tale lettura pare confermata da un'autorevole opinione proveniente dai ranghi della giurisprudenza amministrativa: cfr. M. Lipari, *Il rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76. I limiti all'inefficacia del contratto. La pronuncia cautelare e la definizione immediata del merito. L'accelerazione della pubblicazione della sentenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 22 ottobre 2020, 13.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

dubbio sul fronte della persistente strumentalità della tutela cautelare in un (temporaneo) regime di non caducabilità del contratto: è chiaro, infatti, che sospendere in sede cautelare gli effetti di un'aggiudicazione senza poter in sede di merito caducare il contratto (che di tale aggiudicazione rappresenta il naturale svolgimento) significa, di fatto, assistere all'indebolimento del carattere della strumentalità che, quantomeno secondo l'insegnamento tradizionale, dovrebbe informare di sé i rapporti tra tutela cautelare e tutela di merito³⁷.

A ogni modo, accantonando i temi del rapporto tra fase cautelare e merito, nonché quello più pratico dei non sconfinati ambiti di applicazione della regola in esame, occorre confrontarsi con i problemi di teoria generale che ad essa inesorabilmente si accompagnano.

In tutta onestà bisogna riconoscere che le fattispecie di non fruibilità della tutela costitutiva (o, se si preferisce, di fruibilità della sola tutela per equivalente) sono già disseminate nel sistema. Oltre alla già menzionata disciplina sulle infrastrutture strategiche, si pensi al caso del lavoratore privato illegittimamente licenziato, che, in base alla versione vigente dello Statuto dei lavoratori, non può ambire alla reintegra. Il caso più eclatante, tuttavia, è quello della non annullabilità delle sanzioni disciplinari sportive da parte del giudice amministrativo, sulla cui legittimità costituzionale la Consulta è stata puntualmente interpellata³⁸. La Corte ha fatto salvo il regime di inaccessibilità della tutela costitutiva, sulla scorta di un apparato argomentativo imperniato su un duplice elemento: il carattere sezionale dell'ordinamento sportivo e, più in generale, la non incostituzionalità di previsioni che, in determinati e circoscritti ambiti, limitassero la tutela fruibile a quella di tipo risarcitorio³⁹. Evidentemente non è il (pur indubbio) carattere autonomo

³⁷ Si tratta, come noto, di un'annosa questione, che tradizionalmente si è posta in relazione al progressivo ampliamento di tutela nei riguardi degli interessi legittimi pretensivi. Si vedano, per tutti, A. Travi, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss.; R. Villata, *La Corte costituzionale ferma bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794 ss.

³⁸ Dapprima con la sentenza 11 febbraio 2011, n. 49, annotata criticamente da F.G. Scoca, *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore*, in *Corr. giur.*, 2011, 1543 ss., e successivamente, in modo ancor più netto, con la sentenza 25 giugno 2019, n. 160.

³⁹ La Corte, per dirimere la questione sottoposta dai giudici del rinvio, avrebbe potuto "comodamente" far salva la norma scrutinata invocando la teoria della pluralità degli ordinamenti, enfatizzando cioè il carattere sezionale dell'ordinamento sportivo quale elemento idoneo a giustificare l'opzione in favore di una tutela (avverso le sanzioni non tecniche) di natura esclusivamente riparatoria. La Consulta, tuttavia, sceglie di non confinare il proprio ragionamento in questi angusti binari, affrontando il tema sottoposto al suo scrutinio in una

dell'ordinamento sportivo a rappresentare, in questa sede, uno spunto utile per coltivare un'analisi critica del temporaneo regime di non caducabilità dei “contratti Covid” ex art. 2, c. 3, d.l. n. 76.

Il problema deve essere, piuttosto, esaminato innanzitutto nel suo rapporto con i principi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale e con quelli europei sanciti dalla c.d. direttiva ricorsi, nonché in un'ottica di considerazione più generale dei rapporti tra tutela cautelare e tutela di merito.

Sul piano costituzionale il problema principale sembra rappresentato dall'art. 113 della Carta costituzionale, in forza del quale compete al legislatore individuare «quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»⁴⁰. La norma si presta a diverse letture. Quella che potremmo definire “riduzionista” intravede in essa una mera riserva di legge: il contenuto prescrittivo, in quest'ottica, sarebbe quello che impone la predeterminazione legislativa degli organi giurisdizionali titolari del potere di annullamento, nonché i relativi casi ed effetti dell'esercizio di tale potere. In quest'ottica non vi sarebbe ostacolo anche ad una “non scelta” da parte del legislatore, ossia all'opzione in favore di zone di non annullabilità⁴¹, purché ovviamente bilanciate da forme di tutela idonee al raggiungimento dell'obiettivo dell'effettività (da intendersi, evidentemente, come non per forza ancorato alla disponibilità di rimedi costitutivi).

A questo tipo di argomentazione non si può non riconoscere una indubbia eleganza. Cionondimeno essa sconta una tangibile prospettiva atomistica, che sottostima la comune intelaiatura valoriale che collega l'art. 113 all'art. 24 della Carta Costituzionale. Risulta, in altre parole, difficile accettare l'idea che l'effettività della tutela non sia ontologicamente e strutturalmente destinata ad esprimersi attraverso l'erogazione di una tutela costitutiva, e che quest'ultima possa trovare nella tutela risarcitoria solo un percorso da intraprendere in via sussidiaria, perfino laddove si tratti di risarcimento in forma specifica⁴². Per queste ragioni non convincono le pur raffinate teorie

prospettiva più generale, ossia non del tutto incentrata sui (pur innegabili) tratti di autonomia dell'ordinamento sportivo. Il punto centrale, soprattutto nella più recente sentenza del 2019, risiede nell'idea secondo cui non vi sono ragioni per ritenere che l'ordinamento costituzionale assegni alla tutela risarcitoria una strutturale e insuperabile connotazione ancillare.

⁴⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a G. Tropea, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 129 ss.

⁴¹ D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385.

⁴² Cfr., per tutti, R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss., spec. 291-293.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

volte a preservare la legittimità costituzionale l'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 facendo leva sulla fruibilità della tutela risarcitoria⁴³ (peraltro nel caso di specie difficilmente prospettabile per presumibili problemi di rintracciabilità del danno causato dal vizio formale). Peraltro, se si va a guardare il dibattito forse più importante sul tema, relativo alla questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, si nota che il compromesso raggiunto con l'art. 30, c. 3, c.p.a. riflette una persistente attenzione del legislatore per la tutela della legalità e per le peculiarità dell'interesse legittimo⁴⁴, come affermato anche da C. cost. 4 maggio 2017, n. 94 in tema di termini per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma⁴⁵. Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte ribadito tale centralità, ad esempio con la nota ad. plen. 13 aprile 2015, n. 4, con la quale non ha ritenuto possibile, sia pure per indubbie esigenze di equità e giustizia sostanziale, sostituire officiosamente la tutela di annullamento con quella risarcitoria⁴⁶.

Forse anche in questo caso, peraltro, la tensione teorica appena evidenziata può essere sdrammatizzata.

Viene da pensare alla distinzione⁴⁷ tra Stato *reattivo*, ove il processo è visto come strumento di risoluzione dei conflitti, e Stato *attivo*, che vede invece il processo come strumento di attuazione di scelte politiche. Evidentemente la disposizione che qui si considera, assieme alla sua matrice rappresentata dall'art. 125, c. 3, c.p.a., riflette uno scenario da Stato *attivo*. E tuttavia, vi è da notare che nel c.p.a. sono presenti disposizioni legate a un'idea di processo come attuazione di scelte politiche, sia pure in una cornice generale, anche di principi, che ne ribadisce la natura di processo di parti, e non di giurisdizione oggettiva⁴⁸. Peraltro, si consideri che il giudice amministrativo, anche al di fuori dell'ipotesi specifica delle

⁴³ L. Ferrara, *La partecipazione tra 'illegittimità' e 'illegalità'. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 105.

⁴⁴ Talora argomentato in giurisprudenza attraverso il richiamo a categorie o argomenti piuttosto perplessi, come l'abuso del processo. Si v. sul punto, se si vuole, G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 569 ss.

⁴⁵ Sul punto v. F. Cortese, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza*, nota a C. cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 662 ss.

⁴⁶ Sulla sentenza del Cons. St., ad. plen. n. 4/2015 si v., tra i tanti, il commento di D. Turroni, *Justice delayed is (not) justice denied. L'annullamento dell'atto non è «variabile dipendente» dalla durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 183 ss.

⁴⁷ Presente nella nota opera di M. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, il Mulino, 2002.

⁴⁸ A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. Pellegrino e A. Sterpa, Roma, Carocci Editore, 2014.

infrastrutture strategiche, per ragioni imperative connesse a un interesse generale può da tempo già statuire la persistente efficacia del contratto anche in presenza di gravi violazioni (art. 121, c. 2, c.p.a.), esigenze da considerare anche nella sede cautelare (art. 120, c. 8-ter, c.p.a.). Non è un caso che tali disposizioni abbiano fatto parlare taluni di giurisdizione di merito innominata⁴⁹.

Per questa via si perviene a un'ultima considerazione di fondo sulla riforma relativa alla tutela risarcitoria.

Il regime di non caducazione non riguarda le ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione derivi dalla riscontrata presenza, nella procedura di gara, di una o più gravi violazioni. Il c. 3 dell'art. 125 c.p.a., infatti, prevede che per le controversie in materia di infrastrutture strategiche la regola della non caducazione operi «ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123». Pertanto per una significativa serie di fattispecie la nuova (e transitoria) regola della non caducazione non opera, e dunque risultano privi di senso i timori in termini di coerenza della regola con il sistema di tutele predisposto dal diritto dell'UE. Quanto poi alle violazioni non gravi, per queste ultime la discrezionalità del giudice nel disporre la possibile conservazione del contratto è ancora più ampia: l'art. 122 c.p.a., infatti, si limita a prevedere, senza particolari condizioni, che il giudice dell'annullamento stabilisca se dichiarare inefficace il contratto, esercitando una discrezionalità che da un lato, per ineludibili esigenze di coerenza del sistema, non può ritenersi in termini generali preclusa al titolare del potere legislativo, soprattutto a fronte di contingenze eccezionali come quelle odierne, dall'altro finisce comunque per assorbire le ipotesi di cui all'art. 125, c. 3, c.p.a.⁵⁰ Semmai, anche in questo senso, la temporanea riforma apportata dal d.l. semplificazioni potrebbe essere considerata inutile, in quanto destinata ad essere riassorbita nei poteri di modulazione degli effetti del contratto assegnati al giudice amministrativo dall'art. 122 c.p.a. Stesso rilievo può essere svolto per gli appalti di cui all'art. 2 d.l. semplificazione, per i quali il rinvio è all'intero art. 125 c.p.a.: anche in tal caso, quanto alle peculiarità della tutela cautelare, esiste già la disposizione di cui all'art. 120, c. 8-ter, c.p.a.

⁴⁹ Sul punto sia ancora consentito il rinvio a G. Tropea, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 ss.

⁵⁰ Un simile ragionamento è in M. Lipari, *Il rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76. I limiti all'inefficacia del contratto. La pronuncia cautelare e la definizione immediata del merito. L'accelerazione della pubblicazione della sentenza*, cit., § 7.

6. Brevi cenni all'istituto del collegio consultivo tecnico

Non è solo alla tutela giurisdizionale in senso stretto che il d.l. n. 76 dedica attenzione. Tra gli istituti più controversi, sebbene non connotato da autentica innovatività, vi è quello del collegio consultivo tecnico (art. 6). Ad aver per la prima volta introdotto l'istituto è stato l'art. 207, d.lgs. n. 50/2016, ispirato all'intento di fornire uno strumento di assistenza alle parti del contratto nella rapida soluzione delle questioni insorte in corso dell'esecuzione dei lavori. L'istituto, tuttavia, è stato poi abrogato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, noto come correttivo al codice, e poi sorprendentemente reintrodotta dal d.l. n. 32/2019 (d.l. sblocca-cantieri), sia pure in una versione alquanto distante da quella che oggi caratterizza l'istituto appena entrato in vigore.

Nell'ottica del d.l. sblocca-cantieri l'entrata in vigore del futuro regolamento attuativo al codice avrebbe rappresentato lo snodo cruciale in termini di effettività dell'istituto, al quale peraltro il d.l. n. 32/2019 conferiva una connotazione solo facoltativa. Con il d.l. semplificazioni, invece, la fisionomia dell'istituto cambia radicalmente. In primo luogo ne viene sancita l'immediata operatività, il che – come si avrà modo di riferire – dischiude enormi problemi per le stazioni appaltanti, già gravate dalla necessità di gestire le procedure di acquisto con i nuovi ritmi e le nuove regole dettate dalla disciplina del 2020.

Ma soprattutto, il collegio oggi si presenta come un istituto dalla triplice identità. Si può affermare, sia pure al prezzo di una certa stilizzazione, che i Collegi consultivi tecnici (CCT) sono tre: quello obbligatorio, deputato a rendere pareri e risolvere controversie e dispute tecniche nel settore dei lavori soprasoglia (c. 1, 2, 3); quello facoltativo, avente le stesse funzioni ma destinato ad operare, sempre nel settore dei lavori, nel sottosoglia (c. 4); quello altrettanto facoltativo, ma deputato ad assistere la stazione appaltante nella fase di aggiudicazione dei lavori indipendentemente dall'importo degli stessi (c. 5).

Su questa ultima versione, quella di un CCT a carattere consultivo in sede di gara, le perplessità sono relative per lo più alla perimetrazione delle competenze e agli annessi rischi di dilatazione (anziché concentrazione) delle tempistiche di gara. È chiaro, infatti, che questa funzione *latu sensu* assistenziale rischia di sovrapporsi con le prerogative del RUP e, ove istituito, del seggio di gara, con prevedibili scenari di dissenso, ad esempio nella delicata fase del soccorso istruttorio o della verifica di anomalia, difficili da gestire. Ciò innanzitutto a causa del “doppio binario decisionale” che inevitabilmente verrebbe a crearsi, senza che la norma fornisca precise indicazioni per gestire eventuali casi di totale o parziale dissenso tra organi interni alla

stazione appaltante e CCT. A ciò si aggiunge una, forse deliberata, marginalizzazione di ANAC nella sua veste di autrice di pareri di precontenzioso, della cui scarsa tempestività le stazioni appaltanti e gli operatori sono stati, purtroppo, ampiamente testimoni.

Impregiudicato quanto precede, occorre comunque riconoscere che i maggiori dubbi e le maggiori difficoltà applicative⁵¹ riguardano le altre due “versioni” del CCT., ossia quelle deputate alla soluzione di controversie e dispute tecniche.

Per ovvie ragioni di sintesi conviene concentrarsi sulla versione obbligatoria, posto che le stesse criticità si ravvisano anche rispetto a quella facoltativa (di cui infatti è facile pronosticare uno scarso successo).

Le prime difficoltà che le stazioni appaltanti si trovano a dover fronteggiare, rispetto a questo istituto, sono relative alla tempistica di costituzione dell’organo e alla modalità di individuazione dei componenti dello stesso. Quanto alla prima, si prevede che il collegio sia costituito per i contratti la cui esecuzione abbia avuto avvio successivamente all’entrata in vigore del decreto (indipendentemente dalla eventuale sospensione disposta dalle stazioni appaltanti a causa delle circostanze connesse al Covid-19), mentre per i contratti la cui esecuzione abbia avuto avvio successivamente il collegio deve essere nominato entro trenta giorni dall’entrata in vigore del decreto medesimo.

Si tratta, evidentemente, di una tempistica molto ambiziosa, soprattutto in ragione del fatto che nessuna indicazione viene fornita dal legislatore circa le modalità operative di individuazione dei membri del collegio (eccezion fatta per le previsioni inerenti i requisiti di professionalità).

Gli scenari possibili sono numerosi. In astratto tra essi vi è anche quello dell’affidamento diretto dell’incarico, che tuttavia risulta quantomeno poco opportuno, sia perché la partecipazione al collegio non è gratuita sia in ragione della legittima ambizione delle stazioni appaltanti ad individuare i soggetti maggiormente competenti rispetto alle specifiche problematiche insite in ciascuna fattispecie. Certamente preferibile risulta la predisposizione di un percorso volto ad attivare un minimo di comparazione tra i potenziali membri, il che a sua volta sembrerebbe presupporre la costituzione di un albo, previa emanazione di un regolamento interno, che tenga in debito conto anche i profili del rispetto della rotazione al momento della nomina. In estrema sintesi: il CCT implica un notevole sforzo di organizzazione e autoregolamentazione che configge con il carattere transitorio dell’istituto

⁵¹ Sulle quali, per un commento a prima lettura, v. S.Valaguzza, *Collegio consultivo tecnico: rischia il flop, urge restyling in sede di conversione*, in www.studiovalaguzza.it, 28 luglio 2020.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

stesso, che – nella sua versione obbligatoria – è destinato ad operare solo fino al 31 dicembre 2021.

Non è solo il momento costitutivo dell'organo a suscitare dubbi: questi ultimi sussistono anche, se non soprattutto, con riguardo alle modalità di funzionamento e al valore giuridico delle decisioni assunte.

Quanto alle prime, la regola imposta è quella della decisione a maggioranza. Non è difficile comprendere che la scelta del legislatore sia stata ispirata dalla volontà di scongiurare difficili situazioni di stallo. Cionondimeno la decisione a maggioranza pone problemi sia di imparzialità della decisione che di “accettabilità” della stessa da parte del committente pubblico.

Sotto il primo profilo occorre premettere che l'articolo in commento dispone, per l'ipotesi in cui i due componenti nominati dalle parti non si accordino sulla nomina del Presidente, che quest'ultimo venga nominato dal MIT (per le opere di interesse nazionale) o dalle Regioni o dalle Città metropolitane, non già del Presidente del tribunale come si verifica per gli arbitrati *ex art. 809 c.p.c.*⁵² In questo scenario è, dunque, possibile che la decisione del collegio venga assunta con l'assenso di soli “componenti pubblici”, a discapito dell'imparzialità dell'organo. Ma il rischio che si profila può, in qualche modo, essere anche di segno opposto. Nel caso in cui la nomina del Presidente avvenga con modalità “ordinarie” è possibile che il componente di nomina pubblica sia posto in minoranza, e che dunque la decisione del collegio debba essere attuata dal committente nonostante il diverso avviso del componente di propria nomina. In questa ipotesi, ma in generale ogniqualvolta venga interpellato il collegio, a farne le spese saranno, ovviamente, le prerogative di una serie di organi attivi anche in fase di esecuzione, ad esempio il direttore dell'esecuzione, che rischia di vedere il proprio ruolo marginalizzato dall'operatività, sia pure transitoria, del nuovo organo collegiale.

Tuttavia, l'aspetto ancor più delicato rispetto a quelli finora evocati, riguarda il valore delle determinazioni del CCT. Queste ultime equivalgono a lodi contrattuali *ex art. 808-ter c.p.c.*, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti. Queste ultime, quindi, potrebbero stabilire di assegnare alle determinazioni del CCT un valore sostanzialmente non vincolante, e dunque destinato ad esprimere la propria

⁵² È noto, peraltro, che il Presidente del collegio arbitrale in materia di contratti pubblici viene nominato, ai sensi dell'art. 209 del codice dei contratti pubblici, è nominato dalla Camera arbitrale, anche fuori dai casi di mancato accordo fra le parti. Si tratta di una scelta legislativa di retroguardia, non priva di connotati di incostituzionalità. Cfr. sul punto A. Giannelli, *L'arbitrato in materia di contratti pubblici*, in *L'arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi e A. Graziosi, Milano, Giuffrè, 2020, 704.

funzione solo in sede di istruttoria. Anche in questo caso, tuttavia, il legislatore non fornisce indicazioni sufficienti. Nulla si dice, ad esempio, sulla tempistica di questa eventuale manifestazione di volontà, che in ogni caso si deve presumere anteriore all'espressione della determinazione. Neppure, peraltro, risulta chiarito il tema del carattere necessariamente concorde di tale manifestazione di volontà: non è escluso, in base alla lettera della legge, che una sola delle parti possa scegliere di "depotenziare" la forza della determinazione del CCT, soprattutto nell'ipotesi in cui la nomina del Presidente sia stata compiuta dal MIT o dalla Regione o dalla CM.

Inoltre, resta oscuro il paradigma motivazionale che possa in concreto sorreggere una scelta di questo tipo. Se, infatti, il legislatore interpreta il CCT come un istituto in grado di velocizzare la soluzione delle controversie e di contenere il contenzioso, è difficile immaginare quali possano essere le ragioni sulla scorta delle quali le parti (o una tra esse) possano in sostanza fondare la scelta di derubricare il ruolo del CCT a quello di un mero organo deputato ad emanare pareri privi di vincolatività. Il tutto, peraltro, in un contesto di sottile contraddizione con l'obbligatorietà dell'istituto, intesa come obbligatoria nomina del collegio. È difficile, in concreto, attribuire coerenza ad una iniziativa legislativa che da un lato grava le stazioni appaltanti di impegnativi compiti organizzativi e dall'altro agilmente consente alle parti di svuotare in modo radicale le (presunte) potenzialità dell'organo collegiale di nuova istituzione.

Del tutto inesplorato, da parte del legislatore, resta poi il fronte delle perimetrazioni di competenza rispetto ad altri istituti. Il riferimento non è solo al RUP e al direttore dell'esecuzione, cui si è già fatto cenno, ma anche e soprattutto all'accordo bonario, formalmente interessato dalla riforma in analisi. Sembra davvero difficile ipotizzare quali ambiti di operatività residuino in capo a questo istituto, stante il carattere obbligatorio del CCT e l'analogo carattere negoziale del "risultato" dell'attività dei due istituti⁵³.

Un ultimo cenno, infine, merita di essere riservato anche ai rischi insiti nei possibili contenuti del lodo emanato dal CCT. Non è arduo ipotizzare che quest'ultimo, investito della risoluzione di controversie e dispute tecniche e chiamato a pronunciarsi con l'emanazione di un atto avente

⁵³ Ai sensi dell'art. 205, c. 6, del codice dei contratti pubblici l'accordo bonario ha natura di transazione. Così era anche nel vecchio art. 240, c. 18, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, su cui v. G. Tropea, *Transazione e accordo bonario*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. Saitta, e-book, Milano, 2016, 2240. Il tema della transazione suscita il persistente interesse della dottrina. Si v., da ultimo, A. Cassatella, *La transazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, il quale fra l'altro riconduce la transazione amministrativa alla famiglia delle a.d.r. e la ritiene praticabile anche nei rapporti pubblicistici.

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

valore negoziale, di fatto ponga in essere iniziative di carattere rinegoziativo. Si dischiude, pertanto, l'ulteriore problema del rispetto dei limiti di apponibilità delle modifiche in fase di esecuzione, limiti che trovano la loro disciplina nell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, al netto del carattere non particolarmente stringente dell'articolo in questione. Ecco che, allora, occorre porsi anche il problema della tutela dei terzi avverso il lodo in questione, tutela che però risulta fortemente sacrificata dalla tassativa indicazione, ad opera dell'art. 808 *ter* c.p.c., dei motivi di impugnabilità dei lodi irrituali.

7. Conclusioni

Le riflessioni sinora condotte hanno preso avvio dalla constatata molteplicità di anime del d.l. n. 76, che introduce sia norme destinate ad operare a regime che norme transitorie. Rispetto a queste ultime, su cui gran parte della analisi qui svolta si è soffermata, il dubbio che si profila riguarda proprio la genuina natura delle stesse, ossia l'alternativa tra una loro attitudine veramente emergenziale o una più celata finalità di "laboratorio". Non sarebbe il primo caso, in realtà, in cui l'emergenza offre al legislatore l'opportunità di realizzare autentici "esperimenti" aventi ad oggetto l'attitudine di determinate soluzioni normative a risolvere problemi non necessariamente inediti e urgenti.

Nel caso di specie l'interrogativo sopra evocato appare di plastica evidenza. Rispetto ad esso l'atteggiamento più comodo potrebbe essere quello del giurista disincantato che lamenta l'involgarimento dei processi decisionali in sede normativa e la scarsa qualità redazionale dei testi che ne scaturiscono. Ma si tratterebbe di una scappatoia troppo comoda. Più impegnativo, ma al contempo forse più produttivo, può essere il percorso che porta ad esaminare le riforme con un approccio privo di resistenze culturali al cambiamento in quanto tale o, quantomeno, disposto a fronteggiarne le sfide.

In questa prospettiva occorre allora riconoscere nel d.l. n. 76 un intento, più che di semplificazione, di accentuata velocizzazione. Si potrebbe a ciò obiettare, o comunque replicare, che i due obiettivi siano naturalmente destinati a convergere. Il che, tuttavia, rappresenta una possibilità, non certo una certezza. Resta da chiedersi, dunque, se questa possibilità si sia realizzata, o, in alternativa, quali siano gli elementi necessari affinché si concretizzi.

Il punto di partenza per questa valutazione può essere rappresentato dalle norme dedicate alla tempistica di conclusione delle gare: è chiaro che esse mirano in prima battuta alla velocizzazione, che però può essere un

obiettivo praticabile solo laddove le procedure da concludere con celerità siano davvero semplici. Su questo fronte il d.l. n. 76 non si dimostra all'altezza della sfida, poiché consegna all'interprete un quadro di regole che o non divergono sostanzialmente dall'assetto ordinario (si pensi alla disciplina del soprasoglia *ex c.* 3 dell'art. 2 del d.l. n. 76) o optano per un regime di sospensione del codice che, come evidenziato, si traduce in un enorme fattore di moltiplicazione dell'incertezza (e non della mera discrezionalità, come talvolta impropriamente si afferma).

Qualcosa di più ci si poteva attendere, ad esempio, in tema di regolamentazione di frangenti delicati della procedura: la verifica sulla adeguatezza delle giustificazioni di anomalia; lo standard di valutazione del rispetto della clausola sociale (per effetto del d.l. estesa obbligatoriamente anche all'area del sottosoglia); la ridefinizione, in un'ottica europeisticamente compatibile, degli istituti del subappalto e dell'avvalimento (su cui pure resta pendente una procedura di infrazione relativa al nostrano divieto di avvalimento a cascata).

La sensazione che continua ad albergare presso interpreti ed operatori è che i veri protagonisti dei processi di semplificazione continuino a collocarsi al di fuori delle aule parlamentari, e che segnatamente consistano nelle stazioni appaltanti, nell'Autorità nazionale anticorruzione e negli organi di giustizia.

Quanto alle prime, è circostanza nota come esse da anni si siano incamminate lungo percorsi di autoregolamentazione che in buona parte hanno non solo colmato le lacune del codice, ma spesso hanno regalato ai singoli istituti peculiari tratti di funzionalità ed efficienza. Si pensi ai già menzionati regolamenti dedicati agli acquisti sottosoglia, che hanno garantito standard di competizione e rapidità che la norma codicistica di per sé non sarebbe stata in grado di assicurare al sistema. Non solo, ad essere considerate favorevolmente devono essere anche una serie di iniziative, scaturite proprio dall'inventiva della dirigenza, volte a contrarre, anche prima degli input derivanti dal d.l., le tempistiche di gara mediante l'accorpamento tra la seduta di apertura della documentazione amministrativa e quella di apertura dell'offerta tecnica (facendo salva, ovviamente, l'ammissione con riserva degli operatori per i quali si palesasse l'esigenza di attivare il soccorso istruttorio). Esperimento, quest'ultimo, che ricorda l'inversione procedimentale oggetto di proroga da parte del d.l., ma che al tempo stesso se ne emancipa (potendo dunque essere praticato anche oltre lo spirare della suddetta proroga) nella misura in cui non implica la formazione della graduatoria prima della conclusione della attività di verifica sul possesso dei requisiti. Il discorso potrebbe proseguire, ad esempio coinvolgendo l'ambiguo principio

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici

di rotazione⁵⁴, oggi declinato (per effetto del d.l. n. 76) in una inedita veste territoriale, rispetto al quale ancora una volta le stazioni appaltanti per lo più gestiscono il problema essendosi autovincolate ad invitare tutti i fornitori presenti nel proprio elenco (prevenendo difficili e potenzialmente arbitrarie valutazioni in termini di prossimità logistica degli operatori da invitare).

Anche da ANAC potrebbe giungere un importante contributo alla tanto agognata semplificazione. Al di là del ridimensionamento che il d.l. sblocca-cantieri ha impresso al ruolo regolatorio dell'autorità, probabilmente imputandole una certa inclinazione al *gold plating*, occorre ribadire come i compiti della stessa siano cruciali anche ai fini della semplificazione dei processi decisionali che competono alla stazione appaltante in corso di procedura. Il riferimento concerne, ad esempio, il delicato profilo della tenuta del casellario delle imprese, nel quale spesso figurano annotazioni di dubbia pertinenza ai fini della affidabilità degli operatori economici, con inevitabili conseguenze in termini di ambiti di incertezza in capo alle stazioni appaltanti obbligate a valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione inerenti l'ampia nozione di grave illecito professionale.

Infine, un ultimo cenno deve essere riservato alla giurisdizione, che, dopo il rafforzamento della nomofilachia derivante dall'entrata in vigore del c.p.a., ha consegnato agli interpreti un materiale interpretativo non sempre stabile, né del tutto "pacificato" rispetto alla giurisprudenza delle alte corti nazionali ed europee⁵⁵. Peraltro, il d.l. semplificazioni, accentuando il ruolo della tutela cautelare, anche per effetto della transitoria e limitata non caducabilità del contratto in sede di merito, oggi impegna la giurisdizione amministrativa ad un sindacato accelerato "al quadrato", che sappia coniugare la celerità della decisione con la profondità del sindacato, la delicatezza degli interessi in gioco, e la chiarezza delle prescrizioni rivolte alle stazioni appaltanti. Un rinnovato, e ulteriormente accentuato, ruolo di giudice "Ercole", riprendendo la nota immagine dworkiniana, che non basterà per vincere l'ancora aperta partita della effettiva semplificazione nel settore⁵⁶.

⁵⁴ Sul quale si v., da ultimo, M. Terrei, *Sulla rotazione ovvero alla difficile ricerca di un equilibrio tra concorrenza e favor participationis*, in *Urb. app.*, 2020, 618 ss.

⁵⁵ Sui persistenti problemi del dialogo fra corti, che spesso diviene scontro, anche con riguardo alle tematiche sostanziali e processuali in materia di contratti pubblici, si v., se si vuole, G. Tropea, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1244 ss.

⁵⁶ Senza considerare i disincentivi all'azione derivanti dalla presenza di un'elevata schiera di "principali" (giudice contabile, penale, amministrativo), muniti di incisivi poteri di critica sull'operazione negoziale. Cfr. sul punto M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.

Abstract

The recent Law Decree knowns as “semplificazioni” is placed, in matter of public procurement, in line of continuity with its predecessor, the so called Law Decree “sbloccacantieri”. In spite of this, many queries still remain between interpreters and practisers, not only with regard to the scope of individual rules, but also with reference to the conflict between the Italian and the European law, about specific rules dictated by the 2014 directives. With regard to the judicial review, the goals of speeding up the settlement of trials are pursued either by specific alternative dispute resolutios or by temporary, but still disruptive, options in favour of compensation for damages instead of the cancellation of the procedure.

SAGGI

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA

SEMPLIFICAZIONE E SOSTITUZIONE DALLA LEGGE “MADIA” AL DECRETO LEGGE N. 76/2020. IL RUOLO DELL’AMMINISTRAZIONE NELLE POLITICHE DI SVILUPPO ECONOMICO E SOCIALE

SOMMARIO: 1. La questione del peso del diritto amministrativo nell’economia. Cenni. – 2. La semplificazione continua, strumento efficace per la crescita economica? L’art. 4, l. n. 124/2015 tra meccanismi acceleratori e sostitutivi – 3. Il d.P.R. n. 194/2016: prospettive di cambiamento e fotografia dello stato attuale dell’amministrazione. – 4. Criticità del modello e difficoltà attuative tra cause proprie e di sistema. – 5. Conclusioni.

1. La questione del peso del diritto amministrativo nell’economia. Cenni

Il ruolo dell’amministrazione nell’economia è tema cruciale nella riflessione giuridica e costantemente al centro dell’agenda politica dei governi da tempo. Nella gestione della normalità, come in quella dell’emergenza, sono le misure di semplificazione¹, le norme in tema di contratti pubblici, le disposizioni del processo amministrativo ad essere oggetto di rivisitazioni, compiute o solo annunciate. Non sorprende che per far fronte alla crisi che il Paese attraversa anche a causa della pandemia siano state adottate «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale»². Ed infatti, mentre le misure per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale, in particolare le norme per lo sviluppo dei sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni e l’utilizzo del digitale nell’azione amministrativa costitu-

¹ A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, n. 5, 10; M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss.

² Il riferimento è al d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, su cui E. Carloni, *Le nuove tecnologie al servizio delle amministrazioni pubbliche*, in *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione?*, Annuario AIPDA, 2019, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 30.

iscono una risposta concreta, almeno in astratto, alla domanda di certezza e celerità del processo decisionale, la stragrande maggioranza delle misure riguarda, ancora una volta e come si avrà modo di sottolineare più avanti, il settore degli interventi infrastrutturali, quello dei contratti pubblici, il procedimento amministrativo.

Come se lo sviluppo economico e la capacità attrattiva del sistema Paese fossero frenati dall'amministrazione, dalla sua organizzazione e dalla sua azione, ciò che si riscontra ciclicamente da una ricostruzione dei termini del rapporto piuttosto diffusa che tradisce però, come è stato sottolineato³, un deficit culturale. Riflettono appieno questa impostazione le proposte di riforma presentate attraverso il piano «Iniziative per il rilancio» (pubblicato il 10 giugno 2020) elaborato dal comitato di esperti in materia economica e sociale⁴: anche se definita garante dell'equilibrio tra la sfera sociale e quella economica, abilitatore imprescindibile di ogni trasformazione del Paese, la pubblica amministrazione viene vista come controllore «quando non ostacolo»⁵, che va trasformata in alleato per cittadini e imprese. Al contrario, lo sviluppo economico e sociale è traguardo che può raggiungersi non necessariamente attraverso la riduzione della sfera pubblica, il ridimensionamento del potere. Di certo, il ruolo, o il posto del diritto amministrativo⁶ va studiato attraverso tutte le possibili e più moderne forme di azione⁷, poiché soltanto quelle tradizionali non rispondono sempre in maniera adeguata alla velocità del cambiamento del tessuto socio-economico⁸. Una buona amministra-

³ A. Police, *Vincoli culturali e sviluppo economico: opportunità collettive e garanzie delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Patrimonio culturale, modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, a cura di F. Astone, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 37.

⁴ Istituito con d.P.C. del 10 aprile 2020.

⁵ F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357 ss.

⁶ S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2019, 1 ss., per la ricostruzione delle voci critiche che intestano alla p.a. la non sufficiente competitività, in senso lato, del paese e per la analisi delle cause reali di disfunzione che ingenerano la convinzione secondo cui il diritto amministrativo rappresenterebbe un limite alla crescita economica.

⁷ V. Cerulli Irelli, *La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *federalismi.it*, editoriale del 4 novembre 2020, sottolinea come quando la questione amministrativa diventa centrale per il funzionamento complessivo del suo sistema di governo oggetto di studio debba essere «non tanto il diritto amministrativo che c'è... ma il diritto amministrativo che serve, ... modificando ove necessario i suoi istituti, i suoi limiti, le sue regole...».

⁸ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, Cacucci, 2014; *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, Firenze, Firenze University Press, 2016, per le interessanti osservazioni sul dialogo tra scienza e diritto, per l'ingresso di nuovi interessi e i loro transito dalla sfera civilistica a quella pubblicistica, l'affinamento di tecniche e strumenti di regolazione e tutela di settori come la concorrenza, l'ambiente, il processo di entificazione;

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

zione è infatti, o dovrebbe essere, un fattore indispensabile di prosperità economica⁹ e di benessere sociale (il che comporta, come logico corollario, che il diritto che studia l'amministrazione debba aprirsi agli apporti di altre discipline)¹⁰. È dunque innegabile il valore ordinamentale e decisivo della dimensione economica del diritto amministrativo, non fosse altro – come ha rilevato il Consiglio di Stato¹¹ – per l'incidenza sulla libertà di iniziativa economica privata dei costi prodotti dai tempi dell'azione amministrativa. E questo spiega, almeno in parte, quanto si è avuto modo di rilevare in apertura in ordine alla centralità della questione semplificazione, della riduzione (per la verità non solo in chiave di semplificazione, piuttosto di liberalizzazione)¹² del numero di attività sottoposte al regime del c.d. previo atto amministrativo¹³. Ma obiettivi strategici come lo sviluppo, la coesione sociale¹⁴ necessitano di un elevato grado di interdipendenza di funzioni, di competenze, dunque di soggetti, di risorse¹⁵. Tale da richiedere, dosandola semmai, la presenza del pubblico, non la sua demonizzazione¹⁶.

L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, Mondadori, 2020, sulla necessità di investigare la complessità dei problemi che ruotano intorno allo stato attraverso il metodo interdisciplinare.

⁹ G. Corso, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.; M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, *Dir. econ.*, 2014, 189 ss.; L. Giani, *Per il rapporto tra potere politico ed economia, Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002.

¹⁰ Così M. D'Alberty, *Metodo e metodi di studio dell'amministrazione pubblica*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2016, 43; M. Clarich, *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

¹¹ Con parere della Commissione Speciale n. 929 del 15 aprile 2016 reso sullo schema di regolamento.

¹² F. Liguori, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*², Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 11 ss.

¹³ Sulle forme e sugli scopi dell'azione pubblica nell'economia, F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, IV ed. Torino, Giappichelli, 2014; C. Franchini, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto internazionale, diritto europeo e diritto globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁴ S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione, storia e disciplina*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 579 ss.

¹⁵ M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, cit., 80.

¹⁶ G. Napolitano, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2008; M. Ramajoli, *La crisi economico finanziaria aumenta le funzioni dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187; *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, a cura di F. Mangano, A. Romano Tassone e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013.

2. La semplificazione continua, strumento efficace per la crescita economica? L'art. 4, l. n. 124/2015 tra meccanismi acceleratori e sostitutivi

L'elevato numero di interventi semplificatori e di tentativi di accelerazione procedimentale dimostra – quando non l'inefficacia degli strumenti di volta in volta individuati – il carattere spesso artificiale delle riforme, che vengono presentate come oggettive, inevitabili. Così perdendo di vista che l'amministrazione deve essere in grado di attuare le riforme¹⁷, di averne il tempo sufficiente, di essere dotata di competenze specifiche¹⁸. In altri termini, qualsiasi regola rischia di non raggiungere lo scopo cui è mirata se non viene tratta o desunta dalla natura e dalla logica delle cose¹⁹, basate sull'evidenza sperimentata; se non sorretta da risorse e capacità adeguate. Errata è così la diffusa convinzione secondo cui ogni tentativo di riforma debba necessariamente essere attuato attraverso la legge. Perché ciò ha prodotto un approccio discontinuo, con interventi a macchia di leopardo che hanno avuto l'effetto di rallentare ogni prospettiva di sviluppo che passasse attraverso la semplificazione. Sullo sfondo, e su tutto, scelte di politica dell'amministrazione: utilizzare e sfruttare cioè strumenti esistenti per rendere il Paese competitivo e attento alle esigenze di coesione sociale o cambiare le regole²⁰, con una continuità slegata da ogni contingenza specifica, e anzi foriera di incertezza: conseguenza tutt'altro che utile in vista della implementazione dello sviluppo e del rilancio economico del sistema di cui, al contrario, finisce per accentuare la fragilità. Questo stato di cose ha, in ultima analisi, consegnato l'amministrazione ad uno stato di continua emergenza²¹. Tanto

¹⁷ F. Salvia, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove aut.*, 2008, 447 ss., secondo cui una vera semplificazione deve trarsi dall'effetto sistemico di una amministrazione che abbia già raggiunto livelli qualitativi elevati e già ben strutturata.

¹⁸ B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme*, Bologna, il Mulino, 2017, 81 ss. secondo cui ostacolo all'implementazione delle riforme risiede nella inadeguatezza delle risorse e delle competenze.

¹⁹ F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità. Una convivenza necessaria ma cangiante*, in *Id.*, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 65.

²⁰ N. Irti, *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, spec. 17, per il quale «il massimo grado di formalismo procedurale corrisponde al massimo grado di nichilismo contenutistico e le procedure, nel loro algido e meccanico funzionare, sono indifferenti a qualsiasi contenuto».

²¹ A. Police, *La P.A. che ritarda: il dovere di provvedere, tra silenzi significativi, poteri sostitutivi e misure compensative attuazione*, in *Forma e riforma dell'amministrazione pubblica tra crescita economica e servizio ai cittadini: la l. n. 124/2015 e la sua attuazione*, a cura di M. Gola e F. Ma-

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

da rendere anche difficile cogliere differenze significative, come efficacemente rimarcato²², tra interventi in tempi di crisi e quello pubblico tradizionale. In ciò si coglie la politicità intrinseca di alcune decisioni, soprattutto quando il legislatore amministra (e la decisione, o la sua mancata assunzione, tracima sulla sede giurisdizionale)²³. È così che ogni volta che si presenta una urgenza o una questione di non meglio definito interesse nazionale le regole cambiano²⁴ il procedimento e il processo conoscono sfortimenti e accelerazioni. Come se le regole sul procedimento amministrativo, i suoi tempi, le disposizioni sulle conseguenze del ritardo²⁵, anche sotto il profilo della responsabilità e dei meccanismi surrogatori tesi a superare gli inadempimenti, disegnassero dinamiche di relazioni tra potere pubblico e mercato insufficienti a sorreggere l'economia²⁶. Mentre è la creazione «di procedure che vengono ad essere affiancate le une alle altre» a rappresentare “un freno al progresso”²⁷. Se ne può allora dedurre che sia «il riformismo l'atteggiamento principale di fronte al diritto», alle sfide con cui il diritto è chiamato a confrontarsi per dare risposte e forme alle mutevoli esigenze imposte dall'economia di mercato e dall'evoluzione della tecnica.

A queste logiche e alle dinamiche evidenziate si è tentato di imprimere una inversione di tendenza attraverso il progetto di riforma intrapreso con

stragostino, Bologna, il Mulino, 2017 (Atti del corso monografico Sp.I.S.A. 2016), evidenzia il paradosso per cui il continuo rinnovo delle forme di esercizio del potere pubblico a mezzo di semplificazioni in sostanza coincide con la sua eliminazione.

²² L. Torchia, *Crisi economica e intervento pubblico*, in *Lezioni di diritto amministrativo progressivo*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2010, 216 ss.

²³ L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 189 ss.

²⁴ «Il riformismo come atteggiamento principale di fronte al diritto», J. Ortega y Gasset, *Una interpretazione della storia universale*, Milano, Sugarco, 1987, 249.

²⁵ F. Figorilli e M. Renna, *Commento all'articolo 2*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, Fantini, Ferrari, Roma, Nel diritto ed., 2010; *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 268 ss.; N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, Giappichelli, 2005, 127 ss.; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995. D. Vaiano, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 477 ss.; M. Immordino, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezze e incertezze*, in *Annuario AIPDA*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

²⁶ Descritte, in via generale, da G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico nella legge 241/90*, in *Dir. amm.*, 2014, 695.

²⁷ Cfr. S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 145. Sulla esondazione legislativa, sullo svolgimento da parte del Parlamento di funzioni amministrative, che finisce per privare il “concetto di legge di ogni riferimento contenutistico”.

la l. 7 agosto 2015, n. 124. Ai fini del discorso, di particolare interesse rivestono le previsioni dell'art. 4 della menzionata legge e quelle contenute nel relativo regolamento di attuazione, adottato con d.P.R. 12 settembre 2016, 194. E ciò nella misura in cui si tratta di norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi che si muovono lungo una direttrice con cui si mira ad imporre l'attuazione di norme vigenti nel tentativo di produrre effetti di crescita economica²⁸ e come tali possono essere assunte a parametro di riferimento della indagine. Coniugare accelerazione procedimentale²⁹, dunque certezza dei tempi dell'azione amministrativa, con ipotesi di surroga non è, come più volte sottolineato, esperienza estranea rispetto alle prerogative della legge generale sul procedimento amministrativo: come dimostra, a titolo esemplificativo, la disciplina impressa alla conferenza di servizi³⁰, ai tempi dell'azione, alle conseguenze per il ritardo. Da questo punto di vista, l'intervento normativo di cui si discute risulta concepito come una sorta di opera di manutenzione³¹ dello strumentario offerto in via generale dalla l. 7 agosto 1990, n. 241. Il valore paradigmatico offerto dalle norme in questione si rinviene anche nelle disposizioni che descrivono un sistema di meccanismi di sostituzione. Come per le semplificazioni³², anche il ricorso alla sostituzione è stato piuttosto frequente, tanto è vero che già nel 1980, sulla base della legislazione allora vigente, ne veniva preconizzato un tendenziale aumento³³. Ma il ricorso al potere sostitutivo sembra aver subito

²⁸ G. Napolitano, *Diritto amministrativo*, cit., p. 696

²⁹ I numerosi interventi di accelerazione dell'azione amministrativa hanno tradizionalmente riguardato interventi settoriali. È quanto pone in evidenza il Consiglio di Stato nel citato parere reso sullo schema di regolamento e tra cui annovera: il regolamento sulla disciplina dei procedimenti di localizzazione delle opere di interesse statale di cui al d.P.R. n. 383/94; la l. 21 dicembre 2001 n. 443, in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi; i meccanismi procedurali *extra ordinem* in materia di protezione civile; gli interventi di bonifica ambientale e di rigenerazione urbana (l. n. 164/2014).

³⁰ F.G. Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255; tra i contributi relativi alla riforma c.d. Madia si vedano: L. De Lucia, *La conferenza di servizi nello schema di decreto legislativo del gennaio 2016*, in *giustamm.it*, 2016; M. Bombardelli, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, *Giur. it.*, 2016, 2798; G. Vesperini, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 580. Ulteriori modifiche alla disciplina dell'istituto, in termini di accelerazione del relativo procedimento, sono ora previste dall'art. 13 del citato d.l. n. 76/2020 convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

³¹ B.G. Mattarella, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 621 ss.

³² L. Vandelli, *Tendenze e difficoltà della semplificazione in Italia*, in *Nuove aut.*, 2008, 417.

³³ Così F.G. Scoca, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del convegno di studi amministrativi promosso dall'assessorato degli enti locali della regione autonoma del-

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

una sorte di eterogenesi dei fini: da strumento eccezionale, viene utilizzato alla stregua di rimedio quasi ordinario, presidio della tempestività dell’azione amministrativa.

3. Il d.P.R. n. 194/2016: prospettive di cambiamento e fotografia dello stato attuale dell’amministrazione

È allora necessario procedere ad una disamina delle disposizioni contenute nel d.P.R. n. 194/2016, («Norme per la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti amministrativi, ai sensi dell’articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124»): per quanto descrittiva, l’operazione offre tuttavia modo di verificare la correttezza delle questioni prospettate in apertura del lavoro:³⁴ il binomio accelerazione – sostituzione, nella declinazione impressa dal d.P.R., riflette infatti, e plasticamente, lo stato dell’amministrazione e le criticità generate dal continuo sovrapporsi di riforme asseritamente semplificatorie e come tali di difficile riuscita³⁵. Il fragile equilibrio tra poteri locali e centrali³⁶; il prezzo che una accelerazione sostenuta dei tempi del procedimento viene pagato dalle garanzie partecipative³⁷; il ricorso al pote-

la Sardegna, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 1983, spec. 21, che a proposito di inadempimenti, registrava interventi surrogativi anche non sostitutivi. Importante, poi la distinzione operata tra sostituzione e controllo, (25) pur se entrambi finalizzati alla realizzazione di un interesse pubblico che è unitario.

³⁴ N. Paolantonio, *L’Amministrazione pubblica e la crescita economica: insediamenti produttivi, opere pubbliche e attività imprenditoriali*, in *giustamm.it*, n. 11, 2016, ripreso da P. Marzaro, *Leale collaborazione e raccordo tra amministrazioni; su un principio di sistema a margine della “riforma Madia”*, in *federalismi.it*, n. 23, 2017, 31, che oltre a sottolineare le interferenze della disposizione di cui si discute con le previsioni sulla conferenza di servizi, che hanno oggetto decisioni pluristrutturate, guarda alla semplificazione operata dalla riforma Madia come ad un intervento «costante e stringente sui termini dell’azione amministrativa» condotta attraverso una «riconduzione ai vertici dei vari livelli di governo delle decisioni di maggior rilievo».

³⁵ R. Ferrara, *Le “complicazioni” della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323.

³⁶ F. Merloni, *La leale collaborazione nella repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 827, secondo cui il raccordo tra amministrazioni è un raccordo tra interessi.

³⁷ M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, XIII, per una riflessione che muovendo dal trattamento processuale di atti adottati in violazione di norme sulla partecipazione, accenna alla questione più generale della compatibilità del regime partecipativo con le indicazioni del diritto europeo; A. Sau, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon*, 2017, n. 1, a proposito dell’articolo 25, c. 15, del codice dei contratti, che prevede espressamente il ricorso alla procedura accelerata di cui al d.P.R. n. 194/2016 anche nel caso in cui a

re sostitutivo in via generalizzata e non per emergenze³⁸; la questione delle competenze e dei corpi tecnici³⁹; il confronto tra tempi procedurali e tempi processuali sono tutte questioni che la norma in commento pone in evidenza e lascia, come si vedrà, aperte.

La nuova disciplina si muove su tre direttrici: pianificazione efficiente, razionalizzazione dei finanziamenti, semplificazione e riduzione dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi autorizzatori, sostituzione per categorie di interventi⁴⁰. Il regolamento viene utilizzato, in altri termini, per colmare le carenze delle misure semplificatorie già esistenti⁴¹ e valide a livello generale, quante volte l'amministrazione si trovi ad assumere decisioni, e conseguenti provvedimenti, nel settore degli insediamenti produttivi, delle opere di grande impatto sul territorio o di avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere effetti positivi sull'economia o sull'occupazione, nonché di infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese⁴². Per questi ultimi, anche nel caso in cui siano coinvolte amministrazioni delle regioni e degli enti locali, vengono previste riduzione dei termini e idonee

non essere stati rispettati siano i termini dell'accordo di collaborazione e coordinamento che stazione appaltante e soprintendenza possono stipulare entro 30 giorni dall'avvio della fase esecutiva, al fine di graduare la complessità della verifica preventiva dell'interesse archeologico. L'A. ritiene difficile potersi trovare un equilibrio tra le esigenze di necessaria tutela del patrimonio archeologico e l'interesse pubblico alla realizzazione di opere pubbliche inserite nella programmazione triennale; A. Auletta, *Interessi sensibili e modelli procedurali semplificati nella prospettiva della legge Madia*, in *www.lexitalia.it*, 2016, n. 5; E. Follieri, *Interessi cosiddetti sensibili e interesse allo sviluppo economico*, *giustamm.it*, 2016, n. 7.

³⁸ M. R. Spasiano, *Emergenza e poteri sostitutivi*, in *Annuario AIPDA 2016, Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 125, ss. Cui si rinvia per l'ampia bibliografia in tema di poteri sostitutivi e che evidenzia (142) la necessità di una «nuova sistematica dei poteri sostitutivi» quale precipitato «della doverosità dell'esercizio della funzione amministrativa, della dequotazione delle competenze, enfaticizzazione dei principi di efficienza ed efficacia del sistema, valutazione della centralità del fattore tempo, responsabilità dei soggetti agenti».

³⁹ L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nella amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 249 ss.; Aa.Vv., *I corpi tecnici della pubblica amministrazione centrale*, Atti seminario Svimez, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2019.

⁴⁰ E. Cardì, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2018, 246.

⁴¹ E. Buoso, *Nuove sfide e innovazioni del procedimento amministrativo in Italia*, in *Sfide e innovazioni nel diritto pubblico*, a cura di L. De Lucia e F. Wollenschlager, Torino, Giappichelli, 2019, 73-74.

⁴² D. Vese, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 26 settembre 2018, spec. 20 ss., per la riconduzione del meccanismo "fast track procedure" agli strumenti regolatori di soft law.

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

forme di raccordo per la definizione di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio o ad un suo delegato. Il regolamento, poi, include tra i procedimenti oggetto di semplificazione e accelerazione anche quelli previsti dal codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che hanno ad oggetto autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nulla osta comunque denominati, ivi compresi quelli di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale⁴³, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, alla tutela della salute e della pubblica incolumità⁴⁴, necessari per la localizzazione, la progettazione e la realizzazione delle opere, lo stabilimento dell’impianto produttivo⁴⁵. L’applicazione della procedura semplificata ai relativi procedimenti può essere richiesta dagli enti territoriali, che individuano una serie di interventi (purché inseriti nel programma triennale di cui all’art. 21 del codice dei contratti pubblici e tenuto conto, ove applicabili, delle linee guida di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228⁴⁶), alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

La Presidenza del Consiglio dei ministri, a sua volta, può individuare, anche su segnalazione del soggetto proponente (dunque anche di un soggetto privato) ulteriori interventi cui applicare la procedura semplificata, sempre che la relativa realizzazione abbia l’effetto di produrre effetti positivi sull’economia o sull’occupazione. Nell’uno come nell’altro caso, condizione per la applicazione della riduzione dei termini procedurali è costituita dalla rilevanza strategica degli interventi, pubblici o privati, che per questa via rappresenta il parametro di valutazione per la selezione dei progetti “am-

⁴³ Cfr. A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia e N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Torino, Giappichelli, 2018, 205.

⁴⁴ Cfr. C. Videtta, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.*, 2013, 552.

⁴⁵ M. Benedetti, *L’accelerazione dei procedimenti*, in *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, a cura di B.G. Mattarella e E. D’Alterio, Milano, Giuffrè, 2017, 123 ss. Secondo cui tale disposizione, che riprende il testo dell’art. 19, l. n. 241/1990 ed estende la disciplina anche ai settori c.d. sensibili, invece da quella previsione esclusi, sarebbe in linea con l’impianto generale della l. n. 124/2015, nella misura in cui mostra di voler superare le discipline di specialità.

⁴⁶ Decreto n. 228/2011 «Attuazione dell’articolo, comma 9, lettere a) b), c) e d) della legge 31 dicembre 2009 n. 196 in materia di valutazione degli investimenti relativi ad opere pubbliche», importante per la individuazione delle esigenze infrastrutturali strategiche (art. 4) e per la selezione delle opere da includere, con una valutazione *ex ante* dei fabbisogni e delle esigenze prospettate da ciascun ministero, che contenga gli obiettivi di risultato e di impatto da conseguire, le priorità di intervento da inserire nel documento (art. 5). È l’art. 8 a prevedere la predisposizione di linee guida standardizzate per la valutazione di investimenti sulla base di un modello di riferimento definito con decreto della Presidenza del Consiglio. Le linee guida dei singoli ministeri vengono poi trasmesse al CIPE.

messi” alla semplificazione⁴⁷. Tra gli interventi segnalati, la Presidenza del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, e sentiti i Presidenti delle regioni interessate che partecipano, individua (con decreto motivato) i singoli progetti sulla base, ancora una volta, della rilevanza economica o occupazionale, rilevata anche tenendo conto dell’analisi di valutazione dell’impatto economico e sociale. Tutti i progetti, trasmessi dagli enti territoriali, da soggetti proponenti o individuati dalla Presidenza del Consiglio, una volta selezionati, conoscono la riduzione dei termini di conclusione dei procedimenti necessari per la localizzazione, la progettazione, e la realizzazione delle opere o degli insediamenti produttivi e l’avvio dell’attività. La riduzione dei termini può avere ad oggetto tanto i singoli procedimenti quanto tutti quelli necessari per la realizzazione dell’intervento, anche se successivi all’eventuale svolgimento della conferenza di servizi⁴⁸.

I procedimenti o gli atti non adottati nei termini, relativi agli interventi individuati nelle forme e con le modalità di cui si è detto, possono essere adottati, decorso inutilmente il termine per la loro conclusione o adozione, dal Presidente del Consiglio⁴⁹ dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri⁵⁰.

Tale potere sostitutivo⁵¹ può essere delegato a un soggetto di compro-

⁴⁷ E. Giardino, *L’individuazione, la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 34 ss.

⁴⁸ Si veda, per le ultime modifiche alla conferenza di servizi, in aggiunta alla bibliografia richiamata alla nota 30, M. Santini, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questione di (ulteriori) norme o di cultura?* in *Urb. app.*, 2016, 129 ss.

⁴⁹ Sulla centralità del ruolo assegnato alla Presidenza del Consiglio, che rappresenta un tratto di specialità del meccanismo in esame rispetto a preesistenti modelli di accelerazione, si veda G. Pescatore, *Accelerazione dei procedimenti amministrativi*, in *enciclopediatreccani.it*, 2017, secondo cui la scelta di affidare all’autorità politica di vertice la sostituzione dell’amministrazione inadempiente risponderebbe alla funzione di garantire l’unità dell’indirizzo politico attraverso azioni di promozione e coordinamento.

⁵⁰ Le norme sui tempi e sulle conseguenze del ritardo, anche in termini di meccanismi sostitutivi di cui all’art. 2, c. 9-ter, l. n. 241/1990 operano sul diverso piano dei procedimenti ad istanza di parte, e il potere sostitutivo ivi previsto viene attribuito ad un diverso organo della p.a. Dunque, quello previsto dal d.P.R. n. 194/2016 ha elementi di novità quanto ad oggetto e ad individuazione dell’organo chiamato alla sostituzione. Il Consiglio di Stato ritiene che il diverso piano di operatività degli strumenti non ne neghi la coesistenza, suggerendo però l’indicazione di una previsione esplicita di raccordo che tale coesistenza confermi, anche in considerazione della natura del regolamento, di delegificazione, in quanto adottato ai sensi dell’art. 17, c., 2, l. n. 400/1988, che può determinare l’abrogazione delle norme vigenti con esso incompatibili.

⁵¹ Sul potere sostitutivo, in generale, si veda: M. Cammelli, *Poteri sostitutivi*, in *Lo Stato autonomista*, Bologna, il Mulino, 1998, 32 ss.; M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*,

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

vata competenza ed esperienza in relazione all'attività oggetto di sostituzione con una nuova fissazione del termine di conclusione del procedimento.

Ogni caso di sostituzione va esercitato previa diffida ad adempiere all'organo competente cui viene comunicato l'avvenuto potere sostitutivo in caso di perdurante inerzia.

Quando l'intervento coinvolga esclusivamente, o in misura prevalente, il territorio di una regione, di un comune o città metropolitana, e non sussista un interesse nazionale alla realizzazione dell'opera, di regola il potere sostitutivo viene delegato dal Presidente del Consiglio dei ministri al Presidente della regione o al sindaco⁵². Se, invece, sussiste un preminente interesse nazionale in interventi che vedono coinvolte le competenze delle regioni e degli enti locali, il meccanismo di sostituzione conosce una procedura diversa: le modalità di esercizio del potere sostitutivo sono, infatti, determinate previa intesa⁵³

Padova, Cedam, 2004; C. Mainardis, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵² Tale previsione è stata oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale, promosso dalla regione Veneto con cui è stata contestata l'attribuzione del potere sostitutivo ad un organo statale in assenza di un interesse centrale che giustificasse l'avocazione di una funzione amministrativa locale. La Corte costituzionale, con sentenza del 23 febbraio 2018, n. 36, in *Giur. cost.*, 2018, 355, ha rilevato anzitutto come la questione di legittimità avesse dovuto essere sollevata con riferimento alla previsione di legge e non a quella regolamentare che ne rappresenta mera riproduzione e nei cui confronti era peraltro decorso il termine per l'impugnazione; nel merito, rilevando la contestazione meramente assertiva poiché non adeguatamente supportata da alcuna descrizione dei profili di lesione delle attribuzioni assegnate dalla Costituzione alla regione ricorrente.

⁵³ Il valore dello strumento delle intese, in un dato ordinamentale in cui l'esigenza di esercizio unitario consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa anche quella legislativa, sussidiarietà ed adeguatezza devono conoscere una valenza squisitamente procedimentale. Tale è l'interpretazione suggerita dal Consiglio di Stato, con il parere più volte citato reso sullo schema di regolamento, secondo cui devono invece assumere risalto discipline che assicurano il dovuto rilievo alle attività concertative e di coordinamento orizzontale. Sulla questione il parere, articolato anche sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, afferma che il principio dell'intesa è desumibile dagli artt. 117 e 118 della Costituzione nella misura in cui i soli principi della sussidiarietà ed adeguatezza non possono, soli, assumere la funzione riconosciuta un tempo all'interesse nazionale, la cui sola allegazione era in grado di sorreggere l'erosione delle funzioni amministrative degli enti territoriali e il soddisfacimento di esigenze unitarie. In particolare, sulla rilettura in una prospettiva dinamica del principio di sussidiarietà, C. cost. 1° ottobre 2003, n. 303; sul ruolo della c.d. intesa forte, C. Cost. 14 ottobre 2005, n. 383. In dottrina, cfr. V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, in *L'amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, Giappichelli, 2005, 28; S. Valaguzza, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. Amm.*, 2010, 395 (nota 12); B. Giliberti, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, 1657, secondo cui le intese

in conferenza unificata, ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281⁵⁴.

Il titolare del potere sostitutivo si avvale di soggetti, individuati con lo stesso decreto con il quale l'intervento viene selezionato, designati tra dipendenti pubblici in possesso di elevate competenze tecniche o amministrative, maturate presso uffici competenti per lo svolgimento di procedimenti analoghi assicurando la presenza di personale posto in posizione di elevata responsabilità in strutture competenti per gli interventi e procedimenti oggetto del potere sostitutivo, senza riconoscimento di alcun trattamento retributivo ulteriore rispetto a quello in godimento.

4. Criticità del modello e difficoltà attuative tra cause proprie e di sistema

a) Nessuna delle disposizioni passate in rassegna risulta ad oggi aver trovato applicazione: non attivato il potere sostitutivo né adottata la *fast track procedure* prevista dal d.P.R.⁵⁵. Si possono cercare di enucleare le ragioni alla base del mancato utilizzo a regime del modello appena sopra descritto: da subito rilevando che alcune criticità sono ascrivibili e appuntabili a fattori propri della disposizione, altre invece comuni alla maggior parte delle disposizioni nel tempo previste per la pubblica amministrazione.

Iniziando da queste, è la disposizione riportata per ultima ad essere delle più delicate, poiché è a partire da essa che dipende il funzionamento effettivo della riforma e la sua attuazione. Il tema delle competenze e dei

(unitamente a concerti e deliberazioni preliminari) rilevano in termini essenziali nell'ambito della fase decisoria dell'azione amministrativa procedimentale. Con riferimento alla materia ambientale, F. Liguori, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. Giur. ed.*, 2020, n. 1, 3; P. Carpentieri, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art.9 Cost.) al commercio e alla leale collaborazione "interistituzionale"*, in *Giur. cost.*, 2015, 1246; G. Carpani, *La collaborazione strutturata tra regioni e tra queste e lo Stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi "verticali" ed "orizzontali"*, in *federalismi.it*, 2009, n. 19; M. Cecchetti, *Le intese tra Stato e regioni su atti necessari. Come preservare il valore della "codecisione" "paritaria" evitandone gli effetti perversi*, in *le Regioni*, 2004, 1046; R. Bin, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, in *Ist. Fed.*, 2007, 689.

⁵⁴ Cfr. R. Bifulco, *Il modello italiano delle conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *le Regioni*, 2006, 233; *Città, Province, Regioni, Stato. I luoghi delle decisioni condivise*, a cura di V. Antonelli, Roma, Donzelli ed., 2009.

⁵⁵ S. Screpanti, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1189, spec. 1198, che riconduce la mancata attuazione della norma, e del potere sostitutivo in particolare, alla incisività ed effettività che quel potere postula e che la brevità del ciclo politico non consente.

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

c.d. corpi tecnici è nevralgico in ogni prospettiva di riforma della pubblica amministrazione, come quello delle semplificazioni mai con sufficienza affrontato in modo risolutivo, anche perché la attribuzione di risorse a tale scopo destinate è problema annoso⁵⁶. Come rilevato dal Consiglio di Stato nel citato parere sullo schema di regolamento in questione⁵⁷, (che pure ha giudicato ragionevole e condivisibile l'esigenza di contenimento dei costi, ritenendo che vada «perseguita con rigore»), il meccanismo dei poteri sostitutivi ha rilevanza decisiva per il sistema Paese, e impone la ricerca rigorosa del merito e di professionalità⁵⁸. Poiché l'esercizio dei poteri sostitutivi richiede un esame attento delle risultanze istruttorie effettuate dall'amministrazione sostituita, ovvero una loro celere reiterazione per conto dell'amministrazione che esercita i poteri sostitutivi⁵⁹. In una prospettiva che valorizzi le specializzazioni delle funzioni, sarebbe stato auspicabile, a detta del Consiglio di Stato, anche creare un raccordo tra il personale addetto alla struttura strategica di individuazione degli interventi e quello del supporto operativo. In disparte tale ultima questione, il tema dei corpi tecnici è costantemente al centro⁶⁰, come appena rilevato, della gestione e realizzazione di opere, poiché anche su di esso si appuntano, storicamente, le critiche sulla lentezza dell'amministrazione e sull'incapacità di gestire l'iter burocratico⁶¹. La debolezza dei corpi tecnici è stata generalmente individuata nell'invec-

⁵⁶ I. Visco, *Investire in conoscenza. Crescita economica e competenze per il XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2014.

⁵⁷ Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2016 n. 929, cit.

⁵⁸ N. Paolantonio, *L'amministrazione pubblica e la crescita economica: insediamenti produttivi, opere pubbliche e avvio delle attività imprenditoriali*, in *giustamm.it*, n. 11, 2016, secondo è tutto da capire come una misura di quella del tipo ipotizzata dalla norma di cui è causa possa «valorizzare le competenze professionali senza correre il rischio di lasciare sguarniti importanti presidi di elevata responsabilità, posto che il cumulo delle competenze non può essere remunerato né trasformarsi come gratuito sovraccarico, nel mentre non è contemplata – vista la clausola dell'invarianza di cui alla lett f) dell'art. 4 della legge – alcuna modalità di sostituzione del personale chiamato in ausilio».

⁵⁹ Così ancora Cons. St., comm. Spec., cit.

⁶⁰ Su cui S. Cassese, *Questione meridionale e questione amministrativa. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'unità ad oggi*, Milano, 1977 spec. 19-23; L. Fiorentino, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 531.

⁶¹ A. Sandulli, *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, V, individua la questione dei corpi tecnici come uno dei nodi che necessitano di un intervento riformatore. Sul tema, cfr. *papers* convegno AIPDA 2019, specialmente: G. Iacovone, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo*; A. Lalli, *Il sapere e la professionalità dell'amministrazione nell'era dei big data dell'intelligenza artificiale*; A. Moreschini, *Il sistema di valutazione della performance dei pubblici dipendenti, efficienze e disfunzioni.*; A. Averardi e L.F. San Mauro, *Ragionare per reclutare: la logica nei concorsi pubblici*.

chiamamento anagrafico e nella mancanza di reclutamenti *ad hoc*⁶², nella mancata propensione all'innovazione⁶³, nella mancanza di investimenti seri su ricerca e formazione continua del personale. E poiché il regolamento ha previsto la clausola dell'invarianza, certo non ha posto le basi più sicure per una buona riuscita del progetto riformatore. E la strada preferita, almeno per le infrastrutture e per rilevanti insediamenti produttivi, per supplire alle carenze, intese in senso lato, delle competenze, è ricorrere (almeno per programmi o progetti di una certa rilevanza) alla istituzione di strutture di missione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, spesso temporanee, cui demandare, nella materia che ci occupa, compiti particolari finalizzati al raggiungimento di specifici obiettivi o alla realizzazione di programmi⁶⁴⁻⁶⁵. Rimane così inevasa la domanda, definita «tumultuosa»,⁶⁶ di modernizzazione e non completamente superata la «asimmetria tra la società in progresso e lo Stato immobile»⁶⁷. E confinata nell'irrilevante la questione del personale pubblico. Con una contraddizione in termini se si pensa al ruolo assegnato alla Scuola nazionale dell'amministrazione. Ma un segnale incoraggiante si rintraccia ora nelle linee guida per la definizione del piano nazionale di ripresa e resilienza approvate dal comitato interministeriale per gli affari europei⁶⁸, tra i cui obiettivi è ricompresa la questione di una amministrazione di competenti. Ancora una volta, risulta dimostrato che questioni che dovrebbero rientrare a pieno titolo nella gestione ordinaria della macchina amministrativa ricevono la dovuta considerazione e nuovo vigore nella gestione dell'emergenza.

b) Un secondo elemento di criticità, che ancora riguarda un dato per così dire esogeno, è rappresentato dal fatto che le disposizioni regolamentari, pur inserendosi a pieno titolo nel solco dell'implementazione

⁶² Così L. Fiorentino, *Le nuove norme per lo sviluppo infrastrutturale: interventi finanziari e organizzativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 167, a proposito delle norme contenute nella legge di bilancio per il 2019 relative al finanziamento per infrastrutture.

⁶³ M. Clarich, *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

⁶⁴ Cfr. art. 4, d.lgs. n. 303/1999; art. 40, d.l. n. 109/2018, convertito in legge n. 130/2108, che ha istituito la cabina di regia strategia Italia; art. 1, l. n. 145/2018 che ha istituito Investitalia, su cui si veda L. Fiorentino, *Le nuove norme per lo sviluppo infrastrutturale*, cit., 171.

⁶⁵ Ad esempio, la legge di bilancio 2019 ha istituito una Struttura per la progettazione di beni ed edifici pubblici (in particolare edilizia scolastica, sanitaria e carceraria).

⁶⁶ Da G. Melis, *Non solo giuristi*, in *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione?* *Annuario AIPDA*, 2019, cit. 26: il riferimento è agli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, ma l'A. sottolinea che l'innovazione dei saperi amministrativi non si è ancora realizzata.

⁶⁷ Così ancora G. Melis, *op. cit.*, 27.

⁶⁸ Proposte il 15 settembre 2020 dal governo.

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

dell'efficienza dell'azione amministrativa e della sua organizzazione, dunque verso l'ottimizzazione dei tempi⁶⁹ e del raggiungimento del risultato⁷⁰, si inseriscono, quasi a confondersi, in una serie piuttosto ampia di interventi normativi simili⁷¹ (per certi versi sembra riprendere, almeno nella *ratio*, l'abolita legge c.d. obiettivo nella misura in cui prevede una procedura speciale di settore per le opere considerate prioritarie)⁷². Varie sono infatti le norme, sebbene contenute in decretazioni di urgenza, in cui è costantemente ribadita la straordinaria necessità di semplificare le procedure di approvazione di progetti per l'esecuzione di interventi infrastrutturali, nonché di emanare disposizioni volte a stabilire percorsi di accelerazione e semplificazione procedurale per realizzare interventi strutturali ritenuti prioritari. Ci si riferisce, fra le disposizioni di più recente adozione, a quelle contenute nel c.d. sblocca cantieri⁷³, riprese e in parte modificate, da ultimo, dal citato d.l. del 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale». Le disposizioni in tale ultimo intervento contenute confermano i dubbi sin qui avanzati sulla sostenibilità delle politiche di semplificazione. L'art. 9 del d.l. si occupa degli interventi infrastrutturali e della loro accelerazione: ne ridefinisce i criteri di priorità che individua: nell'elevato grado di complessità progettuale, esecutiva o attuativa e di quella della procedura tecnico-amministrativa; nella rilevanza dell'impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale. Viene ribadita la centralità dell'intesa, già in

⁶⁹ Che il tempo e la prevedibilità di una amministrazione professionale costituisca elemento immancabile in una economia di mercato e dunque per lo sviluppo è teorizzato da M. Weber, *Sociologia della religione*, Torino, Einaudi, 2002.

⁷⁰ A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.; F. Merusi, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, a cura di M. Immordino e A. Police, Torino, Giappichelli, 2004; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁷¹ Cfr. tra gli interventi in materia, l. n. 196/2009 e il decreto legislativo di attuazione n. 288/2011; d.l. n. 69/2013 (c.d. decreto del fare); si legga il programma delle infrastrutture strategiche alla luce dell'XI allegato infrastrutture al documento di economia e finanza 2013; nonché l'allegato al documento di economia e finanza 2018; le «Linee guida per la valutazione degli investimenti in opere pubbliche! predisposte dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nel 2016, definite come l'elemento cardine che abilita un nuovo approccio alla programmazione infrastrutturale, e con le quali vengono esplicitati i criteri di selezione di priorità di investimento, basati non solo su indicatori economico-finanziari, ma anche verso obiettivi strategici di natura ambientale e sociale.

⁷² Secondo C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo “Codice”: opportunità e profili di criticità*, in *giustizia-amministrativa.it*, non si rintraccia una soluzione di continuità tra la legge obiettivo e il codice dei contratti pubblici.

⁷³ D.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

sede di individuazione dell'intervento, quando lo stesso rivesta una rilevanza esclusivamente regionale. Si tratta di opere affidate tutte alla nomina di altrettanti commissari⁷⁴, ma l'ambito oggettivo della norma in questione coincide, almeno parzialmente, con quello di cui al d.P.R. n. 194/2016. In via di urgenza, poi, attraverso il successivo art. 12, vengono modificate alcune disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, tra cui l'art. 2, intervenendo, dunque, sulla questione dei tempi dell'attività amministrativa. Con l'introduzione del c. 4-bis, le amministrazioni sono chiamate a rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e le imprese, con criteri la cui determinazione è rimessa alla Presidenza del Consiglio, su proposta del Ministero della pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata.

Ciò dimostra, ancora su di un piano generale, che lo stato della programmazione delle opere e degli interventi, non dipende (solo) dall'incapacità dell'amministrazione, ma da scelte di politica dell'amministrazione che in fondo si pongono su di una linea di continuità, non di rottura⁷⁵. In conclusione, l'obiettivo, almeno tendenziale, di creare, per tipologie di interventi, una sorta di gestione unitaria⁷⁶, perciò riconducibile in prima e ultima istanza al governo, che dia affidamento sulla omogeneità della procedura e sui tempi di esecuzione, deve fare i conti con obiettivi e metodi pressoché identici ma contenuti in altre disposizioni. Da questo punto di vista potrebbe essere utile raccogliere il suggerimento dato dal Consiglio di Stato, nel più volte citato parere sullo schema di regolamento, che ha evidenziato l'opportunità che la semplificazione burocratica e procedimentale sia accompagnata da una semplificazione del quadro normativo, che passa anche attraverso la raccolta ordinata delle discipline, individuando nella redazione di un testo unico gli altri interventi di semplificazione e accelerazione dell'*iter* dei procedimenti amministrativi.

c) Criticità, insieme di sistema e legate al merito delle disposizioni, sono riconducibili all'incidenza del meccanismo di sostituzione sui rapporti tra

⁷⁴ Per la ricostruzione dell'istituto, cfr. G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, Giappichelli, 2013; C. Franchini, *La figura del commissario straordinario previsto dall'art. 20 del d.l. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 561.

⁷⁵ A. Police, *La p.A. che ritarda*, cit., il quale, a proposito della recente stagione di riforme, sottolinea, correttamente, l'esistenza di una continuità di pensiero, e cioè dell'idea per cui per risolvere i problemi della crescita economica e dell'efficienza amministrativa si possa limitare nel tempo il dovere e il potere dell'amministrazione di provvedere.

⁷⁶ Cfr. E. Giardino, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 34.

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

centro ed autonomie e alla valenza che si intende attribuire alla definizione di impatto economico e sociale degli interventi oggetto della norma di cui si discute. Con riferimento alla prima delle questioni prospettate, la criticità consiste nel fatto che seppure non possa individuarsi una logica dirigistica⁷⁷, poiché il governo condivide con gli enti territoriali o con il privato proponente la scelta dell'intervento⁷⁸, la previsione della possibilità di delega del potere sostitutivo finisce per dequotarlo. Contestualmente, la riduzione dei termini per procedimenti di particolare complessità porta al ragionevole rischio di rendere la sostituzione automatica, cioè di spogliare gli enti territoriali delle loro prerogative anche senza colpa. La questione non è di poco momento, poiché foriera di possibili contenziosi: per questa via, la norma in esame potrebbe alimentare quel fenomeno, che ormai il dato ordinamentale registra, di conflitti tra amministrazioni, o interistituzionali, sempre più estesi⁷⁹. Quanto alla rilevanza della dimensione economica e sociale che giustifica, anzi sembra imporre, i meccanismi acceleratori e sostitutivi nel regolamento (che sembra riferirsi quasi esclusivamente ad opere pubbliche⁸⁰), la dimensione economica è certamente preponderante. Bisogna chiedersi allora in base a quale titolo si legittimi il potere sostitutivo: tutela dell'unità economica, o anche tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali? È stato evidenziato⁸¹ che in sostanza il fine avuto di mira dal regolamento riguarda le attività di impresa o con impatto sulla crescita economica e sull'occupazione e non esigenze di tipo sociale. Un timido accenno ai fini sociali è in verità operato dal regolamento al c. 4 dell'art. 2 che sembra ancorare la concreta individuazione dei singoli progetti ammessi ad accelerazione alla analisi di valutazione dell'impatto economico e sociale che concorre ad imprimere al progetto la qualifica di rilevanza economica o occupazionale. Tra l'altro, il dato occupazionale è tutt'altro che irrilevante ai fini della questione sociale.

Per questa via, potrebbe allora, con tutte le difficoltà del caso, convenirsi sul fatto che il riferimento operato dall'art. 4 della legge Madia sia ai

⁷⁷ A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*², a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 273 ss., spec. 290 ss.

⁷⁸ A. Police, *op. ult. cit.*, 294.

⁷⁹ Cfr. per una ampia ricostruzione del fenomeno nei vari settori, M. Macchia (a cura di) *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019. Di particolare interesse ai fini del discorso il contributo di E. Giardino, *Il conflitto interistituzionale nella tutela ambientale*, *ivi*, 147 ss.

⁸⁰ Cfr. N. Paolantonio, *L'amministrazione pubblica e la crescita economica*, cit. 7.

⁸¹ Da A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento*, cit., 293 ss.

livelli essenziali delle prestazioni⁸², il che supera i dubbi di compatibilità con il disposto dell'art. 120, Cost. Il dato su cui riflettere rimane: perché non sottoporre espressamente a procedure semplificate, con chiamata in sussidiarietà, anche interventi dall'impatto più marcatamente, se non esclusivamente sociale? Perché, ad esempio, non includervi i procedimenti di assegnazione dei beni confiscati alla criminalità, i procedimenti di rigenerazione urbana non limitati a quelli di aree di interesse nazionale? E più in generale gli interventi di welfare? Presupposto per lo sviluppo economico non sono infatti solo gli insediamenti produttivi e le infrastrutture, ma anche il sistema educativo, la coesione, il contrasto alla povertà, il rafforzamento delle risposte di legalità: questioni di responsabilità pubblica troppo spesso relegate ai margini delle agende politiche o delegate ad iniziative del privato sociale, dove il formalismo e il riformismo cedono il passo a percorsi informali e in molti casi più aderenti alla realtà.

5. Conclusioni

Quanto appena rilevato dimostra allora che certo necessaria, la razionalizzazione e la individuazione di priorità anche funzionali di programmi di opere e di interventi, non basta sola a costituire una base solida per coniugare un processo di sviluppo economico e sociale. Così come la rincorsa quasi affannosa a misure di semplificazione: che evidenzia quanto la gestione ordinaria della cosa pubblica sia diventata la vera emergenza e quanto questa sia stata provocata, anche, da scelte politiche che non hanno assicurato un governo dei processi decisionali fondato su regole chiare, certe, stabili, rodute, non sovrapposte o sovrapponibili, siccome troppo spesso ancorate a misure puntuali predisposte dal governo o delegate al governo⁸³.

Se la normalità cessa di essere emergenza diventa allora possibile individuare una chiara direttrice di crescita, stabile e non limitata a settori di intervento o dettata dalla necessità di contenere crisi, che restituisca fiducia, vero indispensabile vettore di rilancio sociale e di attrazione di capitali ed investimenti.

⁸² Segnalate da N. Paolantonio, *L'amministrazione pubblica*, cit., 10

⁸³ Per un'analisi della dinamica potere pubblico-intervento nell'economia, in particolare con riferimento alle politiche industriali, cfr. A. Averardi, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. 311 ss.

semplificazione e sostituzione dalla legge “madia” al decreto legge n. 76/2020

Abstract

The essay analyses the most recent and various legislative amendments which have devoted particular attention to simplification, giving priority to infrastructure sector: starting from the so called Madia Law, up to the recent act on simplification encouraging digital administrative proceedings (Law decree, 2020, 76). In the context of a wider reflection on quality, efficiency and predictability of public decisions, whose lack represents a strong hurdle to economic development, the survey outlines how urgent is to achieve an effective governance and a set of training and professionalism models in order to overcome not only the current pandemic crisis, but also to better serve the increasingly need of a stronger administration in the role it plays in economic recovery. These goals can be achieved assuming as a matter of urgency an economic perspective that withstands a social one.



ARTICOLI

FRANCESCO DE LEONARDIS

BIG DATA, DECISIONI AMMINISTRATIVE E “POVERTÀ” DI RISORSE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. La prospettiva d’indagine. – 2. Le tre tappe della digitalizzazione, interconnessione e intelligenza artificiale. – 3. I campi di applicazione dell’analisi predittiva. – 4. I vantaggi della “decisione robotica”. – 5. La prima criticità: il diritto alla riservatezza. – 6. La seconda criticità: l’opacità della decisione. – 7. La “povertà” di risorse dell’amministrazione italiana di fronte agli algoritmi.

1. La prospettiva d’indagine

Il tema dell’uso dei “big data” da parte delle pubbliche amministrazioni o dell’applicazione dell’intelligenza artificiale (d’ora in poi brevemente “IA”) alle amministrazioni pubbliche non appartiene più alla fantascienza, come si sarebbe potuto pensare una ventina di anni fa¹, ma è tema di grande attualità che viene affrontato oggi dalla dottrina, e appassiona, soprattutto gli studiosi più attenti a cogliere le tendenze evolutive in atto, sia sotto l’aspetto sostanziale che processuale².

¹ Tra i primi a intuire quelli che sarebbero stati gli sviluppi tra attività amministrativa e uso della telematica non si possono non ricordare: G. Duni, voce *Amministrazione digitale* in *Enc. dir. Annali*, I, Roma, Treccani, 2007, 13 ss.; ID., *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Roma, 1992 e A. Masucci, *Atto amministrativo informatico* (voce), in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, Giuffrè, 1997, 221 ss. Ovviamente senza dimenticare che lo stesso M.S. Giannini addirittura nel 1979 nel noto rapporto sullo stato dell’amministrazione italiana affermava che informatizzazione e sviluppo dell’amministrazione erano già allora strettamente connessi (*Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722).

² Tra i numerosi contributi in materia si possono segnalare: F. Costantino, *Autonomia dell’amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, Jovene, 2012; ID., *Lampi, nuove frontiere delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 799 ss.; ID., *Uso della telematica nella pubblica amministrazione*, Commento all’art. 3bis della legge n. 241/90, in *L’azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, 242 ss.; ID., *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 43 ss.; G. Carullo, *Big data e pubblica amministrazione nell’era delle banche interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 579 ss.; V. Berlingò, *Datification e giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 641 ss.; S. Crisci,

Ciò che più rileva e che dimostra il rilievo non solo teorico delle questioni è il fatto che anche la giurisprudenza amministrativa ha iniziato a occuparsi della “decisione robotica”³ ossia di quella particolare decisione amministrativa adottata da un computer sulla base dell’applicazione di un algoritmo ossia di una formula matematica più o meno complessa⁴.

Sebbene tale giurisprudenza si sia occupata, almeno per ora, di sindacare decisioni adottate da algoritmi applicati a set di dati non troppo ampi⁵, appare probabile che in futuro si diffondano anche provvedimenti automatizzati nei quali le decisioni vengono adottate applicando gli algoritmi più complessi a set di dati assai più ampi, appunto i big data (è questo il caso

Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo, in *Foro amm.*, 2018, 1787 ss.; M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601ss.; ID., *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell’era della “rivoluzione dei dati”*: il caso delle politiche di eradicazione dell’epatite C, in *Ist. fed.*, 2017, 27 ss.; D.U. Galetta e J.G. Corvalan, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019, n. 3; D. Marongiu, *L’attività amministrativa automatizzata*, Rimini, Maggioli, 2005; A.G. Orofino, *La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 2257 ss.; P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, 2018, n. 2; F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustiziamministrativa.it, 2018; F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elettr.*, 2003, 1 ss.; L. Viola, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, in *Foro amm.*, 2018, 1598 ss.; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016.

³ È nota la decisione del Consiglio di Stato sul caso di una distribuzione di docenti effettuata da un algoritmo (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270). Ma interessanti al riguardo appaiono anche TAR Lazio, III, 21 marzo 2017, n. 3742, sulla natura vincolata dell’algoritmo che gestisce il software relativo ai trasferimenti interprovinciali del personale docente; TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 30 ottobre 2017, n. 10805 in tema di procedura automatizzata di classificazione delle riviste scientifiche; Cons. St., VI, 19 gennaio 2018, n. 353 sull’automatizzazione del criterio di concorso; TAR Lazio, sez. II quater, 28 giugno 2016, n. 7479 in tema di contributi statali agli spettacoli dal vivo; Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 456 e Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2017, n. 5733 su atti di macroorganizzazione che hanno disciplinato procedure di mobilità in forma telematica.

⁴ Sulla definizione di algoritmo come «sequenza di istruzioni computazionali che indicano ad una macchina la procedura da seguire per ottenere un certo risultato» e le definizioni di tale termine danno i manuali di informatica cfr. G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 6.

⁵ Quelle che possono essere ritenute come le sentenze decalogo in materia, ossia Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 881 e Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, fanno riferimento, infatti, ad algoritmi che operano su data set più o meno ampi che però non possono essere considerati propriamente big data né tanto meno essere ascritti all’intelligenza artificiale.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

in cui si dovrebbe propriamente parlare di applicazione dell’IA ai processi decisionali pubblici).

Il presente contributo non si propone di esaminare nel dettaglio quella che potrebbe essere definita come una delle forme più innovative di tecnificazione dell’azione amministrativa, che ha già peraltro iniziato ad essere studiata e analizzata⁶, quanto piuttosto di tentare ad inserire i big data e l’intelligenza artificiale nel quadro di evoluzione dell’amministrazione attuale per poter fornire qualche suggestione ricostruttiva.

L’analisi non può non prendere le mosse dalla nozione di “big data”⁷ che mette assieme un sostantivo “data”, gli insiemi di dati elettronici, e un aggettivo “big” che fa riferimento principalmente, ma non solo, alle dimensioni quantitative di tali insiemi di dati⁸.

Si tratta di grandi insiemi di dati elettronici⁹ che lo sviluppo della tecnologia (si pensi ai computer, ma ancor più agli smartphone o ancora ai tablet etc. che fino ad una trentina di anni fa non esistevano o comunque erano prodotti di nicchia) e la sua diffusione a costi accettabili per quasi tutti (oggi è difficile trovare chi non abbia un telefono mobile o non usi la rete) ha reso disponibili sia ad operatori privati che ad operatori pubblici¹⁰.

⁶ Sul punto si veda il contributo di V. Cerulli Irelli, *La tecnificazione* in *La tecnificazione dell’amministrazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, in *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, Firenze, Firenze University Press, 2016, 13.

⁷ Sul punto molto interessante appare il volume *Big Data e concorrenza*, numero speciale di *Concorrenza e mercato*, a cura di F. Di Porto, Milano, Giuffrè, 2016 che contiene vari saggi rilevanti tra i quali F. Di Porto, *La rivoluzione big data. Un’introduzione*, 5; G. Carullo, “Big data” e pubblica amministrazione nell’era delle banche dati interconnesse, 181. Vedi anche G. Colangelo, “Big data”, piattaforme digitali e “antitrust”, in *Merc. conc. reg.*, 2016, 42; A. Giannaccari, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, 2017, 307; M. F. De Tullio, *La “privacy” e i “big data” verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Pol. dir.*, 2016, 637; M. Orefice, *I “Big data”. regole e concorrenza*, in *Pol. dir.*, 2016, 697; A. Mantelero, *Bigdata: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. informaz.*, 2012, 13.

⁸ Cronologicamente i big data fanno la loro comparsa a metà degli anni Novanta e a partire dal Duemila si afferma in modo più chiaro la loro definizione che fa perno sulle quattro “V” (“Volume” che fa riferimento all’aspetto quantitativo; “Velocity” che fa riferimento alla rapidità con la quale i dati possono essere generati e trasmessi; “Variety” che fa riferimento alla diversità dei dati e della loro origine; “Veracity” che fa riferimento alla qualità, correttezza e affidabilità dei dati): sul punto si veda C. Comella, *Origine dei “Big data”*, in *Gnosis*, 2017.

⁹ Ognuno di noi genera quotidianamente centinaia di dati, se si mettono insieme i milioni di persone che abitano il nostro paese si generano miliardi di dati e se si mettono insieme i dati prodotti da cittadini dello stesso continente i numeri diventano talmente grandi da non potere essere menzionati.

¹⁰ Chiunque, consapevolmente o inconsapevolmente, lascia una traccia digitale delle mille e mille azioni che compie ogni giorno nella vita quotidiana: si pensi non solo alle

In questo contesto la pubblica amministrazione si pone come un punto di riferimento chiave dal momento che essa costituisce in assoluto il maggior detentore di dati (si pensi alle varie anagrafi civile, sanitaria, fiscale, al catasto, alla motorizzazione civile, alle banche dati del Ministero degli Interni sulla violazioni del codice della strada o per le indagini penali etc.)¹¹ ed è dunque comprensibile che il legislatore si sia occupato fin da subito della regolazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e big data.

2. Le tre tappe della digitalizzazione, interconnessione e intelligenza artificiale

I rapporti tra big data e amministrazione possono essere sintetizzati in tre tappe logiche fondamentali: quella che si potrebbe definire la tappa della “digitalizzazione”, quella che si potrebbe definire come l’“interconnessione dei dati” e, infine, quella in cui ci troviamo e ci troveremo sempre più in futuro che è quella dell’applicazione dell’IA alle decisioni amministrative ossia, come viene spesso menzionata, la tappa dell’“analisi predittiva”.

Posto che come si è detto in apertura le amministrazioni sono storicamente detentori di una pluralità di dati di vario genere rispetto ai cittadini, alle imprese, all’ambiente, all’economia etc. e che tali dati venivano detenuti (e spesso continuano ad esserlo) in modo cartaceo, il primo passaggio logico affrontato dal legislatore è stato quello della dematerializzazione dei dati¹² ossia, in parole semplici, di trasformare i documenti cartacei in *file*.

La spinta forte alle amministrazioni nel senso di raccogliere, mappare o rilevare i dati direttamente in formato digitale è contenuta nel codice dell’amministrazione digitale (CAD), il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82¹³, che, anche sulla spinta del diritto europeo, ha regolato ad ampio spettro i possibili

mail che inviamo, ai messaggi telefonici, a whatsapp ma anche ai siti web che visitiamo, alle telecamere che c’inquadrano mentre facciamo la spesa, alle telecamere che ci seguono per le strade etc.

¹¹ Lo ricorda il considerando 4, dir. 2003/98/Ce.

¹² Si noti che già il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nell’occuparsi della riforma del pubblico impiego, affrontava, seppur nell’ottica dell’efficientamento delle strutture organizzative, il nodo dell’informatizzazione degli uffici pubblici: F. Costantino, *Informatizzazione della p.a.*, cit.

¹³ Volendo citare le norme essenziali in materia non si possono non menzionare anche le c.d. Riforme Brunetta del 2009–2010 che hanno collegato efficientamento dell’amministrazione e informatizzazione; il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 sulla Trasparenza e le misure per l’attuazione della c.d. Agenda digitale.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

impieghi pubblici dell’informatizzazione, raccogliendo la precedente normativa anche in materia di documentazione.

Tale digitalizzazione ha comportato una serie di vantaggi tra i quali i seguenti: un primo vantaggio di tipo logistico è quello che occorre molto meno spazio per conservare la documentazione; un secondo vantaggio attiene alla sicurezza e alla conservazione (i file possono essere conservati in luoghi diversi e posti al riparo ad esempio da catastrofi naturali etc.)¹⁴; un terzo vantaggio è quello della fruibilità (all’amministrazione viene chiesto di porre a disposizione della collettività l’enorme patrimonio conoscitivo in suo possesso consentendo ai cittadini e alle imprese di sfruttare i dati per molteplici scopi)¹⁵; un quarto vantaggio è quello del “ridare fiducia” all’amministrazione (proprio tale trasparenza si immagina possa accrescere la fiducia dei cittadini nell’amministrazione in quanto permette un loro maggiore coinvolgimento nel cambiamento organizzativo e, conseguentemente, finisce con il responsabilizzare l’amministrazione).

Sotto tale ultimo aspetto non si può però non ricordare che la digitalizzazione e la connessa possibilità di rendere pubblici in rete una serie di dati e di documenti non è di per sé sinonimo di trasparenza perché il risultato di non far passare la conoscenza dall’amministrazione ai cittadini si può ottenere paradossalmente, oltre che attraverso il segreto, anche inviando al destinatario una tale valanga di informazioni che gli renda difficile comprendere il cuore del problema¹⁶.

Il secondo passaggio logico è quello dell’interconnessione dei dati o

¹⁴ Si tratta delle soluzioni di *cloud computing* attraverso le quali i dati vengono archiviati o elaborati da applicazioni e terminali virtuali, che non sono fisicamente presso l’amministrazione, ma su server che possono fisicamente anche trovarsi in luoghi enormemente distanti: sul punto v. *Raccomandazioni e proposte sull’utilizzo del cloud computing nella pubblica amministrazione*, DigitPA, 8 giugno 2012.

¹⁵ Si tratta del c.d. riutilizzo in relazione all’uso per fine diverso da quello per il quale il dato è stato prodotto (art. 2, lett. e), d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, e dei c.d. open data (dati in formato aperto). Il sito italiano di riferimento per gli open data è *dati.gov.it*. L’attenzione per gli open data è di livello anche internazionale: si veda la direttiva del Presidente Obama del dicembre 2009, seguita dall’istituzione del sito *data.gov*, e dall’*executive order* del 9 maggio 2013; si veda l’organizzazione *Open Government Partnership*; la Carta adottata dal G8; l’italiano *Open data action plan*. A livello europeo del riutilizzo l’Europa si era occupata già con la dir. 2003/98/Ce modificata dalla dir. 2013/37/Ue. Sul punto cfr. F. Costantino, *Informatizzazione della p.a.*, cit.

¹⁶ Così rispetto al supporto cartaceo, è possibile senza maggiori costi la pubblicazione di quantità enormi di informazioni, e troppe informazioni, o informazioni che prese da sole siano incomprensibili, o artatamente selezionate od orientate in una specifica destinazione, hanno l’effetto di occultare più che rivelare: cfr. E. Carloni, *L’amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell’open government*, Rimini, Maggioli, 2014, 29.

del sistema pubblico di connettività¹⁷: solo riuscendo a combinare, a mettere insieme la mole enorme di dati detenuti dalla p.a., appunto attraverso l'applicazione di formule matematiche, si riesce ad avere un insieme di dati gestibile come sistema e non vari insiemi monadici di dati che non parlano tra di loro.

La stessa strategia Europa 2020¹⁸ in vigore dal 2010, tra le varie azioni, aree e obiettivi richiede di istituire un mercato digitale unico, di favorire l'interoperabilità (ossia lo scambio e l'interazione dei dati) e l'uso di standard, di migliorare la fiducia in internet e la sicurezza online, di aumentare la velocità di accesso alla rete, di potenziare gli investimenti per la ricerca e lo sviluppo, di migliorare l'alfabetizzazione e l'inclusione digitale, di applicare le ICT.

I due precedenti passaggi sono strumentali all'obiettivo finale: quello dell'applicazione dell'IA ai big data che sono stati interconnessi; è qui che entra in gioco in modo rilevante l'algoritmo¹⁹ che in questo ambito funziona come una sorte di chiave che apre alla p.a. la possibilità di prevedere i comportamenti futuri.

È proprio l'IA o l'algoritmo che consente di "far parlare" i dati attraverso la ricerca di correlazioni²⁰: si tratta dei c.d. algoritmi predittivi e di raccomandazione che consentono di effettuare previsioni di comportamenti futuri partendo dall'analisi di comportamenti passati, appunto codificati nei big data, ben noti alle imprese e operatori privati che si occupano di marketing.

Il nostro ordinamento contiene due disposizioni fondamentali al riguardo: l'art. 50 CAD dispone che le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle proprie funzioni istituzionali, procedano all'analisi dei propri dati, anche in combinazione con altre amministrazioni (o gestori di servizi pubblici

¹⁷ Su tali aspetti si veda: Comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (2015) 192, finale. Il tema della connessione è presente ovviamente nel Codice dell'amministrazione digitale, si vedano ad esempio l'art. 60 e l'art. 58; si v. anche F. Cardarelli, *Uso della telematica, commento all'art. 3 bis della legge 241/90 in Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 427 e F. Costantino, *L'uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Milano, Giuffrè, 2016.

¹⁸ COM/2010/0245 f/2.

¹⁹ Come è stato intelligentemente rilevato nel diritto positivo viene utilizzato il termine algoritmo solo in discipline speciali mentre ampio è il riferimento ad altre terminologie come quella di amministrazione digitale, di diritti di cittadinanza digitale, di documento informatico o di decisione automatizzata: G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 2.

²⁰ G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 11.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

per profili di pubblico interesse o società a controllo pubblico) e l’art. 50-ter (introdotto dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217) che istituzionalizza un progetto di piattaforma digitale nazionale dei dati (PDND)²¹.

Molto importante è anche il Libro Bianco adottato per l’Italia Digitale (AGID) dedicato all’intelligenza artificiale pubblicato nel 2018 e che, significativamente, considera tale istituto quale strumento di sviluppo sociale, economico e culturale.

Com’è stato correttamente rilevato «l’uso dei big data in chiave previsionale consente alle amministrazioni, anche locali, di adottare un diverso modo di operare. Non solo esse possono, infatti, investire e impiegare le risorse – sempre più limitate – principalmente ove si produrrà il maggiore impatto favorevole. Più a monte, sono in grado di riconfigurare i servizi, prevedendo problemi, anticipando bisogni, in ultima analisi pianificando in maniera strategica. In tal modo esse sono in grado di evitare di dovere affrontare rischi ed intervenire principalmente in occasione di inconvenienti, con conseguenze rilevanti in termini di costi. Si tratta perciò di un mutamento epocale per istituzioni che generalmente agiscono solo per rispondere agli stimoli»²².

È dunque proprio attraverso l’interconnessione e la lavorazione del dato o meglio dell’insieme dei dati che si perviene alla conoscenza dei fenomeni e dei loro andamenti e quindi al c.d. *government by data*.

E dunque non solo l’amministrazione digitale, grazie alle ICT, può disporre di una base conoscitiva di dati fino a pochi anni or sono inimmaginabile, attraverso banche dati condivise, interoperabili e consultabili con modalità telematica ma tali dati possono essere messi in relazione, appunto, da formule matematiche al fine di produrre delle vere e proprie decisioni amministrative.

3. I campi di applicazione dell’analisi predittiva

I concetti di cui si sta parlando sono realtà già da tempo in una plu-

²¹ Anche il Piano triennale per l’informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019 si occupa di intelligenza artificiale anche se rinvia la sua attuazione proprio alla realizzazione della struttura ritenuta indispensabile per lo sfruttamento dei big data, la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) a cui viene affidato il compito di valorizzare il patrimonio informativo della p.a. mediante l’utilizzo delle tecnologie big data al servizio dei decisori pubblici, grazie all’analisi esplorativa dei dati.

²² F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, cit., 48.

ralità di settori in cui i dati vengono rilevati, interconnessi e lavorati dalle pubbliche amministrazioni per finalità di interesse generale. Può essere utile passarne in rassegna i principali.

Si pensi innanzitutto alla tutela in materia di sicurezza esterna: sono diffuse e comuni le c.d. “no fly list” che consentono di prevedere e pianificare i controlli di sicurezza e per le quali si pongono non pochi problemi (ad esempio, la discriminazione operata in base all’appartenenza ad un determinato gruppo etnico).

Si pensi ancora alla tutela in materia di sicurezza interna: in una cittadina degli Stati Uniti (Memphis) analizzando la frequenza, i luoghi e gli orari dei reati, i crimini si sono ridotti di circa il 25% perché l’algoritmo utilizzato consentiva alle forze dell’ordine di prevedere i luoghi dove tali crimini sarebbero stati realizzati²³, e, allo stesso modo, a Los Angeles analizzando i dati rilevati in pochi mesi, i reati si sono ridotti del 15%²⁴.

Vi è ancora la materia sanitaria: analizzando le ricerche fatte da utenti di Google sui sintomi di certe malattie si è riusciti a prevedere la diffusione di un’epidemia (si tratta del progetto *Flu trends*)²⁵; si possono gestire meglio le liste di attesa degli ospedali²⁶; si possono effettuare campagne di prevenzione; si possono individuare gli effetti collaterali negativi rispetto a determinati farmaci²⁷.

²³ R. Ibm, *Analytics Help Memphis Cops Get “Smart”*, consultabile all’indirizzo web www.bloomberg.com/news/articles/2011-12-05/ibm-analytics-help-memphiscops-get-smart.

²⁴ C. Kahn, *At LAPD, Predicting Crimes Before They Happen*, consultabile all’indirizzo web www.npr.org. Cfr. anche A. G. Ferguson, *Big Data and Predictive Reasonable Suspicion*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2015, 410.

²⁵ Sulla base delle ricerche fatte dagli utenti sui sintomi influenzali è stato possibile prevedere dove si sarebbe diffusa l’epidemia, in quanto i malati consultavano Google prima di recarsi presso un presidio medico. Sul punto: M. Mattioli, *Disclosing Big Data*, in *Minn. L. Rev.*, 2014, 535, in part. 540.

²⁶ L’impatto dei big data in materia sanitaria è stato analizzato da B.R. Furrow, *Searching for Adverse Events: Big Data and Beyond*, in *Annals Health L.*, 2018, 149. Si è osservato che attraverso l’analisi predittiva si potenzia la capacità di identificare i pazienti ad alto rischio (con riduzione dei costi del reparto di emergenza), si possono ridurre il numero di visite e offrire assistenza personalizzata. Inoltre, gli ospedali possono analizzare i tassi di ammissione e assegnare il personale adeguato in base alle previsioni, con una riduzione dei costi ospedalieri e dei tempi di attesa.

²⁷ Dalle ricerche effettuate su internet relative a due farmaci in relazione all’ipoglicemia gli studiosi hanno ipotizzato che potesse esserci una correlazione tra l’uso dei due farmaci e un effetto collaterale, e le prove sperimentali hanno poi confermato l’ipotesi. Cfr. C. Anderson, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, consultabile all’indirizzo web Wired.com/2008/06/pb-theory/.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

Un campo di elezione per l'uso dei big data da parte della p.a. è quello della programmazione economica: le previsioni economiche che determinano politiche governative sono più accurate se si basano su dati certi e la complessità delle operazioni di previsione viene di molto facilitata dall'uso delle macchine.

Vi sono i contratti pubblici con le aste elettroniche e le gare telematiche, le sanzioni automatizzate del codice della strada, la SCIA automatizzata, il rating di impresa fornito dall'ANAC, la mobilità del personale dipendente e le procedure preselettive²⁸.

Ma vi è anche il settore ben noto a chi si occupa di università della programmazione universitaria: si pensi alle valutazioni VQR o VTR che vengono utilizzate dagli atenei per mettere a concorso o meno un posto; la ripartizione del FFO tra le università; le mediane che consentono di essere sorteggiato come commissario ASN o di partecipare ad una procedura di abilitazione... in tutti i casi la presenza dell'algoritmo è silenziosa e ingombrante.

Vi è poi la materia dell'assetto del territorio: le analisi del territorio che consentono la programmazione urbanistica o la gestione del traffico (attraverso telecamere, sensori si può gestire il traffico, l'illuminazione e la gestione dei servizi)²⁹.

Si pensi alla gestione dei servizi: prevedere il carico della rete elettrica costituisce un esempio di analisi predittiva da cui discendono decisioni in ordine a come usare le centrali elettriche³⁰.

Si pensi ancora alla previdenza sociale: il caso INPS in cui il sistema di big data è stato realizzato fin dal 2000 a supporto delle decisioni strategiche dell'Istituto. Il sistema acquisisce anche le informazioni degli ispettori di vigilanza utile in particolare per l'attività di “intelligence antifrode”, che rileva i casi di doppia erogazione degli assegni familiari all'interno della stessa famiglia, di indebito conguaglio dell'indennità di malattia ecc.

Rilevantissimo campo dell'uso dei big data è quello della tutela della pubblica incolumità: si pensi solo alle previsioni meteorologiche sulla base

²⁸ Su questi temi si rinvia al completo lavoro monografico di G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 41 ss.

²⁹ Con riferimento alle smart cities: si v. Y. Lv, Y. Duan, W. Kang et al., *Traffic Flow Prediction With Big Data: A Deep Learning Approach*, *Ieee Transactions on Intelligent Transportation Systems*, 2015, 865; il n. 5 di *Istituzioni del federalismo*, 2015; R. Ferrara, *The Smart City and the Green Economy in Europe: A Critical Approach*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 63; E. Ferrero, *Le “smart cities” nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, 1267; A. Casinelli, *Le città e le comunità intelligenti (Commento a d.l. 18 ottobre 2012, n. 179)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 240.

³⁰ M. Paterson e M. McDonagh, *Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data*, 2018, in *Monash U. L. Rev.*, 1, 6.

delle quali vengono adottate le ordinanze comunali o in base alle quali si dirama l'allerta di vari gradi in varie zone.

Vi è poi il tema dei controlli che come si dirà nel paragrafo finale potrebbe costituire uno dei temi di maggiore sviluppo dei big data nella p.a.

E, infine, *last but not least*, la materia ambientale dove il diritto di accesso trova la sua massima esplicazione: nel 2015 il premio *Best Policy Insights Hack* è stato attribuito a un software privato che indicava, grazie ai big data, in quali quartieri fosse preferibile installare pannelli solari³¹.

Si tratta in sintesi per le p.a. di immagazzinare dati e di lavorarli: se in molti casi tali lavorazioni consentono di perseguire l'interesse pubblico in modo migliore di prima, d'altra parte non sono pochi i rischi e gli svantaggi che l'analisi predittiva comporta.

4. I vantaggi della “decisione robotica”

La decisione robotica, quella presa da una macchina/elaboratore/computer, almeno a prima vista, ha diversi pregi: è poco costosa da un punto di vista economico³²; è molto rapida e risponde ad esigenze di semplificazione³³; riduce se non annulla la discrezionalità della p.a.; appare imparziale (una macchina non può favorire l'uno piuttosto che l'altro); consente un

³¹ F. Costantino, *Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, 370.

³² È noto che una macchina costa meno del lavoro dell'uomo e che i costi maggiori di un'impresa ma anche della pubblica amministrazione stessa sono quelli del personale. È stato infatti giustamente messo in evidenza che la capacità di risparmio è il criterio privilegiato da tenere in conto per la decisione circa gli investimenti in informatizzazione (art. 15, c. 2-ter, d.lgs. 8 marzo 2005, n. 52, Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD, introdotto dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235): F. Costantino, *Informatizzazione della P.a.*, in *www.Treccani.it*, 2015.

³³ Le c.d. leggi Bassanini (l. 15 marzo 1997, n. 59 ss.) che hanno in particolare disciplinato la comunicazione tra p.a. e cittadini hanno interpretato espressamente l'informatizzazione come strumento di semplificazione. Sul rapporto tra semplificazione ed interazione telematica tra cittadino ed amministrazione, cfr. P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679 ss.

Sulla rapidità della decisione è significativo l'esempio riportato dal bel saggio di D.U. Galetta per cui il lavoro richiesto per avviare una gara di appalto di beni e servizi completamente digitalizzati nella città di Buenos Aires, come l'acquisto di “accessori per computer”, prima implicava una media di 29 giorni lavorativi, di 670 clic, l'apertura di circa 60 finestre ed il “copia e incolla” di numerosi dati ed oggi solo quattro minuti: D.U. Galetta e J.G. Corvalan, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, cit.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

ampliamento della partecipazione in altri tempi e contesti inimmaginabile³⁴; è affidabile e certa³⁵.

Si può ricordare con riferimento a quest'ultimo punto che, ad esempio, per fare l'analisi di rischio di un terreno per verificare se sia inquinato o meno basta inserire i dati in un software che consente all'impresa di sapere direttamente se il suo lavoro di bonifica può dirsi terminato oppure no³⁶.

La decisione assunta da un'IA e fondata sui big data è, quindi, assai più prevedibile di quella assunta da un funzionario della p.a. e ciò risponde al forte desiderio delle imprese di prevedibilità e di certezza: i risultati cui perviene l'analisi algoritmica tendono ad essere prevedibili e precisi così rispondendo al principio di certezza del diritto³⁷.

Se ciò s'inquadra nell'attuale trend di riduzione della discrezionalità delle p.a. di cui si parlerà nella parte finale non si dubita che ciò possa

³⁴ Si pensi a quanto le tecnologie informatiche rendano più praticabili vere e proprie forme di democrazia diretta (lo stesso art. 9 CAD prevede che l'ICT favorisca l'esercizio dei diritti politici e civili individuali e collettivi): cfr. sul punto S. Rodotà, *Iperdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2013; M.A. Shareef e N. Archer, *Mission of Transformational Government as a Postmodern Organisation: A critical theory perspective*, in *Transformational government Through egov practice: socioeconomic, cultural, and technological issues*, 2012, 516.

³⁵ Sul punto però si veda il comprensibile caveat di F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, cit., 55, per il quale «non si deve neppure pensare che gli algoritmi che scandagliano intrecciano ed elaborano i big data siano neutrali. La mano del programmatore incide su come opera l'algoritmo, e ognuno di essi è solo uno dei possibili: in questo senso diventa importante il rapporto tra scienziato e decisore pubblico. La supposta neutralità tecnologica è infatti un classico espediente per eludere il problema dell'accountability democratica del decisore. Anche per queste ragioni, alcuni “pregiudizi” sottostanti agli algoritmi non possono mai del tutto essere rimossi, anche perché non è detto che siano esplicitati, e non necessariamente per dolo, ma generalmente per inconsapevolezza: come effetto, vengono replicati i valori dei cd. scienziati dei dati, con il rischio di perpetuare visioni della società frutto di stereotipi e pregiudizi».

³⁶ Si tratta dei software Risk-net, vers. 2.1 e vers. 3.1 sviluppati da RECONnet – Rete Nazionale sulla gestione e la Bonifica dei Siti Contaminati con l'obiettivo di fornire uno strumento che ricalchi la procedura APAT-ISPRA di Analisi di Rischio (“Criteri metodologici l'applicazione dell'analisi assoluta di rischio ai siti contaminati”; APAT 2008) in accordo con quanto previsto dalla normativa italiana (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4).

³⁷ Tra gli studiosi di diritto amministrativo il tema della prevedibilità delle scelte è stato affrontato in numerosissimi saggi tra di essi si può segnalare: A. Police, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697; M. Immordino, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004. Evidenza, ad esempio, che la produzione di certezze costituisce una delle funzioni fondanti dei pubblici poteri: A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, Cedam, 2003, 396.

senz'altro costituire un elemento a favore dell'uso dell'IA nell'ambito dell'attività amministrativa.

Nella stessa linea potrebbe giocare il clima generale di sospetto e di sfiducia nella pubblica amministrazione: dato che il funzionario pubblico nell'immaginario collettivo è tendenzialmente soggetto a pressioni esterne, potrebbe sostenersi facilmente che la sua sostituzione con una macchina potrebbe diminuire, se non addirittura in alcuni casi azzerare, il fenomeno della corruzione.

5. La prima criticità: il diritto alla riservatezza

La lavorazione dei big data da parte dell'IA al fine di pervenire ad una decisione robotica si deve confrontare, però, con un primo grande problema che è quello della riservatezza³⁸.

Ed infatti perché la previsione sia il più possibile precisa occorre disporre e lavorare un'enorme quantità di dati: se non si richiede il consenso degli interessati (come ad esempio avviene a Singapore) ovviamente la quantità di dati a disposizione delle amministrazioni sarà massima e maggio-

³⁸ In generale sul tema della riservatezza S. Calzolaio, *Protezione dei dati personali (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, Utet, 2017, 594 ss.; Id., *Privacy by design. Principi dinamiche ambizioni del nuovo Reg. UE 2016/679*, in *federalismi.it*. Sui rapporti tra trasparenza e riservatezza cfr. B. Carotti, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 625; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121; M.C. D'ariento, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.gs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 123; F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2015, 483; *Il big bang della trasparenza*, a cura di G. Vesperini, 2015; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 213; M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2015, 63; S. Vaccari, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. n. 33/2013*, in *Dir. econ.*, 2015, 151; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2014, 563; *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione. Atti del convegno di Varenna*, Milano, Giuffrè, 2014, 59; F. Manganaro, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove autonomie*, 2014, 553; I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedraza Gorlero*, II, *La libertà d'informazione e la democrazia costituzionale*, ESI, 2014, 429 ss.; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi*, 2013, n. 8; cfr: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino, Giappichelli, 2018; Id., *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali*, I e II, Torino, Giappichelli, 2016; *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, Zanichelli, 2017.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

re sarà la capacità predittiva; se invece si richiede il consenso, l'insieme dei dati consentirà più difficilmente di svolgere l'analisi predittiva.

Si tratta di trovare il bilanciamento giusto e al riguardo il diritto europeo si è pronunciato con il reg. Ue n. 679/2016, c.d. GDPR (General Data Protection Regulation), entrato in vigore il 25 maggio 2018, con cui si potrebbe dire si dà un colpo al cerchio e uno alla botte ai due interessi coinvolti del buon andamento e della tutela della riservatezza³⁹.

Si prevede che l'accesso ai dati in possesso di altre amministrazioni debba avvenire sempre sulla base di richieste scritte, motivate, occasionali, non possa riguardare un intero archivio o condurre all'interconnessione di archivi.

Il reg. Ue n. 679/2016 o GDPR relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati abroga la dir. 95/46/Ce (regolamento generale sulla protezione dei dati) e, di conseguenza, sostituisce il codice privacy italiano (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)⁴⁰.

Il principio espresso dalla normativa europea per le p.a., in particolare nei considerando 31, 111, 154, 47 non è quello della interconnessione sempre e dovunque tra le p.a. ma quello della interconnessione prevista solo per specifici casi o per specifiche funzioni.

Nel considerando 71 è enunciato il principio secondo il quale l'interessato «dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

In particolare ci si sofferma sulla “profilazione”, ossia sul trattamento automatizzato che valuta aspetti personali, «al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la

³⁹ Dei rapporti tra big data e decisione amministrativa si occupa un'indagine conoscitiva avviata da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (ACCOM) e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali (Garante della privacy), che si è concentrata in particolare sui profili della concorrenza e della riservatezza.

⁴⁰ Il d.lgs. n. 196/2003 “Codice in materia di protezione dei dati personali” detto anche “Testo unico sulla Privacy” è la normativa entrata in vigore dal 1° gennaio 2004, ampliando il percorso legislativo compiuto dall'Italia in materia di dati personali a partire dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675. Con tale Codice si è stabilito che ciascun soggetto (professionista, azienda, ente, associazione, ecc.) che tratti i dati personali di persone fisiche terze debba adottare misure tecniche e obblighi (misure minime) a garanzia di standard di sicurezza minimi.

salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

A seconda delle circostanze e del contesto, ci si raccomanda affinché siano adottate procedure matematiche o statistiche appropriate, e siano garantite la rettifica delle inesattezze dei dati, la minimizzazione del rischio di errori, la sicurezza dei dati e l'insussistenza di fenomeni di discriminazione.

Nell'art. 5 del regolamento GDPR si prevede, nel rispetto del principio della minimizzazione dei dati, che i dati personali siano raccolti e trattati per finalità determinate, esplicite e legittime, e che siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità.

Nell'art. 6 dello stesso si afferma però che sia lecito il trattamento dei dati necessario per adempiere un obbligo legale o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri: si rende così possibile il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati raccolti senza consenso dell'interessato e senza atto legislativo, ma il trattamento deve essere compatibile con la finalità originaria (tenendo conto dei nessi tra le finalità, del contesto, della natura dei dati, delle possibili conseguenze, delle garanzie offerte).

Si noti che, in base all'art. 9, è possibile trattare anche dati c.d. sensibili o super sensibili per motivi di interesse pubblico rilevante, purché il trattamento sia proporzionato alla finalità, rispetti l'essenza del diritto alla protezione dei dati e preveda misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato, ma anche se il trattamento sia necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali, nel caso di protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici.

Se i dati non siano stati ottenuti presso l'interessato, l'informazione allo stesso, anche relativa all'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione e informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento non si applicano se e nella misura in cui comunicare tali informazioni risulti impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato, qualora l'ottenimento o la comunicazione siano espressamente previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro che prevede misure appropriate per tutelare gli interessi legittimi dell'interessato; oppure qualora i dati

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

personali debbano rimanere riservati conformemente a un obbligo di segreto professionale.

Come è stato esattamente rilevato⁴¹ i primi atti successivi al Regolamento, quali la dir. 2016/680/Ue, relativa al trattamento dei dati personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la dir. 2016/681/Ue, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (Passenger Name Record, PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi hanno messo a dura prova la nuova disciplina rispetto all'esigenza di lotta al crimine e alla normazione di altri ordinamenti.

Al riguardo il Garante europeo per la protezione dei dati personali ha significativamente osservato in data 14 marzo 2017 che «la direttiva trasforma tutti noi in sospettati. I dati verranno analizzati in base ad algoritmi di cui non conosciamo il funzionamento. Tutti saranno schedati, anche coloro che non hanno nulla a che fare con la prevenzione di reati. L'Europa getta così una rete in termini troppo larghi. Abbiamo dubbi sul fatto che la proporzionalità sia stata rispettata al cento per cento».

6. La seconda criticità: l'opacità della decisione

La decisione amministrativa robotica ha due grandi difetti: non consente a chi debba sindacarne la legittimità di ricostruirne l'iter logico giuridico e viola il principio di trasparenza⁴².

Tali due difetti vengono comunemente sintetizzati nel concetto di opacità della decisione che è aggravata dal fatto che molti prodotti predittivi vengono sviluppati da aziende private dal momento che le amministrazioni, sempre più spesso, non hanno competenze e mezzi per generare e gestire modelli di previsione per l'allocazione di servizi pubblici rilevanti.

Come è stato esattamente rilevato il rischio, in queste ipotesi, è che i soggetti pubblici rimangano all'oscuro dello sviluppo e dell'implementazione di questi modelli e che addirittura alle richieste delle amministrazioni si possa opporre l'eccezione di segretezza industriale⁴³.

Si potrebbe dire che la decisione amministrativa robotica di per sé violi

⁴¹ F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, cit.

⁴² Sul tema si veda F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 28 agosto 2018, 5.

⁴³ F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, cit., 53.

innanzitutto il dovere di motivazione del provvedimento amministrativo dal momento che in essa non si evincono né le ragioni giuridiche né i presupposti di fatto di tale decisione: così ad esempio viene riportato l'esempio del licenziamento di una serie di professori negli USA sulla base dei test sostenuti dagli studenti in cui l'algoritmo non consentiva agli insegnanti di comprendere le ragioni di tale provvedimento.

Allo stesso modo la decisione robotica viola anche il principio di trasparenza e quello di pubblicità che sono diventati uno delle linee di evoluzione trainante della legislazione dell'ultimo ventennio.

In un caso si era posto il problema se fosse legittimo accedere all'algoritmo del programma impiegato dal MIUR per lo svolgimento del procedimento relativo al trasferimento interprovinciale del personale docente.

Il giudice di primo grado aveva affermato la piena legittimità della scelta (discrezionale) dell'amministrazione di gestire il procedimento attraverso un «atto ad elaborazione elettronica» in cui «l'elaborazione del contenuto dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all'atto amministrativo conclusivo. Nella predetta fattispecie è l'elaborazione stessa del contenuto dell'atto che si svolge elettronicamente, elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione. Il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale»⁴⁴.

In altro caso si può richiamare la recente sentenza con cui il Consiglio di Stato ha confermato una decisione del giudice di primo grado modificandone la motivazione.

Mentre il giudice di primo grado aveva ritenuto che la decisione robotica non fosse legittima perché era stato completamente pretermesso il contributo dell'uomo, per il Consiglio di Stato il problema non è tanto questo⁴⁵ quanto piuttosto che la decisione algoritmica non è comprensibile nella sua motivazione e per questo va annullata.

⁴⁴ TAR, Lazio, Roma, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

⁴⁵ Per il giudice di appello «l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica».

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

Ed infatti per il Consiglio di Stato «l'utilizzo di procedure “robotizzate” non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa»⁴⁶.

Più di recente il giudice amministrativo di primo grado ha confermato l'orientamento per il quale la decisione robotica va dichiarata illegittima quando non se ne può ricostruire la motivazione ritenendo che: «ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale»⁴⁷.

Conseguentemente «“la caratterizzazione multidisciplinare” dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata

⁴⁶ Per il giudice di Palazzo Spada «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva. Questa regola algoritmica, quindi: possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.; non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale; vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo ex ante di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di deep learning); deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente affermato – sia il giudice a “dover svolgere, per la prima volta sul piano ‘umano’, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”, con la conseguenza che la decisione robotizzata “impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti”. In definitiva, dunque, l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un “atto amministrativo informatico».

⁴⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 10 settembre 2019, n. 10964 (che a sua volta richiama TAR Lazio, Roma, n. 9924/2018).

da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice».

La regola algoritmica, quindi, deve essere soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo e tale esigenza risponde alla necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato «ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica»⁴⁸.

Il giudice deve quindi poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della “regola” che governa l’algoritmo, di cui si è ampiamente detto.

7. La “povertà” di risorse dell’amministrazione italiana di fronte agli algoritmi

Una delle tentazioni riscontrabili nel diritto positivo degli ultimi decenni è quella di voler realizzare riforme applicando la c.d. clausola di invarianza finanziaria.

Ci si dimentica che le riforme camminano sulle gambe delle persone o più tecnicamente delle istituzioni, che per realizzarle occorra “pagare qualcosa” e ci si illude che l’aver inserito una prescrizione in un testo normativo possa, quasi miracolosamente, conseguire il risultato auspicato.

Mentre negli USA quando si è deciso di attuare il FOIA (Freedom of information act) si sono assunti circa quattromila funzionari a tempo pieno per una spesa annuale di cinquecento milioni di dollari⁴⁹, nel nostro Paese si è deciso di attuare il principio di trasparenza senza investire alcun tipo di risorsa. Quando in Cina si è deciso di attuare una seria politica ambientale

⁴⁸ «Solo in questo modo – sempre per il Consiglio di Stato – è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull’esercizio del potere con modalità tradizionali. In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell’algoritmo medesimo».

⁴⁹ L. Carbonara, *La difficoltà di decidere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 7.

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

si sono assunti a Pechino settantamila educatori ambientali, da noi si decide di attuare i principi dell'economia circolare a costo zero.

In altre parole l'aspetto organizzativo, ossia ciò che attiene alle strutture, agli uomini che realizzeranno le riforme non appare un aspetto secondario ma anzi ciò che maggiormente deve essere valutato.

E la riprova del fatto che ciò non sia avvenuto in materia di digitalizzazione della p.a. lo conferma il fatto che dal punto di vista organizzativo il governo del settore non abbia trovato una chiara, e soprattutto stabile, sistemazione⁵⁰: prima di chiedersi cosa fare ci si sarebbe dovuti porre il problema di chi lo fa e con quali fondi.

Ecco dunque perché per fare una “predizione” sulle possibilità di sviluppo della decisione robotica si ritiene si debba far riferimento ad alcuni dati di contesto riferiti alla realtà dell'amministrazione italiana per lo meno per come si presenta nel 2019.

Un primo luogo comune da sfatare, al riguardo, è che i dipendenti pubblici in Italia siano troppi: si tratta di errore dal momento che il numero dei dipendenti pubblici in Italia, di circa 3.200.000 (più di un terzo nella scuola e una gran parte nella sanità)⁵¹ è in valori assoluti considerevolmente più basso di quello di altri paesi a noi paragonabili come la Francia e la Germania (rispettivamente circa 5.500.000⁵² e 6.500.000⁵³).

Ma se anche lo rapportiamo alla popolazione dei tre paesi abbiamo i seguenti valori percentuali in Italia cinque persone su cento sono impiegate nella p.a.; mentre in Francia e Germania otto persone su cento sono impiegate nella p.a.: questo significa che per portare i numeri dei nostri dipendenti pubblici allo stesso livello di quello di questi due paesi dovrebbero essere assunte più di 1.500.000 persone ossia i dipendenti pubblici dovrebbero cre-

⁵⁰ Sia sufficiente far riferimento al continuo mutamento di denominazione, funzioni e collocamento istituzionale dell'autorità di riferimento: dall'AIPDA, istituita nel 1993, al CNIPA, collocato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, del 2003, a DigitPA del 2009, all'attuale Agenzia per l'Italia digitale (AGID), istituita nel 2012. La stessa natura giuridica è stata a lungo discussa: l'AIPDA era immaginata come un ente a metà tra l'autorità indipendente e un'agenzia, ma l'indipendenza è stata poi minata dalla collocazione del CNIPA presso la Presidenza del Consiglio, e all'attuale istituzione ora è riconosciuta esplicitamente, e dal punto di vista sistematico più correttamente, la natura di agenzia governativa, quindi sottoposta ai principi del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300: cfr. F. Costantino, *Informatizzazione della p.a.*, cit.

⁵¹ Fonte: Conto Generale della Ragioneria dello Stato, 2018.

⁵² Fonte: *Eurostat Statistic Explained, Archive:Public employment – France*, aggiornato al 2018.

⁵³ Fonte: *Eurostat Statistic Explained, Archive:Public employment – Germany*, aggiornato al 2016.

scere di più del 50% (si noti che tra i dipendenti nel nostro paese il numero dei dipendenti dei ministeri è di circa 145.000 persone⁵⁴).

Ecco dunque la prima sorpresa: gli impiegati pubblici in Italia sono pochi e questo è il primo dato che va tenuto presente quando si parla di riforme amministrative complesse come quelle del passaggio all'intelligenza artificiale nella decisione amministrativa.

Ma vi è anche un secondo dato, in qualche modo ancora più rilevante del primo, quello per il quale l'età media dei dipendenti pubblici nel nostro paese è di cinquantadue anni.

Mettendo a confronto tale dato con quello relativo agli impiegati di altri paesi si vede innanzitutto come la nostra amministrazione sia la più vecchia in Europa e questo non fa ben sperare pensando che, per affrontare queste tematiche di carattere innovativo, occorrono risorse dalle menti giovani e elastiche⁵⁵.

Ciò significa che con gli attuali trend di assunzione nei pubblici concorsi (che si sono ridotti enormemente per motivi di bilancio), se si continua come ora, nell'arco di una quindicina di anni dell'amministrazione italiana non resterà più nulla.

Questi dati dovrebbero essere sempre tenuti presenti, come sullo sfondo, nel descrivere il perché, le motivazioni di fondo delle riforme a cui stiamo assistendo negli ultimi anni come quello delle liberalizzazioni (ad esempio, il *favor* per l'uso della SCIA) o dello sviluppo dell'uso del silenzio assenso senza dimenticare ovviamente che un'altra importante concausa è costituita dal fatto che le amministrazioni, per quello che si definisce il fenomeno dell'amministrazione difensiva⁵⁶, tendono a favorire tutte quelle riforme che eliminano la decisione o la discrezionalità.

⁵⁴ Dato rilevato al 24 aprile 2019: Fonte *Eurostat*.

⁵⁵ Purtroppo, invece, nel nostro Paese le questioni che riguardano la digitalizzazione vengono affrontate da generazioni che si sono formate in contesti tecnologicamente completamente diversi (da piccoli non avevamo i telefonini, internet) e che tendono ad affacciarsi alla pensione.

⁵⁶ Il termine amministrazione difensiva viene dal settore medico in cui si definisce medicina difensiva quella per la quale il medico per non incorrere in responsabilità tende a modificare la sua azione in senso positivo (ad esempio prescrivendo analisi, come radiografie, che non sarebbero strettamente necessarie e che possono danneggiare la salute del paziente oltre che comportare extracosti per l'erario) o in senso negativo (ad esempio rifiutandosi di intervenire in casi in cui le percentuali di successo siano basse).

Uno degli episodi più antichi risale al IV secolo a.C. ed è riportato da Curzio Rufo nelle *Historie Alexandri Magni*: l'autore narra che Alessandro, gravemente ferito in battaglia, non riuscì a trovare alcun medico disponibile ad intervenire per asportare la freccia che si era conficcata nel suo corpo, sino a quando lo stesso, conscio della gravità della lesione e delle ra-

big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse

In un contesto infatti in cui i dipendenti pubblici nel nostro paese tendono a non decidere per non assumersi responsabilità di fronte alla procura sia della Repubblica che della Corte dei Conti si crede che l'utilizzo di macchine che sostituiscano e annullino la loro discrezionalità e la loro responsabilità possa trovare facile sviluppo.

Si può allora concludere che questa “povertà” di risorse amministrative crei spinte e contropinte in ordine all'uso della decisione robotica o del *government by data*: da una parte l'età avanzata dei dipendenti pubblici sembra essere un freno per lo sviluppo dell'applicazione dell'analisi predittiva all'attività amministrativa; dall'altra parte la necessità di rispettare i vincoli di bilancio e l'amministrazione difensiva potrebbero dare impulso allo sviluppo dell'amministrazione robotica.

Se prevarranno le spinte o le contropinte e se dunque si andrà o meno nel senso della decisione robotica sarà solo il tempo a dircelo: ma non si crede che dovremo aspettare molto per saperlo data la rapidità con cui si sono verificati sinora i mutamenti.

Abstract

This paper focuses on the possible use of big data through artificial intelligence by the Italian administration. First of all, it is considered that the achievement of predictive analysis constitutes the result of two previous steps: “digitalisation” and “data interconnection”. The article takes into account the primary regulatory provisions on the subject and the leading administrative case-law. The main sectors in which predictive analysis has been so far applied, especially abroad, are highlighted. The main advantages of the robotic decision making are mentioned (cost control, speed, impartiality, neutrality, certainty) as well as the critical points represented by opacity and relations with the protection of confidentiality. It is concluded that the ageing of civil servants in Italy and the Italian habit of making reforms without providing for economic investments may slow down the development process of the use of big data through artificial intelligence by the Italian administration.

gioni per le quali i chirurghi erano tanto restii a intervenire, promise saggiamente l'impunità a tal Critobulo, che infine lo operò: G. Guerra, *La ‘medicina difensiva’: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto*, 2013.

Tra gli autori che se ne sono occupati in campo amministrativo G. Corso, *Sfiducia, fiducia e giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017.



ARTICOLI

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

I RIFIUTI DI APPARECCHIATURE ELETTRICHE ED ELETTRONICHE (RAEE) TRA OBIETTIVI EUROPEI E MODELLISTICA

SOMMARIO: 1. L'oggetto della disciplina nell'ambito della politica ambientale europea. – 2. I principi di riferimento. – 3. La scelta del modello di raccolta e la fitta rete di soggetti, pubblici e privati, coinvolti. – 4. L'entità del fenomeno regolato dal d.lgs. n. 49/2014 e gli obiettivi europei di raccolta. – 5. Prospettive e possibilità (per ora) mancate.

1. L'oggetto della disciplina nell'ambito della politica ambientale europea

Nel contesto delle normative, di derivazione eurounitaria, che disciplinano il variegato settore della raccolta e del trattamento dei rifiuti all'interno della prospettiva della tutela dell'ambiente, un posto di rilievo crescente, che ancora non sembra aver suscitato un particolare interesse nella dottrina giuridica¹, è ricoperto dai c.d. RAEE, acronimo che indica i Rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche. Si tratta di un terreno di intervento delle politiche ambientali e di trattamento dei rifiuti che, senza esagerazione, può essere definito strategico. Una lavorazione avanzata di questa tipologia di rifiuti, infatti, consente al contempo di gestire una significativa categoria di materiali pericolosi per l'ambiente e l'uomo (si pensi a sostanze tossiche e velenose come i clorofluorocarburi, il piombo, il mercurio e così via) e di ottenere allo stesso tempo materie prime rivendibili e riutilizzabili anche di

¹ Rispetto alla disciplina previgente si può richiamare P. Colombo, *Il principio di responsabilità del produttore nella gestione dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche*, in *Dir. econ.*, 2007, 419 ss. Ulteriori, comunque sporadici, contributi di taglio giuridico verranno segnalati a mano a mano laddove di interesse. Non risulta, in ogni caso, una trattazione organica della disciplina italiana. Al tema sono state dedicati alcuni manuali, di natura prettamente tecnica: V. Belgiorno e A. Cesaro, *Il sistema operativo di gestione dei RAEE. Gestione dei rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche*, Palermo, Dario Flaccovio Editore, 2014; B. Albertazzi e P. Paoli, *Guida alla gestione dei RAEE, delle pile e dei centri di raccolta*, Assago, Ipsoa, 2011.

pregio (quali l'oro e le terre rare, per citare due casi di particolare valore) all'interno del mercato delle cosiddette materie prime secondarie.

Come evidenziato nella letteratura tecnica², nel corso degli ultimi decenni la produzione di rifiuti di questo tipo è aumentata fondamentalmente per due serie di ragioni: *a*) la riduzione dei cicli di vita delle apparecchiature, determinata dall'obsolescenza tecnologica e dalla crescente rapidità dei cicli di innovazione dei prodotti; *b*) l'aumento tendenziale dei consumi di tali apparecchiature, derivante dalla riduzione del loro costo e dalla diffusione globale di questi prodotti. A tali fattori può essere aggiunta altresì una circostanza facilmente percepibile da qualunque osservatore anche non specializzato, vale a dire la scarsa propensione, o comunque la difficoltà intrinseca, all'esecuzione di attività di riparazione o di sostituzione di singole componenti delle apparecchiature parzialmente danneggiate da parte del consumatore medio, senza dimenticare, tuttavia, l'esistenza del noto fenomeno della cosiddetta obsolescenza programmata.

L'entità del fenomeno di cui si tratta è tutt'altro che trascurabile. Dal punto di vista quantitativo, a livello mondiale, secondo una delle rilevazioni globali più autorevoli, la produzione di rifiuti elettronici nel 2019 è stata stimata in 53,6 milioni di tonnellate, per una media di 7,3 kg a persona³. In prospettiva, secondo lo United Nations Institute for Training and Research, nel 2030 verranno prodotte 74,7 milioni di tonnellate di RAEE. È evidente, dunque, l'importanza di efficaci meccanismi di recupero di tali rifiuti, che, nel 2019, hanno coinvolto però soltanto il 17,4% del totale prodotto (con l'Europa che si distacca come prima zona a livello globale per trattamento di tali rifiuti, potendo vantare un tasso di raccolta e recupero pari al 42,5%). Sempre secondo le stime di tale ricerca, il valore delle materie prime comprese nei rifiuti in questione è valutabile intorno ai 57 miliardi di dollari.

L'entità crescente del fenomeno, che probabilmente subirà un parziale rallentamento nella sua traiettoria con il calo dei consumi derivante dalla pandemia mondiale di Covid-19, ha reso necessari interventi di ampia portata e di natura sistemica secondo la logica che, nella letteratura internazionale, va sotto l'etichetta della *reverse supply chain*, rientrando in quell'insieme di attività necessarie affinché un prodotto utilizzato da un consumatore che non può più farne uso o comunque ritiene di doversene disfare ritorni al

² G. Aliberti e R. Passaro, *Reverse supply chain e sostenibilità nel ciclo di gestione dei RAEE*, in *Logistica Management*, 2015, 51.

³ Cfr. V. Forti, C.P. Baldé, R. Kuehr e G. Bel, *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows and the circular economy potential*, United Nations University – United Nations Institute for Training and Research, 2020, consultabile al seguente indirizzo web: [ewastemonitor.info/wp-content/uploads/2020/07/GEM_2020_def_july1_low.pdf#](https://www.ewastemonitor.info/wp-content/uploads/2020/07/GEM_2020_def_july1_low.pdf#).

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

punto di origine in modo da poter essere nuovamente valorizzato in vista di recupero o riutilizzo⁴.

I punti di riferimento attuali, in materia, sono rappresentati, sotto il profilo della disciplina UE, dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/19/UE («sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche RAEE») e, sotto il profilo nazionale, dal d.lgs. 14 marzo 2014, n. 49, di attuazione della stessa direttiva⁵, a sua volta oggetto di una vasta disciplina ministeriale di natura applicativa⁶.

Storicamente, tuttavia, la disciplina in esame ha un'origine più risalente, riconducibile alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/96/CE (oggi abrogata) la quale, per la prima volta, introdusse nell'ordinamento europeo una disciplina specificatamente volta a recare «misure miranti in via prioritaria a prevenire la produzione di rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) ed inoltre al loro reimpiego, riciclaggio e ad altre forme di recupero in modo da ridurre il volume dei rifiuti da smaltire» nonché per «migliorare il funzionamento dal punto di vista ambientale di tutti gli operatori che intervengono nel ciclo di vita delle Aee, quali ad esempio produttori, distributori e consumatori, in particolare

⁴ Sul fenomeno in questione, esaminato con riferimento ai RAEE, si veda W.H. Tsai e S.J. Hung *Treatment and recycling system optimisation with activity-based costing in WEEE reverse logistics management: an environmental supply chain perspective*, 47 *International Journal of Production Research* 5391 (2009).

⁵ Tale decreto, da ultimo, è stato fatto oggetto di modifiche tramite la l. 3 maggio 2019, n. 37 (legge europea 2018). Più avanti (*infra* par. 5) si darà conto di ulteriori interventi di recente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

⁶ Attualmente (novembre 2020), sono stati emanati il d.m. 31 maggio 2016, n. 121 («Regolamento recante modalità semplificate per lo svolgimento delle attività di ritiro gratuito da parte dei distributori di rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) di piccolissime dimensioni, nonché requisiti tecnici per lo svolgimento del deposito preliminare alla raccolta presso i distributori e per il trasporto»), il d.m. 10 giugno 2016, n. 140 («Regolamento recante criteri e modalità per favorire la progettazione e la produzione ecocompatibili di AEE»), il d.m. 17 giugno 2016 («Tariffe per la copertura degli oneri derivanti dal sistema di gestione dei rifiuti delle apparecchiature elettriche ed elettroniche»), il d.m. 25 luglio 2016 («Misure volte a promuovere lo sviluppo di nuove tecnologie per il trattamento e il riciclaggio dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche»), il d.m. 9 marzo 2017, n. 68 («Regolamento concernente le modalità di prestazione delle garanzie finanziarie da parte dei produttori di apparecchiature elettriche ed elettroniche») e il d.m. 13 dicembre 2017, n. 235 («Regolamento recante approvazione dello statuto-tipo dei consorzi per la gestione dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE)'). Tra le fonti di diritto del "sistema RAEE" va pure considerata la del. 28 settembre 2016, n. 1 («Deliberazione del Comitato sulla metodologia di calcolo delle quote di mercato dei produttori di apparecchiature elettriche ed elettroniche').

quegli operatori direttamente collegati al trattamento dei rifiuti delle stesse» (art. 1). L'ambiziosa prospettiva della direttiva del 2002, a sua volta, era stata fatta oggetto di recepimento nell'ordinamento italiano tramite il d.lgs. 25 luglio 2005, n. 151, primo caso di legislazione statale dedicata ai RAEE in quanto tali.

Trattandosi di una fattispecie di creazione normativa, è essenziale circoscrivere l'ambito di applicazione, a geometria, per così dire, cronologicamente variabile: fino al 14 agosto 2018, infatti, il d.lgs. n. 49/2014 è stato applicabile alle dieci categorie di apparecchiature elettriche ed elettroniche (AEE) di cui all'Allegato I, così come esemplificate all'Allegato II. Dal 15 agosto 2018 in avanti, invece, l'ambito dei RAEE è stato ripartito secondo una nuova collocazione prevista dall'Allegato III (da leggere anch'esso unitamente a un ulteriore elenco, contenuto all'Allegato IV, meramente esemplificativo), comprendente sei categorie fondamentali: apparecchiature per lo scambio di temperatura; schermi, monitor ed apparecchiature dotati di schermi con superficie superiore a 100 cm²; lampade; apparecchiature di grandi dimensioni (con almeno una dimensione esterna superiore a 50 cm)⁷; apparecchiature di piccole dimensioni (con nessuna dimensione esterna superiore a 50 cm)⁸ e piccole apparecchiature informatiche e per telecomunicazioni (con nessuna dimensione esterna superiore a 50 cm). La nuova ripartizione interviene a seguito dell'opera di riclassificazione illustrata dalla Commissione europea, con l'utilizzo di categorie aperte – non a caso si parla in letteratura di sistema *open scope* – utili a uniformare le precedenti diverse tassonomie prodotte dai singoli Stati membri⁹.

Sostanzialmente, quindi, i RAEE, sia nella prima classificazione sia nella seconda, rappresentano tutti quei rifiuti – cioè, ai sensi del testo unico ambientale, «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi» (art. 183, c. 1, lett. a), d.lgs. 14 aprile 2006, n. 152) – derivanti da un insieme di apparecchiature – le c.d.

⁷ A titolo esemplificativo: elettrodomestici, apparecchiature informatiche e per telecomunicazioni; apparecchiature di consumo; lampadari; apparecchiature per riprodurre suoni o immagini; apparecchiature musicali; strumenti elettrici ed elettronici; giocattoli e apparecchiature per il tempo libero e lo sport; dispositivi medici; strumenti di monitoraggio e di controllo; distributori automatici; apparecchiature per la generazione di corrente elettrica.

⁸ Sempre a titolo solo esemplificativo: elettrodomestici; apparecchiature di consumo; lampadari; apparecchiatura per riprodurre suoni o immagini; apparecchiature musicali; strumenti elettrici ed elettronici; giocattoli e apparecchiature per il tempo libero e lo sport; dispositivi medici; strumenti di monitoraggio e di controllo; distributori automatici; apparecchiatura per la generazione di corrente elettrica.

⁹ Sul punto vedi la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio COM(2017) 171 final del 18 aprile 2017.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

AEE – che, come carattere comune, dipendono per il proprio funzionamento dall’energia elettrica¹⁰.

Proprio la struttura temporalmente bifasica¹¹ della disciplina sui RAEE introdotta dal d.lgs. n. 49/2014 rende interessante svolgere una verifica sull’andamento dell’applicazione della normativa in questione, partendo da una sintetica panoramica del sistema vigente.

2. I principi di riferimento

Come sempre nel contesto della politica ambientale europea, la disciplina sui RAEE è costruita sulla base di alcuni principi a valenza assiologica, espressamente posti a cardine del sistema da parte del legislatore sovranazionale. Il primo, oramai diffusissimo, è quello del “chi inquina paga” (rientrante tra i principi fondanti la politica UE ai sensi dell’art. 191, par. 2, Tfeue), ben noto ormai sia in dottrina¹² che agli operatori. Il secondo, più caratteristico del settore dei RAEE (ma non solo), è il principio della “responsabilità estesa del produttore”, comportante l’obbligo per i produttori di prendersi carico anche della fase finale della vita dei prodotti commercializzati tramite l’assunzione dell’onere economico relativo al loro smaltimento e con la cura diretta del ritiro di tali prodotti. Si tratta di un principio talmente caratteristico della disciplina dei RAEE da essere stato introdotto nel 2002 (con la prima dir. RAEE, 2002/96/Ce), nell’ambito in questione, ancora prima di essere ripreso dalla dir. sui rifiuti 2008/98/Ce¹³ e, successivamente, dal legislatore

¹⁰ Ai sensi dell’art. 4, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 49/2014, più precisamente, le AEE sono le apparecchiature che dipendono, per un corretto funzionamento, da correnti elettriche o da campi elettromagnetici e le apparecchiature di generazione, trasferimento e misura di queste correnti e campi e progettate per essere usate con una tensione non superiore a 1000 volt per la corrente alternata e a 1500 volt per la corrente continua.

¹¹ I “due tempi” della disciplina italiana sono stati considerati, in dottrina, come l’elemento di novità più significativo della disciplina del d.lgs. n. 49/2014: A. Muratori, *Due decreti per il restyling della disciplina sui Raee*, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, 341 ss.

¹² Si veda, tra le monografie, il volume di G. Moschella e A.M. Citrigno, *Tutela dell’ambiente e principio “chi inquina paga”*, Milano, Giuffrè, 2014. Tra i contributi più recenti si segnala U. Salanitro, *Il principio “chi inquina paga”: “responsability” e “liability”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 33 ss.; M. Meli, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un’economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, 63 ss. Si consideri anche la ricognizione in M. Nunziata, *I principi europei di precauzione, prevenzione e “chi inquina paga”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 811 ss.

¹³ Art. 8, par. 1: «per rafforzare il riutilizzo, la prevenzione, il riciclaggio e l’altro recupero dei rifiuti, gli Stati membri possono adottare misure legislative o non legislative volte ad assicurare che qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi,

italiano¹⁴. Sulla base di questo secondo asse, in capo ai produttori, e non sulla collettività nel suo complesso, il legislatore ha posto una serie di obiettivi minimi di recupero e di riciclaggio, rinvenibili all'Allegato V del d.lgs. n. 49/2014 e monitorati dall'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), che, tra i vari compiti nel sistema RAEE, ha quello di assicurare la verifica del raggiungimento dei *targets* di recupero e riciclaggio.

Un ulteriore principio, questo invece esclusivo della disciplina dei RAEE, è quello del cosiddetto “uno contro uno” (*one-to-one*), secondo cui è possibile per i consumatori consegnare senza alcuna spesa i propri RAEE ai distributori acquistando un'AEE di caratteristiche equivalenti (art. 11, c. 1, d.lgs. n. 49/2014). Con la nuova direttiva del 2012, tuttavia, a tale principio si è affiancato, senza sostituirlo integralmente, anche quello “uno contro zero”, che obbliga i distributori con superficie di vendita di AEE al dettaglio di almeno 400 m² a «effettuare la raccolta a titolo gratuito dei Raee provenienti dai nuclei domestici di piccolissime dimensioni conferiti dagli utilizzatori finali, senza obbligo di acquisto di Aee di tipo equivalente» (art. 11, c. 3), dunque a prescindere dall'intenzione del consumatore di acquistare una nuova AEE¹⁵.

È di un certo interesse segnalare, a questo proposito, che la nozione di distributori, in questo ambito, va intesa in senso particolarmente ampio. In tempi di forte crescita del fenomeno dell'*e-commerce*, opportunamente è stato

trasformi, tratti, venda o importi prodotti (produttore del prodotto) sia soggetto ad una responsabilità estesa del produttore.

Tali misure possono includere l'accettazione dei prodotti restituiti e dei rifiuti che restano dopo l'utilizzo di tali prodotti, nonché la successiva gestione dei rifiuti e la responsabilità finanziaria per tali attività. Tali misure possono includere l'obbligo di mettere a disposizione del pubblico informazioni relative alla misura in cui il prodotto è riutilizzabile e riciclabile».

¹⁴ Vedi, in particolare, l'art. 178-*bis*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dal d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 (di recepimento della direttiva indicata nel corpo del testo).

¹⁵ Per la disciplina di dettaglio sui RAEE di piccolissime dimensioni si applica il d.m. 31 maggio 2016, n. 121. Va richiamata pure, circa l'importante ruolo dei distributori nei meccanismi per aumentare la raccolta dei RAEE, l'esistenza di un Accordo di programma, ex art. 16, c. 2, d.lgs. n. 49/2014, tra le associazioni di categorie della distribuzione, della raccolta e dei produttori, insieme all'ANCI e al Centro di Coordinamento RAEE per la definizione delle condizioni generali di raccolta e gestione dei RAEE (datato 17 luglio 2015, poi periodicamente rinnovato). L'Accordo in questione, peraltro, è di ulteriore interesse per le sue previsioni circa il c.d. premio di efficienza, riconosciuto ai centri di raccolta sottoscrittori ed erogato dai sistemi collettivi in caso di raggiungimento di una soglia minima di buona operatività data dal rapporto tonnellate/ritiro. Nel 2019 i premi erogati sono valsi un ammontare di 20.264,665 di euro (fonte: Centro di Coordinamento RAEE, *Rapporto annuale. Ritiro e trattamento dei rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche in Italia – 2019*, aprile 2020, consultabile al seguente indirizzo web: www.raeeitalia.it/assets/uploads/rapporto-annuale-2019.pdf).

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

previsto, benché vi siano dubbi sull'effettivo adempimento di tali obblighi, che anche i distributori «che effettuano la vendita mediante tecniche di comunicazione a distanza, comprese la televendita e la vendita elettronica» (art. 22, c. 1) si premurino di indicare i luoghi dove conferire gratuitamente i RAEE equivalenti, secondo il principio “uno contro uno” e quelli sottoposti al regime ancor più vantaggioso per il consumatore del ritiro «presso lo stesso luogo di consegna» (art. 22, c. 1, lett. *b*).

Anche sotto il profilo del finanziamento della gestione dei RAEE sono particolarmente incisive, per quel che riguarda l'intervento sull'attività dei produttori, le disposizioni del d.lgs. n. 49/2014, che mettono il finanziamento delle operazioni di ritiro, trasporto, trattamento, recupero e smaltimento dei RAEE storici¹⁶ «a carico dei produttori presenti sul mercato nello stesso anno in cui si verificano i rispettivi costi, in proporzione alla rispettiva quota di mercato» (art. 23, c. 1) così come dei RAEE derivanti da AEE immessi sul mercato dopo il 13 agosto 2005, sempre in funzione della propria quota di mercato. Va segnalato, tuttavia, che almeno una parte dei costi di funzionamento del sistema RAEE sono traslati sui cittadini/consumatori, sia in ragione del pagamento delle imposte comunali sui rifiuti sia tramite il meccanismo di cui all'art. 8, c. 3, che consente ai produttori di «applicare sul prezzo di vendita» il contributo dovuto per adempiere agli obblighi sopra indicati «indicandolo separatamente nelle proprie fatture di vendita ai distributori».

3. La scelta del modello di raccolta e la fitta rete di soggetti, pubblici e privati, coinvolti

Nella prospettiva dell'intreccio tra soluzioni di tipo ingegneristico e diritto amministrativo, un ulteriore aspetto di peculiare interesse della disciplina in questione riguarda la compresenza di una molteplicità di attori pubblici e privati. Ripercorrendo il quadro normativo sono coinvolti: produttori di AEE; distributori di AEE; distributori al dettaglio; operatori degli impianti di trattamento, recupero e riciclaggio; sistemi individuali di gestione dei RAEE; sistemi collettivi di gestione dei RAEE; installatori e gestori dei centri di assistenza tecnica dei RAEE; associazioni di categoria rappresentative dei produttori; associazioni di categoria rappresentative delle imprese che effettuano la raccolta; consumatori; Centro di Coordinamento RAEE; Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATTM); Ministero

¹⁶ Si tratta di quei RAEE derivanti da AEE immessi sul mercato prima del 13 agosto 2005 (art. 4, c. 1, lett. *o*).

dello sviluppo economico; comuni; ANCI; ISPRA; Comitato di vigilanza e di controllo. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 118/2020, di cui si darà conto più avanti (*infra* par. 5) a questo lungo elenco va aggiunto anche il GSE.

In questa sede non è certo possibile descrivere analiticamente il ruolo di ciascuno di questi attori, ognuno oggetto di una specifica disciplina. Si evidenzia, però, la necessità di prevedere una forte disciplina precisa e razionale, imprescindibile per scongiurare i rischi di confusione che potrebbe essere ingenerata dall'intervento di tante categorie di operatori. È opportuno, allora, affrontare il tema del trattamento dei RAEE in chiave di modellistica.

La dir. 2012/19/UE, proseguendo l'approccio iniziato dalla direttiva precedente del 2002, continua a consentire agli Stati membri la possibilità di selezionare un proprio modello applicativo per l'adeguamento agli obblighi derivanti dalla stessa disciplina euromunitaria in materia di gestione dei RAEE. Fin dalla precedente dir. 2002/96/Ce, infatti, erano stati individuati due macro-modelli relativi all'adeguamento diffusi a livello degli Stati membri: il *National Collective Scheme* e il *Clearing House Model* così come chiamati in letteratura fin dai primi anni Duemila¹⁷.

In sintesi, secondo la prima formula, il modello si struttura attraverso l'operatività a livello nazionale di uno o più sistemi: ciascun sistema è incaricato di provvedere alla raccolta di tutti i RAEE (se vi è unico sistema) o di alcune categorie di essi senza alcuna concorrenza reciproca. Ogni sistema, dunque, provvederà alla raccolta di una o più categorie predeterminate di RAEE sull'intero territorio nazionale. I dati annuali sull'attività vengono poi trasmessi alle autorità ministeriali e, da questi, a quelle europee. Le singole imprese produttrici, tuttavia, possono organizzare un sistema individuale di raccolta limitato ai propri prodotti diventati rifiuti, dei quali dovranno curare il trattamento¹⁸.

Il diverso e più utilizzato *Clearing House Model*¹⁹, invece, si fonda su sistemi collettivi operanti sul territorio nazionale e posti reciprocamente

¹⁷ M. Savage, *Implementation of Waste Electric and Electronic Equipment Directive in EU 25*, Siviglia, Commissione europea – Institute for Prospective Technological Studies, 2006. Vedi anche, sempre sulla diversa modellistica nel contesto europeo, M. Dieste, A. Ferreira Viagi, R. Panizzolo e S. Biazzo, *A Comparison of Different Models for Collection of WEEE in Europe*, 8 *International Journal of Environmental Science and Development* (2017), 591.

¹⁸ Secondo la ricognizione contenuta in M. Dieste, *op. cit.*, il modello in questione è adottato da Belgio, Cipro, Grecia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Svezia e Ungheria (e Norvegia).

¹⁹ Sempre secondo la ricognizione contenuta in M. Dieste, *op. cit.*, il modello in questione è presente in Austria, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

in concorrenza: ciascun sistema collettivo, infatti, può trattare categorie di RAEE già ricadenti nell'ambito dell'attività di altri operatori senza alcuna preclusione. Ogni sistema, tenuto ad iscriversi in un apposito registro nazionale, si incarica della raccolta, del trasporto e del trattamento dei rifiuti. Pur presentandosi in varie configurazioni, il *Clearing House Model* prevede l'intervento di un soggetto imparziale con compiti di coordinamento tra i vari sistemi di raccolta e trattamento, come il Centro di Coordinamento RAEE italiano. Solo pochissimi Paesi²⁰, infine, adottano un modello puramente concorrenziale sprovvisto di forme di coordinamento.

Sulla base di analisi comparatistiche effettuate mettendo a raffronto alcune variabili rilevanti²¹, pare essere emersa una tendenziale superiorità del *Clearing House Model* sotto il profilo dell'efficienza logistica (costo complessivo per sostenere le attività di raccolta e smaltimento), del livello di concorrenza (assente nel modello alternativo) e di ottimizzazione; per quanto riguarda invece il livello di complessità del sistema e l'imparzialità (intesa come attitudine del modello a garantire un trasferimento equilibrato di volumi di RAEE tra produttori e sistemi collettivi), pare più efficace il *National Collective Scheme*. Per quel che riguarda, poi, l'efficacia complessiva del sistema, ai buoni risultati del modello monopolistico fanno da contrappunto le buone prestazioni di un sistema concorrenziale con un forte organismo di coordinamento. Rimane aperta, quindi, la discussione finale sulle prestazioni migliori in termini di efficienza complessiva, dovendosi considerare peraltro la possibile influenza di ulteriori elementi quali la dimensione geografica e demografica del singolo Paese e l'incidenza del traffico illegale di RAEE.

Già a partire dall'attuazione della prima direttiva RAEE con il d.lgs. n. 151/2005 il legislatore italiano aveva optato per l'adesione alla tipologia del *Clearing House Model*, nella variante che include il coordinamento, mettendo a punto, quindi, una disciplina orientata alla concorrenza vigilata. Tale sistema ha poi trovato conferma anche nel successivo e vigente d.lgs. n. 49/2014, che colloca in una posizione centrale il Centro di Coordinamento RAEE.

Lo spazio di concorrenza tenuto aperto dal modello italiano, peraltro, non è l'unico momento di differenziazione consentito dal d.lgs. n. 49/2014. I produttori, infatti, rimangono nella possibilità di stabilire, secondo valutazioni puramente industriali e commerciali di propria spettanza, se adempiere ai propri obblighi di organizzare la gestione dei RAEE e di conseguire gli obiettivi di recupero (specificati all'Allegato V) tramite l'impiego di propri sistemi (art. 9), peraltro di difficile e onerosa messa in opera, o facendo ri-

²⁰ Al momento in questa più limitata categoria rientra solo il caso Regno Unito.

²¹ Cfr. M. Dieste, *op. cit.*

corso a sistemi collettivi (art. 10), organizzati in forma di consorzi, costituiti secondo la disciplina codicistica (artt. 2602 ss.), senza fine di lucro e con uno statuto tassativamente modellato sul prototipo predisposto dai ministeri²². La forma consortile, per la gestione dei rifiuti, si inserisce nel solco di una preesistente tendenza della normativa italiana, che già vedeva operative altre tipologie di consorzi per rifiuti di natura diversa (nel settore degli imballaggi, delle plastiche e così via). Tramite l'adesione a uno dei vari sistemi collettivi operanti sul mercato italiano²³, evidentemente selezionati tra i numerosi produttori sulla base di proprie valutazioni di convenienza economica e di strutturazione della rete costruita da ciascun sistema collettivo, i produttori affidano al sistema selezionato, di cui viene dichiarata l'adesione al momento di iscrizione al Registro AEE²⁴, il compito di raggiungere gli obiettivi minimi di recupero e riciclaggio. Il modello individuale, pur originale rispetto al previgente sistema del 2005, non pare ad oggi aver incontrato particolare diffusione, anche, si ipotizza, in ragione dei già accennati non irrilevanti costi annessi alla messa in opera di un sistema tenuto a operare su tutto il territorio nazionale (art. 9, c. 1, lett. b) e con la dotazione di «apposite convenzioni con i soggetti responsabili della raccolta sull'intero territorio nazionale» (art. 9, c. 2, lett. b).

Ulteriore connotato portante del modello italiano è rappresentato dal ruolo del Centro di Coordinamento RAEE, consorzio di diritto privato «composto da tutti i sistemi collettivi di gestione dei Raee provenienti da nuclei domestici» (art. 33, c. 1) e, in via facoltativa, dai sistemi individuali di gestione dei RAEE domestici e da sistemi di entrambi i tipi di gestione dei RAEE professionali (art. 33, c. 2). Tra i numerosi compiti di questo attore del sistema, alcuni sono di notevole portata: garanzia del ritiro dei RAEE conferiti ai centri di raccolta locali; coordinamento dei sistemi collettivi in modo tale da raggiungere l'obiettivo del ritiro dei RAEE; assicurazione di risposte rapi-

²² Per un approfondimento della natura dei consorzi in questione si rimanda alla disamina svolta dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, rispetto allo schema di decreto interministeriale recante l'approvazione dello statuto-tipo dei consorzi in questione (parere n. 2710 del 22 dicembre 2016, preceduto dal parere interlocutorio n. 2058 del 7 ottobre 2016, consultabili al seguente indirizzo web www.giustizia-amministrativa.it/).

²³ Ad una consultazione del Registro AEE tenuto presso il MATTM risultano, al 31 agosto 2020, ventitré Sistemi Collettivi di Finanziamento iscritti al Registro AEE.

²⁴ Ciascun produttore, prima di iniziare ad operare nel territorio italiano, è tenuto ad iscriversi al Registro nazionale RAEE (art. 29, c. 2). Nel 2018 risultavano iscritti 7.682 produttori, con 32.264 apparecchiature (M. Botteri, *Nuove categorie e adempimenti per i produttori*, intervento all'incontro tecnico del 7 giugno 2018 «Cosa cambia nella gestione dei RAEE dal 15 agosto 2018», Roma – MATTM). È presumibile che il dato complessivo attuale non si discosti di molto da quello del 2018.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

de alle richieste provenienti dai centri di raccolta (con trasmissione di dati per via telematica); supporto al Comitato di Vigilanza per definire criteri di quantificazione delle quote di mercato, prodromici alla definizione degli obblighi in materia di raccolta RAEE; equa assegnazione dei RAEE pervenuti ai centri di raccolta ai sistemi collettivi; svolgimento del ruolo di rappresentante di tutti i sistemi collettivi presso gli altri attori del sistema.

Di carattere prettamente pubblico, invece, è l'intervento del Comitato di vigilanza e controllo sulla gestione dei RAEE e delle pile, degli accumulatori e relativi rifiuti²⁵, incaricato – presso il MATTM ove è operativo – di gestire il Registro nazionale RAEE, raccogliere i dati relativi ai prodotti AEE immessi sul mercato e definire i criteri di determinazione delle quote di mercato. I dati elaborati dal Comitato circa il peso di ciascun produttore di AEE, tuttavia, non sono pubblici e sono consultabili dagli stessi produttori presso il Registro nazionale RAEE.

A questo proposito, è utile ricordare che l'importanza delle quote di mercato rappresenta una peculiarità di un certo interesse della disciplina in questione. La definizione del peso dei sistemi collettivi, quantificato sulla base dei produttori rappresentati dagli stessi sistemi, nel mercato delle AEE per ciascun raggruppamento di RAEE rappresenta, infatti, il riferimento per misurare la soglia minima di rappresentatività dei sistemi collettivi, fissata al 3% (art. 10, c. 10-ter). D'altra parte, la quota di mercato dei singoli produttori è parametro sia per il finanziamento delle operazioni di gestione dei RAEE storici sia per la gestione dei RAEE immessi sul mercato dopo il 13 agosto 2005 (art. 23, c. 1 e 2).

4. L'entità del fenomeno regolato dal d.lgs. n. 49/2014 e gli obiettivi europei di raccolta

Alla relativa marginalità nella letteratura giuridica dei RAEE si contrappone il rilievo materiale dei quantitativi di RAEE coinvolti nei meccanismi disciplinati dal d.lgs. n. 49/2014, di cui si è già dato in precedenza (*supra* par. 1) atto per quanto riguarda la scala mondiale.

²⁵ Istituito inizialmente con d.m. del 25 settembre 2007 («Istituzione del Comitato di vigilanza e di controllo sulla gestione dei RAEE, ai sensi dell'articolo 15, c. 1, del D.Lgs. 25 luglio 2005, n. 151»), il Comitato, originariamente preposto ai soli RAEE, è stato poi ricostituito tramite decreto del 15 febbraio 2010 («Costituzione del Comitato di vigilanza e controllo sulla gestione dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche e sulla gestione delle pile e degli accumulatori») e con l'estensione delle sue prerogative al settore, per certi versi affine, delle pile e degli accumulatori.

Per venire al caso italiano, sulla base dell'ultimo Rapporto disponibile, relativo al 2019 e pubblicato nel 2020²⁶, il totale dei RAEE raccolti sul territorio nazionale nel corso dell'anno scorso corrisponde a 343.069 tonnellate, in crescita del 10,45% rispetto al raccolto dell'anno precedente e dunque in significativa tendenza positiva. Allo stesso modo, anche la raccolta media pro-capite è in aumento, per un quantitativo pari a 5,68 kg. Va considerato, peraltro, che il dato relativo alla raccolta dell'anno 2019 si riferisce per la prima volta a un'intera annualità sottoposta alla disciplina della fase "a regime" del d.lgs. n. 49/2014. Va ricordato, infatti, che dal 15 agosto 2018 è operativa la nuova categorizzazione delle AEE. Una crescita della raccolta, tra l'altro, era stata prevista dal Comitato di vigilanza e controllo presso il Ministero dell'ambiente²⁷ e dalla dottrina²⁸.

Anche il numero dei ritiri di RAEE è aumentato, dell'8,55%, portando il numero totale a 194.734. Seguendo la classificazione dei RAEE di cui si è detto, il gruppo degli AEE comprendente le apparecchiature di consumo e dei piccoli elettrodomestici ha fatto registrare la crescita più significativa, pari al 15,28%, rispetto all'anno precedente.

Interessante è pure l'andamento della raccolta sulla base di criteri territoriali. Se il *trend* è positivo in tutto il Paese, le aree con una crescita maggiore, in termini relativi, sono quelle del Centro (+ 12,26%) e del Sud e isole (12,76%). In termini assoluti, tuttavia, sussistono ancora notevoli differenze tra zone geografiche, tant'è vero che, per quanto riguarda il dato della raccolta pro capite, nel Nord Italia si raccolgono mediamente 7,40 kg per abitante, a fronte di soltanto 4,77 kg nel Sud e di 5,91 nel Centro. Questa netta disparità dei volumi di raccolta dà conto di varie problematiche ancora sussistenti nell'implementazione di un sistema pienamente efficace di trattamento dei RAEE, soprattutto sotto il profilo della capillarità della rete di raccolta.

Significativi sono pure i dati relativi al sistema infrastrutturale predisposto per la raccolta dei RAEE, che comprende un totale di 5196 punti operativi, di cui, nello specifico: 4367 centri di raccolta predisposti dai comuni, aperti alla cittadinanza e luogo di consegna gratuito; 359 luoghi di

²⁶ Centro di Coordinamento RAEE, *Rapporto annuale 2019*, cit.

²⁷ «Indicazioni operative per la definizione dell'ambito di applicazione "aperto" del Decreto Legislativo n. 49/2014», 8 maggio 2018, secondo cui «più di qualche Aee che oggi non trova collocazione in nessuna delle dieci categorie dell'allegato I, dal 15 agosto la troverà, certamente, nella categoria 4 o 5 o 6 dell'allegato III. Ciò comporterà un sicuro aumento delle quantità di Aee immesse sul mercato e delle quantità di Raee che dovranno essere raccolti».

²⁸ A. Quaranta, "Open scope": le indicazioni del Ministero, fra precisione nel merito e superficialità comunicativa, in *Ambiente e sviluppo*, 2018, 623 ss.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

raggruppamento (per la raccolta dei RAEE derivanti dall'applicazione dei meccanismi di ritiro "uno contro uno" e "uno contro zero"); 8 grandi utilizzatori, vale a dire siti registrati da soggetti sia pubblici sia privati la cui attività determina quantitativi molto rilevanti di RAEE per prodotti di illuminazione; 20 centri di raccolta privati; 442 installatori, centri dove vengono stoccati rifiuti derivanti dall'installazione di apparecchiature.

Venendo, invece, ai dati sul trattamento dei RAEE nel corso del 2019, i recenti risultati pubblicati dal Centro di Coordinamento a fine luglio 2020²⁹, sulla base degli impianti che hanno fornito le proprie dichiarazioni (in tutto 976), sono altrettanto interessanti per offrire un quadro aggiornato della situazione.

Gli impianti accreditati, infatti, hanno dichiarato di aver trattato nel 2019 un totale di 463.953 tonnellate di RAEE, per il 76,27% costituiti da rifiuti domestici e per il 23,73% composti da RAEE professionali (in aumento del 10,11% rispetto all'anno precedente).

L'ultimo *report* del Centro, peraltro, consente di mettere a fuoco lo scarto esistente tra gli obiettivi europei relativi al tasso di raccolta degli Stati membri e l'effettivo apporto dell'Italia. Come verrà approfondito oltre (*infra* par. 5), la dir. 2012/19/UE, così come il suo recepimento nazionale, prevede obiettivi di raccolta formulati avendo come parametro la media dell'immesso di apparecchiature del triennio precedente. Nel 2016 sono state immesse sul mercato nazionale 1.011.616 tonnellate di AEE (domestiche e professionali), cresciute poi a 1.026.864 nel 2017 e di nuovo nel 2018 con un totale di 1.482.787. La media del triennio, dunque, è calcolata in 1.173.756 tonnellate. Rispetto a questo dato, il tasso di raccolta annuo del 2019, già sottoposto al *target* europeo del 65%, è stato stimato dal Centro di Coordinamento (al 30 giugno 2020) pari al 39,53%, un dato deludente che solo in parte si giustifica con l'ampliamento delle categorie dei RAEE presi in considerazione dal 15 agosto 2018 (*supra* par. 1). La distanza rispetto all'obiettivo per il 2019 è di più del 25%. Per raggiungere il quantitativo previsto dalla disciplina vigente, quindi, servirebbe una crescita superiore al 50%, tutt'altro che facilmente raggiungibile, considerato che, nel 2017, il tasso di raccolta era stato del 40,87% e, nel 2018, del 42,84%.

Allo stato non risultano attive procedure di infrazione aperte nei confronti dello Stato italiano per il mancato raggiungimento degli obiettivi in discussione, anche se, ovviamente, tale eventualità non è *tout court* escludibile anche per gli anni futuri, nel corso dei quali, salvo circostanze imprevedibili,

²⁹ Centro di Coordinamento RAEE, *Gestione RAEE 2019*, luglio 2020, disponibile al seguente indirizzo web: www.raeeitalia.it/assets/uploads/rapporto-annuale-2019.pdf.

è plausibile che l'Italia continui a restare per diverso tempo al di sotto del *target* europeo. Come noto, infatti, il nostro Paese ha accumulato un discreto numero di infrazioni, periodicamente rilevate dal Dipartimento per le Politiche Europee presso la Presidenza del Consiglio dei ministri che, sulla base dei dati più aggiornati (30 ottobre 2020)³⁰, vedono l'Italia coinvolta in 85 procedure di cui 23, il gruppo più consistente, proprio in materia ambientale (e con un'importante incidenza del settore dei rifiuti). È auspicabile che la situazione dei RAEE italiani non finisca per diventare il presupposto di una nuova, e onerosa, procedura di infrazione.

5. Prospettive e possibilità (per ora) mancate

L'art. 14, d.lgs. n. 49/2014, ha previsto, a partire dal 1° gennaio 2019, il conseguimento di un «tasso minimo di raccolta» pari al 65% del peso medio delle AEE immesse sul mercato nel triennio precedente o, in alternativa, un tasso minimo di raccolta pari all'85% del peso complessivo dei RAEE prodotti nel territorio nazionale (obiettivi conformi a quelli previsti dalla dir. 2012/19/UE all'art. 7).

Dai dati fino ad oggi consultabili, risulta un posizionamento dell'Italia ancora ben lontano dall'ottenere tassi di raccolta vicini a quelli prefissati. Sebbene i compiti della disciplina nazionale non siano esclusivamente quelli di raggiungimento degli obiettivi in questione, dovendosi considerare anche ulteriori obiettivi come quelli di un andamento razionale del sistema RAEE nel suo complesso, è evidente che lo strumento normativo, ad oggi, non è stato completamente efficace rispetto ai fini prefissati, considerato oltretutto che il complesso di discipline in questione fa parte dell'ordinamento italiano, pur con le modifiche mano a mano intervenute, da quindici anni.

Anche in vista di un progressivo avvicinamento ai *targets* europei, è interessante rilevare che, nel corso dell'ultimo periodo, il legislatore italiano ha avuto e avrà nuovamente l'occasione di rivedere ulteriormente in corso d'opera la disciplina relativa ai RAEE.

Con la l. 3 maggio 2019, n. 37 (c.d. legge europea 2018), anzitutto, il legislatore è intervenuto ai fini della «corretta attuazione della direttiva 2012/19/UE» a seguito dell'apertura, da parte della Commissione europea,

³⁰ Si tratta di dati ricavabili dal portale informativo del Dipartimento per le Politiche Europee, consultabile all'indirizzo web: www.politicheeuropee.gov.it/attivita/procedure-dinfrazione/stato-delle-infrazioni/.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

del caso EU-Pilot 8718/16/ENVI. Lo Stato italiano, infatti, era finito sotto la lente di osservazione relativamente alla possibile carenza della propria disciplina di recepimento della direttiva in questione: onde evitare possibili interventi sanzionatori, il legislatore è intervenuto disponendo alcune modifiche al testo del d.lgs. n. 49/2014.

In particolare, la legge europea ha definito in modo più dettagliato il ruolo dell'ISPRA nell'ambito della verifica statistica sul raggiungimento del tasso di raccolta (art. 14, c. 3), tramite l'imposizione ai produttori, nonché ai terzi agenti per conto loro, dell'obbligo di trasmissione annuale e gratuito dei dati relativi ai RAEE ricevuti presso i distributori, presso gli impianti di raccolta e trattamento e oggetto di raccolta differenziata. Un ulteriore intervento riguarda, invece, la possibilità di dematerializzare l'apposizione del marchio del produttore e del simbolo sugli AEE troppo piccoli per comprendere tali marchi. Se in precedenza tale eventualità era limitata all'imballaggio e alle istruzioni per l'uso, ora è possibile provvedervi anche apponendo marchi e simboli all'interno delle istruzioni della garanzia in formato digitale.

Nel complesso, tuttavia, si è trattato di un intervento di dettaglio e senza alcuna decisiva revisione del sistema.

Ben altra portata, invece, avrebbe potuto avere, come si vedrà, l'attuazione della dir. 2018/849/UE, che, tra le altre cose, ha apportato alcune modifiche alla direttiva del 2012 in materia di RAEE. Insieme alle ulteriori dir. 2018/850/UE, 2018/851/UE e 2018/852/UE, la direttiva in questione rientra all'interno dell'iniziativa eurounitaria denominata "piano d'azione per l'economia circolare". Si tratta di un'ampia serie di interventi ambiziosamente finalizzati a sviluppare un sistema continentale «in cui il valore dei prodotti, dei materiali e delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile e la produzione di rifiuti è ridotta al minimo»³¹, segnando così il passaggio dalla concezione negativa di rifiuto a quella per cui il rifiuto è una risorsa da reimpiegare il più possibile³².

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni «L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare». Cfr., in generale, sull'argomento dell'economia circolare il recente volume di M. Cecconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, FrancoAngeli, 2020. Si vedano pure: E. Manti, *La programmazione pubblica per l'economia circolare*, in *Riv. giur. mezz.*, 2018, 1125 ss.; R. Ferrara, "Brown economy, green economy, blue economy": l'economia circolare e il diritto dell'ambiente, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 801 ss.; A. Simone, *L'economia circolare non è il riciclo*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, 671 ss.; F. Munari, *L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 77 ss.; M. Cecconi, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 113 ss.; D. Iacovelli, *Dal rifiuto all' "End of Waste"*, in *Dir. econ.*, 2019, 193 ss.

³² F. Munari, *op. cit.*, 77.

Con la l. 4 ottobre 2019, n. 117 – la legge di delegazione europea 2018 – all’art. 14 sono stati definiti principi e criteri direttivi per l’attuazione italiana della dir. 2018/849/UE (con termine di recepimento entro il 5 luglio 2020³³). In particolare, per quanto riguarda il sistema di gestione dei RAEE, le indicazioni del Parlamento, di per sé prodromiche a un intervento governativo di ampia portata, sono state le seguenti: definire obiettivi di gestione dei RAEE per i produttori (art. 8-*bis* della dir. 2008/98/CE); adeguare lo schema di responsabilità estesa alle nuove disposizioni della dir. 2018/851/UE in materia di rifiuti; individuare misure per la promozione e la semplificazione del riutilizzo delle AEE e dei loro componenti al fine di prevenire la produzione di rifiuti; prevedere misure per favorire il ritiro, su base volontaria, secondo la formula “uno contro zero” dei piccolissimi rifiuti RAEE da parte dei distributori che non vendono AEE; definire condizioni, requisiti e parametri operativi per gli impianti di trattamento RAEE e loro modalità di controllo; disciplinare il “fine vita” dei pannelli fotovoltaici incentivati messi sul mercato prima del 12 aprile 2014, abitualmente classificati tra i “rifiuti storici”, anche tramite il coinvolgimento dei sistemi individuali e collettivi di raccolta³⁴.

È evidente che, sulla base dei punti elencati in precedenza, il governo si è trovato nella posizione di poter intervenire a fondo sull’intero sistema, essendo delegato a procedere in modo esteso e tutt’altro che circoscritto (pur sempre, ovviamente, nei limiti costituzionali della delega propri dello strumento del decreto legislativo).

In ragione dell’interesse rappresentato dalla discussione parlamentare sul tema, non sembra ozioso presentare nel merito la trattazione che ha preceduto la recente pubblicazione del d.lgs. 3 settembre 2020, n. 118 («Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche»).

³³ Sulla base di quanto previsto dalla l. 24 dicembre 2012, n. 234, il governo avrebbe dovuto adottare i relativi decreti legislativi entro i quattro mesi antecedenti al termine di recepimento indicato nella direttiva e, dunque, entro inizio marzo 2020. Bisogna considerare, tuttavia, che i termini per l’adozione dei decreti legislativi sono stati prorogati di tre mesi a decorrere dall’entrata in vigore della legge di conversione, l. 24 aprile 2020, n. 27, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

³⁴ Il c. 2 dell’art. 14 prevede che i relativi decreti legislativi di attuazione della legge delega siano adottati previo parere della Conferenza unificata, nel frattempo pervenuto in senso favorevole il 21 maggio 2020, e con l’apporto dei vari ministeri proponenti (affari europei e ambiente) e di quelli consultati (esteri, giustizia, economia, sviluppo economico, infrastrutture).

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

Oggetto dei lavori parlamentari è stato lo «Schema di decreto legislativo recante attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano la direttiva 2006/66/CE relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e la direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche» (A.G. 167) predisposto dal governo e approvato dal medesimo nel corso del Consiglio dei ministri del 5 marzo 2020. La bozza in questione, costruita su tre articoli, ne dedicava però soltanto uno alle modifiche ipotizzate per il d.lgs. n. 49/2014.

In particolare, il governo, nonostante la definizione in sede di delega parlamentare di un ampio spettro di potenziali interventi, tale quasi da poter far pensare a un intervento di riforma complessiva del sistema RAEE, ha inizialmente inteso operare soltanto con una modifica relativa all'art. 31, c. 2, del vigente d.lgs. n. 49/2014, di un certo rilievo ma con un impatto complessivamente limitato.

Ove era previsto che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare inviasse con cadenza triennale alla Commissione europea una relazione sull'attuazione della dir. 2012/19/UE e sulle informazioni trasmesse dall'ISPRA, secondo il modello di questionario prodotto dalla Commissione, si prevedeva che in futuro lo stesso Ministero avrebbe provveduto a individuare annualmente la propria relazione sull'attuazione della direttiva, unitamente a un'ulteriore relazione di controllo della qualità. Tale revisione, di qualche interesse, dava attuazione alla modifica operata dalla dir. 2018/849/UE all'art. 16, par. 6, dir. 2012/19/UE, intervenuta a seguito della rilevata inefficacia dello strumento della relazione triennale³⁵. Nel dicembre del 2019, la Commissione ha già provveduto a pubblicare una propria decisione di esecuzione contenente modelli e tabelle per la comunicazione dei dati richiesta dalla direttiva³⁶.

Riassumendo i pareri espressi³⁷, è possibile notare che le osservazioni

³⁵ Così, infatti, afferma il considerando n. 4: «le relazioni sullo stato di attuazione redatte dagli Stati membri ogni tre anni non si sono dimostrate strumenti efficaci per verificare la conformità e garantire la corretta attuazione della normativa, generando oltretutto inutili oneri amministrativi. È opportuno pertanto sopprimere le disposizioni che obbligano gli Stati membri a presentare le suddette relazioni. Al contrario, la verifica della conformità dovrebbe essere basata sui dati che gli Stati membri comunicano ogni anno alla Commissione».

³⁶ Nello specifico, si tratta della decisione di esecuzione della Commissione 17 dicembre 2019 n. 2193 «che stabilisce le modalità per il calcolo, la verifica e la comunicazione dei dati e definisce i formati per la presentazione dei dati ai fini della direttiva 2012/19/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE)».

³⁷ Per quanto riguarda il Senato, l'atto governativo è stato sottoposto all'esame di tre Commissioni permanenti (la XIII, Territorio, ambiente, beni ambientali; la V, Bilancio; la

formulate non sono state sempre e solo recettive dell'elaborato predisposto dal governo. Anzi, in diversi casi i pareri hanno sollevato alcune interessanti questioni di cui è utile dare conto.

Anzitutto, risulta più volte rilevato il mancato pieno sviluppo della delega conferita dal Parlamento. Ad esempio, la XIV Commissione della Camera, non condividendo pienamente il mancato integrale utilizzo della vasta delega data al governo per intervenire sui RAEE, ha demandato all'Esecutivo una valutazione circa la decisione di non prevedere nuove disposizioni sulla facoltà degli Stati membri di impiegare strumenti economici e altre misure a fini di incentivazione in materia di applicazione della cosiddetta gerarchia dei rifiuti, vale a dire a quell'ordine di priorità della politica in materia di rifiuti secondo la scala di interventi che considera, anzitutto, la prevenzione dei rifiuti stessi e la loro preparazione/ideazione per il riutilizzo; in subordine, il riciclaggio o il recupero di altro tipo (ad esempio come fonte di energia) e, solo come *ultima ratio*, lo smaltimento (art. 4, dir. 2008/98/Ce, direttiva quadro in materia di rifiuti). A questo proposito, è possibile che da parte del Parlamento ci si aspettasse un irrobustimento di uno strumento normativo che, va segnalato, è già in parte previsto dal d.lgs. n. 49/2014. All'art. 5, infatti, era stata avvertita l'esigenza, poi ripresa dal d.m. di attuazione n. 140/2016, di «favorire la progettazione e la produzione ecocompatibili di AEE, al fine di facilitare le operazioni di smontaggio, riparazione, nonché le operazioni di preparazione per il riutilizzo, recupero e smaltimento dei RAEE, loro componenti e materiali». Un intervento più incisivo potrebbe forse essere ipotizzato ancora più a monte, seguendo la scala di priorità sopra richiamata, e intervenendo in via preventiva, oltre che sulla c.d. ecoprogettazione, sulle caratteristiche del prodotto in termini di durata delle proprie funzionalità e di possibilità di interventi di riparazione e sostituzione alternativi al recupero. Recenti analisi della letteratura internazionale sulla “responsabilità estesa del produttore”, infatti, hanno dimostrato l'importanza decisiva riconosciuta al fattore del *design for recyclability* come punto chiave della materia, pur segnalando alcune problematiche in termini di allocazione dei relativi costi³⁸, che richiederanno l'individuazione di incentivi per incoraggiare i

XIV, Politiche dell'Unione europea). Parimenti, alla Camera il testo del decreto legislativo è stata esaminato dalle corrispondenti Commissioni VIII, V e XIV. I pareri più articolati sono senz'altro quelli delle Commissioni ambientali (Senato: 10 giugno 2020; Camera: 8 luglio 2020).

³⁸ Y. Cai e T. Choi, *Extended Producer Responsibility: A Systematic Review and Innovative Proposals for Improving Sustainability*, in *IEEE Transactions on Engineering Management*, 5 giugno 2019, 6.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

produttori, modalità di integrazione dell'ecoprogettazione economicamente efficienti e benefici per i consumatori.

Sempre a livello parlamentare, poi, risultavano elaborate una serie di puntuali richieste di modifica o di integrazione, in modo da poter cogliere l'occasione del recepimento della direttiva per una più ampia revisione della disciplina in tema di RAEE, giusta anche l'ispirazione, non sfruttata, della legge delega. In particolare, tra le proposte si possono ricordare: la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria per gli impianti di trattamento inottemperanti rispetto agli obblighi di comunicazione al Centro di Coordinamento RAEE dei propri dati (fattispecie che andrebbe ad aggiungersi al già corposo sistema sanzionatorio di cui all'art. 38, d.lgs. n. 49/2014)³⁹; l'attribuzione al Centro di Coordinamento RAEE di un ulteriore compito, vale a dire quello di rendicontare la quantità di RAEE esportati (a questo proposito si ricorda che una delle patologie del sistema di trattamento di tale categoria di rifiuti consiste nell'esportazione verso Paesi terzi dove operano sistemi di lavorazione illegali o comunque scarsamente improntati all'interesse ambientale)⁴⁰; la riduzione dei requisiti di ingresso per i sistemi collettivi di gestione dei RAEE (non più ancorata al 3% del mercato dei RAEE di un determinato raggruppamento)⁴¹; la facoltà per i sistemi collettivi di gestione dei RAEE di iniziare l'attività di raccolta dopo novanta giorni dalla trasmissione del proprio Statuto per le verifiche ministeriali (su questo punto la Commissione VIII della Camera ha ritenuto di ritenere tale modifica condizionante rispetto al proprio parere favorevole)⁴²; l'estensione del principio "uno contro zero", in via volontaria, anche alle attività commerciali che non trattano AEE⁴³; l'introduzione di disposizioni per la disciplina del "fine vita" dei pannelli fotovoltaici immessi sul mercato prima dell'aprile 2014, così come peraltro previsto inizialmente dalla legge delega⁴⁴; l'istituzione presso il Ministero dell'ambiente di una «Piattaforma italiana per lo studio e l'implementazione di sistemi innovativi di recupero e gestione dei RAEE e dei

³⁹ VIII Commissione permanente della Camera, resoconto seduta dell'8 luglio 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

⁴⁰ XIII Commissione permanente del Senato, resoconto seduta del 10 giugno 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

⁴¹ XIII Commissione permanente del Senato, resoconto seduta del 10 giugno 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

⁴² VIII Commissione permanente della Camera, resoconto seduta dell'8 luglio 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

⁴³ XIII Commissione permanente del Senato, resoconto seduta del 10 giugno 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

⁴⁴ XIII Commissione permanente del Senato, resoconto seduta del 10 giugno 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

RPA [i Rifiuti di Pile e Accumulatori]» con l'obiettivo di intervenire contro la c.d. obsolescenza pianificata⁴⁵.

Da parte parlamentare vi è stata dunque una forte spinta ad approfittare del recepimento della direttiva per un intervento che vada oltre il semplice "ritocco". Al governo, per parte sua, spettava il compito di verificare se e come concretizzare nel testo normativo le sollecitazioni parlamentari e degli attori coinvolti.

A fronte di questa discussione, il d.lgs. 3 settembre 2020, n. 118 (in vigore dal 27 settembre 2020) ha concretizzato solo una parziale messa in atto delle indicazioni contenute nella legge delega. Il nuovo decreto, infatti, si sostanzia di tre interventi⁴⁶.

Anzitutto (art. 1, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 118/2020) viene sostituito l'originario testo dell'art. 31, c. 2, d.lgs. n. 49/2014, proprio nei termini innovativi previsti nell'iniziale schema governativo: la relazione del Ministero dell'ambiente sull'attuazione della dir. 2012/19/UE diventa ora annuale, accompagnandosi a un nuovo documento, vale a dire la «relazione di controllo della qualità». Si prevede, poi, che il primo periodo di comunicazione, da cui si conteggerà il termine per i dati relativi al 2020, inizierà a decorrere dal 1° gennaio 2021.

In secondo luogo (art. 1, c. 1, lett. b), l'art. 10, d.lgs. n. 49/2014, viene ampliato con l'introduzione di un nuovo c. 8-*bis* di contenuto consonante con quanto emergente dalla discussione in sede di trattazione consiliare. D'ora in avanti, infatti, i sistemi collettivi di nuova costituzione, nelle more dell'approvazione ministeriale del proprio statuto, potranno «avviare le attività, inclusa l'iscrizione al Registro nazionale di cui all'articolo 29, in coerenza con lo statuto tipo, decorsi novanta giorni dalla trasmissione dello statuto al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare». Al contempo viene instaurato un meccanismo per l'adeguamento dello statuto, qualora vi siano criticità rilevate dal Ministero. Nei centottanta giorni successivi alla trasmissione potranno essere richieste modifiche statutarie per l'adeguamento allo statuto tipo, senza tuttavia interrompere nel frattempo l'attività del nuovo sistema collettivo, eventualità occorrente soltanto nel caso di mancato adeguamento nell'ulteriore termine di sessanta giorni.

Infine, l'intervento di maggiore portata (art. 1, c. 1, lett. c) riguarda l'inserimento di un nuovo art. 24-*bis*, sempre all'interno del d.lgs. n. 49/2014,

⁴⁵ VIII Commissione permanente della Camera, resoconto seduta dell'8 luglio 2020 (parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 167).

⁴⁶ Una breve presentazione si può già trovare in A. Muratori, *Quattro decreti legislativi per l'attuazione delle direttive del "pacchetto Economia Circolare"*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 743 ss.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

dedicato alla razionalizzazione delle disposizioni per i RAEE derivante dal fotovoltaico, tema già oggetto della legge delega e delle successive sollecitazioni parlamentari. Il complesso delle nuove disposizioni in materia va a integrare quanto già previsto dall'art. 40, c. 3, d.lgs. n. 49/2014 e a costituire una vera e propria disciplina speciale dei RAEE derivanti dal fotovoltaico.

Da questo punto di vista, una novità rilevante è rappresentata dall'inedito ruolo del Gestore dei servizi energetici (GSE) nell'ambito della disciplina dei RAEE, pur trattandosi di un soggetto già coinvolto a vario titolo nel nostro ordinamento in materia di pannelli fotovoltaici⁴⁷. In accordo con i principi che regolano la materia dei RAEE, anche per i pannelli fotovoltaici è ribadita l'attribuzione del finanziamento della gestione dei corrispondenti rifiuti «a carico dei produttori», senza tuttavia considerare la data di immissione sul mercato e la loro natura di RAEE professionali o domestici (salvo si tratti di pannelli incentivati dotati di una specifica garanzia finanziaria da parte dei produttori apposta anteriormente al 27 settembre 2020).

Qualora si tratti di rifiuti derivanti da pannelli incentivati e installati prima del 27 settembre 2020 nell'ambito delle misure di cui al programma, esaurito nel 2013, «Conto Energia»⁴⁸, con trattenimento di quote dell'incentivo in garanzia da parte del GSE di quote per la copertura dei costi di gestione dei RAEE, è prevista la possibilità per i soggetti responsabili degli impianti di prestare la garanzia «nel trust di uno dei sistemi collettivi di raccolta». In questo caso, dunque, rimane affievolito il principio della responsabilità del produttore, risultando onerato il proprietario dell'impianto fotovoltaico.

Quanto, invece, ai pannelli fotovoltaici venduti successivamente al 27 settembre 2020, i sistemi di gestione dei RAEE, individuali o collettivi, dovranno determinare per ogni nuovo modulo di AEE fotovoltaica «l'importo del contributo ambientale necessario a coprire tutti i costi per la corretta gestione e smaltimento, depositando il relativo importo nel proprio trust». A questo proposito il legislatore fa riferimento al disciplinare tecnico del GSE come parametro per la costituzione del *trust*, vale a dire al Fondo previsto dal disciplinare, in cui depositare il contributo⁴⁹.

⁴⁷ Si veda, ad esempio, il d.m. 4 luglio 2019, «Incentivazione dell'energia elettrica prodotta dagli impianti eolici on shore, solari fotovoltaici, idroelettrici e a gas residuati dei processi di depurazione».

⁴⁸ Sul tema vedi G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2012, disponibile all'indirizzo web: www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Cozzolino%20G.pdf.

⁴⁹ Il richiamo in questione è da intendersi, sebbene in modo non specifico, come riferimento al disciplinare tecnico pubblicato dal GSE nel 2012 («Definizione e verifica dei

L'ultima delle nuove previsioni relative al fotovoltaico (di cui al c. 3 del nuovo art. 24-*bis*) si rivolge soltanto alla fattispecie dei pannelli incentivati, prevedendo che i beneficiari degli incentivi ricorrano ad AEE di fotovoltaico provenienti solo da produttori a loro volta aderente dai sistemi di gestione dei RAEE. In questo caso i costi della garanzia saranno sostenuti dal sistema collettivo entro il tetto del 20% «dell'importo della garanzia prestata dai soggetti obbligati al finanziamento dei RAEE fotovoltaici».

Tra i punti non segnalati dal Parlamento e non considerati dal governo, ma degni di riflessione, anche nella prospettiva di un avvicinamento ai *targets* europei, va ricordata la necessità di un intervento che renda maggiormente appetibili le cosiddette materie prime secondarie derivanti dal riciclaggio, in modo da stimolare maggiori tassi di raccolta. Oppure, ancora, è essenziale che anche i distributori dell'*e-commerce* non siano di fatto sottoposti a un regime di vantaggio rispetto ai distributori tradizionali in virtù delle modalità operative di svolgimento della propria attività. Su questo profilo, di strettissima attualità, non vi è stato alcun intervento. A questo proposito sono state effettuate rilevazioni, su scala continentale, da cui emerge che un'importante quota di AEE vendute *online* in Italia non rispetta gli obblighi di recupero della disciplina RAEE⁵⁰. È evidente, quindi, la necessità che i soggetti coinvolti, specialmente quelli con ruoli di controllo, pongano maggiore attenzione al fenomeno, rendendo sostanzialmente cogente l'applicazione dei già esistenti obblighi di cui all'art. 22, d.lgs. n. 49/2014, fonte di forti disparità di mercato.

Se i primi quindici anni del sistema RAEE in Italia hanno dato prova di buoni risultati iniziali, che hanno portato al riconoscimento dell'impianto di fondo come *best practice*, è necessario ora uno sforzo importante che consenta di potenziare il sistema, anche tramite un'omogeneizzazione della raccolta sull'intero territorio nazionale, in vista del raggiungimento degli obiettivi sovranazionali, peraltro anch'essi in fase di ulteriore aggiornamento. Nell'ambito del complesso di interventi ricadenti sotto la formula del

requisiti dei "Sistemi o Consorzi per il recupero e riciclo dei moduli fotovoltaici a fine vita" in attuazione delle "Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti" (DM 5 maggio 2011 e DM 5 luglio 2012)»).

⁵⁰ Si tratta dello studio presentato da EucoLight e relativo a dieci Stati membri dell'Unione europea nell'ambito della conferenza «Legislative actions and controls to stop illegal free-riding through online-platforms», Bruxelles 6 novembre 2019 (indirizzo web: www.eucolight.org/single-post/2019/11/08/eucolight-conference-reveals-disturbing-eu-wide-scale-of-weee-non-compliance-through-onli). A titolo esemplificativo, è emerso che nel contesto italiano sfuggono agli obblighi di recupero, tra le transazioni *online*, il 69% delle lavatrici, l'86% di *tablet* e Pc e l'81% delle lampadine Led.

i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche

cosiddetto *Green Deal* europeo⁵¹, infatti, la Commissione europea ha predisposto un nuovo piano d'azione «per l'economia circolare»⁵² ove una particolare attenzione, nell'ambito delle catene di valore dei prodotti, è dedicato all'elettronica e alle telecomunicazioni, prospettando per i prossimi anni misure quali: ulteriori interventi per la progettazione ecocompatibile, concretizzazione del “diritto alla riparazione” per i prodotti di telecomunicazione, miglioramenti della raccolta e del trattamento dei RAEE con possibilità di prevedere un sistema europeo per la restituzione o la rivendita di telefoni cellulari, *tablet* e caricabatterie usati. È possibile, dunque, che all'orizzonte vi siano ulteriori interventi sulla già esistente direttiva RAEE o, addirittura, l'adozione di uno strumento autonomo. Non è opportuno, tuttavia, che l'Italia si faccia trovare impreparata per questa nuova fase, vista l'importanza del tema per l'ambiente e per la salute.

Abstract

The essay reviews the regulation of waste from electrical and electronic equipment (WEEE) in its historical development, as codified in legislative decree no. 49/2014, up to the latest recent revision contained in legislative decree no. 118/2020. The regulatory analysis is preceded by a presentation of the WEEE phenomenon and its relevance in the environmental and economic fields based on the most recent international and national data. The article concludes with some observations about the impact of the Eu package on circular economy with respect to WEEE and by making some considerations about the importance of the e-commerce phenomenon under the WEEE regulation.

⁵¹ Cfr. COM(2019) 640 final (11 dicembre 2019).

⁵² COM(2020) 98 final (11 marzo 2020).



ARTICOLI

VIRGINIA CAMPIGLI

RIFLESSIONI SULLA PIANTA ORGANICA NEL QUADRO DEL SERVIZIO FARMACEUTICO

SOMMARIO: 1. Premessa. La pianta organica tra tutela della salute e libera iniziativa economica. – 2. La programmazione attraverso pianta organica. – 3. Le origini storiche. – 4. (*Segue*) Considerazioni critiche: il mutamento di asse. Dalla tutela oggettiva alla tutela soggettiva. – 5. La pianta organica oggi. Le istanze protezionistiche sottese. – 6. Le motivazioni addotte a sostegno della necessità della pianta organica (critica): (I) il rischio del superamento del tetto di spesa farmaceutica. – 7. (*Segue*) Le motivazioni addotte a sostegno della necessità della pianta organica (critica): (II) i principali rischi per la tutela della salute. In particolare, il fallimento del mercato e la “desertificazione” delle aree economicamente sconvenienti. – 8. Il rilievo dell’assenza di rischi per la salute nel rapporto con la libertà di iniziativa economica. – 9. Il ripensamento della pianta organica per un pieno ed effettivo accesso ai farmaci. – 10. Spunti conclusivi.

1. Premessa. La pianta organica tra tutela della salute e libera iniziativa economica

L’organizzazione delle farmacie mediante pianta organica rappresenta, come noto, una compressione dell’iniziativa economica privata. Al riguardo, è consolidato in giurisprudenza il convincimento secondo cui tale compressione sia *necessitata* dalla tutela del bene fondamentale “salute”, essendo funzionale ad assicurare una distribuzione razionale e uniforme delle sedi farmaceutiche¹.

In quest’ottica, sono stati giustificati il contingentamento numerico degli operatori e la localizzazione territoriale delle sedi, che fanno della pianta

¹ C. cost., 12 gennaio 1996, n. 4; C. cost., 4 febbraio 2003, n. 27; C. cost., 28 marzo 2008, n. 76; C. cost., 13 novembre 2009, n. 295; C. cost., 31 ottobre 2013, n. 255; Cons. St., sez. III, 31 maggio 2013, n. 2990; Cons. St., sez. III, 12 giugno 2013, n. 3249; Cons. St., sez. III, 19 settembre 2013, n. 4667; Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2017, n. 4946; Cons. St., sez. III, 2 aprile 2020, n. 2240.

organica un vincolo all'entrata nel mercato e una condizione all'esercizio dell'attività di rivendita dei farmaci². Sembrerebbe perciò forte la tensione tra le due "anime" del servizio farmaceutico, che presenta contestualmente tratti propri del pubblico servizio, per l'innegabile legame tra erogazione di farmaci e tutela della salute³, e tratti che ne mettono in luce la valenza di attività economica, quale esercizio commerciale di rivendita al pubblico⁴.

² Ex art. 1, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, per "farmaco" (letteralmente "medicinale") si intende «ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane» (definizione "per presentazione"), nonché «ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica» (definizione "per funzione"). Sulla nozione di farmaco, G.F. Ferrari e F. Massimino, *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, Cacucci Editore, 2015, 12 ss.; M. Gnes, *Farmaci*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*², a cura di M.P. Chiti e G. Greco, pt. s., II, Milano, Giuffrè, 2007, 1089-1092; M.P. Genesin, *La disciplina dei farmaci*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, V, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, 626-629. Per un inquadramento dei caratteri del diritto farmaceutico e delle farmacie, M.S. Giannini, *Le Farmacie (Problemi generali)*, in *Rass. amm. san.*, 1963, 171 ss.; G. Landi, *Farmacia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 836 ss.; R. Ferrara, *Farmacia*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Ist. enc. it. Treccani, 1989; M. Gola, *Farmacia e farmacisti*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, Utet, 1991, 231 ss.; G. Piperata, *Farmacie*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2447 ss.; P. Chirulli, *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Torino, Utet, 2017, 312 ss.

³ Sul punto, C. cost., 6 marzo 2006, n. 87, per la quale «la complessa regolamentazione pubblicistica della attività economica di rivendita dei farmaci» è finalizzata ad «assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute». In quanto ricondotta alla materia della tutela della salute, l'organizzazione dei servizi farmaceutici spetta alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni ex art. 117, c. 3, Cost.: v. C. cost., sentt. 23 ottobre 2013, n. 255; 8 ottobre 2012, n. 231; 18 aprile 2011, n. 150; 4 novembre 2009, n. 295; 6 marzo 2006, n. 87. La Consulta ha altresì precisato che la determinazione del livello di governo competente per la localizzazione delle sedi farmaceutiche costituisce principio fondamentale della materia, e ne è quindi preclusa la modificazione da parte del legislatore regionale. Sul punto, v. anche Cons. St., III, n. 2240/2020; Cons. St., sez. III, 22 novembre 2017, n. 5443.

⁴ Secondo Cons. St., sez. III, 4 luglio 2018, n. 4102 «[I]a coesistenza, nella materia in esame, di interessi di matrice pubblicistica e di natura commerciale, spiega perché gli esercizi farmaceutici siano retti da un ordinamento peculiare, nel quale coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato; e perché nelle farmacie, pubbliche e private, sia rinvenibile una 'doppia vocazione' dell'attività svolta, identificabile nell'esplicazione della iniziativa economica individuale (art. 41 Cost.) e nell'espletamento di un pubblico servizio». Riferisce R. Ferrara, *Farmacia*, cit., 2 e 4 s., che la disciplina del servizio farmaceutico «sembra essere il punto di incontro di due opposti orientamenti, anche ideologici». Si cercherà tuttavia di dimostrare come tali orientamenti, apparentemente "opposti", possano invece rivelarsi sinergici.

Sulla configurabilità dell'attività farmaceutica come pubblico servizio, ex multis, G. Piperata, *Farmacie*, cit., 2447. Netto il riconoscimento della natura oggettiva del servizio far-

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

Anche in tempi recenti, è stato ripetuto che la pianificazione farmaceutica risponderebbe agli effettivi bisogni di tutela della salute della collettività, mediante la garanzia «dell'accessibilità del servizio farmaceutico ai cittadini»⁵.

Questa affermazione sembra però meritare un ripensamento, non solo in ragione di alcuni orientamenti del giudice europeo circa i benefici che l'assistenza farmaceutica potrebbe trarre da un mercato competitivo⁶, ma soprattutto perché la disciplina normativa dell'istituto in analisi appare condizionata dagli interessi degli operatori del settore, più che da esigenze effettive di tutela della salute. Alcune caratteristiche della pianta organica, anzi, sembrano addirittura capaci di ostacolare l'obiettivo di garantire l'accessibilità al servizio farmaceutico e, dunque, ai farmaci.

Alla luce di ciò, il presente contributo, indagando l'evoluzione storica e l'attuale configurazione della pianta organica, intende chiedersi se da un

maceutico anche per F. Mastragostino, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura di D. De Pretis, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, 2006, 5. Con riferimento invece alla valenza di attività economica, la Corte di giustizia ha espressamente qualificato l'attività del farmacista quale attività di impresa (C. giust. UE, 13 ottobre 2011, causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2011, 9419 ss.). In dottrina, riflette sull'anima economica dell'assistenza farmaceutica M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, 63 ss., pervenendo a inquadrarla come attività economica privata avente fini sociali. In termini, G. Licata, *Considerazioni sulla «liberalizzazione» della vendita di alcuni medicinali al di fuori della rete di distribuzione delle farmacie «tradizionali»*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi. Atti del XVII Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, 228. Sui caratteri di "mercato" del servizio di assistenza farmaceutica territoriale, si veda anche M. Calabrò, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso pro-concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1248-1254, il quale, tuttavia, nega che si tratti di un'attività economica privata, per sua natura autonoma e, nel caso, solo indirettamente strumentale al raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico. L'A. – osservando come l'attività farmaceutica non si limiti alla vendita di beni, comportando dei servizi alla persona volti al raggiungimento dei Livelli essenziali di assistenza (LEA) nel settore sanitario – ritiene che il sistema farmaceutico costituisca un servizio pubblico, caratterizzato però da una consistente componente economica ("indirizzata" a fini sociali). Questa ricostruzione della natura giuridica del servizio farmaceutico in termini di servizio pubblico avente una consistenza economica è coerente con la definizione di servizio pubblico come attività economica tesa a produrre utilità non giuridiche, per il perseguimento (anche) di fini sociali. Sul punto, R. Cavallo Perin, *Servizi e interventi pubblici locali*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, Cedam, 2006, 610 s.

⁵ Cons. St., III, n. 2240/2020, p.to 2.2 (corsivo nostro).

⁶ C. giust. UE, 19 ottobre 2016, causa C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, in *www.curia.eu*. In merito, si rinvia alle considerazioni che saranno svolte *infra*, par. 9.

suo superamento o da una sua revisione possa davvero (come sembrerebbe desumersi dalla giurisprudenza) derivare un detrimento per il bene fondamentale “salute”.

Evidentemente, qualora questo interrogativo trovasse risposta negativa, la limitazione all’iniziativa economica privata sarebbe da ritenere irragionevole e sproporzionata e si renderebbe opportuno individuare modalità di convivenza e integrazione tra regole pubblicistiche e schemi economici privatistici⁷. In proposito, anticipiamo fin d’ora che dall’indagine emergerà come la stessa norma costituzionale di tutela della salute (a dispetto della sua interpretazione “tradizionale” quale limite all’utilizzo di dinamiche di libero mercato) potrebbe prestarsi a una lettura in senso pro-concorrenziale⁸, così consentendo – e anzi rendendo auspicabile – l’armonizzazione tra regole pubblicistiche e iniziativa economica privata.

2. La programmazione attraverso pianta organica

La pianta organica, su cui si fonda la distribuzione delle farmacie tradizionali⁹, deve essere valutata nel quadro del servizio farmaceutico. Per “servizio farmaceutico” si allude all’insieme di prestazioni pubbliche di assistenza farmaceutica, caratterizzanti una determinata forma di Stato (il c.d. *Welfare State*) e implicanti l’impegno dell’ordinamento ad assicurare a ciascuno dei consociati la tutela, incompressibile, della salute¹⁰.

⁷ Si interroga sulla possibilità che quello farmaceutico sia un sistema «sostanzialmente misto» (nel senso della coesistenza di regole pubblicistiche e schemi di diritto privato) M. Del-signore, *Il contingentamento dell’iniziativa economica privata*, cit., 64, che richiama quanto osservato – nel costruire il modello organizzativo dell’istruzione attraverso scuole pubbliche e private paritarie – da A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, il Mulino, 2003, 36 ss.

⁸ Parla di valorizzazione pro-concorrenziale dell’art. 32 Cost. M. Calabrò, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica*, cit., *passim*.

⁹ Così definite per distinguerle dagli esercizi di vicinato di cui all’art. 5, c. 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, ovvero le c.d. “parafarmacie”. Preme evidenziare che le parafarmacie – ammesse a effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione e di tutti i farmaci o prodotti per i quali non sia necessaria la prescrizione medica – non sono soggette alle limitazioni quantitative e localizzativo-territoriali che caratterizzano le farmacie tradizionali organizzate mediante pianta organica e, pertanto, non saranno oggetto di indagine. Per ciò che attiene alle farmacie tradizionali, esse si distinguono in “urbane” e “rurali”. Quest’ultime hanno sede in comuni, frazioni o centri abitati (che non siano quartieri periferici congiunti alla città) con popolazione entro i cinquemila abitanti e possono essere destinatarie di un sussidio economico (indennità di residenza), ai sensi dell’art. 2, l. 8 marzo 1968, n. 221 e dell’art. 115, testo unico delle leggi sanitarie adottato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265.

¹⁰ Con la conseguenza che, in materia farmaceutica, anche ove siano adottate politiche

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

A quest'ultimo proposito, conviene precisare che nel corso del lavoro si farà riferimento al diritto alla salute (art. 32 Cost.)¹¹ quale garanzia della *pienezza dell'accesso al farmaco*¹². Così inteso, tale diritto resterebbe privo di contenuti ove il servizio farmaceutico, erogato attraverso le farmacie (pubbliche o private)¹³, non offrisse un uniforme accesso ai medicinali¹⁴. In questi

di liberalizzazione, esse – oltre a garantire l'apertura del mercato – dovrebbero comunque tendere al fine, costituzionalmente irrinunciabile, di salvaguardia del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost.

¹¹ Sull'art. 32 Cost. la dottrina è amplissima: C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, 1961, n. 1, 1 ss., ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, 433 ss.; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; M. Luciani, *Salute. I) Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Ist. enc. it. Treccani, 1991; R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, Utet, 1997. Per un'analisi del diritto alla salute come coacervo di diverse situazioni soggettive, R. Nania, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Rimini, Maggioli Editore, 2014, 30 s. Cfr. anche: B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21 ss.; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Ist. enc. it. Treccani, 1989, 25 ss.; A. Simoncini e E. Longo, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, I, Torino, Utet, 2006, 655 ss.; R. Balduzzi e D. Servetti, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi e G. Carpani, Bologna, il Mulino, 2013.

¹² Per la nozione di "accesso" S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 108, secondo cui «l'accesso costituzionalmente previsto ben può essere inteso come strumento che consente di soddisfare l'interesse all'uso del bene indipendentemente dalla sua appropriazione esclusiva». Di conseguenza, l'accesso costituisce un diritto fondamentale della persona, poiché tramite necessario tra diritti e beni. Sul punto *Id.*, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2013, 468. In questa prospettiva, il bene al quale garantire l'accesso – il farmaco – è ricostruito quale bene *comune*, poiché compreso tra le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona». Così la "Proposta di articolato" elaborata dalla Commissione Rodotà per la modifica delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007). Il testo ridisegnava il capo II del titolo I del libro III c.c., distinguendo tra beni comuni, beni pubblici e beni privati e superando la tradizionale bipartizione bene pubblico-bene privato. Merita rilevare che la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (Ssn), esprimendosi in termini di «funzione sociale del farmaco» e di prevalente «finalità pubblica» della produzione (art. 29, c. 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833), sembra richiamare la funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.) e, dunque, la categoria dei beni pubblici (sulla questione, cfr. C. cost., 20 marzo 1978, n. 20). Ciononostante, in riferimento al farmaco, pare oggi preferibile la qualificazione di bene comune. In tema, A. Cauduro, *L'accesso al farmaco*, Milano, Ledizioni, 2017, 19 ss.

¹³ Art. 28, l. n. 833/1978 (legge recante «Istituzione del servizio sanitario nazionale»).

¹⁴ Come evidenziato da Cons. St., sez. III, 22 novembre 2018, n. 6604, rispetto al fine primario della garanzia dell'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali e della tutela del diritto alla salute assumono carattere marginale sia l'aspetto professionale, sia la natura commercia-

termini, l'organizzazione delle farmacie mediante pianta organica dovrebbe realizzare per i consociati il loro *fondamentale*¹⁵ diritto sociale, nonché libertà, di *accedere pienamente ai farmaci*¹⁶.

le dell'attività del farmacista. Sul punto, è utile richiamare l'art. 48, c. 2, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326), secondo cui: «il farmaco costituisce uno strumento di tutela della salute» e «i medicinali sono erogati dal Servizio sanitario nazionale (SSN) in quanto inclusi nei livelli essenziali di assistenza». I LEA – definiti *ex art. 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502* e da ultimo aggiornati con d.P.C. 12 gennaio 2017 – individuano l'insieme delle prestazioni garantite dal SSN, a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa. I LEA costituiscono dunque la risposta del sistema sanitario alla domanda di salute dei cittadini, cui è riconosciuto il diritto a ottenere prestazioni in condizioni di uniformità e in tempi adeguati, indipendentemente dal reddito e dal luogo di residenza, coerentemente con il principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, c. 2 Cost.* Ne discende che il SSN dovrebbe assicurare la tutela della salute e l'accesso ai servizi e alle prestazioni da parte della totalità degli assistiti mediante la predisposizione di LEA efficaci, uniformi e appropriati (W. Gasparri, *Somministrazione di farmaci e diritto alla tutela della salute*, in *Le Regioni*, 1998, 1547). Si può pertanto concludere che l'accesso ai medicinali debba essere – del pari – efficace, uniforme e appropriato.

¹⁵ È la Costituzione stessa a definire «fondamentale» il diritto alla salute. Come affermato da L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 152, è «innegabile [...] la forza che deriva a un diritto dall'essere l'unico qualificato fondamentale». In tema, anche W. Gasparri, *Somministrazione di farmaci*, cit., 1544. Secondo P. Caretti, *Diritti fondamentali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2006, 1881, sin dalla Relazione sui diritti pubblici subiettivi tenuta in sede costituente «emerge [...] una concezione [dei diritti fondamentali] del tutto nuova: essi vengono intesi non solo come elemento fondante il nuovo Stato che sta per nascere, ma come elemento dotato di una *priorità concettuale e temporale* rispetto ai principi destinati a disciplinare l'organizzazione dei poteri. Con una duplice conseguenza: che i diritti non sono più concepibili come *concessi* dallo Stato (come riflesso della sua potestà assoluta) e che l'intera organizzazione di quest'ultimo dovrà conformarsi alle esigenze proprie della tutela dei diritti». In tema, N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992; A. Baldassarre, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, I, Milano, Giuffrè, 1996, 63 ss.; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001.

¹⁶ Con riferimento al rapporto tra garanzia dell'accesso al farmaco e servizio farmaceutico, sembra porsi una questione di scelta costituzionalmente vincolata all'organizzazione delle risorse. La legge, infatti, essendo «vincolata ai fini costituzionalmente imposti», «trova in quei fini un vincolo non soltanto negativo ma positivo: oltre a non contraddirli, è tenuta a svolgerli e a realizzarli». Così L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013. In questi termini può essere misurata la ragionevolezza della disciplina della pianta organica delle farmacie rispetto al parametro di cui all'art. 32 Costituzione. In tema di vincoli costituzionalmente posti, anche F. Modugno, *Introduzione, in Attuazione e integrazione della Costituzione*, a cura di F. Modugno, Napoli, Jovene, 2008, 5 s. Rileva che alla legge «incombono anche [...] obblighi positivi in termini di implementazione e attuazione dei principi costituzionali» P. Caretti, *Il ruolo della legge statale, oggi*, in *La funzione legislativa, oggi. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Camerino, 25-26 maggio 2006*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 45.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

Muovendo ora ad analizzare più nello specifico l'istituto della pianta organica, essa prevede un contingentamento delle farmacie autorizzate (delle quali è definito il numero massimo), secondo una logica pianificatoria che predetermina l'area territoriale entro la quale le sedi devono essere collocate¹⁷. Ciò implica, evidentemente, la costituzione *ex lege* di condizioni di monopolio o, quantomeno, di oligopolio territoriale¹⁸.

Coloro che ravvisano nell'istituto in esame uno strumento essenziale di tutela della salute valorizzano il dato della distribuzione equilibrata e uniforme delle sedi farmaceutiche, giustificando la posizione pressoché monopolistica dei farmacisti in ragione dell'opportunità di garantire agli stessi un reddito tale da incentivare la prosecuzione del (necessario) servizio farmaceutico¹⁹.

Con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1²⁰, il legislatore ha tentato di intervenire sull'istituto in questione, proponendosi di stimolare dinamiche concorrenziali in un contesto a esse tradizionalmente estraneo²¹.

¹⁷ In specie, l'autorizzazione ad aprire una farmacia è rilasciata con atto adottato dal comune, «in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti» (art. 1, c. 2, l. 2 aprile 1968, n. 475, come modificato *ex art.* 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27). È prevista la possibilità di apertura di ulteriori sedi solo in due ipotesi derogatorie (in merito, *cf.* *infra*, nt. 70): qualora la popolazione superi i 3.300 abitanti di più del cinquanta per cento (art. 1, c. 3), o in particolari zone difficili da servire (art. 1-*bis*). Il comune, «sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie» (art. 2, c. 1). Pertanto, secondo quanto stabilito dalla normativa statale e pacificamente riconosciuto in giurisprudenza (di recente Cons. St., sez. III, 1 giugno 2020, n. 3436) l'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche e la loro localizzazione è demandata ai comuni, salvo nell'ipotesi derogatoria di cui all'art. 1-*bis*, che attribuisce la competenza alle regioni e alle province autonome. Compete invece alle regioni e alle province autonome l'adozione dei bandi di concorso per il conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione. Su questi profili, *ex multis*, Cons. St., III, n. 2240/2020.

¹⁸ Così G. Licata, *Considerazioni sulla «liberalizzazione»*, cit., 214.

¹⁹ S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, RomaTrE-Press, 2019, 134 s.; S. Ciccotti, *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., I, Torino, Utet, 2008, 372 ss. Per una riconsiderazione critica di tali assunti, G. Licata, *op. cit.*, 214 ss.

²⁰ Art. 11, d.l. n. 1/2012 (convertito, con modificazioni, in l. n. 27/2012), che ha modificato il testo della l. n. 475/1968 («Norme concernenti il servizio farmaceutico»).

²¹ L'intento, perseguito dal legislatore, di promuovere dinamiche concorrenziali nel settore farmaceutico è stato espressamente riconosciuto – subito dopo la novella – in giurisprudenza: Cons. St., III, n. 2990/2013; TAR Piemonte, sez. II, 16 settembre 2013, n. 1020; TAR Puglia, Bari, sez. II, 14 novembre 2013, n. 1535.

Sul significato da attribuire alla liberalizzazione di settori contingentati, M. Delsignore, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 25, n. 78, 2012, 306-309. L'A. individua la liberalizzazione come nozione essenzialmente eco-

Di fatto, però, anche dopo l'entrata in vigore di questo decreto ha continuato a operare nel nostro ordinamento uno strumento pianificatorio perfettamente sovrapponibile alla previgente pianta organica²², caratterizzato esclusivamente per un "alleggerimento" dei vincoli numerici del contingentamento. La spinta innovatrice della novella del 2012 si è infatti esaurita nella mera riformulazione al ribasso del rapporto tra numero di abitanti e numero di farmacie per ambito territoriale²³, essendo rimasto nella sostanza inalterato il sistema preesistente.

Parallelamente, la Corte costituzionale ha confermato la propria "grani-

nomica, che trova il proprio tratto caratterizzante nella volontà di eliminare i vincoli giuridici o gli ostacoli esistenti in un determinato settore, in favore del libero svolgersi dell'iniziativa economica privata e dell'applicazione delle regole della concorrenza. Quanto ai profili giuridici della liberalizzazione, essa consiste nella modificazione – realizzabile attraverso modi, metodi e strumenti diversi – di una determinata disciplina, al fine di ridurre le restrizioni, le condizioni e i requisiti normativamente imposti per l'esercizio di una certa attività. In tema, F.G. Scoca, *Relazione introduttiva*, in *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina. Atti del Convegno di Lecce, 30-31 marzo 2007*, a cura di E. Sticchi Damiani, Torino, Giappichelli, 2008, 6.

²² Sebbene per effetto della novella del 2012 la dizione «pianta organica» sia stata formalmente rimossa dall'art. 2, c. 1, l. n. 475/1968, è stato mantenuto uno strumento pianificatorio (ora innominato) di fatto coincidente con la precedente pianta organica. Così, mentre il vecchio testo dell'art. 2, c. 1, l. n. 475/1968 prevedeva che «[o]gni Comune deve avere una pianta organica delle farmacie nella quale è determinato il numero, le singole sedi farmaceutiche e la zona di ciascuna di esse», adesso la norma si riferisce semplicemente al fatto che «[o]gni Comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1 [che detta il parametro numerico del contingentamento]», stabilendo contestualmente che «il Comune [...] identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie».

Sulla sostanziale continuità rispetto al previgente sistema, subito dopo la novella del 2012, Cons. St., sez. III, 13 aprile 2013, n. 2019. Più di recente, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 7 agosto 2019, n. 5617, che ha ribadito la persistenza nell'ordinamento di uno strumento pianificatorio perfettamente sovrapponibile all'istituto della pianta organica. Sul piano normativo, è significativo che – anche dopo il d.l. n. 1/2012 – siano state mantenute in vigore talune norme statali previgenti espressamente menzionanti la pianta organica (v. art. 5, c. 1, l. 8 novembre 1991, n. 362: «[I]e regioni [...] in sede di revisione della *pianta organica* delle farmacie [...]»; art. 9, c. 1, l. n. 475/1968: «La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della *pianta organica*»).

²³ L'art. 11, c. 1, l. n. 27/2012, di conversione del d.l. n. 1/2012, ha infatti disposto che «[i]l numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti [in ogni Comune], riformulando al ribasso il parametro, prima fissato in una farmacia ogni cinquemila abitanti nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti, una ogni quattromila negli altri. In questi termini, lo scopo dell'intervento è stato quello di aprire, ma solo *tendenzialmente*, il mercato, per garantire all'utenza un servizio più capillare. Non pare, tuttavia, che si possa parlare di una compiuta liberalizzazione del settore, ancora connotato in termini di restrizione quantitativa legislativamente imposta al numero delle farmacie e all'ingresso nel

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

tica” giurisprudenza a favore del contingentamento delle farmacie, ritenendolo necessario per assicurare «un’adeguata distribuzione dell’assistenza farmaceutica sull’intero territorio nazionale»²⁴. Nessuna variazione, dunque, rispetto agli arresti con cui il giudice delle leggi aveva in precedenza riconosciuto che l’istituto della pianta organica assicurasse una «più ampia e razionale copertura del territorio nell’interesse della salute dei cittadini»²⁵, legittimando a tal fine anche la garanzia agli esercenti di «un determinato bacino d’utenza»²⁶.

Ciononostante, ci si potrebbe interrogare su alcune potenziali incoerenze nella disciplina della pianta organica rispetto allo scopo – pur costantemente dichiarato dalla stessa Consulta – di tutela della salute.

Intanto, ove il diritto alla salute venga inteso, secondo quanto anticipato, come *pienezza dell’accesso al farmaco*, un primo nodo da sciogliere riguarda l’idoneità di un istituto strutturato intorno al limite numerico delle farmacie, nella forma del “tetto massimo”.

Anche il riferimento, operato dalla giurisprudenza costituzionale²⁷, al «bacino d’utenza» assicurato agli esercenti del settore potrebbe poi rivelarsi del tutto estraneo all’obiettivo di garantire ai consociati l’accesso ai farmaci.

Infine, rimane dubbio se il limite all’iniziativa economica privata, rappresentato dal contingentamento numerico e dalla pianificazione territoriale, sia giustificato da un *rischio effettivo* per la salute.

Per tentare di prendere posizione su questi profili, può risultare utile indagare l’evoluzione storica della pianta organica, per individuarne la *ratio* e valutare se le sue attuali connotazioni siano rispondenti, o meno, alle esigenze del sistema costituzionale interno ed europeo.

3. Le origini storiche

L’introduzione nel nostro ordinamento del meccanismo contingentato mediante pianta organica risale alla l. 22 maggio 1913, n. 468 (riforma Giolitti)²⁸, che aprì alla programmazione statale del settore farmaceutico.

mercato della vendita (ancorché dei soli medicinali soggetti a prescrizione, giacché gli altri possono essere venduti nelle parafarmacie, non contingentate).

²⁴ C. cost., n. 255/2013 (§ 7 *cons. dir.*).

²⁵ C. cost., 9 gennaio 1996, n. 4 (§ 4 *cons. dir.*).

²⁶ C. cost., n. 76/2008 (§ 4 *cons. dir.*); C. cost., 4 febbraio 2003, n. 27 (§ 3.2, *cons. dir.*).

²⁷ C. cost., n. 76/2008, richiamata *supra* (nt. 26).

²⁸ Corredata dal regolamento 13 luglio 1914, n. 829. La disciplina mirava a soddisfare le necessità dell’assistenza farmaceutica locale (art. 2, l. 22 maggio 1913, n. 468), mediante la previsione di un’autorizzazione prefettizia *ex ante*, da adottare in ottemperanza della “pianta

La neo-introdotta pianta organica, di competenza prefettizia, costituiva un atto amministrativo generale di pianificazione quantitativa e territoriale, in quanto stabiliva il numero di operatori ammessi ad accedere al mercato e li distribuiva nelle diverse zone entro cui era consentita l'attività²⁹. Sulla base di tale atto, l'apertura delle farmacie diveniva oggetto di apposita autorizzazione, anch'essa di competenza del prefetto³⁰, cessando di essere libera. Veniva così superato il previgente assetto, che aveva configurato la farmacia come un bene patrimoniale privato e ne aveva proclamato la libertà di esercizio³¹.

organica", che definiva il numero di operatori ammessi all'esercizio e la collocazione delle sedi farmaceutiche. Più precisamente, la pianta organica delle farmacie veniva elaborata sulla base del criterio generale del rapporto tra numero di utenti e numero di esercizi autorizzabili (una farmacia ogni 4000/5000 utenti nei comuni aventi, rispettivamente, più o meno di 12.500 abitanti), con l'indicazione di specifiche aree di competenza e la previsione di una distanza minima tra esercizi pari a 200 metri (calcolata sulla base della via pedonale più breve). Sul punto, F. Levi, *La pianta organica delle farmacie*, in *Gli ospedali e le farmacie*, a cura di P. Bodda, *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1967, 119 ss.

²⁹ Per una disamina dei caratteri degli atti generali di pianificazione si rinvia a L. Mazarroli, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, Cedam, 1962, *passim*.

³⁰ Presupposto per ottenere l'autorizzazione era il superamento di un concorso per titoli, ad accesso riservato ai farmacisti. Così F. Ledda, *Assegnazione e apertura delle farmacie*, in *L'ordinamento sanitario*, cit., 101 e 105. Sulla natura del provvedimento – cui la legge del 1913 si riferiva indifferentemente con la denominazione di autorizzazione e con quella di concessione – sono state elaborate in dottrina tesi contrastanti. Qualificavano l'atto alla stregua di una concessione di servizio pubblico: G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, pt. III, II, Milano, Società editrice libraria, 1935, 433 ss.; G. Cataldi, *Il conferimento delle farmacie*, Roma, Ed. dell'Ateneo, 1947, 21 ss.; F. Ledda, *Assegnazione e apertura delle farmacie*, cit., 107 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, Napoli, Jovene, 1969, 362. A favore, invece, della natura di autorizzazione (secondo l'impostazione oggi prevalente): G. Falzone, *Le farmacie: natura giuridica e trasferimento*, Palermo, Lilia, 1948, 31 ss.; G. Landi, *Farmacia*, cit., 844; G. Abbamonte, *Iniziativa pubblica e privata nell'esercizio dell'attività farmaceutica*, in *Rass. amm. san.*, 1962, 102; A. De Valles, *Punti incostituzionali sul regime delle farmacie*, in *Rass. amm. san.*, 1963, 430 s.; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, Giuffrè, 1974, 175 s. Ritiene ormai superabile il dibattito sulla natura autorizzatoria o concessoria – anche alla luce della critica alla tradizionale distinzione tra autorizzazione e concessione (in tema, D. Sorace e C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, 299 s.; A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, Utet, 1987, 58 ss., in part. 73-76) – M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 73-86.

³¹ Con la l. sanitaria 22 dicembre 1888, n. 5894 (riforma Crispi) era stata proclamata (art. 26) la libertà dell'esercizio farmaceutico, tuttavia contestualmente prevedendo (art. 68) – a tutela degli interessi dei farmacisti operanti nel settore – la conservazione dei «vincoli e pri-

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

La scelta del 1913 riposava sul timore che la concorrenza potesse incidere negativamente sulla *qualità dei farmaci* venduti, in considerazione delle modalità con cui erano a quel tempo prodotti i medicinali, realizzati *artigianalmente* dallo stesso farmacista in laboratorio. L'esigenza di assicurare un sufficiente approvvigionamento territoriale delle materie prime, limitate e potenzialmente scarse, implicava necessariamente una certa dislocazione delle farmacie sul territorio. La loro concentrazione nelle medesime zone avrebbe potuto comportare l'esaurimento delle materie prime disponibili, con il rischio dell'impiego di materiali alternativi meno pregiati per le preparazioni e, quindi, l'approntamento di medicinali scadenti.

Lo stesso privilegio farmaceutico – cioè il rilascio ai farmacisti di un'autorizzazione personale e vitalizia – fu la naturale conseguenza del carattere specialistico del sapere richiesto, volendosi attribuire un riconoscimento ai soggetti in grado di preparare medicamenti di qualità. Al contempo, si intendeva “attirare” allo svolgimento della professione di farmacista solo i soggetti “migliori”, ovvero tecnicamente più abili nella preparazione dei farmaci³².

Infine, furono prese in considerazione le difficoltà di spostamento in un Paese allora basato su un'economia prettamente agricola: una distribu-

vilegi esistenti nel regno nell'esercizio della farmacia», rinviandone l'abolizione, subordinata alla presentazione di un progetto di legge nei cinque anni successivi. Dunque, già nel 1888, in tempi di liberismo, l'esercizio delle farmacie era stato, in realtà, ostacolato (quantomeno in parte) da esigenze “corporative” e protezionistiche. Sui privilegi anteriori alla legge sanitaria del 1988 G. Zanobini, *op. cit.*, 433 s., il quale, con riferimento alle «farmacie piazzate del Piemonte» e alle «farmacie reali del regno Lombardo-Veneto», nota come il privilegio avesse carattere di diritto pubblico e di diritto privato patrimoniale, dal momento che colui che otteneva il permesso governativo all'esercizio farmaceutico «per una data località, o piazza farmaceutica, era il solo che potesse esercitare in essa la farmacia e del privilegio poteva disporre, come di cosa facente parte del suo patrimonio, sia per cessione fra vivi, sia per successione ereditaria». Sull'evoluzione storica del sistema dell'esercizio farmaceutico M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 66 ss., cui si rinvia (in part., 66–68) per le considerazioni circa le ragioni sottese all'istituzione della pianta organica.

³² Così S. Lessona, *Trattato di diritto sanitario*, I, Milano-Torino-Roma, ELLI Bocca, 1914, 352 ss., il quale, tra le ragioni sostenute dai fautori del sistema vincolato, riferisce la tesi secondo cui «il privilegio farmaceutico, assicurando una condizione economicamente migliore, rende più decoroso e quindi più desiderato l'esercizio di una professione che richiede vi si dedichino ottimi elementi» (*ivi*, 355). Sul punto, l'A. osserva però criticamente come «ammesso che l'esercizio vincolato accresca dignità all' esercente farmacista, è pur certo che la posizione privilegiata dispone poco all'operosità, al desiderio di maggiori progressi, di studi più accurati, di ricerche maggiori» (*ivi*, 356).

zione delle farmacie rigidamente regolamentata avrebbe evitato il rischio di lasciare sforniti i centri minori e le zone di campagna³³.

In definitiva, le limitazioni imposte all'esercizio della farmacia dal legislatore del 1913 furono motivate dalle peculiarità della società dell'epoca e si fondarono «sovra un concetto di difesa della sanità pubblica, essendo noti i pericoli che derivano da mancanza o da distribuzione poco ponderata di medicine»³⁴.

4. (Segue) Considerazioni critiche: il mutamento di asse. Dalla tutela oggettiva alla tutela soggettiva

Anche i lavori parlamentari della l. n. 468/1913 confermano che l'intento del legislatore fu legato a ragioni di tutela oggettiva, ovverossia alla protezione dell'interesse pubblico alla sanità³⁵.

Esplicativo in questo senso il discorso introduttivo dei lavori della Camera pronunciato dal Presidente del Consiglio Giolitti, diretto a ravvisare «nell'interesse della sanità pubblica»³⁶ il valore sotteso alla legge in questione. Durante la discussione parlamentare, del resto, venne spesso evidenziata la «precipua tutela dell'interesse pubblico, [...] che certo [doveva] prevalentemente ispirare ed animare [il] disegno di legge»³⁷. Frequente, infine, la

³³ Oltre alle ragioni riportate, si afferma in dottrina che anche lo scarso valore della concorrenza quanto al prezzo finale del prodotto – ritenuto più correttamente determinabile mediante un tariffario – depose a favore della limitazione della libertà d'iniziativa economica. In questi termini M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 67. Tuttavia, questa sembra essere, più che una delle cause sottese alla scelta a favore del contingentamento, una conseguenza delle altre ragioni riportate. Infatti, dal momento che, come evidenziato, il mercato era essenzialmente chiuso per le caratteristiche della professione del farmacista e per le difficoltà di spostamento, era in concreto impossibile che vi fosse una reale concorrenza. Da qui l'impossibilità di ragionare compiutamente sull'incidenza della concorrenza (di fatto sostanzialmente assente) sul prezzo finale del prodotto.

³⁴ Riprendendo le parole di F. Cammeo e C. Vitta, *Sanità pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, pt. II, IV, Milano, Società editrice libraria, 1905, 764 (come riportato in M. Delsignore, *op. cit.*, 68).

³⁵ Cfr. *supra* nt. 34.

³⁶ Si rinvia ai resoconti stenografici dei lavori parlamentari relativi alla l. n. 468/1913, reperibili sul portale storico della Camera dei deputati: storia.camera.it. Per il discorso del Presidente del Consiglio Giolitti: Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Discussione del disegno di legge per l'esercizio delle farmacie – tornata dell'11 febbraio 1913*, 22786.

³⁷ Intervento dell'on. Pietravalle nell'ambito della discussione presso la Camera dei deputati del 12 febbraio 1913: Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Seguito della discussione del disegno di legge sull'esercizio delle farmacie – tornata del 12 febbraio 1913*, 22825. L'interesse

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

qualificazione della materia farmaceutica come «attinente alla incolumità generale»³⁸, alla «pubblica igiene»³⁹ e financo all'«ordine pubblico»⁴⁰.

Da queste brevi indicazioni si desume che l'interesse dei singoli all'approvvigionamento di farmaci risultò solo indirettamente tutelato, come riflesso dell'interesse della società alla pubblica igiene e alla sanità. Tuttavia, non fu affatto riconosciuta in capo ai consociati una posizione giuridica soggettiva di spettanza della fornitura farmaceutica.

In altre parole, il contingentamento mediante pianta organica si affermò in un contesto in cui l'intervento pubblico in materia di salute svolgeva essenzialmente una funzione igienico-preventiva, avente di mira la tutela dell'interesse pubblico alla salute e non il diritto individuale a essa⁴¹. Il fine della l. n. 468/1913 non era, perciò, quello di garantire ai singoli cittadini l'accesso ai medicinali, ma semmai lo Stato riteneva *utile*, per finalità pubbliche di tutela della sanità, predisporre un complessivo approvvigionamento di farmaci in condizioni e tempi ragionevoli⁴².

Il contesto finora descritto, in ragione dell'evoluzione storica della società, mutò però in modo significativo. Innanzitutto, furono gradualmente risolte le difficoltà di spostamento sul territorio e diventò desueta la preparazione artigianale dei medicinali da parte dei farmacisti. Vennero meno, quindi, i principali fattori che nel 1913 avevano giustificato le caratteristiche della pianta organica.

pubblico fu alternativamente identificato, nel corso dei lavori parlamentari, nella «incolumità pubblica» (on. Bonicelli, Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Seguito della discussione del disegno di legge sull'esercizio delle farmacie – tornata del 13 febbraio 1913*, 22874) e nella «salute pubblica» (ancora on. Bonicelli, *ivi*, 22874). In termini di «salute pubblica» si esprimeva anche l'intervento dell'on. Messedaglia, *ivi*, 22882. Sul punto, rilevante inoltre quanto reiteratamente affermato dal Presidente del Consiglio Giolitti: «[n]oi dobbiamo in prima linea (torno sempre al mio ragionamento fondamentale) pensare alla salute pubblica» (Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Seguito della discussione del disegno di legge sull'esercizio delle farmacie – tornata del 15 febbraio 1913*, 22969).

³⁸ On. Falletti, Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Seguito della discussione del disegno di legge sull'esercizio delle farmacie – tornata del 13 febbraio 1913*, 22893.

³⁹ On. Alessio, Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Seguito della discussione del disegno di legge sull'esercizio delle farmacie – tornata del 13 febbraio 1913*, 22889.

⁴⁰ On. Venditti, Atti parlamentari della Camera dei deputati, *Seguito della discussione del disegno di legge sull'esercizio delle farmacie – tornata del 14 febbraio 1913*, 22949.

⁴¹ Descrive in questi termini il significato della tutela della salute nella fase precostituzionale, segnalando che «la salute della persona acquisiva un rilievo giuridico unicamente nell'ambito della protezione della salute della popolazione», con conseguente «subordinazione della salute dell'individuo a quella della collettività», A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, 23.

⁴² Così M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 66.

Non solo. Con l'entrata in vigore e la progressiva operatività della Costituzione, in particolare con la legislazione di trasferimento delle funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria dallo Stato alle regioni⁴³ e l'istituzione, nel 1978, del Servizio sanitario nazionale (SSN)⁴⁴, la visione di inizio Novecento – incentrata sugli interessi generali di sicurezza e di salute del corpo sociale⁴⁵ – fu per lo più superata, mediante l'affermazione del principio personalista⁴⁶.

Si intende dire che, alla luce dei precetti costituzionali, l'attività farmaceutica iniziò a essere considerata come un complesso di azioni dirette alla persona in quanto tale⁴⁷, anziché come una funzione, facente capo al Ministero dell'interno e alle prefetture, con finalità di ordine pubblico⁴⁸.

Per effetto della Costituzione, invero, il diritto alla salute, sancito all'art.

⁴³ Mediante i d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4 e 24 luglio 1977, n. 616.

⁴⁴ L. n. 833/1978.

⁴⁵ Agli inizi del Novecento questa era stata, più in generale, la visione sottesa all'intervento pubblico con riguardo a tutte le attività di protezione sociale. Basti qui richiamare, a titolo di esempio, l'assistenza agli infermi di mente, considerata una misura contro la pazzia, pericolosa per l'ordine pubblico e la sicurezza sociale (R. Gianolio, *L'assistenza psichiatrica ed agli infermi di mente*, in *Le province*, a cura di A. Amorth, *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1968, 139 ss.); ancora, il mantenimento degli inabili al lavoro, strumentale a prevenire l'accattonaggio, pericoloso per l'ordine sociale (F. Molteni, *Le funzioni sociali dei comuni*, in *I comuni*, a cura di M.S. Giannini, *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1967, 238). In questi termini, è evidente che, prima della Costituzione, le attività di protezione sociale costituivano una risposta ai bisogni di tutela del corpo sociale nel suo complesso, prima (e più che) della singola persona destinataria. Riflette in merito N. Vettori, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 310.

⁴⁶ Principio sancito dal riconoscimento e dalla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, di cui all'art. 2 Cost. Nota che l'affermazione in Costituzione del principio personalista «dà avvio al superamento della visione incentrata sugli interessi generali di sicurezza e di salute del corpo sociale» N. Vettori, *Persona e diritto all'assistenza*, cit., 312. In effetti, «[l']assunzione da parte del [...] testo costituzionale del principio personalistico a suo fondamento capovolge l'equilibrio precedente: non è più la società che deve essere preservata, ma è la persona che deve essere sostenuta, protetta, liberata dalla sofferenza e dal bisogno, ecc., affinché possa pienamente svilupparsi in essa» (così A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 28). Rileva che la concezione personalista pervade tutto l'ordito costituzionale, riflettendo in particolare sui lavori dell'Assemblea costituente che portarono alla formulazione dell'art. 32 Cost., L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 165.

⁴⁷ Senza discriminazione alcuna, in attuazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost.

⁴⁸ Sul passaggio da *funzione* a *servizio* in materia di assistenza si veda, ancora, N. Vettori, *Persona e diritto all'assistenza*, cit., 309 ss. Sulle finalità di ordine pubblico caratterizzanti la materia sanitaria prima dell'entrata in vigore della Costituzione e facenti capo al Ministero dell'interno e alle prefetture cfr. A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 23.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

32, veniva calato in una *dimensione soggettiva*⁴⁹. Si stabiliva un obbligo positivo⁵⁰ per lo Stato di organizzare i servizi⁵¹ necessari ad assicurare a ciascun individuo il diritto alla salute, definito “fondamentale”. Tale qualificazione ne stabiliva inequivocabilmente la natura di diritto soggettivo direttamente azionabile nei confronti dei pubblici poteri⁵², nonché dei privati⁵³.

Il tema si intreccia, a ben vedere, con quello della duplice declinazione della tutela della salute – secondo il testo dell’art. 32 Cost. – quale «interesse della collettività» e «diritto dell’individuo». In proposito, c’è da chiedersi se la scelta della formula «interesse della collettività» sia stata influenzata, o meno, dall’approccio precedente alla Costituzione, improntato alla tutela oggettiva degli interessi generali di sicurezza e di salute del corpo sociale, come finalità di ordine pubblico. Quello stesso approccio che, come indicato, aveva informato l’istituzione della pianta organica.

In effetti, l’inciso (presente nel progetto iniziale dell’art. 32 Cost.), per cui la Repubblica «promuove l’igiene» – interesse evidentemente “oggettivo” di sanità pubblica – fu poi soppresso dall’Assemblea costituente, proprio perché lo si ritenne già *implicitamente ricompreso* nell’art. 32 Cost.⁵⁴.

Senza svolgere in questa sede una disamina specificamente dedicata al

⁴⁹ Sulla «svolta» rappresentata dall’art. 32 Cost., che sancisce un diritto alla salute «recuperato alla dimensione soggettiva», C.M. D’Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, agg.V, Milano, Giuffrè, 2001, 1009 ss.

⁵⁰ Depone in tal senso la scelta del verbo “tutelare” («la Repubblica *tutela* la salute»), che si distingue dalla formula del “riconoscimento e rispetto”, che «possono tradursi anche in un mero dovere negativo di non ledere». Così A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 22.

⁵¹ Tali servizi venivano così intesi come «prestazioni» alle quali deve aver diritto ciascun cittadino. In questo senso, rilevante quanto affermato dall’on. Camangi alla seduta del 24 aprile 1947 dell’Assemblea costituente: «l’assistenza sanitaria, intesa nel senso più completo, quindi medici, medicine, analisi, ospedali ecc. deve essere [...] una *prestazione* alla quale devono aver *diritto* tutti i cittadini» (corsivo nostro). L’intervento è reperibile *online* all’indirizzo www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm.

⁵² Nell’ottica di un «diritto alla salute [...] dalla chiara impronta personalista, fondatore di una pretesa positiva nei confronti dei pubblici poteri e di un correlativo obbligo di servizio pubblico»; così C. Tubertini, *Diritto alla salute, organizzazione e risorse finanziarie. Lo stato attuale della questione*, in *Diritto amministrativo e società civile. I – Studi introduttivi*, Bologna, Bononia University Press, 2018, 545.

⁵³ In merito A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 22, che richiama C. cost., 26 aprile 2012, n. 107 e 7 maggio 1991, n. 202.

⁵⁴ Si vedano in proposito i lavori dell’Assemblea costituente, consultabili all’indirizzo www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm. In particolare, l’inciso «promuove l’igiene» fu rimosso dal testo dell’articolo accogliendo l’emendamento Caronia: «La “tutela della salute” implica anche la prevenzione delle malattie. Quindi ci pare superfluo aggiungere: “promuove l’igiene”. Un articolo di Costituzione deve essere sintetico. Mirabile esempio di

problema del binomio diritto–interesse nell’art. 32 Cost., merita però notare che la previsione «che addossa alla Repubblica l’obbligo di tutelare la salute, intesa come interesse della collettività»⁵⁵ e quella «che addossa l’identico obbligo allo Stato a tutela di un fondamentale diritto dell’individuo»⁵⁶ potrebbero esplicitare non già due “anime” distinte, ma complementari, avendo riguardo alla collettività come un insieme di individui. Più esattamente, il riconoscimento, operato in Costituzione, di una posizione giuridica direttamente tutelata in capo a ciascun consociato (con inversione logica rispetto al modello di tutela oggettiva di inizio Novecento), non esclude la protezione della dimensione pluralistica, ma la realizza mediante la valorizzazione della tutela soggettiva degli individui appartenenti a quella stessa collettività.

In questa chiave, la tutela soggettiva della salute – quale fondamentale diritto sociale individuale – garantirebbe contestualmente il diritto del singolo alla soddisfazione di una pretesa a una prestazione (sanitaria, farmaceutica)⁵⁷ e l’interesse della società alla soddisfazione di quello stesso diritto, affinché l’individuo che ne è portatore, vedendosi tutelato, sia in grado di contribuire allo sviluppo politico, economico e sociale della collettività di cui è parte⁵⁸. Siffatta interpretazione consentirebbe di “emancipare” «l’interesse della collettività» dall’accezione di tutela oggettiva della sanità caratterizzante l’intervento pubblico nel quadro precostituzionale, collegandolo invece con «l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all’art. 2 Cost.⁵⁹, coerentemente con il progetto di valorizzazione della persona – come parte della collettività – sancito in Costituzione⁶⁰.

sintesi, che in quattro parole tutto esprime, è la norma di diritto sancita da Roma antica: *salus publica suprema lex*».

⁵⁵ P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 372.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Ritiene che «[u]n diritto fondamentale spetta al cittadino come *diritto soggettivo* e si rivolge allo Stato come soggetto obbligato» N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzioni*, Bari, Dedalo, 2002, 301 (corsivo nostro). Una prospettiva analoga si riscontra in L.R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.

⁵⁸ Attribuisce ai diritti sociali fondamentali questa duplice declinazione (come diritto del singolo alla soddisfazione di una pretesa e, insieme, interesse della società alla soddisfazione di tale diritto) A. Pioggia, *Diritti dell’individuo e organizzazione della sanità. Quale idea di persona nelle scelte sul funzionamento del sistema?*, in *Diritto amministrativo e società civile. II – Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, Bononia University Press, 2019, 583 s.

⁵⁹ Secondo C. cost., 10 maggio 2019, n. 114 «[n]ell’architettura dell’art. 2 Cost. l’adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno».

⁶⁰ Riconosce che il principio personalista, di cui all’art. 2 Cost., implica necessariamente una valorizzazione della persona «non solo come singolo, ma anche nelle relazioni in

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

Preme allora riflettere sulle ricadute applicative, per il sistema farmaceutico, derivanti dall'introduzione del principio personalista, che – quantomeno secondo l'interpretazione appena suggerita – implica una tutela soggettiva, consentendo di ricostruire il diritto alla salute come diritto individuale di ciascuno dei consociati nell'ambito della collettività.

Al riguardo, vengono in rilievo due interventi normativi. In primo luogo, tra il 1972 e il 1977, il già ricordato decentramento delle funzioni amministrative in materia sanitaria⁶¹, che sembrerebbe indicativo, sul fronte organizzativo⁶², della volontà di un avvicinamento ai cittadini e, dunque, alla persona⁶³. In secondo luogo, nel 1978, l'istituzione del SSN, avente l'obiettivo di garantire ai singoli l'accesso ai medicinali, resi gratuiti nel caso della loro essenzialità⁶⁴ (con estensione della portata del precetto

cui essa concretamente si trova, e nelle quali soltanto essa si può sviluppare» C. cost., 29 maggio 2020, n. 102. In senso analogo, C. cost., n. 114/2019, secondo cui «il principio personalista, affermato anzitutto dall'art. 2 Cost. [...] tutela la persona non solo nella sua dimensione individuale, ma anche nell'ambito dei rapporti in cui si sviluppa la sua personalità: rapporti che richiedono senz'altro il rispetto reciproco dei diritti, ma che si alimentano anche grazie a gesti di solidarietà (sentenza n. 119 del 2015)».

⁶¹ Operato, come già indicato (cfr. *supra* nt. 43), con i d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4 e 24 luglio 1977, n. 616.

⁶² Come rilevato da G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 111 ss., sussiste una stretta interdipendenza fra interessi e organizzazione, posto che «la soddisfazione degli interessi trova risposte solo in misure di tipo organizzativo» (Id., *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, I, Torino, Giappichelli, 2019, 238). In quest'ottica, non stupisce che un certo modo di intendere la salute – come diritto della persona alla soddisfazione di una pretesa e interesse della società alla soddisfazione di tale diritto – abbia delle implicazioni anche sul fronte organizzativo. Ciò trova conferma anche nelle statuizioni di C. cost., 27 novembre 1998, n. 383, secondo cui «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente», con la conseguenza – per ciò che qui interessa – che «non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione».

⁶³ La “personalizzazione” della prestazione sanitaria – vale a dire il fatto che essa debba essere modulata sulle specificità della persona che ne è destinataria (sul punto Cons. St., III, n. 4460/2014) – fa sì che tale prestazione possa meglio essere gestita ed erogata a livello locale, più vicino al soggetto destinatario della (e titolare del diritto alla) prestazione stessa. In questi termini, nelle scelte organizzative di decentramento amministrativo e territorializzazione del servizio di assistenza sanitaria e farmaceutica può individuarsi uno strumento avente di mira la valorizzazione della persona.

⁶⁴ In un sistema pubblico di tutela della salute intesa, nell'accezione costituzionale, quale «fondamentale diritto dell'individuo» (art. 32 Cost.), il SSN deve assicurare alla persona una *garanzia piena* del suo «interess[e] di pubblico servizio», secondo l'espressione di D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, V, 1988, 205 ss., in part. 214 s. L'A. rileva che i poteri amministrativi inerenti a un pubblico servizio sono intrinsecamente caratterizzati dal «limite della necessità non eludibile che gli interessi

costituzionale, che impone la gratuità solo con riferimento a situazioni di indigenza⁶⁵).

Tali interventi, entrambi ispirati dalla lettura del diritto alla salute come fondamentale diritto sociale individuale, hanno determinato la nascita del servizio di assistenza farmaceutica⁶⁶, implicante prestazioni materiali organizzate ed erogate dagli enti pubblici nei confronti dei singoli consociati⁶⁷.

dei cittadini configurati dalla legge come diritti sociali siano soddisfatti» (Id., *Notazione in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, 3918).

⁶⁵ La previsione della gratuità agganciata all'essenzialità del medicinale depone nel senso dell'universalità del servizio, erogato nei confronti della persona in quanto tale, definitivamente superando i residui (ravvisabili nella scelta costituzionale di riferirsi ai soli «indigenti») di assistenzialismo ottocentesco di tipo caritativo, come azione diretta a determinate categorie svantaggiate. La legge istitutiva del Ssn sembrerebbe dunque sviluppare ulteriormente il progetto contenuto nella Costituzione, offrendo, sotto questo profilo, una più pregnante attuazione del principio personalista. Veniva così raccolto il senso dell'intervento svolto in Assemblea costituente dall'on. Merighi, nell'ambito della discussione sull'art. 32 Cost.: «Oggi che tutti tendono alla solidarietà sociale, non possiamo pensare ad una categoria di cittadini che siano considerati indigenti e che, quindi, continuino ad avere bisogno della carità: non c'è più carità; c'è la solidarietà sociale» (l'intervento può essere reperito *online* all'indirizzo www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm).

Altra questione, che non è possibile affrontare in questa sede, attiene alle ricadute economiche connesse alla scelta della gratuità dei medicinali. In proposito, N. Vettori, *Persona e diritto all'assistenza*, cit., 313 s., la quale nota come gli interventi legislativi che, in materia sanitaria e socio-sanitaria, hanno declinato il principio universalista «in termini di tendenziale gratuità delle cure per tutti i cittadini» abbiano problematicamente contribuito a «innescare un meccanismo di 'lievitazione' della spesa». In ogni caso, nell'ipotesi in esame, sussiste pur sempre il filtro dell'essenzialità del medicinale, che delimita la gratuità dello stesso. Sul problematico rapporto tra esigenza di una piena soddisfazione dei diritti sociali e risorse necessarie per organizzare ed erogare le prestazioni strumentali alla soddisfazione di tali diritti C. Tubertini, *Diritto alla salute, organizzazione e risorse finanziarie*, cit., 545 ss.; L. Busatta, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, Giappichelli, 2018, in part. 98 ss.; R. Balduzzi e D. Servetti, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi e G. Carpani, Bologna, il Mulino, 2013, 25 ss.

⁶⁶ L'espressione «assistenza farmaceutica» compariva, invero, già nella l. n. 468/1913 (agli artt. 2, 7, 14, 22). Tuttavia, il modo di intendere l'assistenza come insieme di prestazioni alla persona fu acquisizione nuova, precipitato del sistema costituzionale. Per la nozione di servizio come insieme di prestazioni cfr. art. 32, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, relativo all'«assistenza sanitaria ed ospedaliera», ove sono congiuntamente richiamati i «servizi» e «i tipi e le modalità delle prestazioni».

⁶⁷ Come riconosciuto da Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, la «nuova dimensione» della prestazione farmaceutica «risponde alle esigenze più profonde di un moderno diritto amministrativo prestazionale (c.d. *Leistungsverwaltungsrecht*)». Sul concetto di «amministrazione prestazionale (c.d. *Leistungsverwaltung*)» nel settore sanitario – un'amministrazione,

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

L'assistenza farmaceutica, assicurata «attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati»⁶⁸ (tutte convenzionate con il Ssn), rappresenta così l'esito della valorizzazione, costituzionalmente necessitata, delle posizioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio farmaceutico⁶⁹.

Cionondimeno, al momento dell'istituzione del Ssn, è stato mantenuto a perno dello stesso, come strumento pianificatorio delle farmacie, l'istituto della pianta organica, espressione di una realtà storica in cui non si era ancora affermato il principio personalista veicolato in Costituzione.

Diventa pertanto necessario verificare se la pianta organica, legata, come visto, alle logiche di tutela oggettiva della sanità tipiche della società di inizio Novecento, sia, o meno, confacente al modello costituzionale di tutela del diritto alla salute. Infatti, se è vero che dopo l'avvento della Costituzione la salute, anche ove qualificata come «interesse della collettività», deve ottenere una tutela soggettiva rivolta all'individuo, l'organizzazione del servizio farmaceutico dovrebbe a sua volta essere informata a questa dimensione valoriale.

5. La pianta organica oggi. Le istanze protezionistiche sottese

Sin dal suo inquadramento nell'ambito del Ssn, la pianta organica avrebbe pertanto dovuto mirare all'attuazione del diritto soggettivo alla salute. Tuttavia, come anticipato all'inizio di questo lavoro, taluni aspetti della sua disciplina – nella duplice declinazione del numero contingentato e della pianificazione territoriale – sembrano tutt'oggi porsi in contrasto con tale obiettivo. Di essi, dunque, appare opportuna una breve disamina.

Innanzitutto, circa il contingentamento numerico, il sistema della pianta organica prevede che sia mantenuta una determinata proporzione tra il nu-

cioè, che eroga «servizi e prestazioni essenziali [...] per la salute dei singoli», nell'ambito della collettività – cfr. Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 6024, che evidenzia come l'assistenza farmaceutica rappresenti una fondamentale espressione dell'assistenza sanitaria.

⁶⁸ Art. 28, l. n. 833/1978.

⁶⁹ Tale affermazione trova riscontro nelle indicazioni di Cons. St., III, n. 4460/2014, secondo cui «la dimensione costituzionale del diritto alla salute, nel rapporto tra il singolo e l'amministrazione sanitaria [cui il servizio farmaceutico si iscrive], attribuisce al primo il diritto ad una prestazione [...] che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua *persona* e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine» (corsivo nostro). In particolare, i Giudici di Palazzo Spada hanno considerato la valorizzazione della dimensione individuale del fruitore della prestazione (farmaceutica, sanitaria) quale naturale espressione di «un ordinamento che ha nel principio personalistico il suo fondamento».

mero delle farmacie e l'entità della popolazione, non essendo ammessa (salvo limitate ipotesi derogatorie⁷⁰) più di una farmacia ogni 3.300 abitanti⁷¹.

Questa previsione di un *numero massimo* di farmacie assentibili sembrerebbe espressione di un impianto programmatico volto alla tutela degli interessi di classe dei titolari delle farmacie, più che della salute dei singoli utenti, nell'ottica dei quali sarebbe più correttamente da apprestare una copertura sufficiente nelle varie zone, individuando per ciascuna un *numero minimo* di sedi farmaceutiche⁷².

L'affermazione acquista consistenza giuridica ove si consideri che la copertura del territorio comunale mediante farmacie, ai fini dell'erogazione di farmaci, costituisce un Livello essenziale di assistenza (LEA)⁷³. Di conseguenza, la pianta organica (in quanto strumento a ciò preordinato) rappresenta una condizione "minima" – ma non necessariamente "ottimale" – del servizio⁷⁴ e, in quanto tale, non dovrebbe escludere eventuali livelli aggiun-

⁷⁰ La deroga è prevista solo in due ipotesi. In primo luogo, le amministrazioni comunali possono istituire un'ulteriore sede per un'eccedenza di abitanti superiore del cinquanta per cento rispetto al parametro di 3.300 persone (art. 1, c. 3, l. n. 475/1968, come modificato ex art. 11, l. n. 27/2012 di conversione del d.l. n. 1/2012). In secondo luogo, per novella operata con d.l. n. 1/2012 – che ha introdotto nel *corpus* della l. n. 475/1968 l'art. 1-*bis* – le regioni e le province autonome possono istituire ulteriori farmacie (comunque entro il limite del cinque per cento delle sedi complessive) in specifici luoghi, quali stazioni ferroviarie, aeroporti civili a traffico internazionale, stazioni marittime e aree di servizio autostradali (purché non vi sia già una farmacia a distanza inferiore a 400 metri), centri commerciali e grandi strutture (purché non vi sia un'altra farmacia a distanza inferiore a 1.500 metri).

⁷¹ Art. 1, c. 2, l. n. 475/1968, come modificato ex art. 11, l. n. 27/2012 (conversione del d.l. n. 1/2012).

⁷² In quest'ottica si è espressa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), nell'atto contenente le «Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza 2014» formulate a Governo e Parlamento (AGCM, A.S. 1137 del 2014, Roma, 4 luglio 2014). Circa le considerazioni sul punto svolte dall'Autorità, si rinvia a quanto sarà più approfonditamente indicato *infra*, par. 9. In chiave critica rispetto alla previsione del tetto massimo delle farmacie assentibili anche M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 161, la quale afferma che «[s]e la pianificazione contingentata persegue il fine di distribuire le farmacie sul territorio, tale fine non giustificherebbe affatto [...] il divieto di autorizzare farmacie in zone già fornite» e, in termini più generali, 164: «[è] chiaro, infatti, che ove si individuasse un livello minimo da garantire, ogni volta conseguito il livello sarebbe illegittimo il rifiuto di autorizzare nuove iniziative».

⁷³ Come chiarito dalla stessa Corte costituzionale, per la quale "certamente" «l'erogazione di farmaci rientra nei livelli essenziali di assistenza (LEA), il cui godimento è assicurato a tutti in condizioni di uguaglianza sull'intero territorio nazionale» (C. cost., 12 dicembre 2011, n. 330, § 3.1 *cons. dir.*, che richiama in tema C. cost. 19 giugno 2002, n. 282). Si ricordi che i LEA costituiscono di fatto i Livelli essenziali delle prestazioni (LEP) in sanità.

⁷⁴ Nota come i livelli essenziali delle prestazioni (tra cui, dunque, anche i LEA) indi-

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

tivi delle prestazioni, consentendo l'apertura di ulteriori sedi farmaceutiche anche in aree già coperte dalla presenza di una farmacia. Una disciplina che precluda questa possibilità non pare allora realmente orientata alla tutela della salute (né risulta a ciò idonea), ponendo di fatto un limite – in forza del tetto massimo – all'assistenza farmaceutica offerta ai consociati su base territoriale⁷⁵. Per di più, ciò potrebbe comprimere «il diritto di libera scelta della farmacia» riconosciuto a ogni cittadino dall'art. 15, l. 2 aprile 1968, n. 475, che, come noto, disciplina il servizio farmaceutico⁷⁶. Quanto detto sembrerebbe evidenziare come il fine perseguito dal contingentamento non sia quello della piena assistenza farmaceutica, ma, piuttosto, quello di garantire un bacino riservato di utenza a coloro che già operano nel mercato⁷⁷.

La riconducibilità della pianta organica a istanze protezionistiche scarsamente coerenti con le esigenze di tutela della salute sembra poi rivelarsi anche sul piano della localizzazione territoriale. Su questo fronte, con la riforma del 2012 il regime di individuazione specifica delle sedi farmaceutiche è stato sostituito da un meccanismo di perimetrazione della zona in cui esse possono essere collocate⁷⁸, senza un reale abbandono del sistema pianificato⁷⁹.

viduino una condizione “minima” di garanzia C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2011, 3371 ss., il quale evidenzia come «l'eguaglianza di cui si parla in relazione alla clausola dei LEP non è uniformità nel “massimo possibile” bensì nel “minimo necessario”, nel senso appunto di “essenziale”» (*ivi*, 3394 s.).

⁷⁵ Se fosse, viceversa, consentita l'apertura di sedi farmaceutiche ulteriori rispetto al tetto massimo, gli utenti del servizio potrebbero trarne vantaggio in termini di maggiore accessibilità (perché l'aumento del numero delle farmacie potrebbe avvicinarle anche “spazialmente” ai singoli cittadini).

⁷⁶ Art. 15, l. 2 aprile 1968, n. 475 («Norme concernenti il servizio farmaceutico»), secondo cui: «è riconosciuto ad ogni cittadino [...] il diritto di libera scelta della farmacia». Si potrebbe allora ritenere che la rimozione del tetto massimo consentirebbe senz'altro una più efficace attuazione di questa norma, dal momento che ciascun consociato vedrebbe ampliata la propria possibilità di scegliere la farmacia in cui servirsi.

⁷⁷ Ravvisano nella garanzia di un bacino minimo di utenza alle farmacie già operanti nel mercato la logica sottesa al contingentamento, M. Calabrò, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica*, cit., 1266 e M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 164.

⁷⁸ In base al regime della perimetrazione il farmacista è «in linea di massima e salvo eccezioni, libero di scegliere l'ubicazione del proprio esercizio, purché rimanga all'interno di quel perimetro», fatta salva in ogni caso la distanza minima di duecento metri da farmacie delle zone contigue (Cons. St., sez. III, 8 novembre 2013, n. 5357).

⁷⁹ Inequivoco, sul punto, il Consiglio di Stato, secondo cui «benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato pianta organica, resta affidata alla competenza del comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che

In merito, si può certamente condividere che l'attribuzione a ciascuna farmacia di un'area di competenza non sarebbe di per sé inconciliabile con un'efficace tutela della salute, potendo (almeno in linea teorica) rispondere all'esigenza di garantire ai cittadini l'universalità del servizio⁸⁰.

Tuttavia, ciò che risulta problematico è che in giurisprudenza e in dottrina la perimetrazione delle sedi delle farmacie mediante pianta organica sia frequentemente ricondotta all'opportunità di assicurare un *reddito adeguato* agli operatori del settore⁸¹, facendo discendere dall'assegnazione della zona un vero e proprio *diritto di esclusiva* per il titolare della farmacia⁸². Ebbene,

niente vieta di chiamare con lo stesso nome» (Cons. St., sez. III, 3 aprile 2013, n. 1858). Sul tema M. Delsignore, *Le modalità di gestione delle farmacie comunali*, in questa *Rivista*, 2012, 526; S. Ponzetti, *La pianificazione territoriale del servizio farmaceutico*, in *Foro amm.*, 2014, 1949 ss. Nel senso della sostanziale continuità tra il quadro attuale e quello previgente, espressamente improntato alla pianta organica, depono il fatto che già sotto la vecchia disciplina la giurisprudenza interpretasse il termine "sede" nel senso di "zona di riferimento", analogamente a quanto oggi sostenuto per il vigente strumento pianificatorio richiamato dal Consiglio di Stato. In effetti, anche prima della riforma del 2012 si riteneva che la pianta organica non dovesse assegnare a ciascuna farmacia una precisa ubicazione, ma piuttosto individuare una porzione di territorio, più o meno ampia, purché esattamente delimitata e distinta da quella di tutte le altre farmacie dello stesso comune (v. Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3925). Ciò corrisponde esattamente a quanto affermato dalla giurisprudenza successiva al 2012: per tutti, TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 2925, ove si afferma che i principi in materia di distribuzione delle farmacie «erano comunemente condivisi vigente la normativa anteriore al d.l. n. 1 del 2012 e le nuove disposizioni non modificano questi aspetti».

⁸⁰ Fa riferimento al principio della «continuità territoriale» («distribuzione capillare sul territorio»), nell'ottica dell'universalità del servizio, M. Andreis, *Sedi farmaceutiche e concorso di criteri pianificatori*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 952 ss., in part. 958. In giurisprudenza, legittima la pianta organica funzionalmente alla garanzia dell'accessibilità del servizio a tutti i cittadini TAR Lombardia, Milano, sez. III, 13 settembre 2012, n. 2313.

⁸¹ Questo ordine di idee si rinviene, ad esempio, in P. Chirulli, *Farmacia*, cit., 315, il quale rileva come la previsione per cui «ad ogni zona sia collegata una, ed una sola, farmacia» garantisca «una remunerazione al farmacista ritenuta adeguata».

⁸² Si esprime in termini di «diritto di esclusiva» in capo al farmacista con riguardo a una certa area territoriale Cons. St., III, n. 1858/2013. Frequente in giurisprudenza anche il riferimento a posizioni di «quasi-monopolio» (Cons. St., sez. III, 25 novembre 2014, n. 5840). In questa chiave, è stata riconosciuta al farmacista la legittimazione a ricorrere per l'annullamento del provvedimento di revisione della pianta organica, posto «l'interesse alla conservazione del territorio nel quale esercita la *posizione monopolistica* riconosciutagli dalla legge» (TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2005, n. 501) (corsivo nostro). Parla di «posizione monopolistica» anche Cons. St., III, n. 4946/2017. Del resto, l'orientamento teso ad assicurare un reddito adeguato agli operatori del settore, implicante il riconoscimento di un diritto di esclusiva degli stessi rispetto alle aree territoriali assegnate alla loro competenza, emerge anche nella giurisprudenza costituzionale: v. C. cost., n. 76/2008. Questa lettura della pianta organica ci sembra tuttavia problematica, specie ove si muova dall'idea che la distribuzione

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

questo diritto di esclusiva, funzionale alla conservazione degli interessi di classe dei farmacisti, pare ispirato a una logica ben diversa da quella dell'universalità del servizio, improntata alla soddisfazione dell'interesse della totalità degli utenti.

A un intento protezionistico sembra peraltro da ascrivere altresì la previsione di una distanza minima obbligatoria tra esercizi farmaceutici, situati ad almeno duecento metri l'uno dall'altro⁸³.

Infine, fermo restando che la riforma del 2012 ha trasferito la competenza in tema di collocazione delle sedi farmaceutiche dalle regioni ai comuni⁸⁴, con riguardo alla scelta localizzativa è comunque previsto un "filtro" rappresentato dal previo coinvolgimento degli ordini dei farmacisti competenti per territorio, che devono essere consultati⁸⁵. Come è stato osservato in dottrina⁸⁶, non pare irragionevole il dubbio di operazioni lobbistiche, finalizzate, più che alla copertura del servizio, alla protezione degli interessi degli operatori interni, a tutto svantaggio sia dei nuovi potenziali operatori, sia, soprattutto, di chi del servizio intenda fruire.

In questa prospettiva, la dimensione costituzionale – individuale e collettiva – dell'assistenza farmaceutica sembra problematicamente sottostare agli interessi di un singolo gruppo.

dei farmaci a mezzo delle farmacie debba essere finalizzata ad assicurare alla persona la garanzia piena dei suoi «interessi di pubblico servizio» (D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico»*, cit., 214; in merito, cfr. *supra* nt. 64).

⁸³ Art. 1, l. n. 475/1968.

⁸⁴ Sulla competenza esclusiva dei comuni (e in particolare della Giunta comunale) in materia di localizzazione delle farmacie sul territorio, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 22 maggio 2019, n. 3338; Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2016, n. 110; Cons. St., sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5607; Cons. St., sez. III, 15 aprile 2014, n. 1828. Rileva che la pianta organica «costituisce lo strumento di programmazione con il quale il Comune disciplina la dislocazione delle sedi farmaceutiche nel territorio comunale al fine di garantire la loro corretta localizzazione» Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2020, n. 207.

⁸⁵ Deve inoltre essere sentita l'Azienda sanitaria locale (ASL) di riferimento. Come evidenziato da TAR Toscana, sez. II, 11 luglio 2013, n. 1104, si tratta di «pareri in senso tecnico, sottoposti alla disciplina prevista dall'art. 16 della legge 7 agosto 1990 n. 241». Sul carattere obbligatorio ma non vincolante dei pareri delle ASL e degli ordini dei farmacisti v. TAR Lazio, Latina, sez. I, 4 ottobre 2018, n. 504; Cons. St., sez. III, 30 maggio 2017, n. 2557; Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2016, n. 22; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 9 settembre 2013, n. 1661; TAR Veneto, sez. III, 17 maggio 2013, n. 713. Pur non essendo vincolanti, la previsione della obbligatorietà dei suddetti pareri rappresenta un aspetto critico, introducendo un filtro relativo al momento dell'accesso.

⁸⁶ G. Molica, *La disciplina del retail market farmaceutico alla luce dei recenti interventi di liberalizzazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 80.

6. Le motivazioni addotte a sostegno della necessità della pianta organica (critica): (I) il rischio del superamento del tetto di spesa farmaceutica

I profili sin qui individuati denotano una disciplina normativa condizionata dagli interessi degli operatori del settore, più che realmente volta alla tutela della salute. Restano allora da analizzare gli elementi tradizionalmente richiamati per sostenere, nonostante ciò, la perdurante necessità di un sistema contingentato.

Le principali argomentazioni che si rinvergono in dottrina⁸⁷ ruotano essenzialmente attorno a due poli: il rischio di superamento del tetto della spesa farmaceutica e quello della scomparsa di farmacie dalle zone economicamente più sconvenienti. Nessuna delle motivazioni in proposito avanzate sembra, però, decisiva o insuperabile.

Prendendo le mosse dal primo argomento, ossia il paventato superamento del tetto della spesa farmaceutica, si è affermato che la mancanza di un bacino di utenza riservato porterebbe i farmacisti a vendere più farmaci possibile (a prescindere dalla loro effettiva necessità) e che il Ssn dovrebbe conseguentemente rimborsare, a causa dell'aumento dell'offerta, un quantitativo maggiore di farmaci⁸⁸. Tutto ciò si porrebbe in contrasto con l'esigenza di contenimento della spesa pubblica⁸⁹ e determinerebbe una cattiva allocazione delle risorse economiche a disposizione del Ssn. Secondo questa ricostruzione, una gestione inadeguata delle sostanze pubbliche ostacolerebbe, a sua volta, anche l'efficace perseguimento dell'obiettivo di tutela della salute, perché potrebbero mancare i mezzi da destinare alle attività di prevenzione, ai servizi sanitari e socio-sanitari, nonché alla gestione dell'assistenza ospedaliera.

⁸⁷ Cfr. M. Luciani e G.M. Roberti, *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea. Un sistema di regole a tutela della salute*, in www.federfarma.it, 22 ss.; F. Dallari, *I limiti all'istituzione di nuove farmacie e il diritto alla salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2008, 85 ss.; P. Chirulli, *Farmacia*, cit.; S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, cit., 134 s. In chiave critica, M. Calabrò, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica*, cit., 1261 s. e 1267 s.

⁸⁸ Riferisce in merito M. Calabrò, *op. cit.*, 1261.

⁸⁹ Sull'esigenza di contenimento della spesa pubblica farmaceutica C. cost., 7 luglio 2006, n. 279 e, più di recente, C. cost., 7 aprile 2017, n. 70. Sulle conseguenze delle esigenze di contenimento della spesa sanitaria sulla programmazione delle prestazioni F. Liguori, *Flessibilità e modelli organizzativi del S.S.N.*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015. In tema anche *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca e S. Civitaresse Matteucci, Milano, Franco Angeli, 2008.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

La tesi non appare tuttavia condivisibile, per la debolezza del suo stesso presupposto, vale a dire il timore che, in assenza di una normativa nazionale di contingentamento delle farmacie, il consumo di farmaci diventi eccessivo. In merito si può ricordare, in termini assolutamente sintetici, che, per ragioni logiche prima ancora che giuridiche, i farmaci vengono pur sempre acquistati in quanto necessari per il trattamento di determinate patologie. Difficile, perciò, immaginare un consumo eccedente rispetto all'effettiva necessità, almeno con riferimento ai farmaci per i quali sia richiesta una prescrizione medica.

Oltretutto, gli unici farmaci incidenti sul bilancio sanitario (e quindi sulla spesa pubblica) in quanto rimborsabili sono proprio quelli prescritti dal medico. Pertanto, come chiarito anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁹⁰, i titolari delle farmacie non hanno alcuna influenza diretta sul volume di distribuzione dei farmaci rimborsabili, non potendo in alcun modo incentivare o determinare un loro ipotetico "sovracconsumo".

Casomai, potrebbero verificarsi distorsioni dovute al rilascio di prescrizioni non necessarie da parte dei medici di base, il che effettivamente causerebbe un detrimento alla sostenibilità del bilancio sanitario regionale⁹¹. Per fronteggiare questa criticità, nelle ipotesi più gravi, è stato ritenuto applicabile il reato di "corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio" (art. 319 c.p.), a fronte di un'attività inutilmente iperprescrittiva di farmaci da parte del medico generico⁹². È evidente, comunque, che questa prospettiva esula dalla presente indagine, non essendovi alcun nesso con l'attività svolta dai farmacisti e con il numero – libero o contingentato – delle farmacie presenti sul territorio.

Da ultimo, non può tacersi che, anche ove si verificasse lo sfioramento del tetto di spesa previsto a livello territoriale, esso sarebbe comunque destinato a gravare non sul SSN, ma sugli stessi farmacisti (assieme a prodotto-

⁹⁰ C. giust. UE, 5 dicembre 2013, *Venturini* (cause riunite C-159, 160 e 161/12), in www.curia.eu, p.ti 56 e 57.

⁹¹ Sulla correlata necessità di interventi informativo-culturali, oltre che regolativi, G. Modesti, *Responsabilità amministrativa e contabile del medico generalista per eccesso di prescrizioni*, in *Ragiusan*, n. 354/356, 2013, 90-104.

⁹² Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 2018, n. 51946. È stato ritenuto configurabile il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione, di cui all'art. 318 c.p.) quando non vi sia, da parte del medico di base, quale soggetto incaricato di un pubblico servizio, «nessuna valutazione autonoma ed imparziale, frutto di un meditato apprezzamento dell'esistenza e della fondatezza del tipo di prescrizione richiesta, nessun percorso di attenta ed imparziale comparazione tra gli interessi in gioco, ma solo la sistematica percezione di un indebito compenso strumentale al raggiungimento di un esito determinato». In senso analogo, v. anche Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4459 (dep. 2017); Cass. pen., sez. VI, 3 febbraio 2016, n. 6677.

ri e grossisti), per il tramite del meccanismo del *pay-back*, implicante per i menzionati soggetti un rimborso percentuale della spesa “sopra soglia”, da effettuare nei confronti della regione⁹³.

Considerati tutti i profili suddetti, non sembra che l’aumento delle farmacie mediante la rimozione dei vincoli all’entrata possa realmente portare i farmacisti a vendere farmaci inutili, a danno delle esigenze di contenimento della spesa sanitaria. Di conseguenza, non vi sarebbe neppure alcun pericolo di diminuzione delle risorse economiche destinate al perseguimento dell’obiettivo, in capo al Ssn, di tutela della salute.

7. (Segue) Le motivazioni addotte a sostegno della necessità della pianta organica (critica): (II) i principali rischi per la tutela della salute. In particolare, il fallimento del mercato e la “desertificazione” delle aree economicamente sconvenienti

L’ulteriore argomento richiamato in dottrina a sostegno della pianta organica riguarda più direttamente la tutela della salute e si connette, come anticipato, al problema della “desertificazione” di determinate aree meno redditizie. Proprio a questo profilo, peraltro, sembra fare riferimento la giurisprudenza precedentemente ricordata, nel motivare la persistente necessità della pianta organica per assicurare «un’adeguata distribuzione dell’assistenza farmaceutica sull’intero territorio»⁹⁴.

⁹³ Sul punto, M. Calabrò, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica*, cit., 1262. Il meccanismo del *pay-back* farmaceutico è stato introdotto ex art. 5, d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 per l’assistenza farmaceutica territoriale ed esteso successivamente alla farmaceutica ospedaliera dall’art. 15, c. 8, d.l. n. 95/2012. Per effetto della relativa procedura, le aziende del comparto farmaceutico sono chiamate a ripianare – *per intero* con riguardo alla farmaceutica territoriale (qui di interesse) e per metà relativamente a quella ospedaliera – l’eccedenza della spesa farmaceutica, allorché sia superato il tetto stabilito per legge. Più precisamente, nel caso in cui venga accertato dall’Agenzia italiana del farmaco (AIFA) uno sfioramento della soglia, è previsto che, ai fini del suo ripianamento, esso sia ripartito (sulla base del prezzo dei farmaci a lordo IVA) fra aziende farmaceutiche, grossisti e farmacisti «in misura proporzionale alle relative quote di spettanza sui prezzi dei medicinali, tenuto conto dell’incidenza della distribuzione diretta sulla spesa complessiva» (art. 5, c. 2, d.l. n. 159/2007). Il ripiano deve essere effettuato mediante versamenti a favore delle regioni e delle province autonome in cui si è verificato lo sfioramento. Per un inquadramento della misura del *pay-back* e del suo funzionamento si rinvia a www.agenziafarmaco.gov.it/content/il-sistema-di-pay-back. Sul punto, e in generale sui meccanismi di controllo della spesa farmaceutica, I. Fortino, R. Roni e A. Addis, *Spesa farmaceutica e vincoli di budget*, in *Quaderni di Farmacoeconomia*, n. 28, 2015, 23 ss.

⁹⁴ C. cost., n. 255/2013. La medesima logica pare sottesa anche alle altre pronunce della Corte costituzionale ricordate *supra* (cfr. par. 2): v. sentenze C. cost., n. 76/2008 e n.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

Si afferma, in ipotesi, che consentire la libera apertura delle farmacie, in un regime di piena concorrenza, avrebbe l'effetto di compromettere la redditività degli esercizi collocati in aree più isolate e meno "appetibili" per il mercato, che sarebbero destinati a chiudere. Ciò renderebbe più arduo il reperimento di medicinali per una parte della popolazione (quella residente nelle aree economicamente più svantaggiate) e arrecherebbe pertanto un grave danno alla tutela della salute di tali soggetti (nonché, in generale, della totalità dei consociati), poiché verrebbe meno la garanzia dell'accesso alle farmacie e, di conseguenza, ai farmaci⁹⁵.

Seguendo questa linea argomentativa, ciò che si teme, in sostanza, è che, qualora lo Stato si ritragga eliminando i vincoli del contingentamento e della pianificazione territoriale, si verifichi in talune zone un "fallimento del mercato" che renda per i farmacisti del tutto sconveniente, in mancanza dei tradizionali privilegi, portare avanti la propria attività⁹⁶.

Se ora però ci interroghiamo su tali affermazioni, sembra necessario osservare, in via preliminare, che lo sviluppo urbanistico degli ultimi decenni ha, in concreto, ridotto profondamente i contesti di totale isolamento territoriale. Quindi, risulta remota l'ipotesi di un fallimento di mercato connesso alla presenza di zone prive di sedi farmaceutiche. Sono rare, in altri termini, aree popolate ma non urbanizzate, e dunque *del tutto* prive di capacità attrattiva per il mercato⁹⁷.

27/2003, che hanno ritenuto la pianta organica necessaria per garantire «la continuità territoriale [...] del servizio», e n. 4/1996, che ha richiamato l'esigenza «di garantire la più ampia e razionale copertura di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini».

⁹⁵ P. Chirulli, *Farmacia*, cit., 314 afferma che la pianta organica mira a «evitare che vi siano concentrazioni di farmacie in zone economicamente appetibili con conseguente depauperamento delle farmacie ubicate in aree meno ricche, le quali scomparirebbero, privando, di conseguenza, gli abitanti di quei luoghi dell'assistenza farmaceutica».

⁹⁶ Sul punto, M. Luciani e G.M. Roberti, *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea*, cit., 23. In termini, anche F. Dallari, *I limiti all'istituzione di nuove farmacie e il diritto alla salute*, cit., 85 ss. In chiave critica, M. Calabrò, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica*, cit., 1285.

⁹⁷ Si veda, in questo senso, M. Calabrò, *op. cit.*, 1285, il quale osserva peraltro come la letteratura urbanistica registri da tempo una consistente diffusione urbana, connessa a fenomeni di trasformazione socio-spaziali che impongono il superamento della tradizionale dicotomia tra "città" (funzionale e dotata di servizi) e "periferia/zone extraurbane" (degradate e prive di servizi). L'intero territorio, infatti, è oggi interessato da processi di conurbazione (oltre che di connessione tra rurale e urbano), che inevitabilmente incidono sulla diffusione di servizi e attività economiche e, di conseguenza, sulla capacità "attrattiva" per il mercato di tali aree extraurbane (M. Calabrò, *op. loc. cit.*, nt. 128). Recuperando la riflessione svolta da Soja sulla post-metropoli (E.W. Soja, *Postmetropolis: Critical Studies of Cities and Regions*, Basil Blackwell, Oxford, 2000), questo fenomeno conduce – rispetto alla dimensione locale – alla

Ma anche a ritenere che sussistano tutt'oggi aree nelle quali, in caso di liberalizzazione, mancherebbero radicalmente iniziative imprenditoriali spontanee, la criticità potrebbe essere risolta mediante la previsione di sedi sussidiarie, alle quali riconoscere apposite misure di compensazione, a copertura dei maggiori costi sostenuti dal titolare per assicurare in tali zone “disagiate” il servizio pubblico farmaceutico⁹⁸.

Le sedi sussidiarie appena ipotizzate non dovrebbero necessariamente essere pubbliche, ma potrebbero anche essere in titolarità privata, il che sarebbe forse maggiormente coerente con la logica di liberalizzazione del mercato sottesa al superamento della pianta organica. Si tratterebbe di un sistema di remunerazione pubblica – circoscritta a casi limite e pertanto “integrativa” – finalizzato a salvaguardare la presenza di farmacie in aree isolate, che non permettano al titolare di ottenere entrate sufficienti a offrire, correlativamente, un servizio qualitativamente adeguato.

Ancora – in via alternativa – si potrebbe ipotizzare che, qualora si verifici un totale disinteresse del mercato per la copertura di una determinata zona, l'amministrazione comunale *debba* assumere la titolarità di una farmacia nell'area in questione, così da assicurarvi una copertura minima (“essenziale”).

Entrambe le ipotesi prospettate presupporrebbero pur sempre forme di intervento pubblico, ma più attenuate – sul piano della limitazione della libertà di iniziativa economica – rispetto a quelle proprie del regime attuale della pianta organica. Nel primo caso, si tratterebbe dell'erogazione a soggetti privati di misure di compensazione nella forma di una remunerazione

definizione di una nuova “exopoli”, che può essere metaforicamente definita come “la città rovesciata”. Ciò che si realizza, in altri termini, nell'urbanizzazione dei sobborghi e nella crescita della periferia: la dimensione urbana è divenuta pervasiva, il che ne smaterializza e confonde necessariamente i confini (in questo senso, N. Brenner, *Stato, Spazio, Urbanizzazione Planetaria*, Milano, Guerini, 2017). In tema, anche G. Martinotti, *Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, Bologna, il Mulino, 1993; F. Zanfi, *I nuovi orizzonti della città diffusa. Dinamiche emergenti e prospettive per il progetto urbanistico*, in *Urbanistica*, n. 147, 2011; A. Balducci, *Quale pianificazione per i territori postmetropolitani? Una riflessione a partire dalla rottura del legame tra forme dell'urbano e confini amministrativi*, in *Planum. The journal of Urbanism*, n. 25, 2, 2012.

⁹⁸ Si potrebbe in sostanza applicare alle ipotizzate farmacie sussidiarie un'indennità “di disagiata residenza” analoga a quella che è già prevista dalla normativa di settore in favore delle farmacie rurali (appunto perché collocate in zone presumibilmente non remunerative), ai sensi dell'art. 2 della l. n. 221 del 1968 e dell'art. 115 t.u. sanitario (adottato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265). Per questa soluzione, M. Calabrò, *op. cit.*, 1286, e, *ivi*, nt. 130. In tema, anche G. Molica, *La disciplina del retail market farmaceutico*, cit., 81. Sul criterio topografico-demografico come discretivo per l'individuazione delle farmacie “rurali”, *ex multis*, TAR Veneto, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 73.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

pubblica integrativa; nel secondo, in modo più incisivo, ricorrerebbe l'assunzione da parte dell'ente comunale della titolarità della farmacia da collocare nella zona sprovvista di sedi, ma solo in seguito all'accertamento della mancanza in tale area di iniziative imprenditoriali spontanee.

La Corte costituzionale, del resto, ha in più occasioni sostenuto la necessità che le esigenze di utilità sociale siano *adeguatamente bilanciate* con le ragioni della concorrenza, richiedendo che le prime «non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue»⁹⁹.

È pur vero che la stessa Corte ha legittimato la pianta organica proprio per fini di utilità sociale, in quanto funzionale a garantire una copertura razionale di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini¹⁰⁰. Merita però chiedersi se la possibilità di conseguire i medesimi risultati di tutela della salute mediante forme regolatorie meno stringenti non renda *arbitraria* e *incongrua* (poiché sproporzionata) la scelta di mantenere il meccanismo contingentato e pianificato della pianta organica¹⁰¹. Non si comprende infatti come la pianta organica possa ancora essere considerata un baluardo *necessitato* e *imprescindibile* della tutela della salute, posto che il medesimo obiettivo di tutela potrebbe essere raggiunto con altre misure, adeguate e, al contempo, meno contrastanti con l'iniziativa economica¹⁰².

⁹⁹ C. cost., sentenze nn. 56 del 2015, 247 del 2010, 152 del 2010, 270 del 2010, 167 del 2009. Qualifica la concorrenza come «bene giuridico» («un valore che viene protetto»), passibile di limitazioni solo a fronte di *concrete* esigenze di utilità sociale, G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 985. Per un inquadramento dei processi di liberalizzazione nella prospettiva di un'*equilibrata* e *ragionevole* rispondenza tanto ai principi della libertà d'impresa e di libera iniziativa economica, da un lato, quanto di utilità sociale e di tutela dei diritti fondamentali, dall'altro, cfr. L. Delli Priscoli, *Liberalizzazioni e deregulation*, in *Il nuovo dir. amm.*, n. 2, 2015, 35 ss.

¹⁰⁰ Sul presupposto – riprendendo quanto affermato dalla Consulta con sent. n. 76/2008 – che «il diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione [...] legittim[i] la programmazione [delle farmacie]» allo scopo di garantire una «razionale copertura di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini (sentenza n. 4 del 1996)».

¹⁰¹ Peraltro, come espressamente affermato dalla stessa Consulta con la sent. 15 maggio 2014, n. 125 «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva *reca danno alla stessa utilità sociale*» (corsivo nostro).

¹⁰² Oltre a porre un problema di ragionevolezza – per la compressione arbitraria e incongrua (poiché, di fatto, sproporzionata) della libertà di iniziativa economica – ci sembra che la pianta organica possa financo porsi in contrasto con il fondamentale parametro del buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost. Infatti, come osservato in

In proposito, si può anche notare che in altri settori, in cui egualmente¹⁰³ si pongono problemi di tutela della salute (ad esempio, la distribuzione alimentare), l'intervento pubblico assume forme meno intense, essenzialmente regolatorie¹⁰⁴, mediante appositi sistemi di controllo, *ex ante* (nella forma dell'autorizzazione all'immissione in commercio di generi alimentari) ed *ex post* (nella forma dei controlli sul rispetto della normativa igienico-sanitaria prevista per la rivendita di alimenti)¹⁰⁵. Significativamente, tali misure non incidono sull'accesso degli operatori al mercato né, salvo esigenze precauzionali, sulle modalità di esercizio dell'attività economica. Ciò sembra confermare la possibilità di forme alternative di intervento pubblico, in settori parimenti "sensibili".

Tornando alla programmazione farmaceutica, escluso, pertanto, il pericolo della desertificazione delle aree economicamente più sconvenienti, non pare che la garanzia del bene giuridico "salute" possa essere compromessa

dottrina, l'attuazione di tale principio richiede che l'amministrazione valuti preliminarmente, anche mediante verifica concorrenziale, se l'iniziativa economica privata risulti compatibile con il corretto assetto di un servizio pubblico, *dovendo* ricorrervi quando essa meglio garantisca il buon andamento di quest'ultimo. In tema, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento, dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in www.iuspublicum.com, 2011, 23.

¹⁰³ Ancorché, eventualmente, in modo meno diretto.

¹⁰⁴ P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 344 osserva che «[c]on accettabile grado di approssimazione [...] la regolazione, come forma di intervento nell'economia, presuppone una scelta (politica) nel senso della liberalizzazione dei settori di riferimento». In questi termini, è possibile comprendere la *ratio* sottesa alle misure di regolazione, ben diversa da quella propria delle misure di programmazione. Sulla programmazione, M. Carabba, *Programmazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, 35 ss. (in part. 36) rileva che «la nozione di programmazione nasce sul terreno delle scienze economiche» ove «si contrappongono due forme di organizzazione dell'economia: economia collettivistica pianificata; economia capitalistica di mercato», riconducendo la programmazione alla prima delle due forme. Nel raffronto tra regolazione e programmazione, economisti e giuristi parlano di «*regulation vs. planning*». Cfr. M. D'Alberti, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 239 ss.

¹⁰⁵ Per un quadro del sistema dei controlli (*ex ante* ed *ex post*) predisposti relativamente all'immissione in commercio e alla distribuzione di generi alimentari si rinvia a D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, Giuffrè, 2012 e M. Savino, *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 413 ss. In particolare, nel settore alimentare il sistema di controlli è funzionale all'applicazione del principio di precauzione, che in materia trova la sua affermazione *ex art. 7, reg. Ce n. 178/2002*. Detto principio comporta per le autorità pubbliche l'obbligo di adottare un'azione volta alla prevenzione ogniqualvolta non siano conosciuti con certezza i rischi alimentari di un'attività potenzialmente pericolosa; in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. II, 20 gennaio 2012, n. 663.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

da un aumento del numero delle farmacie a causa della rimozione del tetto massimo caratterizzante la pianta organica.

Né, sotto un diverso profilo, si potrebbe sostenere che un aumento del numero delle farmacie impatterebbe negativamente sulla qualità (e, di conseguenza, sulla sicurezza) dei farmaci venduti¹⁰⁶. Infatti, essendo ormai venute meno, per l'evoluzione del mercato farmaceutico, le condizioni artigianali di preparazione dei farmaci in passato caratterizzanti l'attività dei farmacisti, non può esservi più alcun nesso tra (minor) numero di farmacie e (migliore) qualità dei medicinali¹⁰⁷.

In conclusione, non vi è alcun motivo per ritenere che la pianta organica, così come delineata dal legislatore, non possa essere superata. Al contrario, una volta passati in rassegna gli argomenti tradizionalmente posti a sostegno della stessa, si può scorgere più nitidamente non solo la sua inadeguatezza rispetto all'obiettivo di un'efficace tutela della salute, ma anche l'arbitrarietà del sacrificio (inutilmente) imposto per il suo tramite all'iniziativa economica privata, riconosciuta dall'art. 41 Cost. e dal diritto europeo dei Trattati¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Per garantire la qualità e sicurezza dei prodotti farmaceutici sembra piuttosto da valorizzare lo strumento dell'autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci, poiché idoneo a consentire di verificare il possesso, da parte dei medicinali da autorizzare, degli specifici requisiti tecnici e scientifici di composizione e preparazione. In merito, si rinvia alle considerazioni che saranno svolte *infra*, par. 10. Per un approfondimento sul tema, P. Minghetti, *Legislazione farmaceutica*⁹, Milano, Casa Editrice Ambrosiana, 2018, 311-338 e 369-390; M. Gnes, *Farmaci*, cit., 1092-1098; M.P. Genesin, *La disciplina dei farmaci*, cit., 632-639.

¹⁰⁷ Correlazione in origine dovuta, come indicato (cfr. *supra* par. 3), alle difficoltà di approvvigionamento delle materie prime necessarie per la preparazione artigianale delle specialità medicinali, con il rischio che un elevato numero di farmacie nella medesima area potesse determinare la crisi dell'attività per il carattere scarso delle risorse disponibili, ovvero la produzione dei farmaci con materie prime di qualità inferiore.

¹⁰⁸ Tra gli obiettivi fondamentali dell'Unione europea si pone l'instaurazione di un «mercato interno» (art. 3, par. 3, TUE), in cui sia «assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 26, par. 2, TFUE) e la concorrenza non sia falsata (v. il considerando al Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona). L'attuazione delle libertà economiche fondamentali nel mercato interno implica logicamente un sistema fondato sui principi e le regole della libera iniziativa economica privata. A conferma, l'art. 119 TFUE precisa che tanto la politica economica (par. 1) quanto la politica monetaria (par. 2) dell'Unione devono essere condotte «conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

8. Il rilievo dell'assenza di rischi per la salute nel rapporto con la libertà di iniziativa economica

Semberebbe allora da sottoporre a vaglio critico l'affermazione – ricorrente in dottrina¹⁰⁹ – secondo cui, nel caso della pianta organica, tra libertà di iniziativa economica e tutela della salute non potrebbe essere garantito un equilibrato bilanciamento tra valori di rango costituzionale, dovendo necessariamente prevalere la tutela della salute.

Contro questa affermazione depone infatti quanto si è evidenziato nei precedenti paragrafi, sulla possibilità di aprire il mercato delle farmacie alla libera concorrenza senza correre alcun rischio per la salute: né sul piano dello spreco di risorse economiche, né su quello della scomparsa di farmacie da talune aree, né su quello della qualità dei medicinali venduti.

In questa chiave, del suddetto bilanciamento mancherebbe lo stesso presupposto, vale a dire l'esistenza in concreto di un conflitto tra interessi costituzionali – nel caso di specie, salute (art. 32) e libera iniziativa economica (art. 41) – che debbano essere “composti”¹¹⁰.

In particolare, sarebbe illogico ritenere che il sacrificio per l'iniziativa economica possa essere *necessitato* da finalità di tutela della salute, atteso che quest'ultima non subirebbe alcun danno in assenza dei vincoli della pianificazione e del contingentamento. Inoltre, talune caratteristiche della pianta organica sembrerebbero addirittura renderla inidonea a garantire un pieno accesso ai farmaci, potendo invece favorire – almeno in certi casi, come si è visto – interessi protezionistici in contrasto con questo obiettivo¹¹¹. Per que-

¹⁰⁹ Cfr. A. DeValles, *Punti incostituzionali sul regime delle farmacie*, cit., 427 ss. Rileva che «[n]el bilanciamento di interessi [...] l'interesse pubblico alla tutela della salute e del consumatore utente prevale su quello alla concorrenza e giustifica una compressione della libertà di iniziativa economica» S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, cit., 135. Ciò che ci appare problematico di questa impostazione è proprio la contrapposizione tra la tutela della salute (e l'interesse dei consumatori-utenti), da un lato, e l'interesse all'iniziativa economica, dall'altro.

¹¹⁰ Per un'analisi di nozione, fondamento e presupposti del bilanciamento A. Morrone, *Bilanciamento*, in *Enc. dir. Annali*, II, t. II, Milano, Giuffrè, 2008, 185-204.

¹¹¹ Sul punto possono richiamarsi le considerazioni di M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., 18, la quale evidenzia che «[i]l vincolo che si impone alla libertà di iniziativa deve essere ragionevole, anche in quanto motivato da esigenze collettive, di cittadini, consumatori o destinatari del servizio, escludendo la Costituzione restrizioni dettate in favore delle esigenze mercantistiche di un singolo settore».

Del resto, come osservato da E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 11 ss., i vincoli che sorgono senza il consenso dell'interessato (come nel caso qui in rilievo dei condizionamenti imposti all'iniziativa economica) trovano la loro causa nella preminenza – per l'intera collettività – riconosciuta dall'ordinamento all'interesse per il sod-

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

sti motivi, l'istituto in esame non può ragionevolmente essere considerato come il risultato del recesso di tutti gli altri interessi in gioco a favore del diritto alla salute.

Un simile ragionamento può svolgersi anche riguardo al diritto eurounitario, essendo la pianta organica un vincolo all'entrata che, indubbiamente, si pone in tensione con il progetto europeo di realizzazione del mercato unico¹¹².

Sul punto, sebbene il diritto dell'Unione non escluda in principio la possibilità di tutelare interessi non economici – tra cui la salute¹¹³ – limitando l'esercizio delle libertà economiche garantite dai Trattati¹¹⁴, è anche vero, però, che la limitazione, oltre che idonea allo scopo, deve essere *strettamente necessaria* per la tutela dell'interesse in questione¹¹⁵. La ragionevolezza della limitazione appena richiamata è misurata sulla base di una specifica funzione di *gestione del rischio*¹¹⁶, nel senso che solo l'esistenza di un rischio per la tutela

disfacimento del quale il vincolo è posto. Se ne possono ricavare due conseguenze. In primo luogo, l'imposizione di vincoli risulta certamente arbitraria qualora sia utilizzata per tutelare interessi di singoli gruppi (come quelli protezionistici), che non possono ragionevolmente ritenersi preminenti per l'intera collettività. In secondo luogo, il vincolo risulta altrettanto irragionevole quando per il soddisfacimento dell'interesse, pur effettivamente rilevante per l'intera collettività (qual è la tutela della salute), non sia affatto necessaria l'apposizione del vincolo stesso (vale a dire, nel caso che ci occupa, la limitazione dell'esercizio della libertà di iniziativa economica).

¹¹² Evidenza, in termini generali, la tensione tra la previsione di atti amministrativi di assenso preventivo allo svolgimento di attività economiche e la realizzazione del mercato unico europeo S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, 19 s.

¹¹³ Per ragioni di tutela della salute, l'art. 36 TFUE ammette, infatti, «divieti o restrizioni» che sarebbero altrimenti vietati, a condizione che essi non integrino «un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

¹¹⁴ Si considerino anche le ipotesi in cui l'UE pone l'obbligo, per gli Stati, di utilizzare atti espressi di assenso che diano adeguata protezione a interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli del mercato unico. In questa logica, l'istituto del silenzio assenso, di cui all'art. 20, l. n. 241/1990, non trova applicazione in caso di procedimenti concernenti (tra gli altri) salute e pubblica incolumità, ambiente, patrimonio culturale e del paesaggio, difesa nazionale, pubblica sicurezza e immigrazione. In tema, F. Fracchia, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1150.

¹¹⁵ Come affermato dalla Corte di giustizia con le sentenze 9 dicembre 2010, *Humanplasma*, C-421/09 (p.to 34) e 23 dicembre 2015, *Scotch Whisky Association e a.*, C-333/14 (p.to 33), entrambe in www.curia.eu, una misura o una normativa atta a restringere una libertà fondamentale garantita dai Trattati può essere validamente giustificata solo se sia *idonea* a garantire la realizzazione dell'obiettivo legittimo perseguito e *non ecceda* quanto necessario per il suo raggiungimento.

¹¹⁶ Più precisamente, la gestione del rischio opera (a monte) mediante la prescrizione

dell'interesse non economico in pericolo può legittimare la compressione della libertà economica¹¹⁷.

Pertanto, nell'ottica europea, i vincoli posti nella disciplina del mercato farmaceutico sarebbero espressione di uno "stato anomalo" e, in quanto tali, delimitati da «regole che, nel diritto, circoscrivono sempre in modo rigido l'allontanamento dalla normalità»¹¹⁸. In mancanza di un qualsivoglia rischio per la tutela della salute, si deve ritenere che torni a espandersi la libertà economica, da individuarsi come condizione "normale", tutelata in principio.

In definitiva – una volta esclusi tutti i possibili pericoli per la salute connessi a un'ipotetica rimozione della pianta organica – tanto nella prospettiva interna del bilanciamento tra norme costituzionali, quanto in quella europea, non vi è ragione per porre su piani antagonisti diritto alla salute e libertà di iniziativa economica, sacrificando la seconda a favore del primo¹¹⁹.

9. Il ripensamento della pianta organica per un pieno ed effettivo accesso ai farmaci

Da quanto precede si ricava la sensazione che la pianta organica, mantenuta nel nostro ordinamento «con la rassicurante semplicità del trat-

della necessità in astratto di un atto abilitativo per lo svolgimento di una certa attività, nonché (a valle) tramite il provvedimento amministrativo (di autorizzazione o diniego), che "gestisce il rischio" nel caso concreto.

¹¹⁷ Il richiamo alla nozione di "rischio" sembrerebbe implicare l'applicazione del principio di precauzione, che legittima la previsione di vincoli a fronte di un rischio per la salute anche solo eventuale. Il principio di precauzione determina infatti un'anticipazione della tutela del bene giuridico "salute" al momento dell'incertezza, legittimando la compressione della libertà economica (con l'apposizione di varie forme di vincolo, tra cui quello all'entrata) ogniquale volta vi sia il rischio di una lesione (non certa, ma almeno astrattamente configurabile) arrecata alla salute dall'esercizio della libertà economica.

¹¹⁸ S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, cit., 41.

¹¹⁹ Infatti, è da ritenere che il contingentamento sia conforme alla Costituzione e al quadro eurounitario solo qualora integri, in concreto, un sistema di dispensazione dei medicinali *ragionevole e proporzionato*, in quanto usato nei limiti del necessario. Così G. Amato nell'ambito della relazione introduttiva al convegno AGCM "I fondamenti costituzionali della concorrenza", Roma, 10 maggio 2018 (reperibile in www.radioradicale.it/scheda/540850/i-fondamenti-costituzionali-della-concorrenza). Ragionevolezza e proporzionalità, del resto, sono principi tradizionalmente richiamati per il vaglio di legittimità (sia costituzionale che eurounitaria) degli atti dispositivi, regolativi e limitativi della concorrenza. In tema, G. Amato, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, 426 ss.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

cio»¹²⁰, sia nondimeno criticabile sul piano teleologico tanto sul fronte della limitazione all’iniziativa economica privata quanto su quello dell’effettiva tutela della salute, poiché potenzialmente d’ostacolo a un pieno accesso ai farmaci.

In proposito – chiarito che tutela della salute e libera concorrenza, con riferimento all’organizzazione del servizio farmaceutico, non sono valori realmente antagonisti – rimane da chiedersi se un’apertura concorrenziale del mercato delle farmacie, attualmente contingentate e pianificate, potrebbe giovare al diritto di accesso ai farmaci. Se, in sostanza, la tutela della salute di cui all’art. 32 Cost. trarrebbe un vantaggio dalla valorizzazione della concorrenza e da un conseguente ripensamento del sistema della pianta organica.

In risposta a questo quesito si potrebbe richiamare quanto indicato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), che già nel 2014 aveva suggerito di trasformare l’attuale numero massimo di farmacie in *numero minimo*¹²¹. Indubbiamente, ciò «tutelerebbe l’interesse pubblico ad una efficiente distribuzione [di farmaci] senza impedire l’accesso ai potenziali nuovi entranti»¹²². Viceversa, come riscontrato anche dall’Autorità, «il contingentamento del numero di farmacie presenti sul territorio nazionale appare sostanzialmente finalizzato a garantire i livelli di reddito degli esercenti piuttosto che a conseguire l’obiettivo di una razionale e soddisfacente distribuzione territoriale degli esercizi farmaceutici»¹²³, di fatto ostacolando la piena ed effettiva soddisfazione della domanda dei consumatori-pazienti.

Allora, la pianta organica, irragionevole nella forma del “tetto massimo”, potrebbe recuperare utilità e legittimità nella veste del “tetto minimo”, quale livello essenziale delle prestazioni. Se il livello essenziale delle presta-

¹²⁰ Traslando l’efficace espressione di A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 4, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1214.

¹²¹ Così nell’atto dell’AGCM contenente le «Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza 2014» formulate a Governo e Parlamento (AGCM, A.S. 1137 del 2014, Roma, 4 luglio 2014). In particolare, l’AGCM auspica – indicandolo come obiettivo da conseguire – che «l’aumento del numero delle farmacie si traduca in un effettivo incremento della concorrenza di prezzo e/o di qualità».

¹²² AGCM, A.S. 1137 del 2014 (*supra* nt. 121), reperibile sul sito istituzionale dell’AGCM: [www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/A99086EB62C1B736C1257D0F003383F4/\\$File/AS1137.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/A99086EB62C1B736C1257D0F003383F4/$File/AS1137.pdf).

¹²³ AGCM, *ivi*. Sul punto, già nel 2003 uno studio commissionato dalla Commissione europea all’Istituto di Alti Studi di Vienna (IHS) (“*Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different EU Member States*”) aveva problematicamente evidenziato come le farmacie italiane conseguissero margini assoluti di ricavo per unità *standard* di farmaco superiori del trenta per cento alla media europea e più che doppi rispetto a quelli conseguiti nei sistemi non contingentati, come quello britannico.

zioni fosse poi integrato da livelli aggiuntivi, mediante l'apertura concorrenziale del relativo mercato, si renderebbe ancora più ampio e agevole l'accesso ai prodotti farmaceutici, essendovi un numero maggiore di farmacie.

In questa direzione, pare significativo anche un certo orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in merito al fenomeno della vendita *online* di medicinali¹²⁴.

Ci si riferisce alla pronuncia *Deutsche Parkinson Vereinigung* del 2016¹²⁵,

¹²⁴ La possibilità di vendere *online* medicinali – limitatamente ai farmaci senza obbligo di prescrizione – è stata regolamentata in Italia dal d.lgs. 19 febbraio 2014, n. 17, che ha introdotto all'interno del codice dei medicinali (d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219) l'art. 112-*quater*. È richiesto che gli operatori siano autorizzati alla vendita *online* dalla regione, dalla provincia autonoma, ovvero dalle altre autorità individuate dal legislatore regionale. In tema, A. Scaglia, *Vendita di medicinali on line: recepita la direttiva UE*, in *Rass. dir. farm.*, 2014, n. 2, 265 ss.; S. Lombardo e L. Sanfilippo, *Il D.L.vo n.17 del 19 febbraio 2014 di recepimento della direttiva europea del 2011 sulla vendita di medicinali online*, in *Ragiufarm*, maggio-giugno 2014, 6 ss.; A. Racca, *La vendita di farmaci on line: stato dell'arte e prospettive*, in *Ragiufarm*, luglio-agosto 2014, 6 ss. Nella giurisprudenza europea, l'apertura alla vendita *online* di una parte del mercato dei farmaci è stata segnata dalla sentenza *Deutscher Apothekerverband c. DocMorris NV e a.* (11 dicembre 2003, causa C-322/01, in *Racc. giur. C. giust.*, 2003, I-14887 ss.), con cui la C. giust. CE ha limitato la possibilità per gli Stati di vietare la vendita per corrispondenza ai soli farmaci soggetti a prescrizione (il divieto è attualmente sussistente in Italia, mentre in altri Paesi europei – ad esempio la Germania – anche i farmaci soggetti a prescrizione possono essere venduti *online*). Evidentemente, l'apertura alla vendita *online* di parte dei medicinali ha implicato per la Corte di giustizia una riflessione circa gli effetti prodotti sul mercato farmaceutico dalla concorrenza da parte delle nuove farmacie *online*.

¹²⁵ C. giust. UE, 19 ottobre 2016, causa C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, in *www.curia.eu*. La vicenda originava da un accordo tra la *Deutsche Parkinson Vereinigung* (“DPV”) – organizzazione tedesca di mutua assistenza per il miglioramento delle condizioni di vita delle persone affette dal morbo di Parkinson – e la farmacia *online* olandese *DocMorris*. Più esattamente, la DPV aveva concordato con la *DocMorris* un sistema di bonus di cui avrebbero potuto fruire i suoi associati in caso di acquisto di medicinali per la cura del morbo di Parkinson, soggetti a prescrizione medica e dispensabili esclusivamente in farmacia. I prodotti sarebbero stati acquistati dai pazienti tedeschi attraverso un sistema *online* e successivamente recapitati al loro domicilio dalla farmacia olandese. In tale contesto, la *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* – un'associazione di lotta contro la concorrenza sleale – aveva agito in giudizio contro la DPV, ritenendo che l'introduzione del sistema di bonus per l'acquisto presso la *DocMorris* fosse in contrasto con la normativa tedesca, che impone prezzi uniformi nella vendita dei farmaci soggetti a prescrizione medica. La Corte di giustizia veniva dunque chiamata a valutare il rispetto del principio di libera circolazione delle merci, a fronte della paventata restrizione quantitativa di tipo indiretto; categoria cui si ascrive, come noto, ogni normativa commerciale che possa ostacolare, anche indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari (per tutti, C. giust. CE, 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Dassonville*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1974, 837 ss., p.to 5). Per l'analisi della vicenda, M. Salerno, *La concorrenza delle farmacie on line scandinava i prezzi uniformi e apre nuovi scenari nella liberalizzazione del mercato dei farmaci*, in *dpeconline.it*, 2017.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

in accordo alla quale il mercato competitivo risulterebbe in grado di assicurare migliori servizi e prezzi più bassi e di incoraggiare gli esercizi farmaceutici nei territori più disagiati, rendendo allo stesso tempo possibile una fornitura di medicinali uniforme su tutto il territorio. Secondo la Corte di giustizia, a fronte di un aumento di concorrenza, le farmacie sarebbero indotte ad applicare prezzi più favorevoli e a migliorare le attività concernenti l'approvvigionamento di farmaci, quali il mantenimento di una scorta e la garanzia di un ampio assortimento di medicinali. Più esattamente, «una maggiore concorrenza sui prezzi tra le farmacie sarebbe vantaggiosa per l'approvvigionamento uniforme»¹²⁶ e inoltre promuoverebbe «l'insediamento di farmacie in regioni in cui l'esiguo numero di esercizi consentirebbe la fatturazione di prezzi più elevati»¹²⁷. Allo stesso tempo, «una concorrenza sui prezzi potrebbe essere vantaggiosa per il paziente, dato che consentirebbe eventualmente di offrire [...] i medicinali soggetti a prescrizione a prezzi più favorevoli»¹²⁸. La stessa Corte di giustizia, peraltro, ha da tempo chiarito che «la tutela efficace della salute e della vita delle persone impone, in particolare, che i medicinali siano venduti a prezzi ragionevoli»¹²⁹.

Da ultimo, anche il Consiglio di Stato – seppure con pronunce rimaste isolate – ha riconosciuto nello scopo di «aumentare l'accessibilità all'assistenza farmaceutica in favore del maggior numero di abitanti possibile» la *ratio* degli interventi di (avviata) liberalizzazione del 2012¹³⁰, così ponendo in correlazione la deregolamentazione con una più intensa garanzia della tutela della salute. In questo senso, dopo aver riscontrato che la liberalizzazione del settore delle farmacie sarebbe «del tutto conforme all'attuale quadro costituzionale, che attribuisce rilevanza nazionale alla disciplina della concorrenza», i giudici di Palazzo Spada hanno fatto esplicito riferimento proprio al «fine di favorire ed ampliare l'accesso degli utenti al servizio farmaceutico»¹³¹.

Sembra possibile individuare, allora, una piena convergenza tra tutela della salute e iniziativa economica privata: la concorrenza potrebbe essere intesa come *un mezzo funzionale anche alla realizzazione del diritto alla salute* (nella sua pienezza costituzionalmente imposta), così superando l'interpretazione tradizionale, ferma nel ravvisare nella tutela della salute (esclusivamente) un limite all'impiego di dinamiche concorrenziali.

¹²⁶ C. giust. UE, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, p.to 38.

¹²⁷ C. giust. UE, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, p.to 38.

¹²⁸ C. giust. UE, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, p.to 43.

¹²⁹ C. giust. UE, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, p.to 43; C. giust. CE, 20 maggio 1976, causa 104/75, *De Peijper*, in Racc. giur. C. giust., 1976, 613 ss., p.to 25.

¹³⁰ Cons. St., sez. III, 28 novembre 2018, n. 6756.

¹³¹ Cons. St., sez. III, 7 maggio 2019, n. 2924.

Tirando le fila del ragionamento, le potenzialità del libero mercato potrebbero essere sfruttate ai fini della piena ed effettiva attuazione del diritto alla salute, ancora in parte frustrato dall'attuale organizzazione del sistema farmaceutico tramite la pianta organica delle farmacie. Nel rapporto tra Stato e individuo, il primo non sarebbe più l'unico presidio possibile della tutela del bene fondamentale "salute", operando (o potendo operare) in tal senso anche l'iniziativa del secondo.

10. Spunti conclusivi

Dal lavoro sin qui svolto è emerso che la concorrenza potrebbe produrre effetti positivi proprio in materie essenziali come l'assistenza farmaceutica¹³². L'eliminazione dei limiti (quantitativi e localizzativo-territoriali) di programmazione potrebbe infatti incrementare e rendere più accessibile la distribuzione delle farmacie, apportando un beneficio alla fruizione dei prodotti medicinali.

Ciò che appare possibile è una convivenza tra forme pubblicistiche e schemi economici di tipo privato improntati al libero mercato. A questa logica parrebbe da ascrivere quanto si è sopra ipotizzato circa i meccanismi di remunerazione pubblica "integrativa" per i privati che, in regime di libera concorrenza, aprano una sede farmaceutica in aree isolate. O, ancora, circa l'eventualità che l'ente comunale possa (ma, al contempo, debba) assumere la titolarità di una farmacia *solo* subordinatamente al previo accertamento della mancanza di iniziative imprenditoriali spontanee nell'area in questione. L'intervento pubblico sarebbe così un ausilio, e non un limite, all'iniziativa privata¹³³.

A ben vedere, le regole pubblicistiche in materia di pianificazione delle farmacie dovrebbero allora concernere unicamente vincoli *minimi*, posti in un'ottica di garanzia dell'accesso dei consociati al servizio¹³⁴. Queste regole

¹³² In questi termini anche M. D'Alberti, nelle conclusioni svolte in occasione dell'incontro "Sistema economico e ordinamento democratico. Giornata in ricordo di Antonio Brancasi", Firenze, 25 marzo 2019.

¹³³ Secondo questa prospettiva, l'intervento pubblico sarebbe ammesso soltanto per «ripristinare quelle condizioni di efficienza allocativa che il mercato da solo non è in grado di assicurare». Sul punto, G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto*, Bologna, il Mulino, 2019, 64 ss.

¹³⁴ La chiave di lettura sembrerebbe dover essere, in definitiva, quella dei livelli essenziali delle prestazioni. Ciò, peraltro, risulterebbe perfettamente coerente con la scelta già operata dal legislatore in termini di *orario minimo* di apertura delle sedi farmaceutiche. In

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

pubblicistiche, a tutela dei livelli essenziali di assistenza farmaceutica, sarebbero compatibili con il principio della libera concorrenza, realizzando una migliore e più ampia fruibilità del servizio da parte dei consumatori-utenti.

Di conseguenza, sembrerebbe opportuna una riforma della disciplina normativa in materia di pianta organica delle farmacie, che appare in contrasto con gli obiettivi di assistenza farmaceutica appena indicati. La rimozione della pianta organica – o quantomeno una sua modifica nella forma del tetto minimo – risulterebbe funzionale al pieno esplicarsi dell'art. 32 Cost. e, oltretutto, recepirebbe l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Deutsche Parkinson Vereinigung* sulle potenzialità del mercato competitivo, proprio dal punto di vista della tutela della salute.

Del resto, anche nella giurisprudenza amministrativa si sono registrate alcune aperture a favore della deregolamentazione come mezzo per ampliare l'accessibilità dell'assistenza farmaceutica¹³⁵, il che potrebbe rappresentare un'indicazione per il futuro.

Rimane un'ultima osservazione sulla qualità dei farmaci distribuiti. Stabilito che questo aspetto è ormai indipendente dal numero e dalla collocazione delle farmacie, è evidente che, proprio nell'individuazione delle modalità oggi idonee a garantire sicurezza e qualità dei medicinali, l'amministrazione può rappresentare un'importante risorsa, attraverso la propria attività di controllo mediante lo strumento dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC).

È utile riscontrare che l'autorizzazione all'immissione in commercio, consistente nell'accertamento del possesso di specifici requisiti di sicurezza e qualità del farmaco, è un atto che assolve uno *scopo precauzionale*¹³⁶, senza

merito, l'art. 11, c. 6, d.l. n. 1/2012 ha trasformato orari e turni da pienamente vincolati in minimi, disponendo che «[i] turni e gli orari di farmacia stabiliti dalle autorità competenti [...] non impediscono l'apertura della farmacia in orari diversi da quelli obbligatori». In giurisprudenza è stato in proposito evidenziato come agli orari di apertura delle farmacie debba essere attribuita «la funzione di una garanzia “minima” e cogente dei limiti temporali di apertura del servizio, lasciando libero il gestore della singola sede farmaceutica di osservare orari più ampi di quelli fissati dall'autorità comunale» (TAR Toscana, sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1757; in senso analogo, Cons. St., sez. III, 14 luglio 2014, n. 3660). Le indicazioni giurisprudenziali sono state recepite dal legislatore, che con l'art. 1, c. 165, l. 4 agosto 2017, n. 124 ha espressamente definito quale «livello minimo di servizio che deve essere assicurato da ciascuna farmacia» (corsivo nostro) la regolamentazione dei turni e degli orari di apertura delle farmacie convenzionate con il Ssn.

¹³⁵ Cons. St., III, n. 6756/2018; Cons. St., III, n. 2924/2019 (v. *supra* par. 9).

¹³⁶ Sulle autorizzazioni «precauzionali» si veda G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 2013, 149 ss., che distingue tra autorizzazioni «a scopo economico» e autorizzazioni «precauzionali». Sulla distinzione, fondata sulla diversa causa dell'atto autoriz-

limitare l'accesso al mercato degli operatori economici. Più precisamente, l'Atc farmaceutica¹³⁷ è rilasciata nel nostro ordinamento dall'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), a seguito di apposita valutazione scientifica degli aspetti chimico-farmaceutici, preclinici e clinici del medicinale¹³⁸. Ebbene, in presenza di questa autorizzazione non si vede come sia possibile continuare a riferirsi, in merito alla sicurezza dei medicinali, alla necessità programmatica della pianta organica (non essendovi più, lo si ripete, alcun nesso tra la qualità dei farmaci distribuiti e il numero o la collocazione delle farmacie).

In conclusione, sia sul piano dell'adeguata presenza territoriale del servizio di assistenza farmaceutica, sia su quello della sicurezza dei prodotti medicinali, la pianta organica si rivela essere una sovrastruttura, niente affatto

zatorio, F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2019, 155 ss.

¹³⁷ La disciplina dell'Atc farmaceutica nazionale è dettata al capo I, titolo III, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, recante «Attuazione della direttiva 2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/Ce».

La normativa europea, poi, disciplina le ipotesi autorizzatorie all'immissione in commercio per i casi in cui il farmaco debba essere venduto anche in altri Stati membri. Più esattamente, sono individuati complessivamente tre procedimenti, di rilievo transnazionale. In primo luogo, è prevista una procedura centralizzata, che si svolge per intero dinanzi alle istituzioni comunitarie, le quali, al termine del procedimento, rilasciano un'autorizzazione valida in tutti i Paesi dell'Unione; in secondo luogo, è prevista una procedura di mutuo riconoscimento, che impone agli Stati membri interessati di riconoscere, a determinate condizioni, le autorizzazioni già ottenute in un altro Stato membro con procedura interna; infine, è possibile una procedura decentrata, che prevede l'intervento delle autorità nazionali in un'unica fase, al fine di valutare congiuntamente una domanda di autorizzazione presentata contestualmente in più Stati membri. La normativa europea di riferimento è costituita, per la procedura decentrata e di mutuo riconoscimento, dalla dir. 2001/83/Ce («Recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano», GUCE n. L 311 del 28.11.2001, 1), modificata dalla dir. 2004/27/Ce e recepita in Italia ex d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219. Per la procedura centralizzata, la disciplina è contenuta nel regolamento Ce n. 726/2004 («che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali», GUUE n. L 136 del 30.4.2004, 1).

¹³⁸ La valutazione scientifica è effettuata con il supporto dell'Istituto Superiore di Sanità (Iss) e della Commissione Tecnico Scientifica (CTS) dell'AIFA. Dopo il rilascio dell'Atc è richiesto che il titolare tenga conto dei progressi scientifici e tecnici nei metodi di produzione e di controllo, apportando le variazioni necessarie affinché il medicinale sia prodotto e controllato in base a metodi scientifici generalmente accettati (art. 34 d.lgs. n. 219/2006). Per ulteriori indicazioni circa il procedimento autorizzatorio si rinvia all'indirizzo www.aifa.gov.it/autorizzazione-dei-farmaci.

riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico

necessitata. Sembra possibile e auspicabile, allora, un suo ripensamento, alla luce di una (ri)lettura del diritto alla salute *in positivo*, come motivo propulsivo delle dinamiche concorrenziali, anziché *in negativo*, come limite alle stesse. In questo modo, l'art. 32 Cost. troverebbe piena esplicazione come *diritto a un accesso ampio e sufficiente* (quanto più ampio possibile, si direbbe) ai prodotti farmaceutici e conviverebbe col diritto alla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Abstract

The pharmaceutical planning grid (“pianta organica”) is a restriction of private economic initiative, because of the quota system of market operators and the geographical distribution of pharmacies. Traditionally, limiting market access in this sector is justified by the need to protect health, ensuring a proper distribution of dispensing pharmacies throughout the national territory. Nevertheless, the origin of this administrative instrument is linked to outdated reasons of objective protection of public health, inconsistent with Constitutional subjective protection of individual health. Moreover, the pharmaceutical legislation seems connected with protectionist interests. Within this framework, the paper questions whether it is necessary to overcome or revise the pharmaceutical planning grid. The removal of limits to the number and to the territorial distribution of pharmacies, indeed, might provide a wider access to pharmaceutical products, without actual health risks, on the ground that the right to health could be interpreted as a driving force for competition rules.



COMMENTI

SVEVA DEL GATTO

INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E INTERVENTO PUBBLICO NEL MERCATO: IL CASO DEGLI IMPIANTI A FUNE CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVA

SOMMARIO: 1. La vicenda all'origine della causa e le norme sospettate di illegittimità. – 2. La pronuncia della Corte costituzionale. – 3. La decisione della Corte costituzionale e la valorizzazione della libertà di iniziativa economica privata. – 4. Dai limiti alla libertà di iniziativa economica privata ai limiti all'intervento pubblico sull'iniziativa economica privata.

1. La vicenda all'origine della causa e le norme sospettate di illegittimità

L'installazione e l'esercizio di impianti a fune nella provincia autonoma di Bolzano è disciplinata da una legge provinciale del 2006¹, recentemente modificata², in base alla quale tutte le linee funiviarie³ sono considerate impianti in servizio pubblico. Le linee funiviarie in servizio pubblico sono a loro volta suddivise in tre categorie. La prima categoria comprende gli impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale che costituiscono da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi. La seconda categoria, oggetto mediato della questione decisa dalla Corte costituzionale, comprende gli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo⁴. La terza categoria, infine, comprende le

¹ L. prov. B., 30 gennaio 2006, n. 1.

² L. prov. B., 11 luglio 2018, n. 10.

³ Escluse quelle adibite al trasporto di materiale e quelle utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dall'esercente, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e da persone addette all'assistenza medica, alla sicurezza pubblica, alla manutenzione ed altro.

⁴ Tali impianti sono a loro volta distinti in impianti in zona sciistica, impianti integrativi alle zone sciistiche, impianti di paese e di piccoli comprensori sciistici e impianti in servizio prevalentemente estivo. Cfr. art. 4, c. 1, lett. *b*).

sveva del gatto

sciovie ad uso sportivo o turistico-ricreativo che non fanno parte di un sistema di linee⁵.

La costruzione e l'esercizio degli impianti a fune in servizio pubblico, in base a quanto stabilito dalla legge provinciale, sono soggetti a «concessione»⁶. Nel caso di impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo, tuttavia, il legislatore della provincia autonoma di Bolzano con una norma di interpretazione autentica⁷, ha chiarito che i relativi provvedimenti di concessione, anche quelli rilasciati prima dell'entrata in vigore di tale legge, si configurano come provvedimenti autorizzatori a cui non si applicano, per espressa previsione, le norme e i principi del codice dei contratti⁸.

La concessione può essere rinnovata su richiesta del concessionario, il quale, ottenuto il rinnovo dovrà presentare il progetto funiviario definitivo con le eventuali modifiche. È poi, prevista una particolare prelazione a favore degli enti pubblici locali o loro consorzi e delle imprese private a partecipazione pubblica, i quali hanno la precedenza nell'acquisto degli impianti appartenenti alle linee funiviarie di prima e di seconda categoria, nel caso in cui il titolare della concessione non richieda o non ottenga il rinnovo della concessione. È infine previsto che, ove la domanda di rinnovo non sia presentata in tempo utile, l'esercizio rimane sospeso sino al rilascio del provvedimento di rinnovo della concessione⁹.

Proprio dall'istanza di rinnovo di una concessione per l'esercizio di un impianto a fune ad uso sportivo-turistico-ricreativo prende le mosse la vicenda che il TAR di Bolzano¹⁰ ha sottoposto alla Corte costituzionale. L'impianto in discussione insiste su un ghiacciaio a 2.775 metri sul livello del mare, sopra un terreno appartenente al patrimonio indisponibile della provincia di Bolzano. Tale terreno è stato oggetto nel 2016 di un autonomo provvedimento di rinnovo della concessione di bene demaniale, non

⁵ Ovvero l'insieme funzionale di due o più linee collegate o interdipendenti fra loro. Cfr. art. 19, l. prov. B., n. 1/2006.

⁶ Art. 5, l. prov. B., n. 1/2006.

⁷ Art. 45, l. prov. B., n. 10/2018.

⁸ L'art. 5, c. 1, come sostituito dall'art. 44, l. prov. B., n. 10/2018, stabilisce che la costruzione e l'esercizio degli impianti a fune in servizio pubblico sono soggetti a concessione, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 164, c. 1, secondo periodo, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in base al quale le disposizioni del codice dei contratti, che pure si applicano alle concessioni di lavori e servizi, non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici.

⁹ Art. 7 (Rinnovo della concessione), reg. esec.

¹⁰ TAR Bolzano, ord. 25 ottobre 2018, n. 305.

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

impugnato, in favore della stessa società che gestisce la funivia, la quale, successivamente, ha chiesto e ottenuto anche il rinnovo della concessione per l'esercizio di impianti a fune, rilasciato nell'agosto 2017.

Questo secondo provvedimento è stato, invece, impugnato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)¹¹, investita della questione da una società privata concorrente, secondo la quale la provincia di Bolzano addivenendo al rinnovo della concessione per l'installazione e l'esercizio dell'impianto a fune denominato *Gletschersee II*, senza il rispetto delle regole di evidenza pubblica, avrebbe violato il principio di concorrenza e leso il proprio diritto di iniziativa economica. L'AGCM in seguito all'istruttoria, ha ritenuto che il sistema in atto nella provincia autonoma di Bolzano «potrebbe risultare restrittivo della concorrenza nella misura in cui dispone il rinnovo della concessione senza l'espletamento di alcun tipo di confronto concorrenziale». Secondo l'*antitrust*, il servizio di trasporto a fune è qualificabile come servizio pubblico e il provvedimento avente ad oggetto la realizzazione e l'esercizio dei relativi impianti è qualificabile come una concessione di servizio pubblico, da assegnare, in attuazione dei principi dell'Unione europea, attraverso una gara pubblica.

Di contro, la provincia autonoma di Bolzano ha sostenuto davanti al giudice amministrativo che il provvedimento di concessione dell'impianto a fune in oggetto non sarebbe qualificabile né come contratto di concessione, né come provvedimento di concessione attraverso il quale la provincia affida a terzi un bene pubblico, ma come un provvedimento con il quale il privato richiedente è abilitato alla costruzione e all'esercizio dell'impianto a fune destinato al pubblico esercizio, come previsto, del resto, dalla legge provinciale che regola la materia, dopo le già richiamate modifiche, apportate nel 2018.

Il tribunale amministrativo di Bolzano, investito della questione, ha ritenuto necessario sottoporre al vaglio di legittimità della Corte costituzionale le nuove disposizioni che escludono l'obbligo di indire procedure ad evidenza pubblica per il rilascio o il rinnovo di concessioni di impianti funiviari a uso turistico-sportivo¹².

Secondo il TAR, poiché la normativa provinciale qualifica l'esercizio di impianti a fune come servizi pubblici, le disposizioni che escludono il ri-

¹¹ Che ha esercitato il potere di cui all'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287. Sulla legittimazione dell'Autorità *antitrust* e sulla logica ad essa sottostante si rinvia a M. Ramajoli, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina "antitrust"*, in *Conc. merc.*, 2018, 83 ss.; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, *ivi*, 2013, 107 ss.

¹² TAR Bolzano, ord. n. 305/2018.

spetto del codice dei contratti pubblici si porrebbero in contrasto con i principi stabiliti a tutela della concorrenza dal diritto dell'Unione europea¹³ con ciò violando l'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza¹⁴, nonché l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 3, 30 e 41, dir. 2014/23/Ue, gli artt. 49, 56 e 106 TFUE, e gli artt. 30 e 164, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

2. La pronuncia della Corte costituzionale

Al fine di valutare la violazione dei principi di concorrenza e di quelli in materia di riparto di competenze legislative tra Stato e regioni, la Corte costituzionale ha valutato, basandosi sulle disposizioni della legge provinciale in materia, se l'installazione e l'esercizio di impianti a fune ad uso turistico-ricreativo potesse essere qualificato come servizio pubblico e se il provvedimento adottato dalla provincia potesse essere ricondotto ad una concessione di servizi o se, al contrario, non fosse più corretto parlare di un provvedimento autorizzatorio, ovvero di un provvedimento amministrativo di controllo *ex ante* di attività economiche private.

La Corte ha richiamato gli istituti della concessione e del servizio pubblico, entrambi tipici del diritto amministrativo, ricordando come gli stessi siano stati, nel corso degli ultimi decenni, oggetto di una profonda e significativa rivisitazione in ragione dell'integrazione nel nostro ordinamento dei principi della Costituzione economica europea e delle norme dettate dai Trattati e dalle direttive di settore¹⁵. In seguito a tale evoluzione,

¹³ Cfr. Dir. 2014/23/Ue.

¹⁴ In argomento si veda *ex multis*, C. cost., 1° agosto 2008, n. 326 e 18 giugno 2014, n. 178. In dottrina, per un'analisi critica del tema sulla base, anche, delle sentenze della Corte costituzionale sull'art. 41 Cost. e sul principio di concorrenza, C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1, 16. Disponibile a: http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/1_2014_Pinelli.pdf.

¹⁵ La nozione di servizio pubblico è da sempre stata una nozione discussa, sulla quale diverse sono state le ricostruzioni e che oggi risente notevolmente dell'influenza dell'Unione europea (a cui la nozione è sostanzialmente estranea), che ne ha determinato, nella sostanza un rivolgimento portando a parlare non più e non tanto, di servizi pubblici, ma di servizi di interesse economico generale. Proprio l'aggettivo "pubblico" appariva di difficile interpretazione potendosi riferire alle modalità d'uso (fruizione collettiva o individuale), al tipo di bisogni da soddisfare e dunque, alle prestazioni in cui consistono; alla qualità del soggetto che li presta, o piuttosto all'insieme dei soggetti (il pubblico, come in questo caso) a cui sono destinati. Sulle trasformazioni della disciplina a partire dagli anni Novanta del secolo scorso,

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

si fa ora comunemente riferimento ai servizi di interesse economico generale¹⁶ per indicare tutte quelle attività di prestazione di beni e servizi il cui esercizio non richiede l'impiego di prerogative dei pubblici poteri ma che, in ragione dell'esistenza di un interesse generale al loro svolgimento e della valutazione circa l'impossibilità per il mercato di garantirne un'adeguata soddisfazione, sono assunte nella responsabilità dei pubblici poteri¹⁷.

Proprio l'elemento della responsabilità dell'amministrazione che assume tra i suoi compiti istituzionali quello di garantire lo svolgimento dell'attività¹⁸ ha una importanza centrale nella decisione della Corte costituzionale. Secondo i giudici della Corte, nello stabilire se un'attività sia o meno un servizio pubblico, o di interesse economico generale secondo la più aggiornata terminologia, non rileva la qualificazione in tal senso dell'attività da

senza pretesa di completezza, si rinvia a D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005; *I servizi pubblici: vecchi problemi e nuove regole*, a cura di L. Ammannati e R. Cafari Panico, Torino, Giappichelli, 2018. Per la dottrina più risalente, U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, *passim*. Sulle modifiche alla disciplina dei servizi pubblici dovute al recepimento dei principi della Costituzione economica europea si rinvia, *ex multis*, a S. Cassese, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 907; F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *federalismi.it*, 2012, n. 11, 20. Sulle modificazioni prodotte dallo sviluppo del diritto dell'Unione europea nei rapporti tra Stato ed economia, H. Dumez e A. Jeunmaitre, *L'Etat et le marché en Europe. Vers un Etat de droit économique*, in *Revue française de science politique* (1992), 263; G. Guarino, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Economia e diritto del terziario*, 1992, n. 1, 7.

¹⁶ Nozione che è stata considerata dalla stessa Corte costituzionale omologa a quella di "servizio pubblico locale di rilevanza economica". Cfr. C. cost. sentenze 3 novembre 2010, n. 325, 27 luglio 2004, n. 272. Per la definizione qui richiamata, si veda la comunicazione della Commissione europea «I servizi di interesse generale in Europa» (COM(2000) 580 def.). Nell'ordinamento italiano, si veda l'art. 2, c. 1, lett. h), d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175. Cfr. anche art. 112, t.u. enti loc., che contiene una nozione alquanto ampia e generica di servizio pubblico e ne individua l'oggetto nella «produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». In dottrina si rinvia a L. Bertonazzi e R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. II, IV, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 1791 ss.; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷ Si tratta di una valutazione prettamente politica suscettibile di mutare nel tempo (anche ad esempio, in ragione dell'avvento di nuove tecnologie) e di essere diversa nei diversi ordinamenti, anche in relazione alle specifiche caratteristiche socio-economiche degli stessi e alle rispettive tradizioni.

¹⁸ In argomento, da ultimo A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 439 ss.

parte della norma¹⁹, né la natura dell'attività svolta, ma la circostanza che l'ente pubblico abbia inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati.

Ciò, oltre che da un atto espresso dell'amministrazione in tal senso, può essere dedotto da alcuni elementi contenuti nella legge che disciplina la materia, dai quali evincere, da un lato, l'esistenza di un potere di iniziativa pubblica in relazione all'attività in questione e, dall'altro, la sussistenza di un rapporto sinallagmatico tra amministrazione e concessionario nei casi in cui l'amministrazione decida, con una scelta di tipo organizzativo, di delegare lo svolgimento dell'attività ad imprese terze tramite la concessione.

Dalle norme provinciali che regolano l'installazione e l'esercizio di impianti a fune ad uso turistico-ricreativo, tuttavia, secondo la Corte, non sembrerebbe emergere siffatta volontà, evidente, invece, nel caso degli impianti a fune rientranti nella prima categoria. Le disposizioni in materia, infatti, non consentirebbero di equiparare la concessione di cui alla legge provinciale a un contratto caratterizzato dalla previsione di prestazioni corrispettive, in cui il concessionario è obbligato nei confronti dell'amministrazione concedente a erogare il servizio oggetto del contratto stesso, stante anche la totale mancanza di conseguenze di natura contrattuale a carico del concessionario per l'eventuale omessa realizzazione dell'opera o per la mancata erogazione del servizio.

A sostegno della lettura dei giudici costituzionali si pone l'esempio delle funivie gestite nella regione Lazio²⁰. In quel caso, infatti, la legge regio-

¹⁹ Non è del resto infrequente che il legislatore, soprattutto in passato, nella prima fase delle liberalizzazioni, abbia usato in maniera promiscua la terminologia. Tra i vari esempi, si ricorda quello dell'art. 54, d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, che nell'attribuire ai comuni le funzioni amministrative in materia di installazione di distributori di carburante nel territorio comunale, parlava di autorizzazione sebbene il regime allora vigente fosse pacificamente considerato un regime concessorio, in linea, del resto, con la qualificazione dell'attività come attività di servizio pubblico. A. Zaza, *Autorizzazioni e concessioni in tema di distribuzione di carburanti*, in *TAR*, 1992, II, 984 ss. Anche, la difesa della provincia ha sottolineato come l'utilizzazione del termine «concessione» fosse in precedenza assai frequente nella legislazione statale, regionale e della stessa provincia autonoma di Bolzano, a indicare provvedimenti nella sostanza autorizzatori di attività economiche o inerenti al diritto di proprietà (come nel caso dei provvedimenti di «concessione edilizia», previsti sino a tempi non lontani anche dalla legislazione nazionale), che nulla avevano in comune con la «concessione di lavori o servizi» (pubblici) di cui alla direttiva 2014/23/UE e al codice dei contratti pubblici.

²⁰ Contrariamente a quanto argomentato dall'AGCM che nella sua difesa lo ha richiamato come argomento a favore della propria tesi basandosi su alcune decisioni della

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

nale²¹ concepisce l'intera attività di trasporto a fune, compresi gli impianti a finalità sportiva e turistico-ricreativa, come integrante un vero e proprio servizio pubblico locale, assoggettato come tale a una specifica programmazione regionale che disciplina la stessa localizzazione degli impianti, e ad un espresso potere di iniziativa degli enti locali in materia. Questi ultimi sono, infatti, tenuti, in base alla legge regionale in questione, a provvedere alla costruzione e alla successiva gestione degli impianti in economia, o, come *second best*, ricorrendo ad aziende speciali, o infine, in «regime di concessione» a imprese private²².

Al contrario, nella vicenda in esame, l'amministrazione provinciale è titolare unicamente di un potere unilaterale di supervisione e controllo per la cura di esigenze imperative, ma l'iniziativa circa l'avvio dell'attività, oltre che quella in merito alla sua cessazione, resta privata. La provincia, dunque, come osservato dalla Consulta, non riveste secondo quanto emerge dalla legge provinciale il ruolo di «domina dell'attività economica in questione», ma piuttosto quello di «soggetto [...] chiamato a una penetrante supervisione sugli impianti [...] e [...] impegnato a promuovere lo sviluppo di questa attività imprenditoriale, concepita come funzionale alla crescita dell'economia locale [...]»²³.

Questa finalità di agevolazione e di promozione dell'attività economica privata emerge del resto, anche dal «Piano di settore degli impianti di risalita e delle piste da sci» approvato dalla giunta della provincia autonoma di Bolzano nel 2014. In questo documento, la qualifica dei trasporti a fune come «servizio pubblico svolto nell'interesse generale» non sta a indicare la natura pubblica del servizio, ma a porre in risalto il ruolo centrale per lo sviluppo dell'economia delle aree di montagna, degli impianti destinati ad attività sportive in stazioni turistiche. Importanza che giustifica i contributi finanziari assicurati dalla provincia stessa alle imprese nella realizzazione

giurisprudenza amministrativa che hanno qualificato tale attività come servizio pubblico. Si v. Cons. St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; TAR Lazio, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264; TAR Lazio, sez. II, 18 novembre 2011, n. 901; TAR Lazio, sez. II, 22 marzo 2011, n. 2538. In questo senso, anche ANAC, parere 29 luglio 2015, n. 135.

²¹ L. rg. Lazio, 9 settembre 1983, n. 59 («Disciplina in materia di funivie, seggiovie, sciovie e slittovie, piste per la pratica dello sci e relative infrastrutture»).

²² Artt. 4 ss.

²³ Par. 4.4., ultimo capoverso della decisione in commento. In sostanza, mancano nel caso disciplinato dalla l. prov. B., n. 1/2006, i poteri tipici dell'amministrazione titolare di un servizio pubblico e legati al carattere della doverosità del servizio, quali la predeterminazione delle attività, la programmazione, le norme in materia di garanzia del risultato e quelle sugli *standard* qualitativi. A. Massera, *I servizi pubblici*, cit., 439 ss.

sveva del gatto

e nella successiva gestione degli impianti, senza incorrere nelle limitazioni previste dall'Unione europea per gli aiuti di Stato²⁴.

A sostegno di questa ricostruzione, infine, come pure messo in risalto dalla Corte costituzionale, si pongono la natura, in maggior parte privata, della proprietà degli impianti di risalita a fune per finalità turistiche e dei terreni su cui gli stessi insistono, e il fatto che tali impianti sono, a ben vedere, armonicamente integrati con sistemi di piste, impianti di nebulizzazione artificiale, scuole da sci, attrezzature alberghiere e di ristorazione, ugualmente realizzati e gestiti da imprese private.

Da tutto ciò, secondo i giudici, può concludersi che la provincia autonoma di Bolzano, mentre ha certamente considerato come servizio pubblico locale l'esercizio degli impianti funiviari compresi nella prima categoria e integrati nella rete provinciale di trasporto che collega località stabilmente abitate, non ha fatto un'analoga scelta con riguardo agli impianti di funivia a uso sportivo o turistico-ricreativo non integrate nel sistema provinciale dei trasporti pubblici. La denominazione di questi impianti operata dalla legge, quali linee funiviarie «in servizio pubblico», pertanto, sta solo a significare che si tratta di funivie destinate a una generalità di utenti, a differenza di quelle destinate, invece, a uso privato²⁵ e oggetto di un regime amministrativo meno complesso e pervasivo²⁶. Ne consegue che solo nel primo caso, ove dia la gestione a terzi, la provincia dovrebbe ricorrere a gara, simulando un mercato pienamente competitivo, al fine di evitare discriminazioni tra operatori economici e assicurare l'imparzialità delle scelte.

Nella seconda ipotesi, quella di impianti a fune per finalità turistico-ricreative, al contrario, si verte nell'ambito della libera iniziativa economica

²⁴ I contributi possono quindi essere giustificati in quanto sostegno a un'attività imprenditoriale privata, ma considerata di ovvio interesse per l'economia locale. Cfr. comunicazione della Commissione europea indirizzata agli Stati membri in merito agli aiuti di Stato n. 376/01, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Comunità europea n. C/172/2 del 18 luglio 2002.

²⁵ Secondo la formula definitoria contenuta nello stesso art. 3 che dispone che sono «ad uso privato» le funivie «utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dall' esercente, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e da persone addette all'assistenza medica, alla sicurezza pubblica, alla manutenzione ed altro».

²⁶ In ragione del fatto che tali impianti, utilizzati da un numero ristretto di persone, non richiedono l'ampio spettro di verifiche e controlli che caratterizza invece, a tutela primariamente dell'incolumità pubblica, le funivie utilizzate da una pluralità indeterminata di persone. Nella logica del legislatore provinciale, dunque, secondo la Corte costituzionale, «la nozione di impianto "in servizio pubblico" coincide [...] con quella di impianto "destinato al pubblico esercizio"», come del resto precisato in seguito all'intervento di riforma del 2018. Cfr. c. 2-bis, art. 2, l. prov. B, n. 1/2006, inserito dall'art. 44, c. 1, l. prov. B, n. 10/2018.

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

privata che si esplica in un mercato concorrenziale ai sensi dell'art. 41 della Costituzione²⁷ e che nel rispetto di questa disposizione, può richiedere solo un provvedimento di abilitazione alla realizzazione dell'opera e al suo successivo esercizio, a tutela degli interessi pubblici coinvolti.

La Corte ha, quindi, respinto il ricorso dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 45, l. prov. B. 11 luglio 2018, n. 10, sollevata, in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 49, 56 e 106 TFUE, e non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 45 della l. prov. B. n. 10/2018 sollevate, in riferimento all'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., in relazione agli artt. 30 e 164, c. 2, del codice dei contratti pubblici, e in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 3, 30 e 41, dir. 2014/23/UE.

3. La decisione della Corte costituzionale e la valorizzazione della libertà di iniziativa economica privata

La decisione della Corte costituzionale appare condivisibile e in linea con l'evoluzione che ha caratterizzato, da un lato, istituti tradizionali del diritto amministrativo, come la concessione, e dall'altro, la disciplina delle attività economiche, comprese quelle considerate servizio pubblico.

L'istituto della concessione di servizio pubblico, in particolare, ha subito, una profonda evoluzione che ne ha cambiato i contenuti interni e ristretto il perimetro di operatività.

È noto, come originariamente, si ritenesse che attraverso la concessione, l'amministrazione trasferisse al privato una risorsa, una situazione di vantaggio di cui la stessa era titolare²⁸. Secondo questa tesi, quando la

²⁷ Su cui *ex multis* F. Galgano, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, I, diretto da F. Galgano, Padova, Cedam, 1977, 512 ss.; A. Pace, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato, Libertà e autonomie nella Costituzione*, II, Milano, Giuffrè, 1982, 531 ss.; N. Irti, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea e G. Napolitano, Bologna, il Mulino, 1998; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 7 ss.

²⁸ Si fa riferimento alla c.d. concessione traslativa distinta dalla concessione costitutiva che fa sorgere in capo al privato il diritto. La denominazione è di origine settecentesca e stava ad indicare, originariamente, atti di benevolenza sovrana. La terminologia è stata mantenuta dalle normative degli Stati nei periodi successivi cambiandone però il significato. Sulla nozione tradizionale di concessione, O. Ranalletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, XLVI, IV, 7 ss. Per l'A. l'effetto fondamentale dei provvedimenti concessori consisteva nel conferimento di nuovi diritti a soggetti estranei alla sfera

sveva del gatto

concessione aveva ad oggetto un servizio pubblico a rilevanza economica, l'amministrazione trasferiva al privato il compito da essa assunto di svolgere un'attività economica. In ciò, era principalmente vista la differenza con l'autorizzazione, provvedimento considerato funzionale ad eliminare i limiti all'esercizio di un diritto preesistente in capo al privato come, ad esempio, il diritto ad iniziare un'attività economica.

Alla base di queste interpretazioni vi era una concezione restrittiva della libertà di iniziativa economica²⁹, pur garantita dalla Costituzione, dalla quale, non a caso, erano ritenuti esclusi i servizi pubblici con rilevanza economica.

Tale impostazione valorizzava, invece, l'iniziativa economica pubblica³⁰ e la prospettiva dell'intervento pubblico nel mercato, come testimoniato dal

dell'amministrazione. Si veda anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*³, II, Milano, Giuffrè, 1993, 658 e 659, secondo il quale la concessione di servizi pubblici non può essere considerata come «concessione vera e propria» e che quindi la colloca nell'alveo degli atti organizzativi con il quale l'amministrazione provvede a dare un titolare ad un proprio ufficio. U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, cit., 427 e 440, rifiutava invece la tesi della concessione come sostituzione del concessionario di un esercizio pubblico appartenente ad un ente pubblico osservando che storicamente, nella maggior parte dei casi risultasse che i servizi in concessione fossero nati per iniziativa dei privati. Si era, secondo l'A., in presenza di un divieto generale di svolgere quella determinata attività da parte dei privati ad eccezione del concessionario.

²⁹ L'iniziativa economica privata era vista con diffidenza dai pubblici poteri e pertanto assoggettata a numerosi limiti e funzionalizzata a tutelare interessi economici dello Stato, estranei all'interesse dell'imprenditore. Si veda A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582 ss.; U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, 90 ss. Il dibattito sul punto è stato molto acceso. Si rinvia per un approfondimento a G. Minervini, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 621 ss.; V. Buonocore, *Di alcune norme del codice civile in tema di impresa in rapporto al principio di utilità sociale di cui al 2° comma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, 194 ss.; M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011, 26 ss. Contro la tesi (e la stessa possibilità) della funzionalizzazione dell'impresa S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969, 33 e nota 27-bis; F. Galgano, *La libertà di iniziativa economica.*, cit., 513. La funzionalizzazione è stata rifiutata anche con riferimento al terzo comma dell'art. 41. In questi termini, A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1968, 5 ss. Secondo l'A. i fini sociali sarebbero inquadrabili come principi che guidano l'operatore privato senza tuttavia privarlo dell'autonomia decisionale, della libertà di scelta e della libertà di organizzarsi.

³⁰ L'intervento pubblico nella fase di avvio dell'impresa, prima delle riforme avviate a partire dai primi anni Novanta, era visto come «un fenomeno inarrestabile, penetrante e progressivo». Così, V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, 24 ss. Come osservato, non vi era aspetto dell'attività imprenditoriale che non vedesse i poteri pubblici intervenire, a partire dalla decisione di istituire l'impresa. Per una ricostruzione in chiave storica di questo fenomeno S. Cassese, *Stato ed economia. Il problema storico*, in *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, a cura di P. Lange e M. Re-

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

fatto che molti dei regimi concessori (ma anche autorizzatori) esistenti fino agli anni Ottanta dello scorso secolo, avevano l'effetto di contingentare il mercato in base ad un equilibrio tra domanda e offerta ritenuto ottimale³¹, determinato *a priori* dall'amministrazione che valutava opportunità e convenienza della specifica iniziativa imprenditoriale.

Questa concezione è oggi ampiamente superata e i principi della Costituzione economica europea e la spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici³² e delle attività economiche in generale, voluta e sollecitata dall'Unione, hanno contribuito a ripensare gli istituti della concessione e a ridurne il perimetro di operatività³³.

Accanto alle numerose direttive di settore che hanno interessato i servizi di interesse economico generale, con la c.d. direttiva servizi³⁴, relativa alle attività economiche, l'ordinamento europeo ha, infatti, imposto agli Stati

gini, Bologna, il Mulino, 1987, 45 ss. L'A. evidenzia, in particolare, la centralità e l'importanza del ruolo avuto dai pubblici poteri nel nostro paese per lo sviluppo economico.

³¹ L'amministrazione negava o autorizzava l'avvio di un'impresa in base al c.d. «bisogno del mercato» secondo la definizione di autorizzazione con esame del bisogno coniata dalla dottrina nella seconda metà del 1900. Sul tema, ampiamente, R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, Giuffrè, 1974, 6; si v. anche V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata.*, cit., *passim*.

³² *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Bologna, il Mulino, 2006; G. Corso, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 3492 ss.; M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, 3 ss.

³³ La concessione così come tradizionalmente intesa dalla nostra dottrina è sostanzialmente scomparsa nella gestione dei pubblici servizi. Il diritto dell'Unione europea non conosce infatti tale figura e considera la concessione al pari di un contratto di appalto caratterizzato dalla circostanza che il concessionario ricava la sua remunerazione unicamente, o prevalentemente, dalla gestione dell'opera concessa o, per quel che qui interessa, dalla gestione del servizio concesso.

³⁴ Direttiva *Bolkestein* 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Anticipata dalla Comunicazione della Commissione *Una strategia per il mercato interno dei servizi*, 29 dicembre 2000, COM (2000) 88 def. Cfr. anche la relazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo, *Lo stato del mercato interno dei servizi*, 30 luglio 2002, COM (2002) 441 def. Tra i primi commenti alla direttiva e al recepimento delle disposizioni in Italia, si rinvia in dottrina a G. Tiberi, *L'Unione europea e la liberalizzazione dei servizi: la sfida della creazione di un «mercato interno dei servizi»*, in *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, a cura di B.G. Mattarella, A. Natalini, Bagno a Ripoli (Fi), Passigli, 2013, 87 ss.; E.L. Camilli, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1239 ss.; G. Fonderico, *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, *ivi*, 2008, 921 ss.

sveva del gatto

membri di ridurre i controlli amministrativi discrezionali *ex ante* e di semplificare i procedimenti amministrativi per l'accesso al mercato, ritenuti uno dei maggiori impedimenti allo sviluppo di attività transfrontaliere³⁵.

In questa cornice, nell'ordinamento italiano, le direttrici della liberalizzazione economica e amministrativa³⁶, nonché quelle complementari della semplificazione³⁷ e della *deregulation*³⁸, sono state alla base di una serie di

³⁵ Alla base dell'adozione della direttiva servizi vi era la volontà di superare i fallimenti della strategia di Lisbona sfruttando appieno le potenzialità del mercato unico. L'approvazione della direttiva è stata, tuttavia, alquanto controversa in ragione delle contrapposizioni tra Paesi fondatori e nuovi entranti, tra fautori dell'anima sociale del mercato e sostenitori della piena liberalizzazione. Il compromesso tra queste istanze, che ha dato luogo al testo vigente, si è attestato lungo tre coordinate: facilitare il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione, così da aumentare la competitività delle imprese e lo sviluppo dei settori interessati; garantire gli utenti anche attraverso una maggiore qualità dei servizi; instaurare e migliorare la cooperazione amministrativa tra Stati membri. Per un approfondimento sulle trattative che hanno portato all'approvazione del testo finale della direttiva si rinvia a S. D'Acunto, *Direttiva «servizi» (2006/123/Ce): genesi obiettivi e contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009; B. De Witte, *Setting the Scene: How Did Services Get to Bolkestein and Why?*, EUI Working Papers, LAW, 20, Florence, 2007; J. Flower, *Negotiating European Legislation: the Services Directive*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2007), 217.

³⁶ Sulla differenza tra liberalizzazione economica e liberalizzazione amministrativa A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss.; G. Corso, *Liberalizzazione amministrativa ed economica.*, cit., 3492 ss.; S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 393; F. Maiococo, *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2012, 989 ss.

³⁷ Un impulso al rafforzamento dell'iniziativa economica è stato dato poi, dalle riforme volte a semplificare le procedure per l'avvio e lo svolgimento delle attività produttive, miranti ad agevolare l'impresa che debba interagire con l'amministrazione. Alla fine degli anni Novanta il legislatore ha, infatti, intrapreso un processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi necessari per ottenere l'autorizzazione all'avvio delle attività produttive, finalizzato alla riduzione dei numerosi oneri burocratici a carico delle imprese in questa fase dell'attività. Le principali novità sono state l'istituzione dello Sportello unico per le attività produttive (c.d. SUAP), unico destinatario dell'istanza del privato a fronte della pluralità di amministrazioni coinvolte, e la previsione di un procedimento amministrativo unificato in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive. Cfr. artt. 25 ss., d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112. Un'interessante griglia della moltitudine di procedimenti che l'impresa era tenuta ad avviare prima della riforma del 1998 è contenuta in L. Zanetti, *Il procedimento unificato per gli impianti produttivi*, in *Lo sportello unico per le attività produttive*, a cura di G. Gardini e G. Piperata, Torino, Giappichelli, 2002, 115 ss. Cfr. anche L. Saltari, *Lo «stato del mercato». Commento a d.l. 24 gennaio 2012, n. 1*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 583. Sull'importanza di semplificare per far ripartire l'economia, A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 2016, m. 5, 6 ss.

³⁸ Dalla fine del secolo scorso ai giorni nostri, le vicende dell'economia italiana ed europea sono state caratterizzate dall'affermazione apparentemente indiscussa del modello liberaldemocratico, dal successo dell'ideologia di mercato e della c.d. *triade* di *deregulation*,

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

decreti, c.d. del “fare” e del “crescere”³⁹, nonché di leggi di settore che, negli stessi anni, hanno portato alla liberalizzazione di numerose attività⁴⁰.

Anche a livello locale, infine, dove l’istituto della concessione era pure molto diffuso, la vigente disciplina in materia di gestione dei servizi pubblici fa più genericamente riferimento alla nozione di affidamento, per alludere ad un fenomeno in cui è assente la traslazione di pubblico potere dall’amministrazione al privato, prevedendo che l’affidamento avvenga o con lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica o ricorrendo all’*in house providing*⁴¹.

In seguito a questa evoluzione, la libertà di iniziativa economica privata, anche nel settore dei servizi pubblici, è risultata fortemente valorizzata. L’impresa, nei confronti dei pubblici poteri, non è più in una posizione di

liberalizzazione e privatizzazione (richiamando U. Beck, *Un mondo a rischio*, Torino, Einaudi, 2003). Sullo stretto intreccio di questi tre fenomeni si vedano anche le interessanti osservazioni di G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629 ss.

³⁹ Questi decreti, con l’obiettivo di rilanciare l’economia attraverso il potenziamento dell’iniziativa economica privata, hanno enfaticamente sancito l’abrogazione di tutte le restrizioni ingiustificate all’accesso al mercato e all’esercizio delle professioni e delle attività economiche. Cfr. art. 3, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148) in base al quale: «[l]a legge specifica, poi, quali sono i casi in cui il divieto *ex lege* è ammesso, come in caso di tutela dell’utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana», e secondo cui il principio di cui al richiamato art. 3 è un «principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra imprese». Già qualche mese prima era stato emanato il d.l. 6 luglio 2011, n. 98. Nello stesso anno, cfr. anche art. 34, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 in base al quale «la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale costituzionalmente rilevanti e compatibili con l’ordinamento comunitario che possono giustificare l’introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità». In questa stessa direzione si era già mosso il decreto che ha dato attuazione in Italia alla direttiva servizi, per il quale «l’accesso e l’esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie» (d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, «Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno»).

⁴⁰ Operata anche dal decreto c.d. SCIA 2 (d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222), che contiene la mappatura delle attività oggetto di mera comunicazione o di segnalazione di certificata di inizio attività o di silenzio assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso. E. Giardino, *L’individuazione, la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 26 ss.; P.M. Vipiana, *L’attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, Cedam, 2017.

⁴¹ Sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, *ex multis*, G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in questa *Rivista*, 2011, 33 ss.

sveva del gatto

soggezione, ma è titolare di una sostanziale autonomia⁴² che si realizza con la scelta del soggetto di chiedere e di promuovere l'adozione di un provvedimento amministrativo ad esso favorevole⁴³ di tipo autorizzatorio, accettando, come nel caso delle funivie per uso turistico-ricreativo, di soggiacere ai limiti, anche pervasivi, che l'ordinamento ha preventivamente fissato in ragione di esigenze di tutela dell'interesse pubblico, o di interessi privati di categoria⁴⁴, al fine di ottenere dei benefici che gli sarebbero altrimenti preclusi⁴⁵.

In linea con una lettura dell'art. 41 Cost. conforme con i principi della Costituzione economica europea, l'autorizzazione all'esercizio di attività economiche, come nel caso *de quo*, rappresenta, allora, essenzialmente l'atto terminale di un'attività di controllo *ex ante*, avviata alla presentazione da

⁴² Intesa, conformemente alla configurazione datane in dottrina, non come libertà totale, ma come una posizione necessaria di libertà e autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento. In questo senso si veda M.S. Giannini, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 343 ss., spec. 374 (già in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 1951).

⁴³ La scelta relativa alla modalità di esplicazione del potere correlato alla libera iniziativa economica continua ad essere riferibile in via esclusiva, al titolare della sfera giuridica soggettiva, nel senso che la decisione se intraprendere l'attività spetta solo al privato. Si conferma dunque, l'intangibilità e l'indisponibilità del momento iniziale della scelta privata: l'iniziativa e la titolarità dell'operazione economica rimangono private e il privato imprenditore non cura direttamente l'effettiva soddisfazione dell'interesse pubblico. L'autonomia privata tuttavia, quale posizione giuridica non compiuta e perfetta in sé, quale valore non superiore ad altri, è suscettibile di essere bilanciato e temperato con gli altri interessi rilevanti. Il carattere relazione dell'autonomia privata, anche in assenza di una contrapposizione con l'interesse pubblico, è stato evidenziato da tempo dalla dottrina. Cfr. M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.; C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977; L. Bigliuzzi Geri, *Osservazioni minime su poteri privati e interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, n. 4-5, pt. 1, 259 ss.

⁴⁴ Si fa riferimento a quegli interessi direttamente riferibili a privati – si pensi all'interesse dei risparmiatori, degli utenti o dei consumatori – ma che hanno assunto la rilevanza di interessi pubblici grazie a norme di legge che ne garantiscono la protezione e che ne hanno determinato la strutturazione e la stabilizzazione, secondo la sequenza “interesse collettivo di gruppo–interesse pubblico–amministrazione pubblica”. In senso critico, G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, cit., 638, secondo il quale le regole a tutela di questa tipologia di interessi sono regole corporative e non regole nell'interesse della collettività. La tutela di questi interessi di per sé non rappresenta una novità, in quanto già presente in passato in alcune discipline relative all'accesso nei settori analizzati. Nella normativa più recente tuttavia essa è stata rafforzata e ha assunto una posizione centrale rispetto al passato quando era invece, recessiva rispetto a quella di altri interessi pubblici spesso anche di natura economica

⁴⁵ Sull'evoluzione del rapporto tra Stato e mercato in relazione ai cambiamenti che hanno caratterizzato l'iniziativa economica privata e l'intervento dei pubblici poteri, sia consentito il rinvio a S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, Roma Tre-Press, 2019.

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

parte del privato della relativa domanda e volta a verificare previamente la compatibilità di tale attività con altri interessi pubblici e privati giuridicamente protetti⁴⁶. Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, si tratta di casi di *market failure*, ai quali l'amministrazione tenta di porre rimedio accertandosi che l'attività privata non generi esternalità negative o che queste rimangano entro i limiti fissati dall'ordinamento⁴⁷.

Il contenuto e le finalità conformativi dell'attività economica, tipici non solo delle concessioni, ma anche di alcuni regimi autorizzatori oggi abrogati, vengono, quindi, meno: con il provvedimento che autorizza l'attività economica, l'amministrazione può imporre unilateralmente al privato obblighi dettati dall'esigenza di garantire nel tempo la compatibilità dell'attività con interessi pubblici la cui tutela è ritenuta prioritaria⁴⁸, secondo lo schema classico delle libertà regolate⁴⁹, ma non si può spingere a conformarne le scelte imprenditoriali⁵⁰.

⁴⁶ A titolo esemplificativo, si pensi agli interessi tipicamente generali, come l'interesse alla sicurezza (come nel caso delle licenze ferroviarie o dell'autorizzazione alla distribuzione di carburanti); alla stabilità e alla competitività del sistema (come nel caso delle autorizzazioni agli enti creditizi); alla tutela ambientale e del corretto governo del territorio (come nel caso delle autorizzazioni agli impianti di comunicazione elettronica o per la realizzazione di energie rinnovabili, o nel caso della media e grande distribuzione commerciale). A questi si aggiungono, poi, gli interessi privati di categoria che assumono rilevanza generale su cui si v. *supra* nota 44.

⁴⁷ Quella delle esternalità negative non è l'unica ipotesi di fallimento del mercato posta dagli studi di analisi economica del diritto pubblico, alla base dell'intervento pubblico nell'economia. In argomento, G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009; *L'intervento amministrativo sui mercati. Appunti per le lezioni*, a cura di M. Bombardelli, Torino, Giappichelli, 2019.

⁴⁸ Può, inoltre, disporre ispezioni e controlli per verificarne il concreto adempimento. Sul potere di ispezione dell'amministrazione nei confronti delle imprese si rimanda a F. Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

⁴⁹ Non dunque, libertà di iniziare l'attività in totale assenza di limiti o controlli, ma libertà da indebite e arbitrarie ingerenze del pubblico potere. Tornano alla mente le parole di Giuliano Amato il quale osservava: «la libertà economica è un Giano bifronte che ingloba a sé sommandoli i caratteri tipici delle libertà individuali e quelli del *munus* nell'interesse collettivo». Così, G. Amato, *Introduzione*, in *Il governo dell'industria*, a cura di G. Amato, Bologna, il Mulino, 1972, 29. Concorde nel qualificare la libertà di iniziativa economica equivalente a quella delle altre libertà costituzionalmente garantite, F. Salvia, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 523 ss.

⁵⁰ Si pensi, per fare un esempio, alle autorizzazioni ambientali: l'impresa, sia in caso di VIA, sia in caso di AIA, è destinataria di un potere amministrativo di tipo autoritativo a contenuto discrezionale, ma con ambiti significativi di discrezionalità tecnica, con effetti anche di tipo conformativo. Con il rilascio dell'autorizzazione o in caso di esito positivo della VIA,

sveva del gatto

In quest'ottica, come evidenziato dalla Consulta, le previsioni contenute nella legge provinciale in merito alla revoca o al rinnovo non appaiono esorbitanti, né tantomeno, indicative della natura concessoria del provvedimento⁵¹. Di contro, inconciliabile con la natura non di servizio pubblico dell'attività *de qua*, appare la previsione, poi infatti, eliminata e di fatto mai concretamente attuata, del potere dell'amministrazione provinciale di fissare le tariffe massime anche per gli impianti a fune con finalità turistico-ricreative.

Sulla base di quanto sin qui osservato, corrette appaiono le conclusioni della Corte costituzionale circa la legittimità delle norme della provincia di Bolzano che qualificano come autorizzazione il provvedimento che consente l'installazione e l'esercizio di impianti a fune per finalità turistiche e che escludono la necessità del ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

Non essendoci barriere all'ingresso, infatti, la concorrenza tra operatori economici è tutelata dal mercato e la necessaria imparzialità dell'amministrazione è garantita dal fatto che, nell'adottare l'autorizzazione in oggetto, la discrezionalità oltre ad essere estremamente ridotta⁵² è sostanzialmente una discrezionalità tecnica, volta a verificare l'esistenza di presupposti predeterminati uguali per tutti e tendenzialmente oggettivi, come confermano le disposizioni sui requisiti da indicare nella domanda e la norma in materia di «linee funiviarie in concorrenza» che fissa i criteri di priorità in caso di pluralità di domande⁵³.

l'impresa è infatti, assoggettata ad una serie di condizioni e di prescrizioni. In entrambi i casi sono indicati i piani per il monitoraggio e il controllo da svolgere durante la vita dell'impianto al fine di verificare la conformazione dell'attività del gestore agli obblighi indicati a monte, dall'amministrazione con il provvedimento di autorizzazione o di valutazione positiva. Il potere conformativo dell'amministrazione tuttavia, non si spinge a imporre l'uso di tecnologie o di specifiche modalità di produzione come, in passato, accadeva con l'autorizzazione alla realizzazione di impianti industriali o nel settore dell'industria estrattiva. Per quanto intenso, dunque, il condizionamento della posizione giuridica dell'impresa, rappresenta un limite esterno, giustificato alla luce di interessi pubblici costituzionalmente garantiti, che non si traduce nella funzionalizzazione dell'attività economica e che non prevale rispetto all'effetto assensivo dell'autorizzazione. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica.*, cit., 65.

⁵¹ In questa cornice non appare esorbitante neanche la previsione della decadenza sulla quale però, la Corte costituzionale nella sentenza in commento non si pronuncia espressamente. Ipotesi di decadenza per inerzia o inadempimento degli obblighi stabiliti a tutela degli interessi generali coinvolti sono infatti normalmente previste nei provvedimenti di autorizzazione di attività economiche private.

⁵² Sottolinea l'importanza della riduzione della discrezionalità dei pubblici poteri come esempio del cambiamento della loro azione in campo economico M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazioni*, Bologna, il Mulino, 2008, *passim*.

⁵³ Art. 18, l. prov. B. n. 1/2006, come sostituito dall'art. 44, c. 15, l. prov. B. n. 10/2018, il

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

Discorso diverso avrebbe invece, meritato, come pure evidenziato dalla difesa provinciale, la concessione del bene demaniale su cui, nel caso di specie, insiste l'impianto. Come già ricordato, la concessione di un bene appartenente al demanio determina un effettivo trasferimento di risorse pubbliche scarse dall'amministrazione al privato di cui si accresce il patrimonio giuridico⁵⁴, con ciò imponendo l'adozione da parte dell'amministrazione di misure atte a garantire l'imparzialità, la trasparenza e la *par condicio* tra più imprese interessate al bene.

4. Dai limiti alla libertà di iniziativa economica privata ai limiti all'intervento pubblico sull'iniziativa economica privata

La scelta operata a favore della natura autorizzatoria del provvedimento avente ad oggetto la realizzazione e l'esercizio di impianti a fune ad uso turistico-ricreativo appare, come si è anticipato, una chiara, quanto importante, opzione di campo a favore di un modo di intendere il rapporto tra Stato e mercato all'interno dell'ordinamento, che valorizza la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost., senza annichilire le ragioni della concorrenza che nel mercato trovano la loro naturale espressione, né quelle degli interessi pubblici su cui l'attività può impattare.

La decisione in commento offre allora lo spunto per alcune brevi considerazioni sul tema dell'intervento pubblico nell'economia e sul rapporto tra poteri pubblici e imprese, rispetto al quale proprio il momento dell'avvio di un'attività economica rappresenta lo snodo critico⁵⁵.

quale prevede che, con riferimento agli impianti di seconda e terza categoria, «sia considerato titolo preferenziale la titolarità della proprietà, e/o del diritto di superficie, e/o di un diritto di godimento di beni immobili su cui è stato (o verrà) realizzato l'impianto».

⁵⁴ Come osservato da M.S. Giannini, si attua una attribuzione patrimoniale avente ad oggetto beni della vita che non possono formare oggetto di atti di autonomia privata in quanto riservati a pubblici poteri. Rispetto a tale attribuzione patrimoniale il privato non solo non ha situazioni soggettive riconosciute ma neppure poteri materiali riconoscibili. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*³, I, Milano, Giuffrè, 1993, 652. Sul punto l'A. osserva, inoltre, che in caso di concessione di beni pubblici (si pensi ad esempio, alle concessioni di stabilimenti balneari), non rileva tanto il bene demaniale dato in concessione, quanto l'uso per il quale il bene è dato in concessione.

⁵⁵ Dal punto di vista dell'impresa, la disciplina dell'avvio dell'attività economica, in quanto idonea a conformare e condizionare la futura esistenza dell'impresa, è determinante nel configurare l'ampiezza dell'autonomia privata nel perseguimento dei fini individuali, *in primis* quello lucrativo. Dal punto di vista degli interessi pubblici coinvolti, poi, è in questo momento che è possibile accertare l'assenza di conflitti tra il futuro svolgimento dell'attività

sveva del gatto

Il diritto europeo ha ampiamente sciolto le ambiguità dell'art. 41 Cost., compiendone, nella sostanza, una riscrittura che pur confermando l'importanza delle esigenze di solidarietà sociale e di alcuni interessi pubblici prioritari, ha sancito con forza che quelle istanze devono essere perseguite conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

L'evoluzione normativa registrata in molti settori tuttavia, evidenzia (e il caso in esame ne è una conferma) che a fronte dell'affermazione della libertà di iniziativa economica e delle istanze *pro mercato* della liberalizzazione e della semplificazione, non si assiste ad una completa "ritirata" dello Stato, quanto piuttosto ad un suo riposizionamento⁵⁶ nel quale la produzione di regole pubbliche aumenta e si sviluppa settorialmente⁵⁷. Gli esempi in tal senso sono numerosi. Nell'ambito delle attività produttive, ad esempio, è stata soppressa da tempo l'autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali, ma sono state introdotte autorizzazioni specifiche per determinati settori⁵⁸; molte attività sono oggi soggette a segnalazione certificata di inizio

di impresa e gli interessi di rilevanza generale coinvolti, quali, ad esempio, l'interesse alla tutela dell'ambiente, o al governo del territorio, ed eventualmente fissare le condizioni affinché eventuali conflitti vengano meno. Per l'ordinamento, infine, la facilità di "fare impresa" (e in particolare, quella di avviare un'attività economica) è di rilevante interesse in quanto elemento che incide sugli investimenti e sullo sviluppo economico del Paese. Per questo le organizzazioni internazionali, sopranazionali e mondiali, da tempo, sottolineano la connessione tra crescita economica e regolazione pubblica dei mercati evidenziando, in particolare, una relazione inversamente proporzionale tra la presenza di alcuni controlli pubblicistici e lo sviluppo economico e sociale tale per cui, al decrescere del primo termine, corrisponderebbe una crescita di quest'ultimo. In questo senso la letteratura economica è unanime. Per approfondimenti si rinvia S. Djankov, C. McLiesch e R. Ramalho, *Regulation and Growth*, The World Bank (2006), 395 ss. Per un'analisi dei condizionamenti in entrata al fine di valutare il rapporto tra Stato e mercato, si rimanda a S. Del Gatto, *Poteri pubblici.*, cit. e alla dottrina ivi citata.

⁵⁶ M. Hilgers, *The Historicity of the Neoliberal State*, 20 *Social Anthropology* (2012), 80.

⁵⁷ L'iniziativa economica privata richiede per potersi realizzare l'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione che determina, per il tramite del diritto amministrativo, un aumento delle regole. Come osservato da Sabino Cassese, gli Stati «producono un minor numero di pubblicizzazioni di imprese, ma un maggior numero di regole». Così S. Cassese e L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014, 68. In senso analogo, in precedenza anche P. Saraceno, *Iniziativa privata e azione pubblica nei piani di sviluppo economico*, Giuffrè, Roma, 1959, 78, il quale configura la possibilità ammessa dalla Costituzione di indirizzare, coordinare e limitare la libertà di iniziativa economica come uno strumento finalizzato non a impedire ma a favorire, in un quadro organico di sviluppo economico, la stessa iniziativa privata. In senso critico, S.K. Vogel, *Freer Markets, More Rules*, Cornell University Press, Ithaca, 1996.

⁵⁸ Si pensi all'autorizzazione alla realizzazione di infrastrutture di comunicazioni elet-

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

attività e possono, pertanto, iniziare solo con una segnalazione all'amministrazione⁵⁹, ma restano comunque oggetto del potere di controllo dell'amministrazione⁶⁰, oltre ad essere, in alcuni casi, subordinate al rilascio di autorizzazioni e valutazioni ambientali.

In materia di distribuzione commerciale, dove è stato abrogato l'obbligo per gli esercizi di vicinato di richiedere preventivamente l'autorizzazione amministrativa per l'avvio dell'attività (ora possibile in presenza dei soli requisiti richiesti dalla legge), vige però il regime autorizzatorio per le medie e grandi strutture di vendita giustificato da ragioni di equilibrato governo del territorio.

Nel settore farmaceutico e in quello della distribuzione dei carburanti, ancora, l'avvio dell'attività pur liberalizzato, resta ampiamente regolamentato, in ragione del rilevante impatto di queste attività su interessi pubblici fondamentali, come la sicurezza e la salute⁶¹.

I cambiamenti tuttavia non sono stati di poco conto. La regolazione delle attività economiche ha abbandonato finalità e carattere intrusivi e protezionistici e ricorre oggi, come si è già ricordato, a criteri trasparenti e oggettivi e alla previsione di garanzie procedurali a favore dell'istante⁶²,

troniche e all'autorizzazione per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Sulle criticità legate all'inefficienza amministrativa nei procedimenti per l'autorizzazione alla realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in *giustAmm.it*, 2017, n. 11, 47 ss.; S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti e F.V. Virzi, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso «Telecom-Comune di Aggius»*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

⁵⁹ Si veda *supra* nota 40.

⁶⁰ In termini critici sull'efficacia dell'istituto della SCIA come motore di rilancio dell'economia in ragione del permanere di fatto di un potere pubblico, F. Merusi, *Metamorfosi dell'intervento pubblico in economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 579 ss., il quale nel dare la misura, a suo avviso, dell'entità del cambiamento, parla di passaggio dall'iniziativa economica con riserva di autorizzazione, all'iniziativa economica con riserva di intervento inibitorio.

⁶¹ Per un dettaglio sui limiti si rinvia per il settore farmaceutico a M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*, Milano, Giuffrè, 2011; per entrambi i settori, si rinvia all'analisi contenuta in S. Del Gatto, *Poteri pubblici.*, cit., 87 ss. e dottrina ivi citata.

⁶² Sulla centralità delle garanzie del procedimento amministrativo nei rapporti tra impresa e amministrazione, appaiono interessanti alcune pronunce più risalenti della Corte costituzionale nelle quali, con riferimento a provvedimenti pubblici di intervento nell'economia, limitativi dell'iniziativa economica privata, la Corte ha individuato in alcuni «aggiustamenti procedurali» (quali la partecipazione di esperti all'iter formativo degli atti amministrativi limitativi della libertà di iniziativa economica o la partecipazione attraverso commissioni consultive di elementi rappresentativi delle organizzazioni di categoria o ancora il meccanismo di concerto fra più ministri) limiti sufficienti a circoscrivere la discrezionalità

sul presupposto che la libertà di iniziativa economica privata in quanto funzionale allo sviluppo dell'economia, vada sostanzialmente promossa.

Questa evoluzione si riflette sulla stessa libertà di iniziativa economica che, così intesa e valorizzata, diviene da oggetto di limiti imposti dai pubblici poteri, essa stessa limite al potere amministrativo di controllo⁶³, suscettibile di rappresentare il parametro sul quale valutare la ragionevolezza e la proporzionalità⁶⁴ dell'intervento pubblico.

Alla luce di ciò, concludendo sulla sentenza in commento, appare allora necessaria una precisazione su un aspetto che resta in ombra. L'iniziativa economica privata non è di per sé incompatibile con la natura di servizio pubblico (come potrebbe portare a pensare il ragionamento dei giudici costituzionali); e quando si ha concorrenza nel mercato⁶⁵, non lo è neanche la previsione di un regime di autorizzazioni (anche generali)⁶⁶ alle imprese fornitrici delle prestazioni⁶⁷, ben potendo in questi casi, rimettere la determinazione degli obblighi di servizio pubblico alla regolazione e alla contrattazione di programma, che non potranno tuttavia, andare oltre quanto strettamente necessario ai fini della cura dell'interesse pubblico.

In questa prospettiva, la Corte avrebbe potuto arrivare alle stesse conclusioni ma esaltando di più l'iniziativa economica e riconoscendole il ruolo, non più necessariamente cedevole rispetto all'interesse pubblico, che ha ormai assunto nella Costituzione economica europea.

dell'amministrazione. In questo senso, C. cost., 8 luglio 1957, n. 103; 30 dicembre 1958, n. 4; 14 luglio 1958, n. 52.

⁶³ Si sviluppano qui alcune considerazioni svolte da B. Tonoletti, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in questa *Rivista*, 2017, 3.

⁶⁴ La proporzionalità assume rilievo come regola di coesistenza tra la libertà di iniziativa economica privata e le esigenze di governo dell'economia, ponendosi come strumento essenziale nel dialogo tra libertà di impresa e interessi pubblici tutelati dall'autorità che disciplina e regola gli eventi economici. F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 17 ss.

⁶⁵ Ove quindi manchino condizioni che alterano i mercati concorrenziali, come accade in presenza di monopoli naturali e non contendibili o di esternalità che rendono presumibile, al contrario, un fallimento del mercato.

⁶⁶ Come nei servizi a rete, dove a fronte dell'abolizione dei regimi di monopolio e di riserva, tuttavia, è tuttora previsto l'obbligo per gli operatori economici che intendono entrare nel mercato di richiedere una licenza o un'autorizzazione. Per una recente ricognizione sulla disciplina dei servizi a rete S. Del Gatto, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*⁶, a cura di S. Cassese, Laterza, Roma-Bari, 2021.

⁶⁷ Per la legittimità dell'applicazione dell'istituto ai fornitori di solo alcuni dei servizi postali, di autotrasporto, di spedizione e di corriere espresso, v. da ultimo C. giust. UE, 31 maggio 2018, in c.r. C-259-260/16, *Confetra et al.*

iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato

Abstract

The Constitutional Court dismissed the action brought by the Regional Administrative Court of Bolzano concerning the constitutional legitimacy of certain legal provisions of the Provincial Law of Bolzano no. 10 of 2018 that, qualifying as an authorisation the concession for the installation and operation of cableway installations for tourist-recreational use, exclude the possibility of tracing it back to the Public Procurement Code in breach of the principle of free competition.

Contrary to what the referring Court asserted, the Constitutional Court held that the Autonomous Province of Bolzano, whereas it has certainly regarded as a local public service the operation of cable car installations integrated into the provincial transport network linking permanently inhabited places, has not made a similar choice with regard to the facilities of cable cars for sports or leisure tourism, not integrated into the provincial public transport system. It follows that, only in the first case, where it gives management to third parties, the Province should use a public tender, simulating a fully competitive market, in order to avoid discrimination between economic operators and ensure the impartiality of choices. On the contrary, in the case of cableways for tourist-recreational purposes it must be applied the framework of the free private economic initiative that takes place in a competitive market pursuant to article 41 of the Constitution and that, in compliance with this Constitutional provision, may require a measure of authorization to carry out the work and then to its subsequent exercise, in order to protect the public interests involved.

The decision of the Constitutional Court in favour of the authorizing nature of the measure concerning the construction and exercise of cableways for tourist-recreational use appears a clear and important field option in favour of a precise way of understanding the relationship between the State and the market within the legal system, which enhances the freedom of private economic initiative guaranteed by article 41 of the Constitution, without annihilating the reasons of the competition that in the market find their natural expression, neither those of the public interests on which the activity can impact.



NOTIZIE SUGLI AUTORI

VIRGINIA CAMPIGLI è dottoranda di ricerca in Diritto pubblico-Diritto urbanistico e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Firenze

MARCO D'ALBERTI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università La Sapienza di Roma

FRANCESCO DE LEONARDIS è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

SVEVA DEL GATTO è professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tre

GIUSEPPE FRANCO FERRARI è professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università Bocconi

VINCENZO FERRARO è avvocato, dottore di ricerca in Diritto pubblico e professore a contratto presso l'Università degli Studi di Firenze

ANNALaura GIANNELLI è professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università di Catanzaro

ARISTIDE POLICE è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA è professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università Federico II di Napoli

GIUSEPPE TROPEA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
dalla *Grafica elettronica* - Napoli